



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 3, Part 2**

**2006, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2006] 3 F.C.R., 233-474

Renvoi [2006] 3 R.C.F., 233-474

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

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

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

---

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

*The Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

*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'histoire 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'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone 613-956-4800 or 1-800-635-7943.*

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	233-474
Digests .....	D-29
Appeals Noted .....	i

<b>Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (F.C.A.) .....</b>	<b>318</b>
--	------------

Patents—Practice—Appeal from Federal Court order striking out third party notice issued by appellants joining Crown as third party in action for damages by respondent Apotex—Court issuing order prohibiting Minister from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex—Patent owned by appellants found invalid, prohibition order lifted—Apotex suing appellants for damages under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 8 for damages by way of profits lost due to delay of four years in issuance of NOC—S. 8 not providing for claim against Crown; complete code for recovery of damages by second person against first person—Appellants not properly pleading valid cause of action for negligence—Leave granted to appellants to amend third party notice so as to plead valid cause of action in negligence—Appeal allowed only to add provision to Federal Court order permitting appellants to file amended Third Party notice.

*Continued on next page*

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 ou 1-800-635-7943.*

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

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

## SOMMAIRE

Jugements .....	233-474
Fiches analytiques .....	F-37
Appels notés .....	i

<b>Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (C.A.F.) .....</b>	<b>318</b>
--	------------

Brevets—Pratique—Appel de l'ordonnance de la Cour fédérale portant radiation de l'avis produit par les appelantes pour mettre la Couronne en cause dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée Apotex—La Cour avait rendu une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex—Le brevet des appelantes avait été jugé invalide et l'ordonnance d'interdiction, levée—Apotex avait intenté contre les appelantes une action en responsabilité fondée sur l'art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, pour perte de profits causée par le délai de quatre ans écoulé avant la délivrance de l'AC—L'art. 8 ne prévoit pas de recours contre la Couronne; il constitue un code complet régissant le recouvrement de pertes par une seconde personne à l'encontre d'une première personne—Les appelantes n'ont pas invoqué une cause valable d'action pour négligence—Les appelantes sont autorisées à modifier leur avis de mise en cause pour y inclure une cause valide d'action pour négligence—L'appel est

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Crown—Torts—Appellants filing third party notice against Crown for damages suffered by respondent Apotex during two-week delay between issuance of judgment invalidating appellants' patent, time when NOC issued—Federal Court striking out third party notice as *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* not providing for liability of Crown for breach of statutory duty—Federal Court holding no cause of action known as negligent breach of statute—But proof of statutory breach causing damages can constitute evidence of common law negligence—In third party notice, appellants not alleging negligence, particulars thereof that would satisfy ordinary rules of pleading—Plea of negligence with sufficient particulars necessary—Third party notice could not stand in present form—Leave given to appellants to amend third party notice so as to plead valid cause of action in negligence.

### **Canada (Human Rights Commission) v. Winnicki (F.C.)** ..... 446

Human Rights—Motion for interlocutory injunction to restrain respondent from communicating by means of Internet messages likely to expose persons to hatred or contempt by reason of race, national, ethnic origin, colour or religion contrary to *Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) pending Canadian Human Rights Tribunal's (CHRT) final order—Elements required to establish violation of Act, s. 13(1) proven—Respondent admitting caused communication of material subject of complaint—Materials communicated through Internet explicitly within ambit of s. 13(2)—Likely to expose people of Jewish religion, ethnicity, people of black race to hatred, contempt—Motion allowed.

Federal Court Jurisdiction—Whether Federal Court had jurisdiction to grant interim, interlocutory injunction restraining respondent from communicating, by means of Internet, messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt pending Canadian Human Rights Tribunal's (CHRT) final order—Preconditions to support finding of jurisdiction set out by Supreme Court of Canada (S.C.C.), met herein—*Federal Courts Act*, s. 44 source of jurisdiction to

## SOMMAIRE (Suite)

accueilli uniquement pour ajouter à l'ordonnance de la Cour fédérale une disposition permettant aux appelantes de déposer un avis de mise en cause modifié.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Les appelantes ont mis la Couronne en cause à l'égard de tout préjudice subi par l'intimée Apotex pendant le délai de deux semaines écoulé entre le prononcé du jugement invalidant le brevet et la délivrance de l'AC—La Cour fédérale a radié l'avis de mise en cause statuant que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* ne renferme aucune disposition relative à la responsabilité de la Couronne en cas de manquement à une obligation légale et qu'il n'existe pas en droit de cause d'action fondée sur la violation d'une loi par négligence—Toutefois, la preuve de la violation d'une loi résultant en un préjudice peut constituer une preuve de négligence en common law—L'avis de mise en cause des appelantes n'alléguait pas de négligence, pas plus qu'il ne fournissait les précisions nécessaires pour respecter les règles ordinaires de la procédure écrite—Il faut une allégation de négligence suffisamment détaillée—L'avis de mise en cause ne peut être maintenu dans sa forme actuelle—Les appelantes sont autorisées à modifier leur avis de mise en cause pour y inclure une cause valide d'action pour négligence.

### **Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Winnicki (C.F.)** ..... 446

Droits de la personne—Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher à l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur ou de sa religion, en contravention à l'art. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Les éléments nécessaires pour établir la violation de l'art. 13(1) de la Loi ont été démontrés—L'intimé a avoué avoir communiqué les messages visés par la plainte—Les propos communiqués par Internet sont expressément visés par l'art. 13(2)—Les messages étaient susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes de religion et d'origine juives, ainsi que des personnes de race noire—Requête accueillie.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a-t-elle compétence pour accorder une injonction interlocutoire ou provisoire interdisant à l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes de foi hébraïque—Les conditions établies par la Cour suprême du Canada (C.S.C.) pour pouvoir conclure à l'existence de

## CONTENTS (Continued)

issue injunction—*Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) nourishing statutory grant found in *Federal Courts Act*, s. 44—S.C.C. decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net* applied—Court having jurisdiction to grant interlocutory injunction requested by applicant.

Injunctions—Test for granting interlocutory injunction in context of *Canadian Human Rights Act* (CHRA)—Defamation actions, complaints of hate speech distinguished—Injunctions to be granted only in clearest of cases as both actions seeking to limit right of freedom of expression—Hate messages more damaging than defamatory statements as affecting much larger group of persons—Truth, fair comment not defence in cases of hate messages—Focus of human rights inquiries on effects, not on intent—Interim injunction should issue only where words complained of manifestly contrary to CHRA, s. 13.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Motion for interlocutory injunction to restrain respondent from communicating messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt contrary to *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 13 pending Canadian Human Rights Tribunal (CHRT) final order—Defamation actions, complaints of hate speech seeking to limit right to freedom of expression—Activity described by CHRA, s. 13(1) clearly protected by Charter, s. 2(b)—Values underpinning hate propaganda fundamentally inimical to rationale underlying protection of freedom of expression, contradicting other values equally vindicated by Charter—Impugned messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt—Motion allowed despite importance accorded to freedom of expression.

### Charkaoui (Re) (F.C.) ..... 325

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Application contesting validity of security certificate issued under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 77 based on Ministers' satisfaction applicant member of terrorist

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cette compétence étaient remplies en l'espèce—L'art. 44 de la *Loi sur les Cours fédérales* est une source du pouvoir d'accorder une injonction—L'art. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sert de fondement de l'attribution législative de compétence à l'art. 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*—L'arrêt de la C.S.C. *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net* a été appliqué—La Cour avait compétence pour accorder l'injonction interlocutoire sollicitée par la requérante.

Injonctions—Critère applicable à l'octroi d'une injonction interlocutoire dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP)—La Cour a établi une distinction entre les actions en diffamation et les plaintes de propagande haineuse—Comme les deux recours visent à limiter la liberté d'expression, l'injonction ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes—Les messages haineux sont plus dommageables que les propos diffamatoires car ils touchent un groupe beaucoup plus étendu de personnes—Le caractère véridique ou pertinent n'est pas une défense en matière de messages haineux—Les analyses en matière de droits de la personne s'intéressent aux effets et non pas à l'intention—L'injonction provisoire n'est accordée que si les propos reprochés portent manifestement atteinte à l'art. 13 de la LCDP.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher à l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer des personnes de foi hébraïque à la haine ou au mépris en contravention à l'art. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP)—Les actions en diffamation et les plaintes de propagande haineuse visent à limiter la liberté d'expression—L'activité décrite à l'art. 13(1) de la LCDP est clairement protégée par l'art. 2b) de la Charte—Les valeurs qui sous-tendent la propagande haineuse sont fondamentalement hostiles à la justification sous-jacente à la protection de la liberté d'expression et elles contredisent d'autres valeurs également consacrées par la Charte—Les messages en cause étaient susceptibles d'exposer des personnes de foi hébraïque à la haine et au mépris—La requête a été accueillie malgré l'importance accordée à la liberté d'expression.

### Charkaoui (Re) (C.F.) ..... 325

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Le demandeur contestait la validité d'un certificat de sécurité émis en vertu de l'art. 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) parce que les ministres étaient convaincus

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

organization—Applicant challenging constitutional validity of provisions of IRPA governing applications for protection, pre-removal risk assessment, application of principle of non-refoulement, national security—Protection claims system established by IRPA not unconstitutional—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Applicant challenging validity of security certificate issued by Ministers under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 77—Submitting acts, omissions, decisions of Ministers amounting to treatment prohibited by Charter, ss. 7, 12, 15—Proceedings initiated by Ministers against applicant serious, involving grave consequences for life—However, not cruel, unusual treatment within meaning of Charter—Ordinary conduct of administrative, judicial process not contrary to Charter s. 12—That particular rules apply to non-citizens like applicant not contrary to Charter, ss. 7, 15—Applicant not suffering torture, cruel, inhuman, degrading punishment, treatment.

Bill of Rights—Applicant submitting provisions of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) relating to protection applications contrary to principles protected by *Canadian Bill of Rights*, certain international law instruments—Distinction between Canadian citizens, non-citizens justifying different treatment accorded to applicant as compared to Canadian citizens—That particular set of rules applies to non-citizens like applicant not contrary to Bill of Rights, s. 1(b)—Provisions of IRPA relating to claims for protection not contrary to international law instruments, Bill of Rights.

Administrative Law—Applicant submitting actions of Ministers, representatives gave rise to reasonable apprehension of bias, decision makers no longer able to perform duties under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) in respect of him—Said actions not amounting to mistreatment, not indicating appearance of bias on part of decision makers as carried out in compliance with IRPA—Reasonable, right-minded person with thorough knowledge of case would arrive at same determination.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 3(3)(f) providing Act must be construed, applied in manner complying with international

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qu'il était membre d'une organisation terroriste—Il contestait la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR régissant la demande de protection, l'examen des risques avant renvoi, l'application du principe de non-refoulement et la sécurité nationale—Le régime de demande de protection établi par la LIPR n'est pas inconstitutionnel—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Le demandeur contestait la validité d'un certificat de sécurité émis par les ministres en vertu de l'art. 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Il soutenait que, par leurs agissements, omissions et décisions, les ministres lui ont fait subir un traitement interdit par les art. 7, 12 et 15 de la Charte—L'instance introduite par les ministres contre le demandeur était très grave et comportait des conséquences sérieuses pour sa vie—Cependant, il ne s'agissait pas d'un traitement cruel ou inusité au sens de la Charte—Le déroulement normal du processus administratif et judiciaire n'est pas contraire à l'art. 12 de la Charte—Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, ne constitue pas une violation des art. 7 et 15 de la Charte—Le demandeur n'a pas subi la torture, ni des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Déclaration des droits—Le demandeur soutenait que les dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) ayant trait à la demande de protection sont contraires aux principes défendus par la *Déclaration canadienne des droits* et certains instruments de droit international—La distinction faite entre citoyens et non-citoyens canadiens justifie le traitement différent dont a fait l'objet le demandeur par rapport aux citoyens canadiens—Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, n'est pas contraire à l'art. 1(b) de la Déclaration des droits—Les dispositions de la LIPR ayant trait à la demande de protection ne sont contraires ni aux instruments de droit international, ni à la Déclaration des droits.

Droit administratif—Le demandeur soutenait que les agissements des ministres et de leurs représentants ont donné lieu à une crainte raisonnable de partialité et que les décideurs ne pouvaient plus respecter les obligations que leur imposait la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) à son égard—Ces agissements ne constituaient pas des mauvais traitements et n'ont pas donné lieu à une apparence de partialité chez les décideurs puisqu'ils se sont conformés à la LIPR—Une personne sensée et raisonnable ayant une bonne connaissance du dossier en arriverait à la même conclusion.

Interprétation des lois—L'art. 3(3)(f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* LIPR dispose que l'interprétation et la mise en œuvre de la présente Loi doivent

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

human rights instruments to which Canada signatory—Review of objectives of IRPA indicating intent to prioritize security—IRPA, s. 3(3)(f) general, interpretive provision not operating to incorporate international law into domestic law.

Practice—Stay of Proceedings—Applicant (alleged member of terrorist organization) arguing procedure followed, decisions made in course of signing of security certificate, preventive detention, release on conditions and protection claim amounting to abuse of process such as would justify suspending proceedings—Suspension of proceedings draconian, exceptional remedy—No abuse of process, nothing oppressive or vexatious in relation to applicant—Principles of fundamental justice followed from outset—That matter proceed to conclusion in interests of justice, applicant.

### **Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 260**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of visa officer's decision two sons not eligible to be included in father's application for permanent residence since not meeting criteria of "dependent child" under *Immigration and Refugee Protection Regulations*—Application as skilled worker including spouse, three sons—At time application filed, excluded sons, aged 23, 22, enrolled full-time at American universities but graduated before visa issued—First indication processing underway received 15 months after application submitted—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 75, 76 specifying requirements for skilled workers to immigrate—S. 77 providing requirements must be met both at time application made, time visa issued—Ss. 84, 85 setting out requirements for family members of skilled worker applicant—"Family member" including "dependent child"—Whether requirements of "dependent child" to be met both at time application submitted, visa issued—Apparent anomaly in treatment of children depending on whether in category of age or financial dependency—Under Regulations, s. 2 to be "dependent", child must be : less than 22, student financially dependent on parent, or unable to be financially self-supporting—Immigration processing times can take years—Regulations not specifying age or financial dependency of skilled worker's dependent children locked in application assessed as of date of application rather than date of processing—In absence of express provisions, presumption application dealt with on basis of time accepted by Citizenship and Immigration Canada—Applicant should not be penalized

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire—L'examen des objets de la LIPR a révélé l'intention du législateur de donner priorité à la sécurité—L'art. 3(3)f) de la LIPR est une disposition générale et interprétative n'ayant pas pour effet d'incorporer le droit international au droit interne.

Pratique—Suspension d'instance—Le demandeur (qui serait membre d'une organisation terroriste) soutenait que la procédure suivie et les décisions prises relativement à la signature du certificat de sécurité, à sa mise en détention préventive, à sa mise en liberté sous conditions et à sa demande de protection constituaient un abus de procédure justifiant la suspension de l'instance—La suspension de l'instance constitue une mesure draconienne et exceptionnelle—Le demandeur n'a subi aucun abus de procédure et n'a pas fait l'objet d'actes oppressifs ou vexatoires—Les principes de justice fondamentale ont été respectés dès le départ—Il y va de l'intérêt de la justice et de celui du demandeur que l'instruction du présent dossier aille jusqu'à son terme.

### **Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) ..... 260**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'«enfant à charge» de l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Il avait présenté sa demande en qualité de membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés et il y a inclus des demandes pour son épouse et trois fils—Lorsque la demande a été présentée, les deux fils retirés de la demande, âgés de 23 et 22 ans, étudiaient à temps plein dans des universités américaines, mais ils ont obtenu leur diplôme avant qu'eut été délivré le visa—Il a été indiqué pour la première fois que la demande était en cours de traitement 15 mois après qu'elle eut été présentée—Les art. 75 et 76 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* précisent les conditions auxquelles doit répondre l'étranger lorsqu'il veut immigrer en qualité de travailleur qualifié—Selon l'art. 77, ces conditions doivent l'être tant au moment de la présentation de la demande qu'à celui où le visa est délivré—Les art. 84 et 85 énoncent les exigences applicables aux membres de la famille des travailleurs qualifiés—L'expression « membre de la famille » englobe celle d'« enfant à charge »—Faut-il répondre à la définition d'« enfant à charge » tant au moment du dépôt de la demande qu'au moment de la délivrance du visa?—Il y a une apparente anomalie consistant à traiter les enfants différemment selon l'âge ou la dépendance financière—Aux termes de l'art. 2 du Règlement, pour être « à charge », l'enfant

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

for circumstances beyond personal control—Both excluded sons should have been assessed as of date of application—Length of time to process application beyond principal applicant's control—No reason why lock-in concept should not apply to financial dependency as well as to age—Questions certified as to whether principle of lock-in applying to definition of "family member" in skilled worker category applications; whether child must be included in parent's application if meeting criteria when application submitted but not so thereafter.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Regulations*—Judicial review of visa officer's decision two sons not eligible to be included in father's application for permanent residence since not meeting criteria of "dependent child" under *Immigration and Refugee Protection Regulations*—Words of Act to be read in entire context, in grammatical, ordinary sense harmoniously with scheme of Act, object, Parliament's intention—*Interpretation Act*, s. 12 providing every enactment should be interpreted in such fair, large, liberal manner as best ensures attainment of objects—Context of Regulations examined to determine whether intention to exclude concept of financial dependency lock-in to children apparent—Requirement in Regulations, s. 77 applicant must meet established criteria both at time application submitted, visa issued—Not expressly specifying also applicable to family members included in principal applicant's application—*Failure to include family members* in s. 77 strong support for interpretation both age, dependency to be locked in as of application date—While not determinative, canon of construction *expressio unius est exclusio alterius of assistance*—By expressly providing for situations where lock-in concept not applying, intent lock-in should apply in other non-identified instances—Consistent with Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) objectives, intent of Parliament—Lock-in dependency not precluded by IRPA objectives, directionally supported by objective of family reunification—Regulations, ss. 77, 121 explicitly negating presumption certain facts locked in as of application date—Given absence of similar exceptions for financial

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

doit être âgé de moins de 22 ans, être un étudiant qui dépend du soutien financier du parent ou ne pas pouvoir subvenir à ses besoins—Le traitement de la demande de résidence peut durer des années—Le Règlement ne précise pas que l'âge ou la dépendance financière des enfants à charge du travailleur qualifié sont appréciés à la date où la demande est présentée plutôt qu'à celle de la délivrance du visa—En l'absence de dispositions expresses, il faut présumer que la demande doit être traitée en fonction du moment où elle a été reçue par *Citoyenneté et Immigration Canada*—On ne doit pas pénaliser le demandeur pour des considérations qu'il ne contrôle pas—Il fallait apprécier la situation des deux fils retirés de la demande à la date où la demande a été présentée—La famille n'avait aucun contrôle sur le calendrier du traitement de la demande—Si l'on applique la notion de gel (évaluation de la demande au moment où elle a été présentée) à l'âge, il doit en aller de même pour la dépendance financière—Les questions suivantes ont été certifiées : le principe de la date déterminante (ou du gel) s'applique-t-il à la définition de « membre de la famille » dans le cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés, et l'enfant qui répondait aux critères lors de la présentation de la demande du parent, mais non plus ultérieurement, doit-il être inclus dans celle-ci?

Interprétation des lois—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'« enfant à charge » du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Il faut lire les termes de la 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—Aux termes de l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, tout texte s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet—La Cour a examiné le contexte de la disposition afin de dire s'il en ressortait une intention contraire à la présomption de gel en ce qui concerne la dépendance financière des enfants—Selon l'art. 77 du Règlement, les critères qui doivent être remplis doivent l'être tant au moment de la présentation de la demande qu'à celui où le visa est délivré—Ce texte ne précise pas qu'ils sont aussi applicables aux membres de la famille inclus dans la demande du demandeur principal—Le silence de l'art. 77 concernant les membres de la famille constitue une nette indication que l'âge et la dépendance doivent être déterminés à la date de présentation de la demande—Le principe d'interprétation des lois connu sous le brocard *expressio unius est exclusio alterius* n'est pas concluant; cependant, il aide l'interprète—Si le législateur a expressément prévu des cas où la notion de gel n'est pas applicable, son intention était de la rendre applicable aux autres cas qui n'ont pas été précisés—Cela est conforme

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

dependency of children of skilled worker applicants, clear intent in Regulations to limit assessment of qualifying factors as of processing date to situations expressly provided for therein—Therefore, factors set out in definition of “dependent child” locked in as of date of application.

### **Ontario Harness Horse Assn. v. Canada (Pari-Mutuel Agency) (F.C.) . . . . . 233**

Construction of Statutes—*Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, s. 90(1)(d)—Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings’ (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to s. 90(1)(d)—Applying principles of statutory interpretation, i.e. wording, context, scheme, object of legislation, policy considerations of Governor in Council, application for approval for inter-track betting requiring executed Pre-Licence Agreement (including details of scheduling of races, sharing of revenues) with horsemen under contract to racing association making application—Requirement same whether racing association applying as host, satellite track—Sudbury Downs fulfilled condition by providing CPMA with copy of executed Pre-Licence Agreement with Northern Horsemen’s Association—S. 90(1)(c) requiring that racing associations (host, satellite tracks) have agreement with each other to conduct inter-track betting—Agreement required between associations, not individual members of associations—Language of Regulations’ enabling statute (*Criminal Code*, s. 204(8), (9)) confirming Parliament’s intention Regulations provide effective, efficient pari-mutuel betting supervision to protect betting public against fraudulent practices, help maintain viable racing industry—Regulatory Impact Analysis Statement relating to amendments of Regulations, s. 90(1)(d) stating requirements pertaining to execution of agreements between race track associations, horsemen under contract thereto when associations applying for betting permit—CPMA properly interpreting statutory requirements of Regulations, s. 90(1)(d).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à l’objet de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et à l’intention du législateur—La détermination de la dépendance financière à la date de la présentation de la demande n’est pas contraire à l’objet de la LIPR et va dans le sens du principe directeur de la réunification des familles—Les art. 77 et 121 du Règlement prévoient des cas où est expressément exclue la présomption selon laquelle la date déterminante pour ce qui est de certains faits est celle de la présentation de la demande—Vu que le Règlement ne prévoit pas d’exceptions semblables concernant la dépendance financière d’enfants de demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés, il était manifeste que le Règlement vise à restreindre l’appréciation de certains facteurs à la date de délivrance du visa aux cas prévus par ces dispositions—Par conséquent, la date déterminante pour tous les facteurs énoncés dans la définition de l’expression « enfant à charge » est celle de la présentation de la demande.

### **Ontario Harness Horse Assn. c. Canada (Agence du pari mutuel) (C.F.) . . . . . 233**

Interprétation des lois—L’art. 90(1)d) du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l’Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d’autres provinces, conformément à l’art. 90(1)d)—Compte tenu des principes pertinents d’interprétation des lois, soit l’examen des mots, du contexte, de l’esprit et de l’objet de la loi ou du règlement en question ainsi que des considérations de politique du gouverneur en conseil, l’association qui demande l’approbation relative à la tenue d’un pari inter-hippodromes doit présenter l’entente de licence temporaire (comportant les détails relatifs au calendrier et à la répartition des revenus) qu’elle a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle—L’exigence est la même, que l’association des courses présente sa demande à titre d’hippodrome hôte ou d’hippodrome satellite—Sudbury Downs a rempli la condition en remettant à l’ACPM une copie de l’entente de licence temporaire qu’elle avait signée avec la Northern Horsemen’s Association—L’art. 90(1)c) exige que les associations de courses (l’hippodrome hôte et l’hippodrome satellite) aient conclu une entente entre elles au sujet de la tenue d’un pari inter-hippodromes—L’entente doit avoir été conclue entre les associations et non entre les membres de celles-ci—Le texte des dispositions législatives habilitantes (art. 204(8) et (9) du *Code criminel*) confirme l’intention du Parlement d’assurer au moyen du Règlement une surveillance efficace et rentable du pari mutuel afin de protéger les parieurs contre les pratiques frauduleuses et de contribuer de ce fait à maintenir la viabilité de l’industrie des courses hippiques—Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation concernant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Criminal Justice—Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, s. 90(1)(d)—Regulations enacted under *Criminal Code*, s. 204(8)—Pari-mutuel betting form of betting in which individuals wagering on winning horses share in total amount bet by public, less percentage paid to racetrack operators—“Inter-track betting” defined in Regulations, s. 2 as pari-mutuel betting at satellite tracks on race at host track where money bet at host, satellite tracks pooled—Sudbury Downs racetrack racing association for purposes of *Criminal Code*, s. 204(11)—CPMA administering pari-mutuel betting on horses in Canada in accordance with Regulations—*Criminal Code*, s. 204(1)(c)(ii) providing exemption from prohibition of wagering for bets made through pari-mutuel system if compliance with Regulations—CPMA correctly interpreting, applying Regulations, s. 90(1)(d).

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, s. 90(1)(d)—Whether CPMA properly interpreted requirements of Regulations, s. 90(1)(d) question of law—Correctness applicable standard of review—Whether CPMA properly applied s. 90(1)(d) to Sudbury Downs' application for inter-track betting question of mixed fact and law—Standard of review reasonableness simpliciter—CPMA not erring by failing to consider fact Pre-Licence Agreements negotiated between the Ontario Harness Horse Association (OHHA), host tracks contained provisions suggesting OHHA having to approve inter-track betting before host track could participate—Satisfaction of condition precedent to Pre-Licence Agreement issue for OHHA to resolve with each racing association with which having contract—Contractual dispute beyond scope of judicial review; not issue for CPMA,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

les modifications apportées à l'art. 90(1)d du Règlement énonce les exigences relatives à la conclusion d'ententes entre les associations de courses et leurs hommes de cheval à contrat lorsqu'elles font une demande de permis de pari mutuel—L'ACPM a interprété correctement les exigences de l'art. 90(1)d du Règlement.

Justice criminelle et pénale—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*—Le Règlement a été pris en application de l'art. 204(8) du *Code criminel*—Le pari mutuel est une forme de pari dans le cadre duquel les personnes qui misent sur des chevaux gagnants se partagent le montant total parié par le public, déduction faite d'un pourcentage versé aux exploitants d'hippodromes—Selon l'art. 2 du Règlement, le pari inter-hippodromes s'entend du pari mutuel tenu à un ou plusieurs hippodromes satellites sur une course disputée à un hippodrome hôte, dans le cadre duquel les mises faites à chacun des hippodromes satellites sont réunies avec les mises de l'hippodrome hôte—Sudbury Downs est une association de courses visée par l'art. 204(11) du *Code criminel*—L'ACPM est chargée de l'administration du pari mutuel sur les chevaux au Canada conformément au Règlement—L'art. 204(1)c(ii) prévoit une exemption à l'interdiction du pari dans le cas des paris faits par l'intermédiaire d'un système de pari mutuel, pourvu que les règlements soient respectés—L'ACPM a interprété et appliqué correctement l'art. 90(1)d du Règlement.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*—La question de savoir si l'ACPM a bien interprété les exigences de l'art. 90(1)d du Règlement est une question de droit—La norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte—L'application par l'ACPM de l'art. 90(1)d à la demande d'autorisation de Sudbury Downs à l'égard de la tenue d'un pari inter-hippodromes soulève des questions mixtes de faits et de droit—La norme de contrôle est la décision raisonnable simpliciter—L'ACPM n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte du fait que les ententes de licence temporaire qui ont été négociées entre l'Ontario Harness Horse Association (OHHA) et les hippodromes hôtes comportaient des dispositions donnant à penser que celle-ci devait approuver la tenue d'un pari

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

public—CPMA not erring in granting approval to Sudbury Downs' application for inter-track betting; decision not unreasonable.

Practice—Parties—Standing—Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, s. 90(1)(d)—Applicant not having standing to challenge CPMA's decision—*Federal Courts Act*, s. 18.1(1) providing application for judicial review may be made by Attorney General of Canada, anyone directly affected by matter in respect of which relief sought—Provision broad enough to authorize recognition of standing even if applicant not "directly affected" where test for public interest standing met—Sudbury Downs, Northern Horsemen's Association, racing associations with which Sudbury Downs intends to inter-track bet affected by CPMA's decision—No evidence applicant, horsemen represents directly affected by CPMA's decision—Applicant also not having public interest standing since failed tri-partite test—No serious issue raised—Applicant seeking to have Court enforce contractual obligations having no connection to CPMA's decision—Applicant also not having genuine interest in matter since no evidence of harm to it by CPMA's decision—Rather, applicant seeking to exclude racing associations not utilizing applicant as exclusive representative of horsemen under contract therewith—Finally, other "reasonable and effective way" to bring CPMA's decision in issue before Court, i.e. by party involved in application for approval.

**Public Service Alliance of Canada v. Canada  
(Treasury Board) (F.C.) . . . . . 283**

Human Rights—Judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

inter-hippodromes avant qu'un hippodrome hôte puisse participer—Le respect d'une condition préalable à une entente de licence temporaire est une question que l'OHHA doit régler avec chacune des associations de courses avec lesquelles elle a signé une entente—Il s'agit d'un différend de nature contractuelle qui dépasse la portée du contrôle judiciaire et qui ne concerne pas l'ACPM ou le public—L'ACPM n'a pas commis d'erreur en approuvant la demande de Sudbury Downs en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes; la décision n'était pas déraisonnable.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*—La demanderesse n'avait pas la qualité voulue pour contester la décision de l'ACPM—L'art. 18.1(1) de la Loi sur les Cours fédérales prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande—Cette disposition est suffisamment large pour permettre de reconnaître à la partie demanderesse la qualité pour agir, même si elle n'est pas « directement touchée », lorsque le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public est établi—Sudbury Downs, la Northern Horsemen's Association et les associations de courses avec lesquelles Sudbury Downs a l'intention de tenir un pari inter-hippodromes sont touchées par la décision de l'ACPM—Il n'y avait aucun élément de preuve montrant que la demanderesse ou les professionnels du cheval qu'elle représente étaient directement touchés par la décision de l'ACPM—La demanderesse n'avait pas non plus qualité pour agir dans l'intérêt public parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère tripartite applicable—Aucune question sérieuse n'a été soulevée—La demanderesse demandait à la Cour de donner effet à des obligations contractuelles qui n'avait aucun lien avec la décision de l'ACPM—La demanderesse n'avait pas non plus d'intérêt véritable dans l'affaire, car il n'a pas été prouvé que la décision de l'ACPM lui a causé ou lui causera un préjudice—La demanderesse cherchait plutôt à exclure les associations de courses qui ne l'utilisaient pas comme représentant exclusif des professionnels du cheval sous contrat avec elle—Enfin, il existait une autre manière raisonnable et efficace de porter devant la Cour la décision de l'ACPM qui était en litige, c'est-à-dire par l'entremise d'une partie visée par la demande d'approbation.

**Alliance de la fonction publique du Canada c.  
Canada (Conseil du Trésor) (C.F.) . . . . . 283**

Droits de la personne—Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui avait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

without further proceedings pursuant to *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 44(3)(b)—Complaint alleging discrimination on basis of gender, in contravention of CHRA, ss. 7, 10, 11—Related to classification, pay of federal public service employees in Clerical and Regulatory (CR) occupational category, members of which predominantly female—Classification complaint alleging segregation of CR, Program Management (PM) groups, application of different standards to measure value of jobs of employee members thereof, discriminatory—Wage discrimination complaint referred to Human Rights Tribunal—Tribunal found CHRA, s. 11 violated, ordered wage compensation in form of pay equity adjustments back to 1985; pay equity adjustments after date of decision to become integral part of wages—While s. 11 portion of complaint being adjudicated, Commission suspended investigation into ss. 7, 10 portions of complaint relating to classification—New classification system (Universal Classification System) developed to provide gender-neutral occupations, eliminate discrimination, but abandoned as “unworkable”—Commission investigator’s report recommended no further proceedings in classification complaint under CHRA, ss. 7, 10, giving merger of CR, PM groups as main reason—Commission accepted investigator’s recommendation, dismissed complaint despite applicant’s vehement opposition—Formal request for written reasons denied—Following receipt of investigator’s report, Commission may either request Tribunal to institute inquiry if satisfied inquiry warranted, or dismiss complaint—Performing screening exercise, not deciding merits of complaint—Duty to assess whether sufficient evidence to allow Tribunal to find complainant subject to unlawful discrimination—Despite merger of CR, PM groups, old allegedly discriminatory classification standards continue to be applied—No assurance new classification system compliant with requirements of CHRA to be implemented in near future—Applicant entitled to thorough examination of discrimination allegations—In failing to address crucial argument, investigator, ultimately Commission, breached duty of procedural fairness—Commission’s decision unreasonable since not supported by adequate investigation, not based on cogent line of reasoning—Duty of procedural fairness also violated by failure to provide adequate reasons for decision, given inadequacy of investigation, importance of matter at hand, length of time complaint pending.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

rejeté, la classant sans suite, la plainte de la demanderesse, en application de l’art. 44(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP)—La plainte alléguait une distinction illicite fondée sur le sexe, et donc contraire aux art. 7, 10 et 11 de la LCDP—Elle concernait la classification et la rémunération d’employés compris dans la catégorie professionnelle de la fonction publique fédérale qui regroupe les commis aux écritures et aux règlements (CR), une catégorie à prédominance féminine—Dans la plainte relative à la classification, la demanderesse affirmait que, en séparant le groupe CR et le groupe de l’administration des programmes (PM), et en appliquant des normes différentes pour mesurer la valeur des tâches des employés qui appartenaient à ces groupes, le défendeur exerçait une discrimination—La plainte de discrimination salariale fut renvoyée au Tribunal des droits de la personne—Le Tribunal a jugé qu’il y avait eu infraction à l’art. 11 de la LCDP, et il a ordonné le versement d’une réparation prenant la forme de rajustements salariaux paritaires, rétroactifs à 1985; il a aussi ordonné que les rajustements salariaux paritaires pour les périodes postérieures à sa décision deviennent partie intégrante des salaires—Alors que la partie de la plainte se rapportant à l’art. 11 était étudiée par le Tribunal, la Commission avait suspendu son enquête sur les aspects de la plainte relatifs aux art. 7 et 10, c’est-à-dire ceux qui concernaient la norme de classification—On a entrepris de développer un nouveau système de classification (la Norme générale de classification) pour générer des emplois non sexistes, et éliminer la discrimination, mais la réforme fut abandonnée parce qu’elle était « impraticable »—Dans son rapport, l’enquêteur a recommandé à la Commission de ne pas donner suite à la plainte en matière de classification déposée en vertu des art. 7 et 10 de la LCDP, en invoquant comme principal motif la fusion des groupes CR et PM—La Commission a accepté la recommandation de l’enquêteur, et elle a rejeté la plainte malgré l’opposition énergique de la demanderesse—Une demande formelle de motifs écrits a été refusée—Après réception d’un rapport d’enquête, la Commission peut soit demander au Tribunal d’instruire la plainte si elle est convaincue que l’examen de la plainte est justifié, soit rejeter la plainte—La Commission effectue un examen préalable de la plainte, elle ne statue pas sur le fond de la plainte—Elle doit évaluer s’il existe une preuve suffisante qui pourrait conduire le Tribunal à dire que la plaignante est victime d’une distinction illicite—Malgré la fusion des groupes CR et PM, les anciennes normes de classification prétendument discriminatoires continuaient de s’appliquer—Il n’était pas garanti qu’un nouveau régime de classification, conforme aux exigences de la LCDP, serait mis en application efficacement dans un avenir proche—La demanderesse avait droit à ce que ses allégations de distinction illicite soient examinées avec rigueur—En s’abstenant d’examiner l’un de ses arguments cruciaux, l’enquêteur, et finalement la Commission, ont manqué à leur obligation d’équité

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint without further proceedings pursuant to *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 44(3)(b)—Application of pragmatic, functional analysis to determine proper standard of review—Commission's decision either to dismiss complaint or refer to Tribunal must be reviewed on standard of reasonableness *simpliciter*—Issue question of mixed fact, law since involving application of general principles found in CHRA to specific circumstances—Issue of whether breach of duty of procedural fairness going to standard of correctness—Content of procedural fairness going to manner in which decision made whereas standard of review applicable to end product of decision maker's deliberations—As breach of procedural fairness usually voids decision, no assessment of standard of review required.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—*Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 44 conferring wide discretion on Commission when screening complaints—Same language used with respect to dismissing complaint or referring to Tribunal—Court should only intervene where decision under review unreasonable, i.e. without foundation or logical coherence—*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* establishing factors relevant in determining duty of procedural fairness—Commission must comply with duty of procedural fairness when deciding whether investigation report will be adopted or dismissed under CHRA, s. 44—Commission performing screening function under CHRA, s. 44 based on information collected by investigator, report—If based on inadequate investigation, Commission's decision not reasonable since defective evidentiary foundation—Obligation to conduct neutral, thorough investigation component of duty of procedural fairness—Investigator's report focused exclusively on fact CR, PM occupational groups no longer segregated—Ignoring fact classification system never modified to eliminate alleged discriminatory aspects—Where legal right to make submissions in response

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

procédurale—La décision de la Commission était déraisonnable parce qu'elle n'était pas appuyée par une enquête adéquate et qu'elle n'était pas le résultat d'un raisonnement incontournable—Il y a eu aussi manquement à l'obligation d'équité procédurale parce qu'elle n'a pas motivé adéquatement sa décision, vu le caractère déficient de l'enquête, l'importance de la question posée et la longue période qui s'était écoulée depuis que la plainte avait été déposée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui avait rejeté, la classant sans suite, la plainte de la demanderesse, en application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP), art. 44(3)b)—Application de l'approche pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle à appliquer—La décision de la Commission de rejeter la plainte ou de la renvoyer au Tribunal doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—La question posée était une question mixte de droit et de fait, puisqu'elle concernait l'application de principes généraux, exposés dans la LCDP, à des circonstances précises—Il s'agissait de savoir si un manquement à l'obligation d'équité procédurale devait être revu selon la norme de la décision correcte—L'équité procédurale intéresse la manière dont la décision a été rendue tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat des délibérations du décideur—Un manquement à l'équité procédurale aura généralement pour effet d'invalider automatiquement la décision contestée, et aucune recherche de la norme de contrôle ne s'impose alors.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—L'art. 44 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission lorsqu'elle fait un examen préalable des plaintes—Le même texte est employé pour le rejet d'une plainte ou pour son renvoi au Tribunal—La Cour ne doit intervenir que si la décision contestée est déraisonnable, c'est-à-dire si elle est dépourvue de fondement ou de cohérence logique—L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* expose les facteurs permettant de dire s'il existe une obligation d'équité procédurale—La Commission est soumise à une obligation d'équité procédurale lorsqu'elle décide si le rapport d'enquête sera adopté ou rejeté, en application de l'art. 44 de la LCDP—Elle exerce, de par l'art. 44 de la LCDP, une fonction d'examen préalable qui se fonde sur les renseignements recueillis par l'enquêteur et figurant dans le rapport—Si la décision de la Commission repose sur une enquête déficiente, elle ne pourra être qualifiée de raisonnable puisque ses éléments probants sont alors insuffisants—L'obligation de mener une enquête neutre et rigoureuse est un élément de l'obligation d'équité procédurale—Le rapport

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to investigator's report, parties can alert decision maker to minor omissions or errors by way of submissions—Where omissions cannot be rectified, judicial review warranted, i.e. where omission of such fundamental nature that merely drawing decision maker's attention to omission not compensating therefor—Applicant drew Commission's attention to perceived deficiencies in investigator's report, but omission of such fundamental character applicant's response to investigator's report could not rectify problem—Duty of fairness not generally requiring that reasons be provided for administrative decisions, even if useful in ensuring fair, transparent decision making—But duty of fairness requiring written reasons where decision has important significance for individual, when statutory right of appeal—Obligation to give reasons may be fulfilled in certain circumstances if decision based on report or on subordinate's notes—Commission had duty to go beyond merely referring to investigator's report, to explain ultimate decision to dismiss complaint—Commission violated duty of procedural fairness since applicant could neither make sense of Commission's decision, nor understand why arguments rejected.

### **Sketchley v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . 392**

Human Rights—Appeal from Federal Court decision allowing respondent's judicial review of Canadian Human Rights Commission's decision dismissing complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC)—Respondent, HRDC employee, taking full-time leave without pay in January 1997 due to illness—TB policy on leave without pay for medical reasons requiring date for termination of such leave be decided within two years of leave's commencement—Respondent's May 1999 request leave be continued for another year denied—Respondent taking medical retirement, but filing complaint with Commission alleging TB policy discriminatory against disabled workers as employees on leave without pay for other reasons permitted longer duration—Also filing complaint alleging HRDC failing to accommodate disability, applying TB policy to her in discriminatory fashion—Legal, factual substance of Commission's decision found in reports of complaints investigator—Federal Court Judge rightly holding

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d'enquête se focalisait uniquement sur le fait que les groupes professionnels CR et PM n'étaient plus séparés—C'était là ne pas reconnaître que le régime de classification n'avait jamais été modifié pour qu'en soient éliminés les présumés aspects discriminatoires—Lorsque les parties ont le droit de présenter des observations en réponse à un rapport d'enquête, elles peuvent corriger les omissions ou erreurs mineures en les portant à l'attention du décideur, par des observations—Lorsque les omissions ne peuvent être rectifiées, un contrôle judiciaire devient alors justifié, par exemple si l'omission considérée est d'une nature si fondamentale que le simple fait de la signaler au décideur ne suffira pas à la corriger—La demanderesse avait appelé l'attention de la Commission sur les lacunes apparentes du rapport d'enquête, mais l'omission était si fondamentale que la réponse de la demanderesse au rapport d'enquête ne pouvait pas corriger le problème—En règle générale, l'obligation d'équité ne requiert pas que des motifs accompagnent les décisions administratives, même si l'on a souvent souligné leur utilité pour des décisions équitables et transparentes—Mais l'obligation d'équité appelle des motifs écrits lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans les cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi—L'obligation de motiver une décision peut dans certains cas devoir être observée si la décision s'appuie sur un rapport ou sur les notes d'un subordonné—La Commission avait le devoir de faire davantage que simplement s'en remettre au rapport d'enquête, et elle devait expliquer sa décision ultime de rejeter la plainte—La Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale puisque la demanderesse ne pouvait pas véritablement saisir la décision à laquelle elle était arrivée, ni comprendre pourquoi les arguments avancés par elle avaient été rejetés.

### **Sketchley c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . 392**

Droits de la personne—Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC)—En janvier 1997, l'intimée, une employée de DRHC, a pris un congé non rémunéré à temps plein pour cause de maladie—Selon la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui suivent la date du début du congé—La demande qu'a présentée l'intimée en mai 1999 en vue d'obtenir que son congé soit prolongé d'un an a été refusée—L'intimée a pris sa retraite pour des raisons médicales, mais a déposé devant la Commission une plainte dans laquelle elle a allégué que la politique du CT était discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience puisque la limite de deux ans ne s'applique pas aux

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

that reports constituting Commission's reasoning—Principles underlying determination of standard of review examined—TB complaint—Issue before Federal Court whether complaint established *prima facie* discrimination—Application of pragmatic and functional factors leading to correctness standard of review re: Commission's decision—Judge correct to hold inflexibility of TB policy on leave for medical reasons establishing *prima facie* discrimination—Onus thus shifting to employer to justify discrimination as *bona fide* occupational requirement (BFOR)—Commission not considering BFOR test as required—Decisions holding TB policy not discriminatory under Charter, s. 15 distinguished because, *inter alia*, Supreme Court of Canada not expressly stating necessary s. 15 Charter analysis, human rights discrimination analysis exactly mirror each other—HRDC complaint—That complaint matter of procedural fairness (i.e. concerning manner in which Commission arriving at decision)—Judge finding investigation with respect to complaint flawed as lacking thoroughness—Content of duty of fairness determined according to factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Failure to investigate question of accommodation once leave commenced, failure to explore whether leave should have been extended, failure to investigate alleged individual discrimination constituting breach of duty of fairness—Report not forming fair foundation for Commission's decision, evidence omitted so obviously crucial and of such fundamental nature that respondent could not compensate for its absence through responding submissions—Appeal dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of Canadian Human Rights Commission's dismissal of complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC)—Secondary appellate level (i.e. this Court) determining on correctness standard whether reviewing judge choosing, applying proper standard—Here, Federal Court Judge applying correct

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour d'autres motifs—Elle a également déposé une plainte dans laquelle elle a allégué que DRHC avait refusé de tenir compte de sa déficience et lui avait appliqué la politique du CT de façon discriminatoire—Le fondement juridique et factuel de la décision de la Commission se trouve dans les rapports de l'enquêteur—Le juge de la Cour fédérale a conclu à juste titre que les rapports représentaient les motifs de la décision de la Commission—Les principes qui sous-tendent la détermination de la norme de contrôle ont été examinés—Plainte concernant le CT—La question dont était saisie la Cour fédérale consistait à savoir si la plainte établissait l'existence d'une discrimination à première vue—L'application des facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission favorisait la norme de contrôle de la décision correcte—Le juge a eu raison de dire que l'inflexibilité de la politique du CT relative aux congés pour des raisons médicales établissait l'existence d'une discrimination à première vue—Il revenait ensuite à l'employeur de démontrer que la discrimination était une exigence professionnelle justifiée (EPJ)—La Commission n'a pas tenu compte du critère relatif à l'EPJ tel que requis—Une distinction a été faite d'avec certaines décisions selon lesquelles la politique du CT a été jugée non discriminatoire en vertu de l'art. 15 de la Charte parce que, notamment, la Cour suprême du Canada n'a pas expressément dit que l'analyse fondée sur l'art. 15 de la Charte et l'analyse de la discrimination doivent nécessairement être identiques—Plainte concernant DRHC—Cette plainte concernait l'équité procédurale (c.-à-d. qu'elle concernait la manière dont la Commission a pris sa décision)—Le juge a conclu que l'enquête sur la plainte n'était pas valable parce qu'elle manquait de rigueur—Le contenu de l'obligation d'équité a été déterminé en fonction des facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*—Le fait que, lorsque le congé a été accordé, il n'a plus été question d'accommodement, le fait que l'enquêteur n'a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé et le fait qu'il ne s'est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l'intimée constituent un manquement à l'obligation d'équité—Le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission, et la preuve omise était à ce point cruciale et fondamentale que l'intimée ne pouvait compenser son absence par ses observations en réponse—Appel rejeté.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter des plaintes déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC)—Le deuxième niveau d'appel (c.-à-d. la Cour) doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

standards but not conducting pragmatic and functional analysis— Pragmatic and functional analysis to be undertaken by reviewing court (i.e. Federal Court) with respect to each decision of administrative decision maker, not merely each general type of decision of particular decision maker under particular provision— That approach applying to TB complaint, but not HRDC complaint as latter matter of procedural fairness, requiring elements of decision relevant to procedural fairness be isolated, reviewed as questions of law—Whether TB complaint establishing *prima facie* discrimination question of law, and Supreme Court of Canada stating in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that such questions reviewable on standard of correctness, but until matter clarified, Court preferring to proceed with pragmatic, functional analysis as clearly directed by S.C.C. in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*—Four pragmatic, functional factors leading on balance to standard of correctness.

## SOMMAIRE (Fin)

choisi et appliqué la norme pertinente—En l'espèce, le juge de la Cour fédérale a appliqué les normes pertinentes, mais n'a pas fait l'analyse pragmatique et fonctionnelle—La cour de révision (c.-à-d. la Cour fédérale) doit effectuer l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise—Cette approche s'appliquait à la concernant DRHC puisque cette dernière concernait l'équité procédurale, ce qui nécessitait que les éléments de la décision qui touchent à l'équité procédurale soient isolés et examinés comme des questions de droit—La question de savoir si la plainte concernant le CT établissait l'existence d'une discrimination à première vue était une question de droit, et la Cour suprême du Canada a affirmé, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, que la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard de ces questions, mais la Cour trouva préférable, jusqu'à ce que la question soit clarifiée, d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle comme l'a clairement indiqué la C.S.C. dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*—Les quatre facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle favorisaient, tout bien pesé, l'application de la norme de la décision correcte.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Aventis Pharma Inc. v. Pharmascience Inc.*, [2005] 4 F.C.R. 301 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-155-05, 2006 FCA 229). The reasons for judgment handed down 21/6/06, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Sam Lévy & Associés Inc. v. Mayrand*, [2006] 2 F.C.R. 543 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-264-05, 2006 FCA 205), reasons for judgment handed down 30/5/06.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Public Service Alliance of Canada v. Canada*, [2005] 3 F.C.R. 443 (F.C.A.), was reversed by a decision dated 23/6/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Air Canada Pilots Assn. v. Airline Pilots Assn.*, A-357-05, 2006 FCA 74, Sharlow J.A., judgment dated 15/2/06, leave to appeal to S.C.C. refused 29/6/06.

*Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, A-431-05, 2006 FCA 64, Richard C.J., judgment dated 13/2/06, leave to appeal to S.C.C. refused 3/8/06.

*De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-558-04, 2005 FCA 436, Evans J.A., judgment dated 20/12/05, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 22/6/06.

*Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, A-557-04, 2006 FCA 31, Rothstein J.A., judgment dated 27/1/06, will be

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Aventis Pharma Inc. c. Pharmascience Inc.*, [2005] 4 R.C.F. 301 (C.F.), a été confirmée en appel (A-155-05, 2006 CAF 229). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 21-6-06, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, [2006] 2 R.C.F. 543 (C.F.), a été confirmée en appel (A-264-05, 2006 CAF 205), les motifs du jugement ayant été prononcés le 30-5-06.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*, [2005] 3 R.C.F. 443 (C.A.F.), a été infirmé par une décision en date du 23-6-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Assoc. des pilotes d'Air Canada c. Assoc. des pilotes des lignes aériennes*, A-357-05, 2006 CAF 74, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 15-2-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29-6-06.

*Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, A-431-05, 2006 CAF 64, le juge en chef Richard, jugement en date du 13-2-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-8-06.

*De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-558-04, 2005 CAF 436, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 20-12-05, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 22-6-06.

*Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, A-557-04, 2006 CAF 31, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 27-1-06, sera

published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 20/7/06.

*Reid v. Canada*, A-143-05, 2006 FCA 70, Sharlow J.A., judgment dated 15/2/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 29/6/06.

*VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency)*, A-277-05, 2006 FCA 45, Décary J.A., judgment dated 6/2/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 3/8/06.

publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-7-06.

*Reid c. Canada*, A-143-05, 2006 CAF 70, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 15-2-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29-6-06.

*VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports)*, A-277-05, 2006 CAF 45, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 6-2-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-8-06.

ISSN 1714-3713 (print/imprimé)  
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 3, Part 2**

**2006, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-640-03  
2005 FC 1320

T-640-03  
2005 CF 1320

**Ontario Harness Horse Association (Applicant)**

v.

**Canadian Pari-Mutuel Agency and Sudbury Downs Holdings, A Division of MacRanald Enterprises Incorporated (Respondents)**

*INDEXED AS: ONTARIO HARNESS HORSE ASSN. v. CANADA (PARI-MUTUEL AGENCY) (F.C.)*

Federal Court, Heneghan, J.—Toronto, March 29; Ottawa, September 27, 2005.

*Construction of Statutes — Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations, s. 90(1)(d) — Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to s. 90(1)(d) — Applying principles of statutory interpretation, i.e. wording, context, scheme, object of legislation, policy considerations of Governor in Council, application for approval for inter-track betting requiring executed Pre-Licence Agreement (including details of scheduling of races, sharing of revenues) with horsemen under contract to racing association making application — Requirement same whether racing association applying as host, satellite track — Sudbury Downs fulfilled condition by providing CPMA with copy of executed Pre-Licence Agreement with Northern Horsemen's Association — S. 90(1)(c) requiring that racing associations (host, satellite tracks) have agreement with each other to conduct inter-track betting — Agreement required between associations, not individual members of associations — Language of Regulations' enabling statute (Criminal Code, s. 204(8), (9)) confirming Parliament's intention Regulations provide effective, efficient pari-mutuel betting supervision to protect betting public against fraudulent practices, help maintain viable racing industry — Regulatory Impact Analysis Statement relating to amendments of Regulations, s. 90(1)(d) stating requirements pertaining to execution of agreements between race track associations, horsemen under contract thereto when associations applying for betting permit — CPMA properly interpreting statutory requirements of Regulations, s. 90(1)(d).*

**Ontario Harness Horse Association (demanderesse)**

c.

**Agence canadienne du pari mutuel et Sudbury Downs Holdings, division de MacRanald Enterprises Incorporated (défenderesses)**

*RÉPERTORIÉ : ONTARIO HARNESS HORSE ASSN. c. CANADA (AGENCE DU PARI MUTUEL) (C.F.)*

Cour fédérale, juge Heneghan—Toronto, 29 mars; Ottawa, 27 septembre 2005.

*Interprétation des lois — L'art. 90(1)d) du Règlement sur la surveillance du pari mutuel — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d) — Compte tenu des principes pertinents d'interprétation des lois, soit l'examen des mots, du contexte, de l'esprit et de l'objet de la loi ou du règlement en question ainsi que des considérations de politique du gouverneur en conseil, l'association qui demande l'approbation relative à la tenue d'un pari inter-hippodromes doit présenter l'entente de licence temporaire (comportant les détails relatifs au calendrier et à la répartition des revenus) qu'elle a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle — L'exigence est la même, que l'association des courses présente sa demande à titre d'hippodrome hôte ou d'hippodrome satellite — Sudbury Downs a rempli la condition en remettant à l'ACPM une copie de l'entente de licence temporaire qu'elle avait signée avec la Northern Horsemen's Association — L'art. 90(1)c) exige que les associations de courses (l'hippodrome hôte et l'hippodrome satellite) aient conclu une entente entre elles au sujet de la tenue d'un pari inter-hippodromes — L'entente doit avoir été conclue entre les associations et non entre les membres de celles-ci — Le texte des dispositions législatives habilitantes (art. 204(8) et (9) du Code criminel) confirme l'intention du Parlement d'assurer au moyen du Règlement une surveillance efficace et rentable du pari mutuel afin de protéger les parieurs contre les pratiques frauduleuses et de contribuer de ce fait à maintenir la viabilité de l'industrie des courses hippiques — Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation concernant les modifications apportées à l'art. 90(1)d) du Règlement énonce les exigences relatives à la conclusion d'ententes entre les associations de courses et*

*Criminal Justice — Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations, s. 90(1)(d) — Regulations enacted under Criminal Code, s. 204(8) — Pari-mutuel betting form of betting in which individuals wagering on winning horses share in total amount bet by public, less percentage paid to racetrack operators — "Inter-track betting" defined in Regulations, s. 2 as pari-mutuel betting at satellite tracks on race at host track where money bet at host, satellite tracks pooled — Sudbury Downs racetrack racing association for purposes of Criminal Code, s. 204(11) — CPMA administering pari-mutuel betting on horses in Canada in accordance with Regulations — Criminal Code, s. 204(1)(c)(ii) providing exemption from prohibition of wagering for bets made through pari-mutuel system if compliance with Regulations — CPMA correctly interpreting, applying Regulations, s. 90(1)(d).*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations, s. 90(1)(d) — Whether CPMA properly interpreted requirements of Regulations, s. 90(1)(d) question of law — Correctness applicable standard of review — Whether CPMA properly applied s. 90(1)(d) to Sudbury Downs' application for inter-track betting question of mixed fact and law — Standard of review reasonableness simpliciter — CPMA not erring by failing to consider fact Pre-Licence Agreements negotiated between the Ontario Harness Horse Association (OHHA), host tracks contained provisions suggesting OHHA having to approve inter-track betting before host track could participate — Satisfaction of condition precedent to Pre-Licence Agreement issue for OHHA to resolve with each racing association with which having contract — Contractual dispute beyond scope of judicial review; not issue for CPMA, public — CPMA not erring in granting approval to Sudbury Downs' application for inter-track betting; decision not unreasonable.*

*leurs hommes de cheval à contrat lorsqu'elles font une demande de permis de pari mutuel — L'ACPM a interprété correctement les exigences de l'art. 90(1)d) du Règlement.*

*Justice criminelle et pénale — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d) du Règlement sur la surveillance du pari mutuel — Le Règlement a été pris en application de l'art. 204(8) du Code criminel — Le pari mutuel est une forme de pari dans le cadre duquel les personnes qui misent sur des chevaux gagnants se partagent le montant total parié par le public, déduction faite d'un pourcentage versé aux exploitants d'hippodromes — Selon l'art. 2 du Règlement, le pari inter-hippodromes s'entend du pari mutuel tenu à un ou plusieurs hippodromes satellites sur une course disputée à un hippodrome hôte, dans le cadre duquel les mises faites à chacun des hippodromes satellites sont réunies avec les mises de l'hippodrome hôte — Sudbury Downs est une association de courses visée par l'art. 204(11) du Code criminel — L'ACPM est chargée de l'administration du pari mutuel sur les chevaux au Canada conformément au Règlement — L'art. 204(1)c)(ii) prévoit une exemption à l'interdiction du pari dans le cas des paris faits par l'intermédiaire d'un système de pari mutuel, pourvu que les règlements soient respectés — L'ACPM a interprété et appliqué correctement l'art. 90(1)d) du Règlement.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)d) du Règlement sur la surveillance du pari mutuel — La question de savoir si l'ACPM a bien interprété les exigences de l'art. 90(1)d) du Règlement est une question de droit — La norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte — L'application par l'ACPM de l'art. 90(1)d) à la demande d'autorisation de Sudbury Downs à l'égard de la tenue d'un pari inter-hippodromes soulève des questions mixtes de faits et de droit — La norme de contrôle est la décision raisonnable simpliciter — L'ACPM n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte du fait que les ententes de licence temporaire qui ont été négociées entre l'Ontario Harness Horse Association (OHHA) et les hippodromes hôtes comportaient des dispositions donnant à penser que celle-ci devait approuver la tenue d'un pari inter-hippodromes avant qu'un hippodrome hôte puisse participer — Le respect d'une condition préalable à une entente de licence temporaire est une question que l'OHHA doit régler avec chacune des associations de courses avec lesquelles elle a signé une entente — Il s'agit d'un différend de nature contractuelle qui dépasse la portée du contrôle judiciaire et qui ne concerne*



*Practice — Parties — Standing — Judicial review of decision of Executive Director of Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA) approving Sudbury Downs Holdings' (Sudbury Downs) application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario, other provinces pursuant to Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations, s. 90(1)(d) — Applicant not having standing to challenge CPMA's decision — Federal Courts Act, s. 18.1(1) providing application for judicial review may be made by Attorney General of Canada, anyone directly affected by matter in respect of which relief sought — Provision broad enough to authorize recognition of standing even if applicant not "directly affected" where test for public interest standing met — Sudbury Downs, Northern Horsemen's Association, racing associations with which Sudbury Downs intends to inter-track bet affected by CPMA's decision — No evidence applicant, horsemen represents directly affected by CPMA's decision — Applicant also not having public interest standing since failed tri-partite test — No serious issue raised — Applicant seeking to have Court enforce contractual obligations having no connection to CPMA's decision — Applicant also not having genuine interest in matter since no evidence of harm to it by CPMA's decision — Rather, applicant seeking to exclude racing associations not utilizing applicant as exclusive representative of horsemen under contract therewith — Finally, other "reasonable and effective way" to bring CPMA's decision in issue before Court i.e. by party involved in application for approval.*

This was an application for judicial review of the decision of the Executive Director of the Canadian Pari-Mutuel Agency (CPMA), which was communicated to the applicant, approving Sudbury Downs' application to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario and in other provinces between March 26 and December 31, 2003, pursuant to paragraph 90(1)(d) of the *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, enacted under subsection 204(8) of the *Criminal Code*. Pari-mutuel betting is a form of betting in which individuals who wager on winning horses share in the total amount bet by the public, less a percentage paid to the racetrack operators. "Inter-track betting" is defined in section 2 of the *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations* as

*pas l'ACPM ou le public — L'ACPM n'a pas commis d'erreur en approuvant la demande de Sudbury Downs en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes; la décision n'était pas déraisonnable.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs Holdings (Sudbury Downs) à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces, conformément à l'art. 90(1)(d) du Règlement sur la surveillance du pari mutuel — La demanderesse n'avait pas la qualité voulue pour contester la décision de l'ACPM — L'art. 18.1(1) de la Loi sur les Cours fédérales prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande — Cette disposition est suffisamment large pour permettre de reconnaître à la partie demanderesse la qualité pour agir, même si elle n'est pas « directement touchée », lorsque le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public est établi — Sudbury Downs, la Northern Horsemen's Association et les associations de courses avec lesquelles Sudbury Downs a l'intention de tenir un pari inter-hippodromes sont touchées par la décision de l'ACPM — Il n'y avait aucun élément de preuve montrant que la demanderesse ou les professionnels du cheval qu'elle représente étaient directement touchés par la décision de l'ACPM — La demanderesse n'avait pas non plus qualité pour agir dans l'intérêt public parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère tripartite applicable — Aucune question sérieuse n'a été soulevée — La demanderesse demandait à la Cour de donner effet à des obligations contractuelles qui n'avaient aucun lien avec la décision de l'ACPM — La demanderesse n'avait pas non plus d'intérêt véritable dans l'affaire, car il n'a pas été prouvé que la décision de l'ACPM lui a causé ou lui causera un préjudice — La demanderesse cherchait plutôt à exclure les associations de courses qui ne l'utilisaient pas comme représentant exclusif des professionnels du cheval sous contrat avec elle — Enfin, il existait une autre manière raisonnable et efficace de porter devant la Cour la décision de l'ACPM qui était en litige, c'est-à-dire par l'entremise d'une partie visée par la demande d'approbation.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision qui a été communiquée à la demanderesse et par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a autorisé Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces entre le 26 mars et le 31 décembre 2003, conformément à l'alinéa 90(1)d) du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*, pris en application du paragraphe 204(8) du *Code criminel*. Le pari mutuel est une forme de pari dans le cadre duquel les personnes qui misent sur des chevaux gagnants se partagent le montant total parié par le public, déduction faite d'un pourcentage versé aux exploitants d'hippodromes. Le « pari

pari-mutuel betting at satellite tracks on a race at a host track, where the money bet at the host, satellite tracks is pooled. The Ontario Harness Horse Association (OHHA) is a voluntary association representing approximately 5000 horsemen in Ontario. It negotiates agreements with racing associations concerning, among other things, the distribution of revenue from inter-track betting. Sudbury Downs Holdings owns and operates a racetrack in Greater Sudbury. It is a racing association (as opposed to a horsemen's association) for purposes of subsection 204(11) of the *Criminal Code*. The CPMA is responsible for the administration of pari-mutuel betting on horses in Canada in accordance with the Regulations.

The Regulations require racetrack owners to apply for permits, authorizations and approvals (licences) to conduct various kinds of betting. When applying for a licence to conduct inter-track betting, a racetrack must provide evidence of an executed agreement with the horsemen under contract to it for the period of the proposed licences. These agreements (Pre-Licence Agreements) must cover the scheduling of races (Schedule) for, and the sharing of revenues (Split) from, the proposed inter-track betting. Since the Regulations came into effect in 1991, the horsemen's associations have negotiated and executed the Pre-Licence Agreements on behalf of the horsemen, defined in section 2 of the Regulations.

In 1998, a number of horsemen in northern Ontario formed the Northern Horsemen's Association (NHA), which has concluded Pre-Licence Agreements with Sudbury Downs, incorporating the Schedule and the Split since that time. Meanwhile, the OHHA negotiated Pre-Licence Agreements with several Ontario racing associations for 2003. A condition of those agreements was that the named racing associations, with one exception, would not participate in any form of inter-track betting without the approval of the OHHA. The OHHA has not approved inter-track betting with Sudbury Downs racetrack. In November 2002, Sudbury Downs applied to the CPMA for approval to conduct inter-track betting for the year 2003. Based on the Pre-Licence Agreement with the NHA, the CPMA approved Sudbury's application for the period from March 26, 2003 to December 31, 2003, and notified the OHHA of its decision.

inter-hippodromes » est défini à l'article 2 du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel* comme un pari-mutuel tenu à des hippodromes satellites sur une course disputée à un hippodrome hôte, dans le cadre duquel les mises faites à l'hippodrome hôte et aux hippodromes satellites sont réunies. L'Ontario Harness Horse Association (OHHA) est une association bénévole qui représente environ cinq mille professionnels du cheval de l'Ontario. Elle négocie les accords avec les associations de courses au sujet, notamment, de la répartition des recettes découlant du pari inter-hippodromes. Sudbury Downs Holdings possède et exploite un hippodrome dans le Grand Sudbury. Elle est une association de courses (plutôt qu'une association des professionnels du cheval) visée au paragraphe 204(11) du *Code criminel*. L'ACPM est chargée de l'administration du pari mutuel sur les chevaux au Canada conformément au Règlement.

Le Règlement oblige les propriétaires d'hippodromes à demander des permis, autorisations et approbations (les licences) afin de tenir différents types de paris. Lorsqu'il demande une licence l'autorisant à tenir un pari inter-hippodromes, l'hippodrome doit fournir la preuve d'une entente qu'il a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour lui pour la période de la licence proposée. L'entente (entente de licence temporaire) doit couvrir le calendrier des courses (le calendrier) et la répartition des revenus (la répartition) tirés des paris proposés. Depuis que le Règlement est entré en vigueur en 1991, ce sont les associations des professionnels du cheval qui ont négocié et signé les ententes de licence temporaire pour le compte desdits professionnels. L'expression professionnels du cheval est définie à l'article 2 du Règlement.

En 1998, un certain nombre de professionnels du cheval du nord de l'Ontario ont formé la Northern Horsemen's Association (la NHA), qui a conclu avec Sudbury Downs une entente de licence temporaire faisant état du calendrier et de la répartition des revenus et a continué à le faire pendant les années suivantes. Entre-temps, l'OHHA a négocié des ententes de licence temporaire avec plusieurs associations de courses de l'Ontario pour l'année 2003. Ces ententes prévoyaient notamment que les associations de courses désignées, à l'exception d'une, ne participeraient à aucune forme de pari inter-hippodromes sans l'approbation de l'OHHA. L'OHHA n'a pas approuvé la tenue d'un pari inter-hippodromes à Sudbury Downs. En novembre 2002, Sudbury Downs a demandé à l'ACPM l'autorisation de tenir un pari inter-hippodromes pour l'année 2003. Compte tenu de l'entente de licence temporaire conclue avec la NHA, l'ACPM a approuvé la demande de Sudbury pour la période allant du 26 mars 2003 au 31 décembre 2003 et a avisé l'OHHA de sa décision.

The issues were what was the applicable standard of review for decisions of the CPMA; whether Regulations, paragraph 90(1)(d) requires that before approval is given for inter-track betting, both the host track and the satellite track have entered into Pre-Licence Agreements with the horsemen under contract to them concerning the Schedule and Split from the proposed inter-track betting; whether the CPMA erred in approving Sudbury Downs' application to conduct inter-track betting pursuant to paragraph 90(1)(d) of the Regulations; and whether the OHHA had standing to bring the application.

*Held*, the application should be dismissed.

As to the standard of review, the issue of whether the CPMA properly interpreted the requirements of paragraph 90(1)(d) of the Regulations was a question of law. Applying a pragmatic and functional analysis, the applicable standard of review was correctness. The issue of whether the CPMA properly applied paragraph 90(1)(d) was a question of mixed fact and law reviewable according to the standard of reasonableness *simpliciter*.

Applying the relevant principles of statutory interpretation, such as the wording, context, scheme and object of the legislation, as well as the policy considerations of the Governor in Council, paragraph 90(1)(d) requires, in applying for approval for inter-track betting, an executed Pre-Licence Agreement with the horsemen under contract to the racing association making the application, which agreement includes details of the Schedule and the Split. This requirement appears to be the same, whether the racing association is applying as a host track or a satellite track. Moreover, paragraph 90(1)(c) requires that the racing associations (host track and satellite track) have an agreement with each other to conduct inter-track betting. It does not require that there be an agreement between the horsemen of one racing association and the racing association with which it intends to inter-track bet and does not require that the horsemen under contract to the host track have an agreement or consent to inter-track betting with a proposed satellite track. The agreement is between the associations, not individual members of the associations. The language of the Regulations' enabling statute, that is subsections 204(8) and (9) of the *Criminal Code*, confirms the intention of Parliament that the Regulations provide effective and efficient pari-mutuel betting supervision in order to protect the betting public against fraudulent practices, thereby helping to maintain a viable racing industry. Finally, the Regulatory Impact Analysis Statement relating to amendments of paragraph 90(1)(d) states that the requirements pertain to the execution of agreements between race track associations and the horsemen under

Le litige concernait la détermination de la norme de contrôle applicable aux décisions de l'ACPM et les questions de savoir si l'alinéa 90(1)d) du Règlement exige qu'avant que la tenue d'un pari inter-hippodromes soit approuvée, l'hippodrome satellite et l'hippodrome hôte aient tous deux conclu des ententes de licence temporaire avec les professionnels du cheval sous contrat avec eux relativement au calendrier et à la répartition des revenus tirés du pari proposé, si l'ACPM avait commis une erreur en autorisant Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes conformément à l'alinéa 90(1)d) du Règlement et si l'OHHA avait la qualité voulue pour déposer la demande.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Quant à la norme de contrôle, la question de savoir si l'ACPM avait bien interprété les exigences de l'alinéa 90(1)d) du Règlement était une question de droit. Compte tenu de la méthode de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte. La question de savoir si l'ACPM a bien appliqué l'alinéa 90(1)d) était une question mixte de faits et de droit susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

Compte tenu des principes pertinents d'interprétation législative, notamment l'examen des mots, du contexte, de l'esprit et de l'objet de la loi ou du règlement en question ainsi que des considérations de politique du gouverneur en conseil, l'alinéa 90(1)d) du Règlement exige que l'association qui demande l'approbation relative à la tenue d'un pari inter-hippodromes présente l'entente de licence temporaire qu'elle a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle, laquelle entente comporte les détails relatifs au calendrier et à la répartition des revenus. Cette exigence semble être la même, que l'association des courses présente sa demande à titre d'hippodrome hôte ou d'hippodrome satellite. De plus, selon l'alinéa 90(1)c), une entente doit avoir été conclue entre les associations de courses, c'est-à-dire l'hippodrome hôte et l'hippodrome satellite, au sujet de la tenue d'un pari inter-hippodromes. L'alinéa 90(1)c) n'exige pas qu'il y ait une entente entre les professionnels du cheval d'une association de courses et l'association de courses avec laquelle la première compte tenir un pari inter-hippodromes, ni que les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour l'hippodrome hôte consentent à la tenue d'un pari inter-hippodromes avec un hippodrome satellite proposé. L'entente est conclue entre les associations et non entre les membres de celles-ci. Le texte des dispositions législatives habilitantes, soit les paragraphes 204(8) et (9) du *Code criminel*, confirme l'intention du Parlement d'assurer au moyen du Règlement une surveillance efficace et rentable du pari mutuel afin de protéger les parieurs contre les pratiques frauduleuses et de contribuer de ce fait à maintenir la viabilité

contract to them when the associations apply for a betting permit. The CPMA properly interpreted the statutory requirements of paragraph 90(1)(d) of the Regulations.

The CPMA did not err in granting approval to Sudbury Downs' application for inter-track betting and its decision was not unreasonable. Sudbury Downs had fulfilled the statutory requirements by providing a copy of an executed Pre-Licence Agreement with the NHA, which contained clauses setting out agreements for the Schedule and the Split. It had also submitted copies of the agreements between it and the host tracks with which it intended to inter-track bet. At that stage, the CPMA's approval was merely an authorization to conduct inter-track betting. The CPMA did not err by failing to consider the fact that the Pre-Licence Agreements negotiated between the OHHA and the host tracks contained provisions suggesting that the OHHA had to approve inter-track betting before a host track could participate. The question of satisfaction of a condition precedent to a Pre-Licence Agreement is a private issue for the OHHA to resolve with each of the racing associations with which it has a contract. That is a contractual dispute beyond the scope of judicial review and, consequently, was not an issue for the CPMA or for the public.

The applicant did not have standing to challenge the CPMA's decision. Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought. That provision is broad enough to authorize the recognition of standing even if the applicant is not "directly affected" where the test for public interest standing is met. The parties affected by the CPMA's decision were Sudbury Downs, the NHA and the racing associations with which Sudbury Downs intends to inter-track bet. There was no existing contractual relationship between the applicant and Sudbury Downs, and thus no evidence that the applicant or the horsemen it represents were directly affected by the CPMA's decision. The applicant also did not have public interest standing since it failed the tri-partite test for recognition thereof. It did not raise a serious issue for trial. There was no connection between the contractual obligations resulting from the applicant's Pre-Licence Agreements with racing associations that it sought to have enforced by the Court and the CPMA's

de l'industrie des courses hippiques. Enfin, Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation concernant les modifications apportées à l'alinéa 90(1)d) du Règlement énonce que les exigences portent sur la conclusion d'ententes entre les associations de courses et leurs hommes de cheval à contrat lorsqu'elles font une demande de permis de pari mutuel. L'ACPM a interprété correctement les exigences de l'alinéa 90(1)d) du Règlement.

L'ACPM n'a pas commis d'erreur en accordant à Sudbury Downs l'approbation demandée en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes et sa décision n'était pas déraisonnable. Sudbury Downs s'était conformée aux exigences législatives en fournissant une copie d'une entente de licence temporaire conclue avec la NHA, laquelle entente comportait des clauses concernant le calendrier des courses et la répartition des revenus. De plus, elle avait remis des copies des ententes qu'elle avait conclues avec les hippodromes hôtes avec lesquels elle avait l'intention de tenir un pari inter-hippodromes. L'approbation que l'ACPM a donnée à ce stade-ci était simplement une autorisation quant à la tenue d'un pari inter-hippodromes. L'ACPM n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte du fait que les ententes de licence temporaire qui avaient été négociées entre l'OHHA et les hippodromes hôtes comportaient des dispositions donnant à penser que celle-ci devait approuver la tenue d'un pari inter-hippodromes avant qu'un hippodrome hôte puisse participer. Le respect d'une condition préalable à une entente de licence temporaire est une question que l'OHHA doit régler avec chacune des associations de courses avec lesquelles elle a signé une entente. Il s'agit d'un différend de nature contractuelle qui dépasse la portée du contrôle judiciaire et qui, par conséquent, ne concernait pas l'ACPM ou le public.

La demanderesse n'avait pas la qualité voulue pour contester la décision de l'ACPM. Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande. Cette disposition est suffisamment large pour permettre de reconnaître à la partie demanderesse la qualité pour agir, même si elle n'est pas « directement touchée », lorsque le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public est établi. Les parties touchées par la décision de l'ACPM étaient Sudbury Downs, la NHA et les associations de courses avec lesquelles Sudbury Downs avait l'intention de tenir un pari inter-hippodromes. Il n'y avait aucun lien contractuel existant entre la demanderesse et Sudbury Downs et, par conséquent, aucun élément de preuve montrant que la demanderesse ou les professionnels du cheval qu'elle représentait étaient directement touchés par la décision de l'ACPM. La demanderesse n'avait pas non plus qualité pour agir dans l'intérêt public, puisqu'elle n'avait pas satisfait au critère tripartite applicable à cet égard. Elle n'a soulevé

decision. The applicant also did not have a genuine interest in the matter since there was no evidence of harm to it by the CPMA's approval of Sudbury Downs' application to inter-track bet. Rather, the applicant was seeking to exclude those racing associations which do not utilize it as the exclusive representative of the horsemen under contract to it. Finally, there was another "reasonable and effective way" to bring the CPMA's decision in issue before the Court — i.e. by a party involved in the application for approval, including the NHA, Sudbury Downs or one of the host tracks with which Sudbury Downs has an agreement to inter-track bet.

aucune question sérieuse à trancher. Il n'y avait aucun lien entre la décision de l'ACPM et les obligations contractuelles découlant des ententes de licence temporaire que la demanderesse avait conclues avec les associations de courses et qu'elle cherchait à faire valoir auprès de la Cour. De plus, la demanderesse n'avait pas un intérêt véritable dans l'affaire, car il n'a pas été prouvé que l'approbation que l'ACPM a donnée à Sudbury Downs quant à la tenue d'un pari inter-hippodromes lui a causé ou lui causera un préjudice. La demanderesse cherchait plutôt à exclure les associations de courses qui ne l'utilisent pas comme représentant exclusif des professionnels du cheval sous contrat avec elle. Enfin, il existait une autre « manière raisonnable et efficace » de porter devant la Cour la décision de l'ACPM qui était en litige, c'est-à-dire par l'entremise d'une partie visée par la demande d'approbation, y compris la NHA, Sudbury Downs ou l'un des hippodromes hôtes avec lesquels celle-ci a signé une entente en vue de la tenue d'un pari inter-hippodromes.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 201, 202, 204 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 47, s. 1; S.C. 1989, c. 2, s. 1; 1994, c. 38, ss. 14, 25).  
*Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, SOR/91-365, ss. 2 "horseman", "inter-track betting" (as am. by SOR/95-262, s. 1), 85(4)(f) (as am. by SOR/92-628, s. 2), 90(1) (as am. *idem*, s. 3; 95-262, s. 5).  
*Racing Commission Act, 2000*, S.O. 2000, c. 20.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241.

##### CONSIDERED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish Tribes v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2003), 227 F.T.R. 96;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 201, 202, 204 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 47, art. 1; L.C. 1989, ch. 2, art. 1; 1994, ch. 38, art. 14, 25).  
*Loi de 2000 sur la Commission des courses de chevaux*, L.O. 2000, ch. 20.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).  
*Règlement sur la surveillance du pari mutuel*, DORS/91-365, art. 2 « pari inter-hippodromes » (mod. par DORS/95-262, art. 1), « professionnel du cheval », 85(4)(f) (mod. par DORS/92-628, art. 2), 90(1) (mod., *idem*, art. 3; 95-262, art. 5).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), CSC 19; *Tribus Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2003 CFPI 30; [2003] A.C.F. n° 98 (QL); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1<sup>re</sup> inst.).

2003 FCT 30; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211; (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 280; 157 F.T.R. 123 (T.D.).

REFERRED TO:

*Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 41 B.C.A.C. 81; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727; (2004), 348 A.R. 1; 238 D.L.R. (4th) 385; [2004] 7 W.W.R. 1; 11 Admin. L.R. (4th) 1; 26 Alta. L.R. (4th) 201; 319 N.R. 201; 2004 SCC 28.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Executive Director of the Canadian Pari-Mutuel Agency, approving Sudbury Downs' application to conduct inter-track betting between March 26 and December 31, 2003, pursuant to paragraph 90(1)(d) of the *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*. Application dismissed.

APPEARANCES:

*John B. Laskin* for applicant.  
*Douglas J. Los* for respondent Sudbury Downs Holdings, a division of MacRanald Enterprises Incorporated.  
*Suzanne M. Duncan* for respondent Canadian Pari-Mutuel Agency.

SOLICITORS OF RECORD:

*Torys LLP*, Toronto, for applicant.  
*Weaver, Simmons LLP*, Sudbury, for respondent Sudbury Downs Holdings, a division of MacRanald Enterprises Incorporated.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Canadian Pari-Mutuel Agency.

DÉCISIONS CITÉES :

*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727; 2004 CSC 28.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 2000.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel a autorisé Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes entre le 26 mars et le 31 décembre 2003, conformément à l'alinéa 90(1)d) du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

*John B. Laskin* pour la demanderesse.  
*Douglas J. Los* pour la défenderesse Sudbury Downs Holdings, division de MacRanald Enterprises Incorporated.  
*Suzanne M. Duncan* pour la défenderesse l'Agence canadienne du pari mutuel.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Torys LLP*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Weaver, Simmons LLP*, Sudbury, pour la défenderesse Sudbury Downs Holdings, division de MacRanald Enterprises Incorporated.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse l'Agence canadienne du pari mutuel.

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

HENEGHAN J.:

## INTRODUCTION

[1] The Ontario Harness Horse Association (the OHHA) seeks judicial review pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], as amended, of the decision of the Executive Director of the Canadian Pari-Mutuel Agency (the CPMA), made on or about March 26, 2003, and communicated to the OHHA by letter dated April 4, 2003. In its decision, the CPMA approved Sudbury Downs to conduct inter-track betting with various host tracks in Ontario and in other provinces between March 26 and December 31, 2003, pursuant to paragraph 90(1)(d) [as am. by SOR/92-628, s. 3; 95-262, s. 5] of the *Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations*, SOR/91-365 (the Regulations) enacted under subsection 204(8) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 47, s. 1; S.C. 1989, c. 2, s. 1; 1994, c. 38, s. 25] of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended (the *Criminal Code*).

## BACKGROUND

### (i) The Parties

[2] The OHHA is a voluntary association representing approximately 5000 horsemen in Ontario, including owners, trainers, drivers and grooms, who are members of the standard-bred racing industry. The OHHA was created in 1961 and is licensed by the Ontario Racing Commission, the agency in Ontario that is responsible for management and direction of the horse racing industry, including the general licensing of the racetrack operations, pursuant to the *Racing Commission Act*, 2000, S.O. 2000, c. 20.

[3] The management of horse racing is a matter of provincial jurisdiction, but the conduct of betting and wagering falls within federal jurisdiction. Pari-mutuel

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

LA JUGE HENEGHAN:

## INTRODUCTION

[1] L'Ontario Harness Horse Association (l'OHHA) sollicite le contrôle judiciaire, conformément à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], sous sa version modifiée, de la décision que le directeur exécutif de l'Agence canadienne du pari mutuel (ACPM) a prise vers le 26 mars 2003, et communiquée à l'OHHA dans une lettre du 4 avril 2003. Dans sa décision, l'ACPM a autorisé Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes avec différents hippodromes hôtes en Ontario et dans d'autres provinces entre le 26 mars et le 31 décembre 2003, conformément à l'alinéa 90(1)d) [mod. par DORS/92-628, art. 3; 95-262, art. 5] du *Règlement sur la surveillance du pari mutuel*, DORS/91-365 (le Règlement), pris en application du paragraphe 204(8) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 47, art. 1; L.C. 1989, ch. 2, art. 1; 1994, ch. 38, art. 25] du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, et ses modifications (le *Code criminel*).

## LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

### i) Les parties

[2] L'OHHA est une association bénévole qui représente environ cinq mille professionnels du cheval (hommes et femmes) de l'Ontario, y compris des propriétaires, entraîneurs, conducteurs et palefreniers membres de l'industrie des courses de chevaux. Elle a été créée en 1961 et est accréditée par la Commission des courses de l'Ontario, l'organisme de cette province qui est responsable de la gestion et de la direction de l'industrie des courses de chevaux, y compris l'octroi général de licences aux hippodromes, conformément à la *Loi de 2000 sur la Commission des courses de chevaux*, L.O. 2000, ch. 20.

[3] La gestion des courses de chevaux relève de la compétence provinciale, mais les mises et paris sont du ressort fédéral. Le pari mutuel est une forme de pari

betting is a form of betting in which individuals who wager on winning horses share in the total amount bet by the public, less a percentage paid to the racetrack operators. "Inter-track betting" [as am. by SOR/95-262, s. 1] is defined in section 2 of the Regulations as follows:

2. . . .

"inter-track betting" means pari-mutuel betting at one or more satellite tracks or in one or more places in one or more foreign countries on a race that is held at a host track, where the money bet on each pool at each satellite track or place is combined with the money bet on the corresponding pool at the host track to form one pool from which the pay-out price is calculated and distributed.

[4] The OHHA negotiates agreements with racing associations concerning, among other things, the distribution of revenue from inter-track betting.

[5] Sudbury Downs Holdings is a division of MacRanald Enterprises Incorporated. It owns and operates Sudbury Downs racetrack in the city of Greater Sudbury, in northern Ontario. It has existed as a harness horse racing track since 1974 and may be described as a racing "association" for the purposes of subsection 204(11) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 47, s. 1] of the *Criminal Code*. That term is to be distinguished from the entities known as "horsemen's associations" which are, essentially, trade associations in which membership is voluntary.

[6] The CPMA is a special operating agency, authorized by section 204 of the *Criminal Code*. It functions as a national regulatory unit. It is responsible for the administration of pari-mutuel betting on horses in Canada in accordance with the Regulations. Mr. Thane Bell, Associate Executive Director of the CPMA, provided an affidavit in this application for judicial review in which he described the purpose of the Regulations in the following terms:

The scope of the *Regulations* is the supervision and operation of pari-mutuel betting at racetracks and the prohibition, restriction and regulation of the possession of drugs and

dans le cadre duquel les personnes qui misent sur des chevaux gagnants se partagent le montant total parié par le public, déduction faite d'un pourcentage versé aux exploitants d'hippodromes. Le « pari inter-hippodromes » [mod. par DORS/95-262, art. 1] est défini comme suit à l'article 2 du Règlement :

2. [. . .]

« pari inter-hippodromes » Pari mutuel tenu à un ou plusieurs hippodromes satellites ou à un ou plusieurs endroits à l'étranger sur une course disputée à un hippodrome hôte, dans le cadre duquel les mises de chaque poule à chacun des hippodromes satellites ou des endroits sont réunies avec les mises de la poule correspondante de l'hippodrome hôte, pour former une poule commune à partir de laquelle le rapport est calculé et versé.

[4] L'OHHA négocie les accords avec les associations de course au sujet, notamment, de la répartition des recettes découlant du pari inter-hippodromes.

[5] Sudbury Downs Holdings est une division de MacRanald Enterprises Incorporated. Elle possède et exploite l'hippodrome Sudbury Downs, situé dans la ville du Grand Sudbury, dans le nord de l'Ontario. Cet hippodrome est exploité depuis 1974 pour la présentation de courses de chevaux sous harnais et peut être considéré comme une « association » de course visée par le paragraphe 204(11) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 47, art. 1] du *Code criminel*. Il convient de distinguer ce type d'association des entités appelées « associations des professionnels du cheval », qui sont essentiellement des associations professionnelles auxquelles les membres adhèrent de leur plein gré.

[6] L'ACPM est un organisme de service spécial autorisé en vertu de l'article 204 du *Code criminel*. Elle agit à titre d'organisme de réglementation nationale et est chargée de l'administration du pari mutuel sur les chevaux au Canada conformément au Règlement. M. Thane Bell, directeur exécutif adjoint de l'ACPM, a fourni dans la présente demande de contrôle judiciaire un affidavit dans lequel il a décrit l'objet du Règlement comme suit :

[TRADUCTION] Le Règlement vise la surveillance et la conduite du pari mutuel aux hippodromes ainsi que l'interdiction, la restriction et la réglementation de la



equipment used in the administering of drugs at racetracks. The purpose of the *Regulations* is to provide effective and efficient pari-mutuel betting supervision in order to protect the betting public against fraudulent practices, thereby helping to maintain a viable racing industry.

[7] The CPMA exercises no regulatory authority over horse racing; that is a matter within provincial jurisdiction. The role of the CPMA is directed to wagering and involves racing to the extent necessary to ensure fairness in its decision making.

[8] Wagering is prohibited by sections 201 and 202 of the *Criminal Code*. However, an exemption is provided by subparagraph 204(1)(c)(ii) for bets made through a pari-mutuel system if there is compliance with the *Regulations*. Paragraph 204(8)(e) authorizes the Minister of Agriculture and Agri-Food to regulate pari-mutuel systems of betting.

[9] The *Regulations* require racetrack owners, such as Sudbury Downs, to apply for permits, authorizations and approvals (the Licences) to conduct various kinds of betting. Paragraph 90(1)(d) of the *Regulations* provides as follows:

90.(1) Subject to subsection (1.1), an association that proposes to conduct inter-track betting or separate pool betting at its race-course, whether as a host track or a satellite track, shall

...

(d) at the time the application for authorization to conduct inter-track or separate pool betting under paragraph (b) is made, have executed an agreement with the horsemen under contract to it for the period of the proposed inter-track or separate pool betting, that governs the scheduling of races for, and the sharing of revenues from, the proposed inter-track or separate pool betting and provide evidence of the agreement.

[10] A racetrack, such as Sudbury Downs, must provide evidence of an executed agreement with the horsemen under contract to it for the period of the proposed licences when applying for a licence to conduct inter-track betting. According to the affidavit of Mr. Bell, filed on behalf of the CPMA, the agreements

possession de drogues et de matériel utilisé pour administrer des drogues aux hippodromes. Le Règlement a pour but d'assurer une surveillance réelle et efficace du pari mutuel afin de protéger les parieurs des pratiques frauduleuses et de favoriser de ce fait le maintien d'une industrie des courses de chevaux viable.

[7] L'ACPM n'exerce aucun pouvoir de réglementation sur les courses de chevaux; il s'agit d'une question du ressort provincial. Le rôle de l'ACPM concerne les paris et touche les courses dans la mesure nécessaire pour assurer un processus décisionnel équitable de sa part.

[8] Le pari est interdit par les articles 201 et 202 du *Code criminel*. Toutefois, le sous-alinéa 204(1)(c)(ii) prévoit une exemption au titre des paris faits par l'intermédiaire d'un système de pari mutuel, pourvu que les règlements soient respectés. L'alinéa 204(8)(e) autorise le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire à régir la tenue de paris mutuels.

[9] Le Règlement oblige les propriétaires d'hippodromes, comme Sudbury Downs, à demander des permis, autorisations et approbations (les licences) afin de tenir différents types de paris. L'alinéa 90(1)(d) du Règlement est ainsi libellé :

90. (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), l'association qui entend tenir un pari inter-hippodromes ou un pari séparé à son hippodrome, en tant qu'hippodrome hôte ou hippodrome satellite, est tenue :

[...]

d) à la date de la demande d'autorisation visée à l'alinéa b), d'avoir conclu, avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle et pour une période égale à celle du pari inter-hippodromes ou du pari séparé proposé, une entente régissant le calendrier des courses sur lesquelles sera tenu le pari inter-hippodromes ou le pari séparé et la répartition des revenus tirés de ces paris et de fournir la preuve de cette entente.

[10] Lorsqu'il demande une licence l'autorisant à tenir un pari inter-hippodromes, l'hippodrome comme Sudbury Downs doit fournir la preuve d'une entente qu'il a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour lui pour la période de la licence proposée. Selon l'affidavit que M. Bell a déposé

must only show that the horsemen and the racetrack have agreed about the scheduling of races (the Schedule) for, and the sharing of revenues (the Split) from, the proposed inter-track betting. These agreements will be described as the "Pre-Licence Agreements".

[11] In practice, in Ontario, the Ontario Racing Commission establishes the Schedule. However, since the Regulations came into effect in 1991, the horsemen's associations have negotiated and executed the Pre-Licence Agreements on behalf of the horsemen. The designation "horsemen under contract" to a racing association is not defined, but "horseman" is defined in section 2 of the Regulations as follows:

2. . . .

"horseman" means any person, group or organization that has an interest in the sharing of purses drawn from an association's percentage and the scheduling of races by the association, but does not include an officer or employee of an association.

[12] The practice of the CPMA was to issue licences for a calendar year and, for that reason, the Pre-Licence Agreements were usually negotiated and signed in the late fall. For approximately 24 years before 1998, the OHHA entered into a series of Pre-Licence Agreements with Sudbury Downs, addressing the terms and conditions under which racing would occur at Sudbury Downs and how revenue would be divided. However, in 1998, the OHHA and Sudbury Downs were unable to reach an agreement and a number of local horsemen in northern Ontario formed the Northern Horsemen's Association (the NHA).

[13] On July 24, 1998, the NHA concluded Pre-Licence Agreements with Sudbury Downs, incorporating the Schedule and the Split, and continued to do so in the following years. The CPMA has recognized, and continues to recognize the Pre-Licence Agreements between Sudbury Downs and the NHA as complying

pour le compte de l'ACPM, l'entente doit démontrer simplement que les professionnels du cheval et l'hippodrome se sont entendus sur le calendrier des courses (le calendrier) et sur la répartition des revenus (la répartition) tirés des paris proposés. Cette entente sera appelée l'entente de licence temporaire.

[11] En pratique, en Ontario, la Commission des courses de l'Ontario fixe le calendrier. Cependant, depuis que le Règlement est entré en vigueur en 1991, ce sont les associations des professionnels du cheval qui ont négocié et signé les ententes de licence temporaire pour le compte desdits professionnels. L'expression « professionnels du cheval travaillant sous contrat » n'est pas définie, mais l'expression « professionnel du cheval » est définie comme suit à l'article 2 du Règlement :

2. [. . .]

« professionnel du cheval » Communément appelé homme de cheval, le professionnel du cheval s'entend de toute personne ou de tout groupement ou organisme qui a un intérêt dans le partage des bourses provenant de la retenue de l'association et l'établissement du calendrier des courses de l'association. La présente définition ne comprend pas le fonctionnaire désigné et les employés de l'association.

[12] La pratique de l'ACPM consistait à délivrer des licences valables pour une année civile; c'est pourquoi les ententes de licence temporaire étaient habituellement négociées et signées à la fin de l'automne. Pendant environ 24 ans avant l'année 1998, l'OHHA a conclu une série d'ententes de licence temporaire avec Sudbury Downs au sujet des conditions dans lesquelles se tiendraient les courses à cet hippodrome et de la façon dont les revenus seraient répartis. Cependant, en 1998, l'OHHA et Sudbury Downs n'ont pu en arriver à une entente et un certain nombre de professionnels du cheval du nord de l'Ontario ont formé la Northern Horsemen's Association (la NHA).

[13] Le 24 juillet 1998, la NHA a conclu avec Sudbury Downs une entente de licence temporaire faisant état du calendrier et de la répartition des revenus et a continué à le faire pendant les années suivantes. L'ACPM a reconnu et continue à reconnaître les ententes ainsi intervenues entre Sudbury Downs et la

with the regulatory criteria because these Pre-Licence Agreements were executed by the horsemen and address the Schedule and the Split, as required by paragraph 90(1)(d) of the Regulations.

[14] The OHHA negotiated Pre-Licence Agreements concerning the Schedule and the Split from proposed inter-track betting with several Ontario racing associations for the period January 1, 2003 to December 31, 2003. These racing associations include: Clinton Raceway Inc., Flamboro Downs Holdings Limited, Georgian Downs Limited, Hanover Raceway, Hiawatha Horse Park Inc., Kawartha Downs Limited, Kawartha Downs Raceway, Quinte Exhibition & Raceway (Belleville Raceway), Rideau Carleton Raceway Holdings Limited, Western Fair Association, Windsor Raceway Inc., Winrac Development Inc. (Dresden), Winrac Development Inc. (Woodstock), Woodbine Entertainment Group, and Woolwich Agricultural Society.

[15] A condition of the Pre-Licence Agreements, with the exception of the agreement with Woodbine Entertainment Group, was that the named racing associations would not participate in any form of inter-track betting without the approval of the OHHA. The agreement with Woodbine Entertainment Group contains a specific provision concerning inter-track betting at Sudbury Downs.

[16] The OHHA has not approved inter-track betting of the racetracks otherwise listed above and Sudbury Downs.

[17] On or about November 11, 2002, Sudbury Downs applied to the CPMA for approval to conduct inter-track betting for the year 2003. On December 3, 2002, the CPMA advised Sudbury Downs that its application could not be approved until it provided evidence of an agreement with its horsemen in accordance with paragraphs 85(4)(f) [as am. by SOR/92-628, s. 2] and 90(1)(d) of the Regulations.

[18] On or about March 25, 2003, Sudbury Downs provided the CPMA with evidence of the Pre-Licence

NHA comme des accords qui sont conformes aux critères de la réglementation, parce qu'elles ont été signées par les professionnels du cheval et ont pour effet de fixer le calendrier et la répartition des revenus, comme l'exige l'alinéa 90(1)d) du Règlement.

[14] L'OHHA a négocié des ententes de licence temporaire concernant le calendrier et la répartition des revenus tirés du pari inter-hippodromes proposé avec plusieurs associations de course de l'Ontario pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2003. Ces associations comprennent Clinton Raceway Inc., Flamboro Downs Holdings Limited, Georgian Downs Limited, Hanover Raceway, Hiawatha Horse Park Inc., Kawartha Downs Limited, Kawartha Downs Raceway, Quinte Exhibition & Raceway (Belleville Raceway), Rideau Carleton Raceway Holdings Limited, Western Fair Association, Windsor Raceway Inc., Winrac Development Inc. (Dresden), Winrac Development Inc. (Woodstock), Woodbine Entertainment Group et Woolwich Agricultural Society.

[15] Sauf dans le cas de l'entente conclue avec Woodbine Entertainment Group, les ententes de licence temporaire prévoyaient que les associations de course désignées ne participeraient à aucune forme de pari inter-hippodromes sans l'approbation de l'OHHA. L'entente conclue avec Woodbine Entertainment Group renferme une clause précise au sujet du pari inter-hippodromes à Sudbury Downs.

[16] L'OHHA n'a pas approuvé la tenue d'un pari inter-hippodromes à Sudbury Downs et aux autres hippodromes susmentionnés.

[17] Vers le 11 novembre 2002, Sudbury Downs a demandé à l'ACPM l'autorisation de tenir un pari inter-hippodromes pour l'année 2003. Le 3 décembre 2002, l'ACPM a fait savoir à Sudbury Downs qu'elle ne pourrait approuver la demande de celle-ci avant de recevoir d'elle une preuve d'une entente conclue avec ses professionnels du cheval conformément aux alinéas 85(4)(f) [mod. par DORS/92-628, art. 2] et 90(1)d) du Règlement.

[18] Vers le 25 mars 2003, Sudbury Downs a fourni à l'ACPM une preuve de l'entente de licence temporaire

Agreement it had negotiated with the NHA on or about March 25, 2003. This Pre-Licence Agreement contained clauses addressing the Schedule and the Split. The CPMA also received copies of the agreements between Sudbury Downs and the host tracks with which it intended to inter-track bet.

[19] By letter dated March 26, 2003, the OHHA advised the CPMA that, pursuant to its Pre-Licence Agreements, it had not approved of inter-track betting at Sudbury Downs and consequently, the agreements between the OHHA and the racing associations were not operating. The OHHA also informed the CPMA that the requirements for inter-track betting under the Regulations had not been satisfied because the horsemen under contract at each of the racing associations had not agreed to the Schedule and Split for inter-track betting with Sudbury Downs for 2003.

[20] On or about March 26, 2003, the CPMA approved Sudbury Downs to conduct inter-track betting, separate pool betting, foreign race separate pool betting and foreign race inter-track betting with various host tracks throughout Ontario and elsewhere, from March 26, 2003 to December 31, 2003. The host tracks with which Sudbury Downs sought to inter-track bet had all received the same approvals to inter-track bet by the CPMA. Following the issuance of approval by the CPMA, Sudbury Downs entered into Common Pool Wagering Agreements with the host tracks, who agreed to transmit the audio-visual signal of selected races to Sudbury Downs via satellite to allow the conduct of pari-mutuel wagering on those races. By letter dated April 4, 2003, the CPMA informed the OHHA of its decision to approve inter-track betting at Sudbury Downs.

## ISSUES

[21] Four issues arise from this application for judicial review. First, does the OHHA have standing to bring this application. Second, what is the applicable standard of review for decisions of the CPMA. Third,

qu'elle avait négociée avec la NHA à peu près à la même date. Cette entente comportait des clauses au sujet du calendrier et de la répartition des revenus. L'ACPM a également reçu des copies des ententes que Sudbury Downs a conclues avec les hippodromes hôtes avec lesquels elle entendait tenir un pari inter-hippodromes.

[19] Dans une lettre datée du 26 mars 2003, l'OHHA a avisé l'ACPM que, conformément à ses ententes de licence temporaire, elle n'avait pas approuvé la tenue d'un pari inter-hippodromes à Sudbury Downs et que, par conséquent, les accords intervenus entre l'OHHA et les associations de course ne s'appliquaient pas. L'OHHA a également informé l'ACPM que les exigences prévues au Règlement quant à la tenue d'un pari inter-hippodromes n'avaient pas été respectées, parce que les professionnels du cheval sous contrat à chacune des associations de course ne s'étaient pas entendus avec Sudbury Downs au sujet du calendrier et de la répartition des revenus se rapportant au pari inter-hippodromes pour l'année 2003.

[20] Vers le 26 mars 2003, l'ACPM a autorisé Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes, un pari séparé, un pari séparé sur course à l'étranger et un pari inter-hippodromes sur course à l'étranger avec différents hippodromes hôtes de l'ensemble de l'Ontario et d'ailleurs pour la période allant du 26 mars 2003 au 31 décembre 2003. Les hippodromes hôtes avec lesquels Sudbury Downs comptait tenir un pari inter-hippodromes avaient tous reçu les mêmes approbations à cet égard de l'ACPM. Après avoir reçu l'approbation de l'ACPM, Sudbury Downs a conclu des accords de paris visant des mises communes avec les hippodromes hôtes, qui ont accepté de transmettre par satellite le signal audiovisuel de certaines courses à Sudbury Downs afin de permettre la tenue d'un pari inter-hippodromes sur ces courses. Dans une lettre datée du 4 avril 2003, l'ACPM a avisé l'OHHA de sa décision d'approuver la tenue d'un pari inter-hippodromes à Sudbury Downs.

## QUESTIONS EN LITIGE

[21] La présente demande de contrôle judiciaire soulève quatre questions à trancher. Premièrement, l'OHHA a-t-elle la qualité voulue pour déposer la présente demande? Deuxièmement, quelle est la norme

does paragraph 90(1)(d) of the Regulations require that before approval is given for inter-track betting, that both the host track and the satellite track have entered into Pre-Licence Agreements with the horsemen under contract to them, concerning the Schedule and the Split from the proposed inter-track betting. Finally, did the CPMA err in granting approval to Sudbury Downs to conduct inter-track betting pursuant to paragraph 90(1)(d) of the Regulations.

## DISCUSSION AND DISPOSITION

### (i) Standard of Review

[22] The applicant argues that the applicable standard of review is correctness, relying on the factors identified by the Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. The factors to be considered, in a pragmatic and functional manner, are the matters of the appeal or review mechanism and the existence of a privative clause; the relative expertise of the tribunal; the purpose of the statute or regulation; and finally, the nature of the question.

[23] The applicant characterizes the question here as primarily a question of law, that is the interpretation of the Regulations and, accordingly, submits that less deference should be accorded to the CPMA on the grounds of relative expertise and the nature of the question involved. The weight of these factors tend to favour applying the least deferential standard, that of correctness.

[24] For its part, the CPMA submits that the appropriate standard of review is that applicable to simple discretionary decisions, that is the standard set out in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. It argues that the decision to issue the approval met all the requirements of the Regulations and consequently, the discretion was properly exercised for a legitimate purpose and without regard to extraneous considerations.

de contrôle applicable aux décisions de l'ACPM? Troisièmement, l'alinéa 90(1)d) du Règlement exige-t-il qu'avant que la tenue d'un pari inter-hippodromes soit approuvée, l'hippodrome satellite et l'hippodrome hôte aient tous deux conclu des ententes de licence temporaire avec les professionnels du cheval sous contrat avec eux relativement au calendrier et à la répartition des revenus tirés du pari proposé? Quatrièmement, l'ACPM a-t-elle commis une erreur en autorisant Sudbury Downs à tenir un pari inter-hippodromes conformément à l'alinéa 90(1)d) du Règlement?

## COMMENTAIRES ET DÉCISION

### i) La norme de contrôle

[22] La demanderesse soutient que la norme de contrôle applicable est la décision correcte, compte tenu des facteurs que la Cour suprême du Canada a énoncés dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Les facteurs à prendre en compte, d'une manière pragmatique et fonctionnelle, sont les suivants : le mécanisme d'appel ou de contrôle et l'existence d'une clause privative; l'expertise relative du tribunal; l'objet de la loi ou du règlement et, enfin, la nature de la question.

[23] De l'avis de la demanderesse, la question à trancher en l'espèce est principalement une question de droit, soit l'interprétation du Règlement et, en conséquence, il convient de faire preuve de moins de retenue à l'endroit de la décision de l'ACPM en raison de l'expertise relative de celle-ci et de la nature de la question à trancher. L'importance de ces facteurs milite en faveur de l'application de la norme de retenue la moins élevée, soit la décision correcte.

[24] Pour sa part, l'ACPM fait valoir que la norme de contrôle appropriée est celle qui s'applique aux simples décisions discrétionnaires, c'est-à-dire la norme énoncée dans *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2. De l'avis de l'ACPM, la décision de délivrer l'approbation respectait toutes les exigences du Règlement et, par conséquent, le pouvoir discrétionnaire a été exercé en bonne et due forme pour une fin légitime, sans que des facteurs externes aient été pris en compte.

[25] Alternatively, the CPMA argues that upon applying the pragmatic and functional analysis outlined in *Dr. Q*, an intermediate standard of reasonableness *simpliciter* should apply, rather than the standard of correctness.

[26] Sudbury Downs agrees with the CPMA that the decision in issue is a fairly discretionary one under the Regulations. As such, it is reviewable on limited grounds, as set out in *Maple Lodge Farms Ltd.*, and in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231.

[27] In my opinion, the applicable standard of review depends upon the issue being addressed. I am satisfied that there are two distinct aspects of the decision here in issue: the first being whether or not the CPMA properly interpreted the requirements of paragraph 90(1)(d) of the Regulations and the second, assuming that the interpretation was correct, whether the decision under review is sustainable.

[28] In relation to the first question, that is whether or not the CPMA properly interpreted the requirements of the Regulations, is a question of statutory interpretation and accordingly, a question of law. On that issue, the applicable standard of review is correctness. Applying the pragmatic and functional approach and the four contextual factors upon which it is based, that is the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal, the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing Court, the purpose of the legislation generally and the particular provision at issue, and finally, the nature of the question, I reach the following conclusions.

[29] First, there is no privative clause or statutory right of appeal provided by the Regulations. Second, the Executive Director, as representative of the Minister, cannot be said to have greater expertise in questions of statutory interpretation than does the Court. On the other hand, his expertise on pari-mutuel policy and administration, management and control attracts substantial

[25] Subsidièrement, l'ACPM fait valoir que, lors de l'analyse pragmatique et fonctionnelle décrite dans l'arrêt *Dr. Q* une norme de contrôle intermédiaire devrait s'appliquer, soit la décision raisonnable *simpliciter* plutôt que la décision correcte.

[26] Sudbury Downs convient avec l'ACPM que la décision contestée est une décision assez discrétionnaire en vertu du Règlement. En conséquence, elle est susceptible de révision pour des motifs restreints, conformément aux arrêts *Maple Lodge Farms Ltd.* et *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

[27] À mon avis, la norme de contrôle applicable dépend de la question examinée. J'estime que la décision visée par la présente demande comporte deux aspects distincts à examiner : d'abord, la question de savoir si l'ACPM a bien interprété les exigences de l'alinéa 90(1)d) du Règlement et, en second lieu, la question de savoir si la décision sous examen est défendable, si nous supposons que l'interprétation était correcte.

[28] La première question, qui est de savoir si l'ACPM a bien interprété les exigences du Règlement, est une question d'interprétation législative et, de ce fait, une question de droit. La norme de contrôle applicable à cette question est la norme de la décision correcte. Après avoir appliqué la méthode de l'analyse pragmatique et fonctionnelle et les quatre facteurs contextuels qui la sous-tendent, c'est-à-dire la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi, l'expertise du tribunal par rapport à celle de la cour appelée à réviser la décision, l'objet de l'ensemble du texte législatif et de la disposition particulière en litige et, enfin, la nature de la question à trancher, j'en arrive aux conclusions suivantes.

[29] D'abord, le Règlement ne comporte aucune clause privative et ne prévoit aucun droit d'appel. En deuxième lieu, il n'est pas permis de dire que le directeur exécutif, en qualité de représentant du ministre, a une plus grande expertise que la Cour en matière d'interprétation législative. Cependant, l'expertise qu'il possède en matière d'administration, de gestion et de

deference. Thirdly, the purpose of the Regulations and the provision in question confers upon the Executive Director limited authority to regulate pari-mutuel systems of betting on horse races, limited to ensuring fairness and protecting the betting public against fraudulent practices. That being so, the authority conferred upon the Executive Director does not extend, *per se*, to the interpretation, as a matter of law, of the Minister's statutory mandate. Finally, the nature of the question is a legal one. Accordingly, I conclude that the question must be reviewed on a standard of correctness.

[30] In so far as the review of the decision of the CPMA is concerned, I reach a different conclusion. I am not satisfied that this decision is in the nature of a discretionary decision, as argued by the respondents. Rather, it appears to be a question of mixed fact and law, that is, the application of the statutory requirements to Sudbury Downs' application for inter-track betting. In my opinion, the standard of review analysis requires more deference here.

[31] The CPMA's expertise is based in regulatory matters, particularly with respect to administering pari-mutuel betting on horses in accordance with the Regulations. As well, the application of paragraph 90(1)(d) of the Regulations to the facts presented in the application of Sudbury Downs, for inter-track betting, involves questions of mixed fact and law. These two factors favour a more deferential standard. In respect of this issue, that is the standard of reasonableness *simpliciter*.

(ii) Interpretation of Paragraph 90(1)(d) of the Regulations

[32] The parties agree that the modern approach to statutory interpretation is that proposed by Driedger, where "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": Elmer A.

contrôle du pari mutuel ainsi que de politiques connexes mérite une grande retenue. En troisième lieu, l'objet du Règlement et de la disposition en cause consiste à accorder au directeur exécutif un pouvoir restreint en matière de réglementation des systèmes de pari mutuel relatifs aux courses de chevaux, lequel pouvoir se limite à assurer l'équité et à protéger les parieurs contre les pratiques frauduleuses. Par conséquent, le pouvoir conféré au directeur exécutif ne s'étend pas, en soi, à l'interprétation du mandat d'origine législative du ministre, qui est une question de droit. Enfin, la question à trancher est une question de nature juridique. Par conséquent, j'en arrive à la conclusion que la norme de contrôle applicable à la question est la décision correcte.

[30] En ce qui concerne l'examen de la décision de l'ACPM, ma conclusion est différente. Je ne suis pas convaincue que cette décision est une décision discrétionnaire, comme le soutiennent les défenderesses. Elle semble plutôt être une question mixte de faits et de droit, c'est-à-dire l'application des exigences législatives à la demande que Sudbury Downs a présentée en vue d'obtenir l'autorisation de tenir un pari inter-hippodromes. À mon sens, l'analyse de la norme de contrôle nécessite une plus grande retenue dans ce cas-ci.

[31] L'expertise de l'ACPM concerne la réglementation, notamment l'administration du pari mutuel sur les courses de chevaux conformément au Règlement. De plus, l'application de l'alinéa 90(1)d) du Règlement aux faits décrits dans la demande d'autorisation de Sudbury Downs à l'égard de la tenue d'un pari inter-hippodromes soulève des questions mixtes de faits et de droit. Ces deux facteurs militent en faveur d'une plus grande retenue. En conséquence, la norme de retenue applicable à cette question est la décision raisonnable *simpliciter*.

(ii) L'interprétation de l'alinéa 90(1)d) du Règlement

[32] Les parties conviennent que la méthode d'interprétation législative qui prévaut est celle que préconise Driedger, selon laquelle [TRADUCTION] « 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

Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd. ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87. This approach has been widely endorsed by the Supreme Court of Canada as the preferred approach to statutory interpretation: see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 and *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727.

[33] In interpreting legislation, the Court must consider several questions. It must first look at the words; do the words have a plain and ordinary meaning, or is there ambiguity or lack of clarity. Second, the context of the legislation must be examined, including the history of the provision in question, the scheme of the statute and its object. Attention must also be given to the policy considerations of Parliament or, in the case of regulations, the Governor in Council.

[34] Paragraph 90(1)(d) of the Regulations provides as follows:

90. (1) Subject to subsection (1.1), an association that proposes to conduct inter-track betting or separate pool betting at its race-course, whether as a host track or a satellite track, shall

...

(d) at the time the application for authorization to conduct inter-track or separate pool betting under paragraph (b) is made, have executed an agreement with the horsemen under contract to it for the period of the proposed inter-track or separate pool betting, that governs the scheduling of races for, and the sharing of revenues from, the proposed inter-track or separate pool betting and provide evidence of the agreement.

[35] Applying the relevant principles of statutory interpretation to this provision, I am of the view that what is required, in applying for approval for inter-track betting, is an executed Pre-Licence Agreement with the horsemen under contract to the racing association making the application, which agreement includes details of the Schedule and the Split. This requirement appears to be the same, whether the racing association is applying as a host track or a satellite track.

législateur » : Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87. La Cour suprême du Canada a privilégié cette méthode d'interprétation législative dans de nombreux arrêts; voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727.

[33] Lorsqu'elle interprète une disposition législative, la Cour doit se poser plusieurs questions. Elle doit d'abord examiner les mots en se demandant s'ils ont un sens clair et ordinaire ou s'il y a une ambiguïté ou un manque de clarté. En deuxième lieu, elle doit examiner le contexte de la loi ou du règlement, y compris l'historique de la disposition, l'esprit de la loi en question et son objet. Elle doit aussi tenir compte des considérations de politique du Parlement ou, lorsqu'il s'agit d'un règlement, du gouverneur en conseil.

[34] L'alinéa 90(1)d) du Règlement est ainsi libellé :

90. (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), l'association qui entend tenir un pari inter-hippodromes ou un pari séparé à son hippodrome, en tant qu'hippodrome hôte ou hippodrome satellite, est tenue :

[...]

d) à la date de la demande d'autorisation visée à l'alinéa b), d'avoir conclu, avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle et pour une période égale à celle du pari inter-hippodromes ou du pari séparé proposé, une entente régissant le calendrier des courses sur lesquelles sera tenu le pari inter-hippodromes ou le pari séparé et la répartition des revenus tirés de ces paris et de fournir la preuve de cette entente.

[35] Lorsque j'applique les principes pertinents d'interprétation des lois à cette disposition, je suis d'avis que l'association qui demande l'approbation relative à la tenue d'un pari inter-hippodromes doit présenter l'entente de licence temporaire qu'elle a conclue avec les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour elle, laquelle entente comporte les détails relatifs au calendrier et à la répartition des revenus. Cette exigence semble être la même, que l'association des courses présente sa demande à titre d'hippodrome hôte ou d'hippodrome satellite.



[36] Paragraph 90(1)(c) [as am. by SOR/95-262, s. 5] further requires:

90. (1) . . .

(c) provide evidence of an agreement between the association and another association for the conduct of inter-track betting or separate pool betting, as the case may be, between the race-courses of the two associations, whether as a host track or a satellite track, and include

- (i) the dates and races that are involved,
- (ii) the types of bets that are proposed to be offered,
- (iii) the legal percentages to be deducted from each pool that each association proposes to offer, and
- (iv) the method of calculation that the associations propose to use for each pool that is combined;

[37] This paragraph requires that the racing associations, that is the host track and the satellite track have an agreement with each other to conduct inter-track betting. There is nothing in the wording of paragraph 90(1)(c) requiring that there be an agreement between the horsemen of one racing association and the racing association with which it intends to inter-track bet, i.e., no requirement that the horsemen under contract to the host track have an agreement or consent to inter-track betting with a proposed satellite track. The agreement is between the associations, not individual members of the associations.

[38] With respect to the purpose of the Regulations, subsection 204(9) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 47, s. 1; S.C. 1994, c. 38, s. 25] of the *Criminal Code* provides as follows:

204. . . .

(9) The Minister of Agriculture and Agri-Food may make regulations respecting

- (a) the supervision and operation of pari-mutuel systems related to race meetings, and the fixing of the dates on which and the places at which an association may conduct those meetings;
- (b) the method of calculating the amount payable in respect of each dollar bet;
- (c) the conduct of race-meetings in relation to the supervision and operation of pari-mutuel systems,

[36] L'alinéa 90(1)(c) [mod. par DORS/95-262, art. 5] exige également ce qui suit :

90. (1) [. . .]

(c) de fournir la preuve qu'elle a signé une entente avec une autre association pour la tenue d'un pari inter-hippodromes ou d'un pari séparé entre les hippodromes des deux associations, chacun servant d'hippodrome hôte ou d'hippodrome satellite, en indiquant :

- (i) les dates et les courses en cause,
- (ii) les types de pari qu'elle entend offrir,
- (iii) les prélèvements prescrits à effectuer sur chaque poule que chaque association entend offrir,
- (iv) la méthode de calcul que les associations entendent utiliser pour chacune des poules qui sont réunies;

[37] Selon cette disposition, une entente doit avoir été conclue entre les associations de courses, c'est-à-dire l'hippodrome hôte et l'hippodrome satellite, au sujet de la tenue d'un pari inter-hippodromes. L'article 90(1)(c) n'exige nullement qu'il y ait une entente entre les professionnels du cheval d'une association de courses et l'association de courses avec laquelle la première compte tenir un pari inter-hippodromes, c'est-à-dire qu'il n'est pas obligatoire que les professionnels du cheval travaillant sous contrat pour l'hippodrome hôte consentent à la tenue d'un pari inter-hippodromes avec un hippodrome satellite proposé. L'entente est conclue entre les associations et non entre les membres de celles-ci.

[38] En ce qui concerne l'objet du Règlement, le paragraphe 204(9) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 47, art. 1; L.C. 1994, ch. 38, art. 25] du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

204. [. . .]

(9) Le ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire peut prendre des règlements concernant :

- a) la surveillance et la conduite de systèmes de pari mutuel en rapport avec les réunions de courses et la fixation des dates et des lieux où une association peut tenir de telles réunions;
- b) le mode de calcul du montant payable pour chaque dollar parié;
- c) la tenue de réunions de courses quant à la surveillance et la conduite de systèmes de pari mutuel, y compris les

including photo-finishes, video patrol and the testing of bodily substances taken from horses entered in a race at such meetings, including, in the case of a horse that dies while engaged in racing or immediately before or after the race, the testing of any tissue taken from its body;

(d) the prohibition, restriction or regulation of

(i) the possession of drugs or medicaments or of equipment used in the administering of drugs or medicaments at or near race-courses, or

(ii) the administering of drugs or medicaments to horses participating in races run at a race meeting during which a pari-mutuel system of betting is used; and

(e) the provision, equipment and maintenance of accommodation, services or other facilities for the proper supervision and operation of pari-mutuel systems related to race meetings, by associations conducting those meetings or by other associations.

[39] The language of the enabling statute, that is subsections 204(8) and (9) of the *Criminal Code*, confirms the intention of Parliament that the Regulations provide effective and efficient pari-mutuel betting supervision in order to protect the betting public against fraudulent practices, thereby helping to maintain a viable racing industry.

[40] The Regulatory Impact Analysis Statement (the RIAS) relating to amendments of paragraph 90(1)(d) of the Regulations undertaken in 1992 is Exhibit "B" to the affidavit of John Walzak, sworn on behalf of the applicant. The RIAS describes the amended Regulations as follows:

The provisions of these requirements pertain to the execution of agreements between race track associations and the horsemen under contract to them when the associations apply for a betting permit.

This amendment [a 1989 amendment to the *Criminal Code* permitting teletheatre betting] stated that every race track association was required to provide proof that it executed an agreement with the horsemen under contract to it before the proposed theatre, inter-track or separate pool betting could be approved by the Race Track Division. The agreement covered the scheduling of races and the sharing of revenues from the theatre, inter-track or separate pool betting.

photos d'arrivée, le contrôle magnétoscopique et les analyses de liquides organiques prélevés sur des chevaux inscrits à une course lors de ces réunions et, dans le cas d'un cheval qui meurt pendant une course à laquelle il participe ou immédiatement avant ou après celle-ci, l'analyse de tissus prélevés sur le cadavre;

d) l'interdiction, la restriction ou la réglementation :

(i) de la possession de drogues ou de médicaments ou de matériel utilisé pour administrer des drogues ou des médicaments aux hippodromes ou près de ceux-ci,

(ii) de l'administration de drogues ou de médicaments à des chevaux qui participent à des courses lors d'une réunion de courses au cours de laquelle est utilisé un système de pari mutuel;

e) la fourniture, l'équipement et l'entretien de locaux, services ou autres installations pour la surveillance et la conduite convenables de systèmes de pari mutuel en rapport avec des réunions de courses par des associations tenant ces réunions ou par d'autres associations.

[39] Le texte des dispositions législatives habilitantes, soit les paragraphes 204(8) et (9) du *Code criminel*, confirme l'intention du Parlement d'assurer au moyen du Règlement une surveillance efficace et rentable du pari mutuel afin de protéger les parieurs contre les pratiques frauduleuses et de contribuer de ce fait à maintenir la viabilité de l'industrie des courses hippiques.

[40] Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) concernant les modifications apportées à l'alinéa 90(1)d) du Règlement en 1992 est joint en annexe « B » à l'affidavit que John Walzak a signé pour le compte de la demanderesse. Le Règlement modifié est décrit comme suit dans le REIR :

Les dispositions de ces exigences portent sur la conclusion d'ententes entre les associations de courses et leurs hommes de cheval à contrat lorsqu'elles font une demande de permis de pari mutuel [ . . . ]

Cette modification stipulait que toute association de courses était tenue de prouver qu'elle a conclu une entente avec ses hommes de cheval à contrat avant que la Division des hippodromes n'approuve le projet de pari en salle, inter-hippodromes ou séparé. L'entente visait la planification des courses et la répartition des revenus tirés de ces types de pari.

(iii) Did the CPMA Err in Granting Approval to Sudbury Downs

[41] In light of my conclusion that the CPMA properly interpreted the statutory requirements of paragraph 90(1)(d) of the Regulations, the next question is whether it erred in granting approval to Sudbury Downs.

[42] The evidence contained in the certified record indicates that Sudbury Downs provided a copy of an executed Pre-Licence Agreement with the NHA, dated March 25, 2003, which contained clauses setting out agreements for the Schedule and the Split. As well, Sudbury Downs submitted copies of the agreements between it and the host tracks with which it intended to inter-track bet. The applicant's evidence was that the OHHA had negotiated Pre-Licence Agreements concerning the Schedule and the Split from proposed inter-track betting with a number of Ontario racing associations for the 2003 racing season.

[43] However, it was submitted by the applicant that the CPMA erred by failing to give consideration to certain evidence which it considers relevant, namely the fact that the Pre-Licence Agreements negotiated between the OHHA and the host tracks contained provisions which suggested that the OHHA had to approve inter-track betting before a host track could participate. However, even if this evidence was not considered, that does not make the ultimate decision unreasonable.

[44] The question of satisfaction of a condition precedent to a Pre-Licence Agreement is a private issue for the OHHA to resolve with each of the racing associations with which it had a contract. That is a contractual dispute beyond the scope of judicial review and, consequently, is not an issue for the CPMA or for the public.

[45] In my opinion, the CPMA's approval of Sudbury Downs' application to conduct inter-track betting is essentially a preliminary permit. The obvious condition which must be fulfilled is that an agreement be reached

(iii) L'ACPM a-t-elle commis une erreur en accordant une approbation à Sudbury Downs?

[41] Étant donné que j'ai conclu que l'ACPM a interprété correctement les exigences de l'alinéa 90(1)d) du Règlement, la prochaine question qui se pose est de savoir si elle a commis une erreur en accordant à Sudbury Downs l'approbation demandée.

[42] Il appert du dossier certifié que Sudbury Downs a fourni une copie d'une entente de licence temporaire conclue avec la NHA le 25 mars 2003, laquelle entente comporte des clauses concernant le calendrier des courses et la répartition des revenus. De plus, Sudbury Downs a remis des copies des ententes qu'elle avait conclues avec les hippodromes hôtes avec lesquels elle avait l'intention de tenir un pari inter-hippodromes. Selon la preuve de la demanderesse, l'OHHA avait négocié des ententes de licence temporaire au sujet du calendrier des courses et de la répartition des revenus tirés du pari inter-hippodromes proposé avec un certain nombre d'associations de courses de l'Ontario pour la saison de courses 2003.

[43] Cependant, la demanderesse a fait valoir que l'ACPM a commis une erreur en omettant de tenir compte de certains éléments de preuve qui, à son avis, sont pertinents, notamment le fait que les ententes de licence temporaire qui ont été négociées entre l'OHHA et les hippodromes hôtes comportaient des dispositions donnant à penser que celle-ci devait approuver la tenue d'un pari inter-hippodromes avant qu'un hippodrome hôte puisse participer. Cependant, même si cette preuve n'a pas été prise en compte, cela ne signifie pas que la décision finale qui a été rendue n'était pas raisonnable.

[44] Le respect d'une condition préalable à une entente de licence temporaire est une question que l'OHHA doit régler avec chacune des associations de courses avec lesquelles elle a signé une entente. Il s'agit d'un différend de nature contractuelle qui dépasse la portée du contrôle judiciaire et qui, par conséquent, ne concerne pas l'ACPM ou le public.

[45] À mon avis, l'approbation que l'ACPM a donnée à l'égard de la demande de Sudbury Downs en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes est essentiellement un permis préliminaire. La condition

between the satellite track, in this case Sudbury Downs, and the host tracks with which it wishes to conduct inter-track betting. That is a matter which the tracks must resolve themselves. It is beyond the scope of the CPMA to inquire whether a particular host track is breaching its contractual obligations to its horsemen in negotiating an agreement with a satellite track, for inter-track betting. I note that Sudbury Downs had negotiated agreements with a number of other host tracks, other than those affiliated with the OHHA. To deny Sudbury Downs a permit based upon a contractual dispute to which it is not a party would deny it the ability to conduct inter-track betting with a number of other host tracks who are not involved in the present dispute.

[46] As noted above, I have concluded that the applicable standard of review to the decision of the CPMA is reasonableness *simpliciter*, since the decision involves consideration by that body of a question of mixed fact and law. Applying that standard, I am not persuaded that the decision of the CPMA to approve Sudbury Downs for the conduct of inter-track betting is unreasonable.

(iv) Question of Standing

[47] Finally, the issue of standing remains to be addressed. Does the applicant have standing to challenge this decision of the CPMA.

[48] There are two avenues by which an applicant can establish standing in its judicial review application. Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* addresses standing as follows:

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

[49] This provision is broad enough to authorize the recognition of standing even if the applicant is not

évidente qui doit être remplie est la conclusion d'une entente entre l'hippodrome satellite, en l'occurrence, Sudbury Downs, et les hippodromes hôtes avec lesquels celui-ci désire tenir le pari en question. C'est là une question que les hippodromes doivent régler entre eux. Il ne revient pas à l'ACPM de chercher à savoir si un hippodrome hôte donné respecte ou non ses obligations contractuelles envers ses professionnels du cheval lorsqu'il négocie une entente avec un hippodrome satellite en vue de la tenue d'un pari inter-hippodromes. Je souligne que Sudbury Downs avait négocié des ententes avec d'autres hippodromes hôtes qui n'étaient pas affiliés avec l'OHHA. Refuser à Sudbury Downs un permis en raison d'un différend contractuel auquel elle n'est pas partie équivaldrait à nier la capacité qu'elle a de tenir un pari inter-hippodromes avec d'autres hippodromes hôtes qui n'ont rien à voir avec le présent litige.

[46] Comme je l'ai mentionné plus haut, j'en suis arrivée à la conclusion que la norme de contrôle applicable à la décision de l'ACPM est la décision raisonnable *simpliciter*, étant donné que cette décision nécessitait l'examen par cet organisme d'une question mixte de faits et de droit. Lorsque j'applique cette norme, je ne suis pas convaincue que la décision de l'ACPM d'approuver la demande de Sudbury Downs en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes n'est pas raisonnable.

(iv) La question de la qualité pour agir

[47] Enfin, il convient d'examiner la question de la qualité pour agir. La demanderesse a-t-elle la qualité voulue pour contester la décision de l'ACPM?

[48] Une partie demanderesse dispose de deux moyens pour prouver qu'elle a la qualité voulue pour présenter sa demande de contrôle judiciaire. Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est ainsi libellé :

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[49] Cette disposition est suffisamment large pour permettre de reconnaître à la partie demanderesse la

“directly affected” where the test for public interest standing is met: see *Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish Tribes v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2003), 227 F.T.R. 96 (F.C.T.D.).

[50] Since the applicant in this proceeding is not the Attorney General of Canada, the question is whether it is “anyone directly affected” by the CPMA’s approval of inter-track betting at Sudbury Downs. If not, can it show that it has public interest standing.

[51] Although the applicant states in its notice of application that it represents its members in negotiations of purses, racing conditions and all matters affecting the horse racing industry as a whole, that is with the tracks, Standardbred Canada, the Ontario Racing Commission, and the provincial and federal governments and their agencies, it is not the sole and exclusive representative of horsemen. It has no vested rights to represent all horsemen in Ontario, without regard to the applicable regulatory requirements.

[52] The decision which is the subject-matter of this application for judicial review involved an application by the respondent Sudbury Downs for approval to conduct inter-track betting in accordance with paragraph 90(1)(d) of the Regulations. The horsemen under contract to Sudbury Downs, as evidenced by the Pre-Licence Agreement submitted to the CPMA, were those horsemen represented exclusively by the NHA, not the applicant. Accordingly, the parties affected by the CPMA’s decision would include Sudbury Downs, the NHA and the racing associations with which Sudbury Downs intends to inter-track bet.

[53] Consequently, there is no evidence that the applicant has an existing contractual relationship with Sudbury Downs. In my opinion, the applicant is only affected indirectly by the CPMA’s decision which

qualité pour agir, même si elle n’est pas directement touchée, lorsque le critère de la qualité pour agir dans l’intérêt public est établi; voir *Tribus Kwicksutaineuk/Ah-kwa-mish c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2003 CFPI 30.

[50] Étant donné que la demanderesse en l’espèce n’est pas le procureur général du Canada, la question est de savoir si elle peut être décrite comme « quiconque est directement touché » par l’approbation par l’ACPM de la tenue d’un pari inter-hippodromes à Sudbury Downs. Dans la négative, peut-elle prouver qu’elle a la qualité pour agir dans l’intérêt public?

[51] Même si la demanderesse affirme dans son avis de demande qu’elle représente ses membres dans le cadre des négociations concernant les bourses, les conditions des courses et toutes les questions touchant l’ensemble de l’industrie des courses de chevaux, c’est-à-dire les négociations avec les hippodromes, Standardbred Canada, la Commission des courses de l’Ontario ainsi que les gouvernements provinciaux et fédéral et leurs organismes, elle n’est pas le seul et unique représentant des professionnels du cheval. Elle ne possède aucun droit acquis l’autorisant à représenter tous les professionnels du cheval en Ontario, sans égard aux exigences réglementaires applicables.

[52] La décision qui fait l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire concernait une demande de la défenderesse Sudbury Downs en vue d’obtenir l’autorisation de tenir un pari inter-hippodromes conformément à l’alinéa 90(1)d) du Règlement. Comme le montre l’entente de licence temporaire présentée à l’ACPM, les professionnels du cheval travaillant sous contrat avec Sudbury Downs étaient des professionnels du cheval représentés exclusivement par la NHA et non par la demanderesse. En conséquence, les parties touchées par la décision de l’ACPM comprendraient Sudbury Downs, la NHA et les associations de courses avec lesquelles Sudbury Downs a l’intention de tenir un pari inter-hippodromes.

[53] Il n’y a donc aucun élément de preuve montrant l’existence d’un lien contractuel entre la demanderesse et Sudbury Downs. À mon avis, la demanderesse n’est concernée qu’indirectement par la décision de l’ACPM,

merely creates a situation that may, eventually, affect the applicant. At best, the applicant has a potential interest in relation to the inter-track betting which will occur as a result of the CPMA's approval of Sudbury Downs to inter-track bet with host tracks, some of which have negotiated Pre-License Agreements with the applicant.

[54] That being said, I am satisfied that no evidence has been submitted by the applicant to show that it, or the horsemen it represents, are directly affected by the decision to issue the license to Sudbury Downs for inter-track betting. The analysis must then address whether the applicant has shown that it has public interest standing to bring this application.

[55] The Supreme Court of Canada, in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236 set out a tri-partite test for the recognition of public interest standing. That test provides that an applicant must establish that there is a serious issue raised, the applicant has a genuine interest in the matter and that there is no other reasonable and effective way to bring the matter before the Court.

[56] While a public interest applicant need not establish that the alleged illegality of an administrative decision or act has caused or will cause harm in order to show the seriousness of the issue raised, as noted by the Court in *Kwicksutaineuk*, the Court must consider the overall strength of an applicant's claim in assessing whether a serious issue is raised. In *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211 (T.D.), the Court spoke about the existence of a serious issue in the following terms at paragraph 38:

It seems now to be settled law that the seriousness of the issues raised by a public interest applicant encompasses both the importance of the issues and the likelihood of their being resolved in favour of the applicant. Given the discretionary nature of public interest standing, and its concern to ensure that scarce public resources are not squandered and other

laquelle crée simplement une situation qui pourrait, tôt ou tard, toucher la demanderesse. Au mieux, celle-ci a un intérêt possible à l'égard du pari inter-hippodromes qui aura lieu par suite de l'approbation donnée par l'ACPM quant à la tenue d'un pari inter-hippodromes par Sudbury Downs avec des hippodromes hôtes, dont quelques-uns ont négocié des ententes de licence temporaire avec ladite demanderesse.

[54] Cela étant dit, je suis d'avis que la demanderesse n'a présenté aucun élément de preuve montrant qu'elle-même ou les professionnels du cheval qu'elle représente sont directement touchés par la décision d'accorder une licence à Sudbury Downs en vue de la tenue d'un pari inter-hippodromes. L'analyse doit donc porter maintenant sur la question de savoir si la demanderesse a prouvé qu'elle possède la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande dont je suis actuellement saisie.

[55] Dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, la Cour suprême du Canada a énoncé un critère tripartite concernant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Selon ce critère, le demandeur doit prouver qu'une question sérieuse a été soulevée, qu'il a un intérêt véritable dans l'affaire et qu'il n'y a aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[56] Pour établir la gravité de la question soulevée, le demandeur qui agit dans l'intérêt public n'a pas à prouver que la présumée illégalité d'une décision ou d'un acte administratif lui a causé ou causera un préjudice, comme la Cour l'a souligné dans *Kwicksutaineuk*, mais celle-ci doit tenir compte de la force générale de la demande aux fins de cette décision. Dans *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour a formulé les remarques suivantes au sujet de l'existence d'une question sérieuse au paragraphe 38 :

Selon un principe juridique qui semble maintenant établi, le caractère sérieux des questions que pose un demandeur agissant dans l'intérêt public comprend tant l'importance des questions soulevées que la probabilité que la demande soit accueillie. Étant donné la nature discrétionnaire de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public et

litigants are not subjected to further delay, it seems appropriate that the merits of the claim should be taken into consideration. [Citations omitted.]

[57] I am not satisfied that there is a serious issue for trial in the present application. As noted above, it appears that, in effect, the applicant is seeking to have this Court enforce contractual obligations between itself and the racing associations with which it had negotiated Pre-Licence Agreements. The applicant argues that those agreements contained a condition precedent, namely that before conducting inter-track betting with a satellite track, the host track must first obtain its consent. However, I do not see the connection between this condition precedent and the approval granted by the CPMA to Sudbury Downs to conduct inter-track betting.

[58] It is my opinion that the approval by the CPMA, at this stage is merely an authorization to conduct inter-track betting. A condition of that approval is that a monthly schedule be provided to the CPMA. As well, a copy of inter-track agreements must be on file with the host track prior to the betting commencing. It seems to me that the applicant is really contesting the inter-track agreements between Sudbury Downs and the various host tracks with which it has negotiated a Pre-License Agreement. That matter is beyond the scope of the CPMA's regulatory mandate.

[59] The second question, whether the applicant has a genuine interest in the matter, is likewise not satisfied. There does not appear to be any question that the applicant is affected by the approval of Sudbury Downs to inter-track bet, in the sense that some of the host tracks with which it has an agreement will be offering inter-track betting to Sudbury Downs. That being said however, it can be argued, and I am satisfied that this is the case, the effect on the applicant is indirect rather than direct.

le souci de veiller à ce que les ressources publiques limitées ne soient pas dissipées et que d'autres parties n'aient pas à supporter des délais supplémentaires, il semblerait qu'il convienne de prendre en compte le bien-fondé de la demande. [Citations omises.]

[57] Je ne suis pas convaincue que la présente demande soulève une question sérieuse à trancher. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, il semble qu'en réalité, la demanderesse demande à la Cour de donner effet à des obligations contractuelles qui la lient aux associations de courses avec lesquelles elle avait négocié des ententes de licence temporaire. La demanderesse soutient que ces ententes comportent une condition préalable selon laquelle avant de tenir un pari inter-hippodromes avec un hippodrome satellite, l'hippodrome hôte doit d'abord avoir obtenu son consentement. Cependant, je ne vois pas le lien entre cette condition préalable et l'approbation que l'ACPM a donnée à Sudbury Downs en ce qui concerne la tenue d'un pari inter-hippodromes.

[58] À mon avis, l'approbation que l'ACPM a donnée à ce stade-ci est simplement une autorisation quant à la tenue d'un pari inter-hippodromes. Selon une des conditions de cette approbation, un calendrier mensuel doit être remis à l'ACPM. De plus, une copie des ententes conclues entre les différents hippodromes satellites et l'hippodrome hôte doit avoir été versée au dossier avant le début du pari. En réalité, la demanderesse semble contester les ententes conclues entre Sudbury Downs et les différents hippodromes hôtes avec lesquels celle-ci a négocié une entente de licence temporaire. Cette question ne relève pas du mandat dont l'ACPM est investie en vertu du Règlement.

[59] Dans la même veine, il faut répondre par la négative à la deuxième question, soit celle de savoir si la demanderesse a un intérêt véritable dans l'affaire. Il est indéniable que la demanderesse est touchée par l'approbation donnée à Sudbury Downs en vue de la tenue d'un pari inter-hippodromes dans la mesure où quelques-uns des hippodromes hôtes avec lesquels elle a une entente offriront des possibilités de pari inter-hippodromes à Sudbury Downs. Cependant, cela étant dit, il est possible de soutenir que l'effet pour la demanderesse est indirect plutôt que direct, et je suis convaincue que tel est le cas.

[60] The applicant appears to be operating an agenda of its own, in seeking to exclude those racing associations which do not utilize it as the exclusive representative of the horsemen under contract to it. There is no evidence of harm to the applicant by the CPMA's approval of Sudbury Downs to inter-track bet. Indeed, it has been suggested by the CPMA that, at least in the short term, inter-track betting would increase revenues at Sudbury Downs for the track and the horsemen, as well as at the host track and for the horsemen at those tracks. That point was conceded by the applicant's affiant, Mr. Walzak, in cross-examination, as follows:

Q. I refer you to paragraph 12 on page 3 of your second affidavit. Are you saying there that you agree that in the short term, at least, inter-track betting would increase revenues at Sudbury Downs for the track and the horsepeople at the track and the horsepeople at the host tracks?

A. It—it may.

[61] Finally, I am satisfied that there is another "reasonable and effective way" to bring the CPMA's decision that is here in issue, before the Court, that is by a party involved in the application for approval, including the NHA, Sudbury Downs or one of the host tracks with which Sudbury Downs has an agreement to inter-track bet. As well, it would be appropriate for a horseman who is not represented by the NHA, but who has an interest in the Split and Schedule at Sudbury Downs, to challenge the decision of the CPMA which is the subject of this application. The applicant did not submit any evidence that it was representing such a horseman.

[62] In the result, I conclude that the applicant lacks standing to bring this application for judicial review. However, in any event, as noted above, I have found that there is no basis for judicial intervention in the decision made by the CPMA in this case.

[60] La demanderesse semble appliquer son propre programme pour chercher à exclure les associations de courses qui ne l'utilisent pas comme représentant exclusif des professionnels du cheval sous contrat avec elle. Il n'a nullement été prouvé que l'approbation que l'ACPM a donnée à Sudbury Downs pour la tenue d'un pari inter-hippodromes a causé ou causera un préjudice à la demanderesse. Effectivement, l'ACPM a donné à entendre que, du moins à court terme, la tenue d'un pari inter-hippodromes générerait des recettes supplémentaires à Sudbury Downs pour l'hippodrome et pour les professionnels du cheval ainsi que pour les hippodromes hôtes et pour les professionnels du cheval poursuivant des activités à ces hippodromes. M. Walzak, le témoin de la demanderesse, a admis ce fait en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Je vous demande de relire le paragraphe 12 de la page 3 de votre deuxième affidavit. Dites-vous à cet endroit que vous admettez qu'à court terme, du moins, la tenue d'un pari inter-hippodromes donnerait lieu à une hausse de revenus à Sudbury Downs pour l'hippodrome et pour les professionnels du cheval de cet hippodrome et ceux des hippodromes hôtes?

R. C'est—c'est possible.

[61] Enfin, je suis d'avis qu'il existe une autre manière raisonnable et efficace de porter devant la Cour la décision de l'ACPM qui est en litige, c'est-à-dire par l'entremise d'une partie visée par la demande d'approbation, y compris la NHA, Sudbury Downs ou l'un des hippodromes hôtes avec lesquels celle-ci a signé une entente en vue de la tenue d'un pari inter-hippodromes. De plus, un professionnel du cheval qui n'est pas représenté par la NHA, mais qui a un intérêt à l'égard de la répartition des revenus et du calendrier des courses à Sudbury Downs, pourrait contester la décision de l'ACPM qui fait l'objet de la présente demande. La demanderesse n'a présenté aucun élément de preuve montrant qu'elle représentait ce professionnel du cheval.

[62] En bout de ligne, j'en arrive à la conclusion que la demanderesse n'a pas la qualité voulue pour déposer la présente demande de contrôle judiciaire. Cependant, en tout état de cause, comme je l'ai mentionné plus haut, j'ai conclu à l'absence de raison justifiant l'intervention



judiciaire à l'égard de la décision que l'ACPM a prise en l'espèce.

[63] The application for judicial review is dismissed with costs.

[63] La demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

ORDER

ORDONNANCE

This application for judicial review is dismissed with costs.

La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée avec dépens.

IMM-9245-04  
2005 FC 1632

IMM-9245-04  
2005 CF 1632

**Mujahid Hamid, Ali Hamid, Bilal Hamid**  
(Applicants)

**Mujahid Hamid, Ali Hamid, Bilal Hamid**  
(demandeurs)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Snider J.—Toronto, October 17; Ottawa, December 1, 2005.

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 17 octobre; Ottawa, 1<sup>er</sup> décembre 2005.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of visa officer's decision two sons not eligible to be included in father's application for permanent residence since not meeting criteria of "dependent child" under Immigration and Refugee Protection Regulations — Application as skilled worker including spouse, three sons — At time application filed, excluded sons, aged 23, 22, enrolled full-time at American universities but graduated before visa issued — First indication processing underway received 15 months after application submitted — Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 75, 76 specifying requirements for skilled workers to immigrate — S. 77 providing requirements must be met both at time application made, time visa issued — Ss. 84, 85 setting out requirements for family members of skilled worker applicant — "Family member" including "dependent child" — Whether requirements of "dependent child" to be met both at time application submitted, visa issued — Apparent anomaly in treatment of children depending on whether in category of age or financial dependency — Under Regulations, s. 2 to be "dependent", child must be: less than 22, student financially dependent on parent, or unable to be financially self-supporting — Immigration processing times can take years — Regulations not specifying age or financial dependency of skilled worker's dependent children locked in application assessed as of date of application rather than date of processing — In absence of express provisions, presumption application dealt with on basis of time accepted by Citizenship and Immigration Canada — Applicant should not be penalized for circumstances beyond personal control — Both excluded sons should have been assessed as of date of application — Length of time to process application beyond principal applicant's control — No reason why lock-in concept should not apply to financial dependency as well as to age — Questions certified as to whether principle of lock-in applying to definition of "family member" in skilled worker*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'« enfant à charge » de l'art. 2 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il avait présenté sa demande en qualité de membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés et il y a inclus des demandes pour son épouse et trois fils — Lorsque la demande a été présentée, les deux fils retirés de la demande, âgés de 23 et 22 ans, étudiaient à temps plein dans des universités américaines, mais ils ont obtenu leur diplôme avant qu'eut été délivré le visa — Il a été indiqué pour la première fois que la demande était en cours de traitement 15 mois après qu'elle eut été présentée — Les art. 75 et 76 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés précisent les conditions auxquelles doit répondre l'étranger lorsqu'il veut immigrer en qualité de travailleur qualifié — Selon l'art. 77, ces conditions doivent l'être tant au moment de la présentation de la demande qu'à celui où le visa est délivré — Les art. 84 et 85 énoncent les exigences applicables aux membres de la famille des travailleurs qualifiés — L'expression « membre de la famille » englobe celle d'« enfant à charge » — Faut-il répondre à la définition d'« enfant à charge » tant au moment du dépôt de la demande qu'au moment de la délivrance du visa? — Il y a une apparente anomalie consistant à traiter les enfants différemment selon l'âge ou la dépendance financière — Aux termes de l'art. 2 du Règlement, pour être « à charge », l'enfant doit être âgé de moins de 22 ans, être un étudiant qui dépend du soutien financier du parent ou ne pas pouvoir subvenir à ses besoins — Le traitement de la demande de résidence peut durer des années — Le Règlement ne précise pas que l'âge ou la dépendance financière des enfants à charge du travailleur qualifié sont appréciés à la date où la demande est présentée plutôt qu'à celle de la délivrance du*

*category applications; whether child must be included in parent's application if meeting criteria when application submitted but not so thereafter.*

*Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Regulations — Judicial review of visa officer's decision two sons not eligible to be included in father's application for permanent residence since not meeting criteria of "dependent child" under Immigration and Refugee Protection Regulations — Words of Act to be read in entire context, in grammatical, ordinary sense harmoniously with scheme of Act, object, Parliament's intention — Interpretation Act, s. 12 providing every enactment should be interpreted in such fair, large, liberal manner as best ensures attainment of objects — Context of Regulations examined to determine whether intention to exclude concept of financial dependency lock-in to children apparent — Requirement in Regulations, s. 77 applicant must meet established criteria both at time application submitted, visa issued — Not expressly specifying also applicable to family members included in principal applicant's application — Failure to include family members in s. 77 strong support for interpretation both age, dependency to be locked in as of application date — While not determinative, canon of construction *expressio unius est exclusio alterius* of assistance — By expressly providing for situations where lock-in concept not applying, intent lock-in should apply in other non-identified instances — Consistent with Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) objectives, intent of Parliament — Lock-in dependency not precluded by IRPA objectives, directionally supported by objective of family reunification — Regulations, ss. 77, 121 explicitly negating presumption certain facts locked in as of application date — Given absence of similar exceptions for financial dependency of children of skilled worker applicants, clear intent in Regulations to limit assessment of qualifying factors as of processing date to situations expressly provided for therein — Therefore, factors set out in definition of "dependent child" locked in as of date of application.*

*visa — En l'absence de dispositions expresses, il faut présumer que la demande doit être traitée en fonction du moment où elle a été reçue par Citoyenneté et Immigration Canada — On ne doit pas pénaliser le demandeur pour des considérations qu'il ne contrôle pas — Il fallait apprécier la situation des deux fils retirés de la demande à la date où la demande a été présentée — La famille n'avait aucun contrôle sur le calendrier du traitement de la demande — Si l'on applique la notion de gel (évaluation de la demande au moment où elle a été présentée) à l'âge, il doit en aller de même pour la dépendance financière — Les questions suivantes ont été certifiées : le principe de la date déterminante (ou du gel) s'applique-t-il à la définition de « membre de la famille » dans le cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés, et l'enfant qui répondait aux critères lors de la présentation de la demande du parent, mais non plus ultérieurement, doit-il être inclus dans celle-ci?*

*Interprétation des lois — Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'« enfant à charge » du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il faut lire les termes de la 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 — Aux termes de l'art. 12 de la Loi d'interprétation, tout texte s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet — La Cour a examiné le contexte de la disposition afin de dire s'il en ressortait une intention contraire à la présomption de gel en ce qui concerne la dépendance financière des enfants — Selon l'art. 77 du Règlement, les critères qui doivent être remplis doivent l'être tant au moment de la présentation de la demande qu'à celui où le visa est délivré — Ce texte ne précise pas qu'ils sont aussi applicables aux membres de la famille inclus dans la demande du demandeur principal — Le silence de l'art. 77 concernant les membres de la famille constitue une nette indication que l'âge et la dépendance doivent être déterminés à la date de présentation de la demande — Le principe d'interprétation des lois connu sous le brocard *expressio unius est exclusio alterius* n'est pas concluant; cependant, il aide l'interprète — Si le législateur a expressément prévu des cas où la notion de gel n'est pas applicable, son intention était de la rendre applicable aux autres cas qui n'ont pas été précisés — Cela est conforme à l'objet de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et à l'intention du législateur — La détermination de la dépendance financière à la date de la présentation de la demande n'est pas contraire à l'objet de la LIPR et va dans le sens du principe directeur de la réunification des familles — Les art. 77 et 121 du Règlement prévoient des cas où est expressément exclue la présomption selon laquelle la date déterminante pour ce qui est de certains faits est celle de la*

This was an application for judicial review of a visa officer's decision dated September 28, 2004, excluding two of the principal applicant's sons from his application for permanent resident status in Canada because they failed to meet the requirements of the definition of a "dependent child" under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, section 2. The principal applicant submitted an application for permanent residence on February 25, 2002, as a member of the federal skilled worker class. He included applications for his spouse and three sons as family members. At the time the application was filed, the two excluded sons, aged 23 and 22 were enrolled full-time at American universities, but both had graduated by May 2003 when the first indication that processing was underway was received. Regulations, sections 75 and 76 set out specific requirements that must be met by the foreign national who seeks to be admitted to Canada as a "skilled worker". The requirements in respect of "family members" of a skilled worker applicant are set out in sections 84 and 85. The definition of "family member" (subsection 1(3)) includes "a dependent child". To meet the definition of "dependent child" in Regulations, section 2, paragraph (b) requires that a child be less than 22, or a student who is financially dependent on the parent, or a child who is unable to be financially self-supporting. The issue was whether the visa officer erred in concluding the requirements of the definition of "dependent child" must be met both at the time the application was made and at the time the visa was issued.

*Held*, the application should be allowed.

The words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, its object and Parliament's intention. Section 12 of the *Interpretation Act* provides that every enactment should be interpreted in a fair, large and liberal manner as best ensures the attainment of its objects.

The practice of Citizenship and Immigration Canada (CIC) to consider financial dependence of children at the date of processing is in contrast to its practice of locking in age, regardless of the age of the child at the time of processing the

*présentation de la demande — Vu que le Règlement ne prévoit pas d'exceptions semblables concernant la dépendance financière d'enfants de demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés, il était manifeste que le Règlement vise à restreindre l'appréciation de certains facteurs à la date de délivrance du visa aux cas prévus par ces dispositions — Par conséquent, la date déterminante pour tous les facteurs énoncés dans la définition de l'expression « enfant à charge » est celle de la présentation de la demande.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision du 28 septembre 2004, par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'« enfant à charge » de l'article 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur principal a présenté sa demande de résidence permanente le 25 février 2002 en qualité de membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés. Il a inclus des demandes pour son épouse et trois fils à titre de membres de la famille. Lorsque la demande a été présentée, les deux fils retirés de la demande, âgés de 23 et 22 ans, étudiaient à temps plein dans des universités américaines, mais ils avaient tous deux obtenu leur diplôme en mai 2003 lorsqu'il a été indiqué pour la première fois qu'elle était en cours de traitement. Les articles 75 et 76 du Règlement énoncent les conditions précises que l'étranger doit remplir lorsqu'il veut être accepté au Canada en qualité de « travailleur qualifié ». Les conditions relatives aux membres de la famille de la personne qui a fait sa demande de résidence à titre de travailleur qualifié sont énoncées aux articles 84 et 85. La définition de l'expression « membre de la famille » (paragraphe 1(3)) englobe celle d'« enfant à charge ». Seul répond à la définition d'« enfant à charge » de l'alinéa 2b) du Règlement l'enfant qui est âgé de moins de 22 ans, ou qui est un étudiant dépendant du soutien financier du parent ou qui ne peut pas subvenir à ses besoins. La question en litige était la suivante : l'agent des visas a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il fallait répondre à la définition d'« enfant à charge » tant au moment du dépôt de la demande qu'au moment de la délivrance du visa?

*Jugement* : la demande est accueillie.

Il faut lire les termes de la 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. Aux termes de l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, tout texte s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

La pratique de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) consistant à prendre en compte la dépendance financière au moment de la délivrance du visa se démarque de celle qui consiste à considérer comme déterminante la date de la

application. Thus, there is an apparent anomaly in treatment of children depending on whether they fit within the category of age or that of financial dependency. The term “lock-in” is used to describe the situation where an application is to be assessed as of the date of application rather than the date of processing. The processing of an application may not be completed for years after it is filed. The Regulations governing the skilled worker class do not specify that either age or financial dependency of dependent children is locked in as of the date that the application is accepted. Neither the definition nor sections 84 or 85 address lock-in directly. In the absence of express provisions in the Regulations, there is a presumption that an applicant is entitled to have an application dealt with on the basis of the time it was accepted by CIC. The principle behind this presumption is that an applicant who otherwise meets the selection criteria for immigration to Canada should not be penalized for circumstances beyond his or her control. Courts have held that the family should not suffer separation due to the arbitrariness of the application process timing. Applying this principle, both excluded sons should have been assessed as of the date of application. It was beyond the control of the applicant’s family as to when their application would be processed. The arbitrary result of two of the principal applicant’s sons being excluded as family members would have been avoided had an interpretation of the Regulations that requires a lock-in of financial dependency been adopted. There is no principled reason why the lock-in concept should not apply to financial dependency as well as to age.

The context of the Regulations was examined to determine whether an intention contrary to the presumption that lock-in applies was apparent. Sections 75 and 76 of the Regulations, which describe members of the skilled workers class and the selection criteria to be used in their evaluation, refer to assessment factors set out in sections 78-83. None of these provisions refers to the family members but focus exclusively on the skilled worker applicant. Section 77 provides that an applicant must meet the established criteria both at the time of application and the time a visa is issued thereto. However, that requirement does not expressly include family members who are included in the principal applicant’s application pursuant to sections 84 and 85. The failure of the Regulations to include family members in section 77 is strong support for an interpretation that both age and dependency are to be locked in as of the date of application.

Moreover, there is a conspicuous difference between section 84 (dependent children of skilled workers) and paragraph 121(a) (dependent children of family class applicants) of the Regulations. Paragraph 121(a) actually

présentation de la demande pour ce qui est de l’âge, peu importe l’âge de l’enfant au moment de la délivrance du visa. Il y a donc une apparente anomalie consistant à traiter les enfants différemment selon l’âge ou la dépendance financière. On parle de « gel » ou de « date déterminante » lorsque la demande doit être évaluée à la date où elle a été présentée plutôt qu’à celle de la délivrance du visa. Le traitement de la demande peut durer plusieurs années. Le Règlement régissant la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés ne précise pas que l’âge ou la dépendance financière sont appréciés à la date où la demande est reçue. Rien dans la définition ou dans les articles 84 et 85 du Règlement ne porte directement sur la question du gel. En l’absence de dispositions expresses dans le Règlement, il faut présumer que le demandeur de résidence a le droit de voir sa demande traitée en fonction du moment où elle a été reçue par CIC. Le principe sous-jacent à cette présomption est que l’on ne doit pas pénaliser le demandeur qui remplit par ailleurs les critères de sélection des immigrants au Canada pour des considérations qu’il ne contrôle pas. La jurisprudence enseigne que la famille ne doit pas subir une séparation en raison du caractère arbitraire du calendrier de traitement de la demande. Selon ce principe, il fallait apprécier la situation des deux fils retirés de la demande à la date où la demande a été présentée. La famille n’avait aucun contrôle sur le calendrier du traitement de la demande. Ce retrait était arbitraire et il aurait été évité si le Règlement avait été interprété de manière à imposer la notion de gel à la dépendance financière. Si l’on applique la notion de gel à l’âge, il doit logiquement en aller de même pour la dépendance financière.

La Cour a examiné le contexte de la disposition afin de dire s’il en ressortait une intention contraire à la présomption de gel. Les articles 75 et 76 du Règlement, qui définissent les membres de cette catégorie et les critères de sélection servant à l’évaluation de leur demande, renvoient aux facteurs d’évaluation énoncés dans les articles 78 à 83. Toutes ces dispositions sont muettes quant aux membres de la famille; elles portent exclusivement sur les demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés. Selon l’article 77, le demandeur doit répondre aux critères applicables à la fois au moment de la présentation de la demande et au moment où le visa lui est délivré. Cependant, cette exigence n’englobe pas expressément les membres de la famille qui sont inclus dans sa demande en vertu des articles 84 et 85. Le silence de l’article 77 du Règlement concernant les membres de la famille constitue une nette indication que la date déterminante pour ce qui est de l’âge et de la dépendance est celle de la présentation de la demande.

En outre, il y a une différence évidente entre l’article 84 du Règlement (visant les enfants à charge des travailleurs qualifiés), et l’alinéa 121(a) (visant les enfants à charge des demandeurs appartenant à la catégorie du regroupement

retains the lock-in with respect to the dependent child's age while excluding other factual factors from being locked-in whereas section 84 is silent as to the lock-in. The only logical interpretation is that the absence of an express requirement in one section and presence of it in a comparable section denotes the Governor in Council's intention that the requirement should apply in the former section. Paragraph 121(a) would be redundant and without meaning if silence were to indicate a governing assumption that the dates were not locked in. While not determinative, the canon of construction of *expressio unius est exclusio alterius* was of assistance. By expressly providing for situations where the concept of lock-in does not apply, the intent was that lock-in should apply in other non-identified instances.

One of the stated objectives of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) is family reunification in Canada. However, if the Regulations can require dependent children of family class applicants to maintain their dependent status throughout the application process while still maintaining the purpose of the IRPA and given other competing purposes in the IRPA, that particular objective was not given much weight. Nonetheless, the lock-in of financial dependency was not precluded by the objectives of the IRPA and is directionally supported by the objective of family reunification. The Regulations have the same objectives as the governing statute. Specific sections (i.e. sections 77, 121) explicitly negate the presumption that certain facts are locked in as of the date of the application. Given the absence of similar exceptions for the financial dependency of children of skilled worker class applicants, it was clear that the intent in the Regulations was to limit the assessment of factors as of the date of processing to those situations outlined in sections 77 and 121. As a result, for purposes of section 84 and 85 of the Regulations, all factors set out in the definition of "dependent child" are locked in as of the date of application. The financial dependency of the excluded sons should have been assessed as of the date of application.

The following questions were certified: (a) whether the principle of lock-in established in the case law applies to the definition of "family member" in applications made under the skilled worker category; and (b) whether a child must be included in a parent's application for permanent residence in

familial). En effet, l'alinéa 121(a) retient la notion de gel pour ce qui est de l'âge de l'enfant à charge et prévoit qu'il n'en va pas de même pour certains autres facteurs, alors que l'article 84 est muet en ce qui concerne la date déterminante. Une seule interprétation découle logiquement de cette omission : si une disposition ne prévoit pas une exigence donnée et qu'une disposition comparable la prévoit, on doit admettre que cette exigence n'est pas applicable lorsque la première est en jeu. Si l'on devait admettre que, d'un tel silence, il faut inférer que la date déterminante n'est pas celle de la présentation de la demande, l'alinéa 121(a) serait redondant et ne voudrait plus rien dire. Le principe d'interprétation des lois connu sous le brocard *expressio unius est exclusio alterius* n'est jamais concluant; cependant, il aidait l'interprète en l'espèce. Si le législateur a expressément prévu des cas où la notion de gel n'est pas applicable, son intention était de la rendre applicable à d'autres cas qui n'ont pas été précisés.

Le législateur dit explicitement que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) a notamment pour objet de veiller à la réunification des familles au Canada. Cependant, si le Règlement peut imposer aux enfants à charge des demandeurs de la catégorie du regroupement familial l'obligation de maintenir leur statut de dépendant tout au long du processus d'obtention du visa tout en respectant l'intention du législateur, qui peut comporter des aspects divergents, il n'a pas été donné à cet objet particulier beaucoup de poids. Néanmoins, dire que la date déterminante pour ce qui est de la dépendance financière est celle de la présentation de la demande n'est pas, de prime abord, contraire à l'objet de la LIPR et va dans le sens du principe directeur de la réunification des familles. Le Règlement a le même objet que la loi habilitante. Des dispositions spécifiques (les articles 77 et 121) prévoient des cas où est expressément exclue la présomption selon laquelle la date déterminante pour ce qui est de certains faits est celle de la présentation de la demande. Vu que le Règlement ne prévoit pas d'exceptions semblables concernant la dépendance financière des enfants de demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés, il était manifeste que le Règlement vise à restreindre l'appréciation de certains facteurs à la date de délivrance du visa aux cas prévus par les articles 77 et 121. Par conséquent, la date déterminante, aux fins des articles 84 et 85 du Règlement, pour tous les facteurs énoncés dans la définition de l'expression « enfant à charge » est celle de la présentation de la demande. L'état de dépendance des fils retirés de la demande aurait dû être apprécié à la date de la présentation de celle-ci.

Les questions de portée générale suivantes ont été certifiées : a) Le principe de la date déterminante, ou de gel, consacré par la jurisprudence s'applique-t-il à la définition de membres de la famille dans le cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs?; b) Si l'enfant de plus de

Canada if the child, who was older than 22 and considered dependent on the date of application by virtue of financial dependence because of full-time study or physical or mental condition, no longer meets the requirements of dependent child under the Regulations, section 2 when the visa is issued.

22 ans, qui était considéré comme dépendant à la date de la présentation de la demande puisqu'il dépendait du soutien financier du parent parce qu'il était étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental, ne remplit plus les critères de dépendance prévus par l'article 2 du Règlement au moment de la délivrance du visa, doit-il être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(3),(4) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(d),(f), 5, 14.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 1(3) (as am. by SOR/2004-217, s. 1), 2 "dependent child", 75 (as am. by SOR/2004-167, ss. 27, 80(b)(F)), 76 (as am. *idem*, s. 28(F)), 77, 78, 79 (as am. *idem*, s. 29), 80, 81, 82 (as am. *idem*, s. 30), 83, 84, 85, 121 (as am. *idem*, s. 42).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 11(3)(b) (as am. by SOR/81-461, s. 1).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

##### DISTINGUISHED:

*Lau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 134 (F.C.T.D.); *Shabashkevich v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 361; *Belousyuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 746.

##### CONSIDERED:

*Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763; (1991), 6 Admin. L.R. (2d) 94; 15 Imm. L.R. (2d) 265; 139 N.R. 182 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Jang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 278 N.R. 172; 2001 FCA 312; *Mou*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(3),(4) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)d), f), 5, 14.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 11(3)b) (mod. par DORS/81-461, art. 1).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 1(3) (mod. par DORS/2004-217, art. 1), 2 « enfant à charge », 75 (mod. par DORS/2004-167, art. 27, 80b)(F)), 76 (mod., *idem*, art. 28(F)), 77, 78, 79 (mod., *idem*, art. 29), 80, 81, 82 (mod., *idem*, art. 30), 83, 84, 85, 121 (mod., *idem*, art. 42).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Lau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 81 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Shabashkevich c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 361; *Belousyuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 746.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Jang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 312; *Mou c. Canada (Ministre*

*v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 203 (F.C.T.D.); *Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 53 F.T.R. 205; 17 Imm. L.R. (2d) 191 (F.C.T.D.); *Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.); *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275; (1986), 29 D.L.R. (4th) 35; 19 Admin. L.R. 301; 69 N.R. 174 (C.A.).

*de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [1997] A.C.F. n° 108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Yeung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 307 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wong c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (C.A.F.); *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.).

## AUTHORS CITED

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

## DOCTRINE CITÉE

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

APPLICATION for judicial review of a visa officer's decision excluding two of the principal applicant's sons, Ali and Bilal Hamid, from his application for permanent residence status in Canada because they did not meet the requirements of the definition of a "dependent child" under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent des visas a retiré deux des fils du demandeur principal, Ali et Bilal, de sa demande de résidence permanente au Canada au motif qu'ils ne répondaient pas à la définition d'« enfant à charge » du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## APPEARANCES:

*Lorne Waldman* for applicants.  
*Neeta Logsetty* for respondent.

## ONT COMPARU :

*Lorne Waldman* pour les demandeurs.  
*Neeta Logsetty* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Waldman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] SNIDER J.: Mr. Mujahid Hamid, wishing to immigrate to Canada with his family, submitted an application for permanent residence on February 25, 2002, as a member of the federal skilled worker class. He included applications for his spouse and for his three sons, Ali, Bilal and As'ad. At the time the application was filed, Ali was 23 years old, Bilal was 22 years old, and As'ad was 20 years old, and both Ali and Bilal were enrolled in full-time studies at American universities. Ali graduated in June of 2002, and Bilal graduated in May of 2003.

[1] LA JUGE SNIDER : M. Mujahid Hamid, désirant immigrer au Canada avec sa famille, a présenté sa demande de résidence permanente le 25 février 2002 en qualité de membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés. Il a inclu des demandes pour son épouse et trois fils, Ali, Bilal et As'ad. Lorsque la demande a été présentée, Ali avait 23 ans, Bilal 22 ans, et As'ad 20 ans; de plus, Ali et Bilal étudiaient à temps plein dans des universités américaines. Ali a obtenu son diplôme en juin 2002, et Bilal en mai 2003.



[2] In a decision dated September 28, 2004, an immigration officer (the visa officer) with Citizenship and Immigration Canada (CIC) advised Mr. Hamid that both Ali and Bilal would be removed from the application “as they are not eligible to be included as your dependents”. The visa officer’s reasons were as follows:

Your sons, Ali and Bilal were over the age of 22 when your application was received in our office and, consequently, they must meet the criteria outlined in part (b)(ii) or (iii) of [s. 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (the “*Regulations*”)] . . . I have concluded that they do not meet the definition of a dependent under the [*Regulations*]. If a child over the age of 22 is considered dependent on date of application by virtue of R2(b)(ii) or (iii)—financially dependent due to full-time study or physical or mental condition—than the child must still meet the requirements of these provisions at the time of visa issuance in order to be included as part of the parent’s application.

The applicants, Mr. Hamid together with his sons Ali and Bilal, seek judicial review of this decision.

### Issues

[3] The issue in this application is one of statutory interpretation. Specifically:

1. Did the visa officer err in concluding that Ali and Bilal were required to meet the definition of “dependent child”, as set out in the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the *Regulations*) at the time of the visa issuance?

### Standard of review

[4] The facts in this case are not disputed. The question before me is one of statutory interpretation; that is, whether the *Regulations* require that the status of a dependent child be assessed only at the time the application is made, or also at the time when the visa is granted. This decision precedes the exercise of discretion by the officer, which is to say it came before the application of the facts to the law. While a visa officer’s ultimate, discretionary decision to exclude

[2] Dans la décision du 28 septembre 2004, un agent d’immigration (l’agent des visas) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a informé M. Hamid que Ali et Bilal seraient retirés de la demande [TRADUCTION] « parce qu’ils ne peuvent être considérés comme vos dépendants ». L’agent des visas a invoqué les motifs suivants :

[TRADUCTION] Vos fils, Ali et Bilal avaient plus de 22 ans lorsque votre demande a été reçue par notre bureau; par conséquent, ils doivent répondre aux critères du sous-alinéa 2b)(ii) ou du sous-alinéa 2b)(iii) du [*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le *Règlement*)] [...] J’ai conclu qu’ils ne répondent à la définition de l’expression « enfant à charge » du [*Règlement*]. Si l’enfant de plus de 22 ans est considéré comme dépendant à la date de la présentation de la demande aux termes du sous alinéa 2b)(ii) ou du sous-alinéa 2b)(iii) du *Règlement*—dépendant du soutien financier du parent parce qu’il est étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental—cela doit toujours être le cas au moment de la délivrance du visa pour qu’il soit inclus dans la demande du parent.

Les demandeurs, M. Hamid, ainsi que ses fils Ali et Bilal, demandent le contrôle judiciaire de cette décision.

### Les questions en litige

[3] La présente demande de contrôle judiciaire soulève une question d’interprétation des lois. Plus précisément :

1. L’agent des visas a-t-il commis une erreur lorsqu’il a conclu que Ali et Bilal devaient répondre à la définition d’« enfant à charge » du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le *Règlement*) au moment de la délivrance du visa?

### La norme de contrôle

[4] En l’espèce, les faits ne sont pas matière à controverse. C’est une question d’interprétation des lois dont je suis saisie : aux termes du *Règlement*, faut-il déterminer l’état d’enfant à charge uniquement au moment où la demande est faite, ou aussi au moment où le visa est délivré? La réponse à cette question de droit constitue un préalable à l’exercice par l’agent de son pouvoir discrétionnaire. Lorsque l’agent des visas décide, en fin de compte, d’exclure des personnes en

persons is reviewable on a higher standard (*Jang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 278 N.R. 172 (F.C.A.), at paragraph 12), the decision in this particular application will stand or fall based on whether the officer was correct in her interpretation of the applicable Regulations.

### Relevant regulatory framework

[5] Mr. Hamid applied for permanent residence for himself and his family as a member of the “federal skilled worker class” set out in Division 1, section 75 [as am. by SOR/2004-167, ss. 27, 80(F)] of the Regulations. Sections 75 and 76 [as am. *idem*, s. 28(F)] of the Regulations set out specific requirements that must be met by the foreign national who seeks to be admitted to Canada as a “skilled worker”—in this case, by Mr. Hamid. Of particular relevance to this application is section 77 of the Regulations that provides that:

77. For the purposes of Part 5, the requirements and criteria set out in sections 75 and 76 must be met at the time an application for a permanent resident visa is made as well as at the time the visa is issued.

[6] The requirements in respect of family members of a skilled worker applicant are set out in sections 84 and 85 as follows:

84. The requirement with respect to a person who is a family member of a skilled worker who makes an application under Division 6 of Part 5 for a permanent resident visa is that the person is, in fact, a family member of the skilled worker.

85. A foreign national who is a family member of a person who makes an application for a permanent resident visa as a member of the federal skilled worker class shall become a permanent resident if, following an examination, it is established that the family member is not inadmissible.

[7] The definition of “family member”, as provided in subsection 1(3) [as am. by SOR/2004-217, s. 1] of the Regulations, includes “a dependent child”. In turn, “dependent child” is defined in section 2 as:

exerçant son pouvoir discrétionnaire, la norme de contrôle de cette décision est plus élevée (*Jang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 312, au paragraphe 12); cependant, en l'espèce, la norme est la suivante : l'agente a-t-elle correctement interprété le Règlement applicable?

### Le cadre réglementaire pertinent

[5] M. Hamid a demandé la résidence permanente pour lui-même et sa famille à titre de membre de la « catégorie des travailleurs qualifiés (Fédéral) » visée par l'article 75 [mod. par DORS/2004-167, art. 27, 80(F)], à la section 1 du Règlement. Les articles 75 et 76 [mod., *idem*, art. 28(F)] du Règlement énoncent les exigences précises que l'étranger doit remplir lorsqu'il veut être accepté au Canada en qualité de « travailleur qualifié », ce qui est le cas de M. Hamid en l'espèce. En outre, l'article 77 est particulièrement pertinent; il se lit comme suit :

77. Pour l'application de la partie 5, les exigences et critères prévus aux articles 75 et 76 doivent être remplis au moment où la demande de visa de résident permanent est faite et au moment où le visa est délivré.

[6] Les exigences relatives aux membres de la famille de la personne qui a fait sa demande de résidence à titre de travailleur qualifié sont énoncées aux articles 84 et 85 :

84. L'exigence applicable à l'égard des membres de la famille du travailleur qualifié qui présente une demande de visa de résident permanent en vertu de la section 6 de la partie 5 est que l'intéressé doit, dans les faits, être un membre de la famille du travailleur qualifié.

85. L'étranger qui est membre de la famille de la personne qui présente une demande de visa de résident permanent au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) devient résident permanent s'il est établi, l'issue d'un contrôle, qu'il n'est pas interdit de territoire.

[7] La définition de l'expression « membre de la famille » dans le paragraphe 1(3) [mod. par DORS/2004-217, art. 1] englobe celle d'« enfant à charge », et celle-ci est définie ainsi à l'article 2 de la manière suivante :

2. . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### CIC practice

[8] The practice of CIC to consider financial dependence of children at the date of processing is in contrast to its practice of locking in age, regardless of the age of the child at the time of the processing of the application. In an internal CIC memorandum, dated September 13, 2004, written in the context of Mr. Hamid’s application, an employee of CIC described the policy as follows:

2. [. . .]

« enfant à charge » L’enfant qui :

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

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

(ii) soit en est l’enfant adoptif;

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

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

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

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

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

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

#### La pratique de CIC

[8] La pratique de CIC consistant à prendre en compte la dépendance financière au moment de la délivrance du visa se démarque de celle qui consiste à considérer comme déterminante la date de présentation de la demande pour ce qui est de l’âge, peu importe l’âge de l’enfant au moment de la délivrance du visa. Dans la note interne de CIC du 13 septembre 2004, rédigée au sujet de la demande de M. Hamid, un employé de CIC a formulé cette pratique de la manière suivante :

The age of accompanying dependent children is locked-in on date of application, however, dependency is not. If a child is under the age of 22 on date of application but 23 when the visa is issued, they may still be included as part of the parent's application as an accompanying dependent. If a child over the age of 22 is considered dependent on date of application by virtue of R2(b)(ii) or (iii)—financially dependent due to full-time study or physical or mental condition—then the child must still meet the requirements of these provisions at the time of visa issuance in order to be included as part of the parent's application.

[9] This concept of age lock-in is also addressed in section 5.24 of CIC Operating Procedure OP 1 which sets out the following guidelines for "lock-in date":

#### 5.24. Lock-in date

The lock-in date is a reference point used to freeze certain factors for the purpose of processing applications. Neither the Act nor Regulations define it. It does not overcome any requirements of the Act and Regulations applicants must satisfy when an officer admits them.

...

Refugee and Economic class: Lock-in (of age) occurs when a visa officer has accepted a submission as an application.

[10] While the concept of age lock-in is not directly before me, it is impossible to examine the relevant provisions without noting the apparent anomaly in treatment of children depending on whether they fit within the category of age or that of financial dependency.

#### Analysis

[11] At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. On a number of occasions, the Supreme Court of Canada has given guidance on how to

[TRADUCTION] La date déterminante (pour ce qui est de l'âge) est celle de la présentation de la demande; cependant, ce n'est pas le cas pour la dépendance. Si l'enfant a moins de 22 ans au jour de la demande, mais 23 ans lorsque le visa est délivré, il peut encore figurer dans la demande du parent à titre de dépendant qui l'accompagne. Si l'enfant de plus de 22 ans est considéré comme dépendant le jour de la présentation de la demande aux termes des sous-alinéas 2b)(ii) ou (iii) du Règlement—dépendant du soutien financier du parent parce qu'il est étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental—cela doit toujours être le cas au moment de la délivrance du visa pour qu'il soit inclus dans la demande du parent.

[9] Cette notion de gel, selon laquelle la date de présentation de la demande constitue la date déterminante (pour ce qui est de l'âge) fait aussi l'objet d'observations dans le paragraphe 5.24 de OP 1 Procédures de CIC, où sont énoncées les lignes directrices suivantes au sujet du gel (on y parle de « date limite ») :

#### 5.24. Date limite

La date limite est un point de repère pour la détermination de certains facteurs qui interviennent dans le traitement d'une demande. Ni la *Loi* ni le *Règlement* ne définissent la date limite. Celle-ci est sans effet sur les exigences de la *Loi* et du *Règlement* auxquelles un demandeur doit se soumettre lorsqu'un agent lui accorde une autorisation de séjour.

[...]

Catégories des réfugiés et de l'immigration économique : La date limite (pour ce qui est de l'âge) est la date où un bureau des visas a accepté une présentation comme une demande.

[10] Je ne suis pas directement appelée à me prononcer sur la question de savoir si la date déterminante pour ce qui est de l'âge est la date de présentation de la demande; cependant, il m'est impossible d'examiner les dispositions pertinentes sans remarquer l'apparente anomalie consistant à traiter les enfants différemment selon l'âge ou la dépendance financière.

#### Analyse

[11] Une question d'interprétation des lois est au cœur du présent différend. À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a donné des indications sur

approach a problem of statutory interpretation. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, Mr. Justice Iacobucci, speaking for the unanimous Court, endorsed the statement of Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) that:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[12] I also note that section 12 of the *Interpretation Act*, R.C.S., 1985, c. I-21 provides that:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[13] Guided by this framework, my task cannot be limited to attempting to understanding the individual words or phrases used in the relevant provision. I must also have regard to the context in which those words are placed and the objects of the Act. Thus, my analysis will proceed as follows:

- I will begin by reviewing the words of sections 84 and 85 of the Regulations, the definitions of “family member” and “dependent child” and the relevant jurisprudence. Do either the express words of the relevant provisions or the applicable jurisprudence address this issue? Is there a presumption that operates in the interpretation of the provisions?

- I will then look for guidance to the surrounding provisions of Part 6, Division 1 of the Regulations dealing with skilled workers since the question before me is set in the context of the application for admission to Canada as a skilled worker and, enlarging the circle of context, turn to provisions within the Regulations that also provide for the admission to Canada of family members—specifically, the provisions dealing with “Family Class” set out in Part 7, Division 1 of the Regulations. Does the scheme of the IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] and the Regulations support or conflict with one meaning?

l’approche à suivre en la matière. Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, le juge Iacobucci, exprimant l’avis unanime de la Cour, a avalisé le passage suivant de Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : 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.

[12] Je signale aussi l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui se lit comme suit :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[13] Guidée par ce cadre, ma tâche ne peut pas se limiter à tenter de comprendre les termes ou les expressions en les isolant du reste de la disposition dans laquelle ils figurent. Je dois aussi tenir compte de leur contexte et de l’objet de la Loi. Je vais donc effectuer l’analyse suivante :

- Je commencerai par examiner le texte des articles 84 et 85 du Règlement, les définitions des expressions « membre de la famille » et « enfant à charge » et la jurisprudence pertinente. Le texte même des dispositions pertinentes ou la jurisprudence qui s’y rapporte portent-ils sur cette question? Y a-t-il une présomption qui oriente l’interprétation de ces dispositions?

- Pour me guider, je me pencherai ensuite sur les dispositions voisines de la section 1, partie 6, du Règlement qui ont trait aux travailleurs qualifiés, parce que la question dont je suis saisie se pose à l’égard d’une demande d’admission au Canada en qualité de travailleur qualifié et, pour élargir mes horizons, je me pencherai sur les dispositions du Règlement qui portent aussi sur l’admission au Canada des membres de la famille, plus précisément celles qui ont trait à la catégorie du regroupement familial et qui figurent dans la partie 7, section 1 du Règlement. Le régime de la LIPR [*Loi sur l’immigration et la protection des*

• Finally, I will review the overarching objects of the Act to assess the intention of Parliament and the Governor in Council. Is there a stated or implied objective or intent that supports or conflicts with one meaning?

What do the directly applicable provisions say about the issue?

[14] To meet the definition of “dependent child”, a child must be in one of three “situations of dependency” as described in paragraph (b) of the definition. Broadly stated, these situations are as follows:

- A child who is less than 22 years of age; or
- A student who is financially dependent on the parent; or
- A child who is unable to be financially self-supporting.

[15] The term “lock-in” is used to describe the situation where an application is to be assessed as of the date of application rather than the date of processing. Due to the fact that processing of applications may not be completed for years after an application is filed, the concept of lock-in becomes very important in the context of immigration.

[16] With respect to the treatment of dependent children, the Regulations governing the federal skilled worker class do not specify that either age (definition, subparagraph 2(b)(i)) or financial dependency (definition, subparagraph 2(b)(ii) and (iii)) is locked in as of the date that the application is accepted. I can see no words in either the definition or in sections 84 and 85 of the Regulations that address lock-in directly.

[17] The respondent points to the requirement of the definition that the child be “continuously enrolled” in an educational institution and “actively pursuing” his studies and submits that the requirement is an ongoing one that must be maintained. Looking first at the words

*réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] et du Règlement confirme-t-il ou réfute-t-il une interprétation donnée?

• Enfin, j’examinerai l’objet général de la Loi et apprécierai l’économie de la loi et du règlement. Y a-t-il un objet ou intention expresse ou implicite qui confirme ou réfute une interprétation donnée?

Que disent les dispositions directement applicables sur cette question?

[14] Aux termes de la définition d’« enfant à charge », il doit remplir l’une des trois conditions suivantes énoncées à l’alinéa b). En général, l’enfant :

- est âgé de moins de 22 ans;
- est un étudiant qui dépend du soutien financier du parent;
- ne peut pas subvenir à ses besoins.

[15] On parle de gel lorsque la demande doit être évaluée à la date où elle a été présentée plutôt qu’à celle de la délivrance du visa; c’est la première qui est déterminante. Comme il faut parfois des années après la présentation de la demande de résidence pour achever ce traitement, l’idée de gel prend toute son importance en matière d’immigration.

[16] En ce qui a trait aux enfants à charge, le Règlement régissant la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés ne précise pas que l’âge (définition, sous-alinéa 2b)(i)) ou la dépendance financière (définition, sous-alinéas 2b)(ii) et (iii)) sont appréciés à la date où la demande est présentée. Rien dans la définition ou dans les articles 84 et 85 du Règlement ne porte directement sur la question du gel.

[17] Le défendeur signale que, aux termes de la définition, l’enfant ne doit pas avoir « cessé d’être inscrit » à un établissement d’enseignement et qu’il doit suivre « activement » des cours et il soutient qu’il s’agit là d’une exigence continue qui ne saurait souffrir

“actively pursuing”, I do not see these words as assisting in determining the time frame that must be applied by the officer. They imply no more of an ongoing obligation than does an age; the requirement can be compared to a snapshot that is taken as of the relevant date. For a dependent child, that snapshot must show a child who is, as of that date, actively pursuing his studies.

[18] The word “continuously”, however, denotes a time continuum. A person cannot be continuously engaged in an activity as of a date certain; one must examine the time surrounding the date to determine if an activity is continuous. This is some support for the interpretation urged on me by the respondent that the educational status of the child must be maintained throughout the application process. On the other hand, the provision could also mean that the student must have been enrolled continuously prior to the date of application. For example, a child who had taken two years away from his studies to backpack through Europe might not meet the requirement to be continuously enrolled while someone who pursued his studies without interruption up to the date of the application would. On this interpretation, the Regulations are silent on whether educational status must be maintained for the period between the application date and the processing of the application. With this lack of clarity surrounding the words “continuously enrolled”, I am not inclined to rely on the respondent’s argument as the foundation for any conclusive determination on the applicability of a lock-in date.

Where the applicable Regulations do not directly deal with lock-in, is there a presumption of lock-in?

[19] The applicants submit that, in the absence of express provisions in the Regulations, there is a presumption that an applicant is entitled to have an application dealt with on the basis of the time it was accepted by CIC. This treatment of applications, they assert, is fair, given the lengthy time between the filing of applications and their processing, which delay is

d’interruptions. Si je me penche d’abord sur l’expression « suit activement », celle-ci n’indique de nulle manière le cadre temporel que l’agent doit respecter. Elle n’indique pas plus une obligation continue que l’exigence d’âge; cette exigence peut être comparée à une photographie prise à la date pertinente. En ce qui concerne un enfant à charge, cette photographie doit montrer un enfant qui, au jour en question, suit activement ses cours.

[18] Cependant, l’expression « n’a pas cessé » connote une continuité dans le temps. On ne peut pas dire que l’intéressé n’a pas cessé de se livrer à une activité à une date précise; il faut examiner ce qui s’est produit avant et après cette date pour déterminer si l’activité n’a pas cessé. Voilà qui va dans le sens de la thèse du défendeur, qui a soutenu que le statut scolaire de l’enfant doit être maintenu tout au long du processus de traitement de la demande. Par contre, on pourrait aussi soutenir que cette disposition veut dire que l’étudiant ne doit pas avoir cessé d’être inscrit préalablement au jour de la présentation de la demande. Par exemple, il est possible que l’enfant qui a interrompu ses études pendant deux ans pour voyager en Europe avec son sac à dos ne respecterait pas cette exigence, contrairement à celui qui a poursuivi ses études sans interruption jusqu’à ce jour. Selon cette interprétation, le Règlement est muet sur la question de savoir si l’enfant doit maintenir son statut scolaire pendant la période allant du jour de la présentation de la demande à celui de la délivrance du visa. Vu le flou de l’expression « n’a pas cessé d’être inscrit », je ne suis pas disposée à avaliser l’argument du défendeur et à m’appuyer sur lui pour tirer une conclusion définitive sur la question de l’application du gel.

Comme le Règlement applicable ne prévoit pas directement de gel, y a-t-il une présomption qu’il y en a un?

[19] Les demandeurs soutiennent que, en l’absence de dispositions expresses dans le Règlement, il faut présumer que le demandeur de résidence a le droit de voir sa demande traitée en fonction du moment où elle a été reçue par CIC. Ils affirment que ce mode de traitement des demandes est équitable, vu les longs délais entre le dépôt de la demande et l’aboutissement

beyond the control of the applicants. The applicants cite a number of authorities for this proposition: *Mou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 125 F.T.R. 203 (F.C.T.D.) (lock-in of age); *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763 (C.A.) (lock-in of occupational assessment requirements); *Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 53 F.T.R. 205 (F.C.T.D.) (lock-in of occupational assessment requirements); and *Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.) (lock-in of age).

[20] The cited jurisprudence settles that age and occupational assessment requirements are locked in as of the date of an application (unless this presumption is changed by explicit statutory provisions). In my view, the principle upon which these decisions were made is simple; an applicant who otherwise meets the criteria of selection for immigration to Canada should not be penalized for circumstances beyond his control. In the case of a child who turns 23 during the time a parent waits for processing, the courts have held that the family should not suffer separation due to the arbitrariness of the application process timing. “The application date is the only date within the control of the applicant, and is consequently the only date that can be established without arbitrariness” (*Choi*, at paragraph 8).

[21] Applying this principle to the case before me leads to a conclusion that both Ali and Bilal should be assessed as of the date of application. It is certainly out of the control of the Hamid family as to when their application will be processed. The initial application was submitted on February 25, 2002. The first indication that processing was underway came on May 1, 2003—some 15 months after the application was submitted. Had Mr. Hamid’s application been considered before June 2002, when Ali graduated, both Ali and Bilal would have been included as family members. Had the processing been completed before May 2003, when Bilal graduated, Bilal—but not

de celle-ci, dont le demandeur n’est pas responsable. Les demandeurs citent toute une jurisprudence à l’appui de cette thèse : *Mou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 108 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (gel pour ce qui est de l’âge); *Choi c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763 (C.A.) (gel pour ce qui est des exigences d’évaluation professionnelle); *Yeung c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 307 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (gel pour ce qui est des exigences d’évaluation professionnelle); *Wong c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (C.A.F.) (gel pour ce qui est de l’âge).

[20] Cette jurisprudence a bien fixé le droit : la date déterminante pour ce qui est de l’âge et des exigences d’évaluation professionnelle est le jour de la présentation de la demande (sauf si cette présomption est modifiée par des dispositions légales explicites). À mon avis, le principe sur lequel ces décisions reposent est simple : on ne doit pas pénaliser le demandeur qui remplit par ailleurs les critères de sélection des immigrants au Canada pour des considérations qu’il ne contrôle pas. Dans une affaire concernant un enfant qui a son 23<sup>e</sup> anniversaire au moment où le parent attend toujours l’achèvement du traitement de la demande, il a été statué que la famille ne doit pas subir une séparation en raison du caractère arbitraire du calendrier de traitement de la demande. « La date de la demande est la seule date qui dépend de la volonté du demandeur et elle est par conséquent la seule date qui peut être établie de façon non arbitraire » (*Choi*, au paragraphe 8).

[21] Si j’applique ce principe en l’espèce, cela m’amène à conclure que la situation d’Ali et de Bilal devrait être appréciée à la date où la demande a été présentée. Nul doute que la famille n’a aucun contrôle sur le calendrier du traitement de la demande. La demande d’origine a été présentée le 25 février 2002. La première indication qu’elle était en cours de traitement a été donnée le 1<sup>er</sup> mai 2003—quelque 15 mois après qu’eut été présentée la demande. Si la demande de M. Hamid avait été étudiée avant juin 2002, lorsque Ali a obtenu son diplôme, Ali et Bilal auraient été inclus à titre de membres de la famille. Si le traitement de la demande avait été achevé avant mai 2003, lorsque Bilal



Ali—would have been included. After May 2003, both sons are rejected. These arbitrary results are avoided simply by adopting an interpretation of the Regulations that requires a lock-in of financial dependency. Accordingly, I conclude that there is no principled reason why the concept of lock-in should not apply to financial dependency as well as to age.

[22] The respondent refers to jurisprudence that arguably demonstrates that lock-in status does not apply to the facts of a particular application; factual circumstances should be considered at the time when the visa officer makes a decision (*Lau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 134 (F.C.T.D.), at paragraphs 9-13; *Shabashkevich v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 361, at paragraphs 17-18); *Belousyuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 746, at paragraphs 18-19)). An examination of those cases exposes significant distinguishing features.

[23] In *Lau*, above, the visa officer was concerned with whether the applicant had the ability to successfully establish himself in Canada. Paragraph 11(3)(b) [as am. by SOR/81-461, s. 1] of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 (replaced by the current Regulations) provided that the visa officer could refuse to issue an immigrant visa to an immigrant if, in the officer's opinion, "there are good reasons why the number of units of assessment awarded do not reflect the chances of the particular immigrant . . . of becoming successfully established in Canada." The very essence of this provision is that the officer's statutory duty was to determine whether this applicant would be able to become successfully established upon his arrival in Canada and not just of the date of application. Of necessity, this required an examination of the situation as of time of processing and of any circumstances that might have changed. In *Lau*, the job offers that had been in place at the time of application had disappeared causing the officer to conclude that successful establishment in Canada was not likely. In my view, this case does not establish that the assessment of all factors is to be based on the date of processing.

a obtenu son diplôme, Bilal—mais non pas Ali—aurait été inclus. Après mai 2003, les deux fils sont rejetés. On évite des résultats arbitraires tout simplement en interprétant le Règlement de telle manière qu'il impose comme date déterminante celle de la présentation de la demande pour ce qui est de la dépendance financière. Par conséquent, je conclus que si l'on applique la notion de gel à l'âge, il doit logiquement en aller de même pour la dépendance financière.

[22] Le défendeur invoque la jurisprudence qui semble établir que cette notion ne s'applique pas forcément à telle ou telle demande, et que l'agent des visas doit apprécier les circonstances au moment où il prend sa décision (*Lau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 81 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux paragraphes 9 à 13; *Shabashkevich c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 361, aux paragraphes 17 à 18); *Belousyuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 746, aux paragraphes 18-19)). L'examen de cette jurisprudence révèle qu'il faut faire des distinctions importantes.

[23] Dans l'affaire *Lau*, l'agent des visas avait des réserves quant à la capacité du demandeur s'établir avec succès au Canada. L'alinéa 11(3)b) [mod. par DORS/81-461, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 (qui a été remplacé par le Règlement actuel) prévoyait que l'agent des visas pouvait refuser un visa d'immigrant à un immigrant s'il était d'avis « qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant particulier [...] de s'établir avec succès au Canada ». Selon cette disposition, l'agent avait très précisément l'obligation de déterminer si le demandeur en question pourrait s'établir avec succès à son arrivée au Canada et non pas seulement au jour de la présentation de la demande. Il devait donc forcément examiner la situation du demandeur au moment de décider s'il devait délivrer le visa et, le cas échéant, les circonstances ayant changé. Dans l'affaire *Lau*, les offres d'emploi sur lesquelles s'était appuyé le demandeur avaient été retirées au moment de la délivrance du visa, ce qui a amené l'agent à conclure que le demandeur ne pourrait sans doute pas s'établir avec succès au Canada. Je suis d'avis que cette décision

[24] The applicant in *Shabashkevich*, had applied to immigrate to Canada as an entrepreneur. As such, he was subject to the same discretionary decision by a visa officer under paragraph 11(3)(b) as in *Lau*. The Court explicitly followed *Lau*.

[25] In *Belousyuk*, at paragraph 19, Justice Gauthier stated that “the visa officer must evaluate the application for permanent residence on the basis of the facts as they stand at the time of the exercise of that discretion”. These comments must be placed in context. The bases of the visa officer’s refusal were that the applicant misrepresented a material fact contrary to subsection 9(3) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (now repealed) and that he failed to comply with a request for additional documentation as required by subsection 9(4) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4]. In considering the application for judicial review, Justice Gauthier based her decision on a finding that the visa officer did not err in concluding that the applicant had breached subsection 9(3) and that this violation alone was sufficient to justify the rejection of Mr. Belousyuk’s application. Thus, the comments by the Court concerning the concept of lock-in were not determinative. In any event, when read in this context, the comments were intended to apply to a situation similar to that faced by the Court in each of *Lau* and *Shabashkevich*. Once again, this case does not assist the respondent.

[26] In summary on this point, the principle behind lock-in that has been applied to the age requirement for dependent children also should be applicable to the requirement of financial dependency. Accordingly, in my view, there is a presumption that lock-in applies except where the applicable statutory provision requires an evaluation as of a different time.

Is this interpretation in harmony with the statutory scheme?

[27] Having come to a preliminary view that the financial dependence should be locked in as of the date

n’établit pas pour principe que l’appréciation de tous les facteurs doit être faite à la date de la délivrance du visa.

[24] Dans la décision *Shabashkevich*, le demandeur avait fait une demande d’immigration au Canada à titre d’entrepreneur et il était tout autant visé par l’alinéa 11(3)b, qui confère un pouvoir discrétionnaire à l’agent des visas, que celui dans l’affaire *Lau*. La Cour a expressément suivi la décision *Lau*.

[25] Dans la décision *Belousyuk*, la juge Gauthier a déclaré au paragraphe 19 que « l’agent des visas doit évaluer la demande de résidence permanente en se fondant sur les faits tels qu’ils existent au moment de l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire ». On ne peut pas isoler ces observations de leur contexte. L’agent des visas avait rejeté la demande au motif que le demandeur avait donné une fausse indication sur un fait important, contrairement au paragraphe 9(3) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée depuis), et qu’il ne s’était pas conformé la demande de l’agente des visas de fournir des documents supplémentaires (paragraphe 9(4) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4]). La juge Gauthier a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que l’agente des visas avait correctement conclu que le demandeur n’avait pas respecté le paragraphe 9(3) et que ce seul motif justifiait le rejet de sa demande. Les observations de la Cour au sujet de la notion de date déterminante avaient un caractère incident. Quoiqu’il en soit, elles ne visaient que des faits semblables à ceux qui étaient en cause dans les affaires *Lau* et *Shabashkevich*. Là encore, la décision *Belousyuk* ne conforte pas la thèse du défendeur.

[26] Pour résumer sur ce point, le principe sous-jacent à la notion de gel qui a été appliquée à l’exigence d’âge des enfants à charge est tout aussi pertinent quant à l’exigence de dépendance financière. Par conséquent, je suis d’avis qu’il y a une présomption de gel, sauf lorsque la disposition légale applicable exige que l’appréciation se fasse à un autre moment.

Cette interprétation concorde-t-elle avec le régime légal?

[27] En principe donc, la dépendance financière doit être déterminée à la date de la présentation de la

of an accepted application, I must examine the context of this provision to determine whether a contrary intention is apparent. I begin with Division 1 of Part 6 of the Regulations where the framework is set out for the evaluation of applicants applying to come to Canada as skilled workers. Mr. Hamid applied under these provisions.

[28] Sections 75 and 76 of the Regulations describe the members of this class and the selection criteria to be used in their evaluation. These provisions, in turn, refer to assessment factors set out in sections 78, 79 [as am. by SOR/2004-167, s. 29], 80, 81, 82 [as am. *idem*, s. 30] and 83. No reference is made, in any of these provisions, to the family members; these sections are exclusively focussed on the skilled worker applicant. Of considerable importance to my analysis is section 77 of the Regulations which states that:

77. For the purposes of Part 5 [issuance of a permanent resident card], the requirements and criteria set out in sections 75 and 76 must be met at the time an application for a permanent resident is made as well as at the time the visa is issued.

[29] Thus, section 77 makes it clear that Mr. Hamid must meet the criteria established for him under sections 75, 76 and 78 to 83 at both the time of application and the time a visa is issued to him. However, this requirement does not expressly include family members who are included in Mr. Hamid's application by virtue of sections 84 and 85 of the Regulations. The failure of the Regulations to include the family members in section 77 is strong support for an interpretation that both age and dependency are to be locked in as of the date of application. In drafting the Regulations, the Governor in Council could easily have included the family members in section 77; that was not done.

[30] I can also compare section 84 of the Regulations, which provision applies to dependent children of skilled worker applicants, and section 121 [as am. by SOR/2004-167, s. 42], which applies to dependent children of family class applicants.

demande; je dois maintenant examiner le contexte de la disposition afin de décider s'il en ressort une intention contraire. Je commence avec la section 1 de la partie 6 du Règlement qui donne le cadre d'évaluation des demandes d'immigration au Canada à titre de travailleur qualifié. M. Hamid a fait sa demande en vertu de ces dispositions.

[28] Les articles 75 et 76 du Règlement définissent les membres de cette catégorie et les critères de sélection servant à l'évaluation de leur demande, et ils renvoient aux facteurs d'évaluation énoncés dans les articles 78, 79 [mod. par DORS/2004-167, art. 29], 80, 81, 82 [mod., *idem*, art. 30] et 83. Toutes ces dispositions sont muettes quant aux membres de la famille; elles portent exclusivement sur les demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés. L'article 77 du Règlement revêt une importance particulière; il se lit comme suit :

77. Pour l'application de la partie 5, les exigences et critères prévus aux articles 75 et 76 doivent être remplis au moment où la demande de visa de résident permanent est faite et au moment où le visa est délivré.

[29] L'article 77 est clair : M. Hamid doit remplir les critères prévus par les articles 75, 76 et 78 à 83 qui le concernent à la fois au moment de la présentation de la demande et au moment où le visa lui est délivré. Cependant, cette exigence n'englobe pas expressément les membres de la famille qui sont inclus dans sa demande en vertu des articles 84 et 85 du Règlement. Le silence de l'article 77 du Règlement concernant les membres de la famille constitue une nette indication que l'âge et la dépendance doivent être déterminés à la date de présentation de la demande. Cette omission est éloquente.

[30] Je peux aussi faire une comparaison entre l'article 84 du Règlement, qui s'applique aux enfants à charge des demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés, et l'article 121 [mod. par DORS/2004-167, art. 42], qui s'applique aux enfants à charge des demandeurs appartenant à la catégorie du regroupement familial.

121. The requirements with respect to a person who is a member of the family class or a family member of a member of the family class who makes an application under Division 6 of Part 5 are the following:

(a) the person is a family member of the applicant or of the sponsor both at the time the application is made and, without taking into account whether the person has attained 22 years of age, at the time of the determination of the application.

[31] There is a conspicuous difference between these two sections and, when construing the statute in its full context, I cannot ignore this difference. Paragraph 121(a) even goes so far as to retain the lock-in in respect of the age of the dependent child while excluding other factual factors from being locked-in. Section 84 is, on the other hand, silent as to the lock-in.

[32] In my mind, there is only one logical interpretation of this silence. The absence of an express requirement in one section and presence of it in a comparable section denotes an intention that the requirement should not apply in the former section. If silence were to indicate that an assumption that the dates are not locked in, as found in *Lau*, and the other cases cited by the respondent, should govern, then paragraph 121(a) is redundant and without meaning.

[33] While not a determinative factor in statutory interpretation, the canon of construction of *expressio unius est exclusio alterius* is of assistance in this situation. That is, by expressly providing for situations where the concept of lock-in does not apply, the intent was that lock-in should apply in other non-identified instances (*National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275 (C.A.), at page 289).

[34] The respondent submits that Regulations governing family class applicants are of no relevance in determining the law that applies to economic class applicants such as the skilled worker class. The two schemes are very different; in the former, the parent sponsor is already in Canada, and in the latter, the parent is immigrating with the children.

121. Les exigences applicables à l'égard de la personne appartenant à la catégorie du regroupement familial ou des membres de sa famille qui présentent une demande au titre de la section 6 de la partie 5 sont les suivantes :

a) l'intéressé doit être un membre de la famille du demandeur ou du répondant au moment où la demande est faite et, qu'il ait atteint l'âge de vingt-deux ans ou non, au moment où il est statué sur la demande.

[31] Il y a une différence évidente entre ces deux dispositions et il faut en tenir compte pour interpréter la loi dans son ensemble. L'alinéa 121(a) va même plus loin : il retient comme date déterminante pour ce qui est de l'âge de l'enfant à charge celle de présentation de la demande et prévoit précisément qu'il n'en va pas de même pour certains autres facteurs. Par contre, l'article 84 est muet en ce qui concerne la date déterminante.

[32] Je suis d'avis qu'une seule interprétation découle logiquement de cette omission. Si une disposition ne prévoit pas une exigence donnée et qu'une disposition comparable la prévoit, on doit admettre que cette exigence n'est pas applicable lorsque la première est en jeu. Si l'on devait admettre que, d'un tel silence, il faut inférer que la date déterminante n'est pas celle de la présentation de la demande, comme il a été statué dans la décision *Lau*, et dans les autres décisions, l'alinéa 121(a) serait redondant et ne voudrait plus rien dire.

[33] Le principe d'interprétation des lois connu sous le brocard *expressio unius est exclusio alterius* n'est jamais concluant; cependant, il aide l'interprète en l'espèce. En effet, si le législateur a expressément prévu des cas où la notion de gel n'est pas applicable, on peut en inférer que son intention était de la rendre applicable dans d'autres cas qui n'ont pas été précisés (*Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.), à la page 289).

[34] Le défendeur soutient que le Règlement encadrant les demandeurs de la catégorie de la famille n'a aucune pertinence quant au droit applicable aux demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés. Les deux régimes sont très différents; en qui concerne le premier, le parent qui fait le parrainage se trouve déjà au Canada, et dans le deuxième, le parent immigré au Canada avec les enfants.

[35] I am not persuaded by the respondent's arguments on this point. While I agree that the statutory treatment of the two classes of immigrants are different in many ways, my only purpose in looking to the family class applicants is to examine how the Regulations deal with the timing of assessment. In this regard, section 121 is helpful in demonstrating, once again, that the Governor in Council could have—but did not—provide a statutory “fix” to the timing concern for the family members of the skilled worker class. The logical inference is that the date of application is to be locked in for those persons.

Is this interpretation in harmony with the objects of IRPA and Parliament?

[36] The final step in my analysis is to determine whether a lock-in of financial dependency is consistent with the objects of the IRPA and the intent of Parliament.

[37] One of the stated objectives of the IRPA, is “to see that families are reunited in Canada” (paragraph 3(1)(d)). Permitting an assessment of financial dependency for Mr. Hamid's sons as of the application date would allow Mr. Hamid's family to stay together, thus meeting this objective. However, I hesitate to place much weight on this factor. The applicants themselves have pointed out that section 121 of the Regulations requires dependent children of family class applicants to maintain their dependent status throughout the visa process. If Parliament (or, in this case, the Governor in Council) can impose this restriction while still maintaining the purpose of the IRPA, which I presume they do, then the same restrictions could apply to dependent children of skilled worker applicants without violating that purpose. Moreover, I note a competing purpose of the IRPA, found in paragraph 3(1)(f), which states that Parliament may pursue its immigration goals through the IRPA. Such goals could conceivably entail excluding dependent children who are no longer dependent at the time of visa issuance. Therefore, little help can be drawn from this particular objective of the Act, beyond stating that lock-in of financial dependency

[35] En ce qui concerne ce point, je ne trouve pas les arguments du défendeur convaincants. Je conviens que la loi traite différemment les deux catégories d'immigrants à bien des égards; cependant, si je me penche sur les demandeurs de la catégorie du regroupement familial, mon seul but est de voir ce que dit le Règlement sur le calendrier de traitement de la demande. Sous cet angle, l'article 121 est utile parce qu'il permet de démontrer, là encore, que le Règlement aurait pu comprendre une disposition prévoyant le « blocage » de la situation des membres de la famille de la catégorie des travailleurs qualifiés, ce qui n'est pas le cas. On doit en inférer logiquement que, pour ces personnes, c'est la date de la présentation de la demande qui est déterminante.

Cette interprétation concorde-t-elle avec l'objet de la LIPR et avec l'intention du législateur?

[36] L'étape finale de mon analyse consiste à déterminer si la notion de gel relative à la dépendance financière est conforme à l'objet de la LIPR et à l'intention du législateur.

[37] Le législateur dit explicitement que la LIPR a notamment pour objet « de veiller à la réunification des familles au Canada » (alinéa 3(1)d)). Si la dépendance financière des fils de M. Hamid était appréciée à la date de la présentation de la demande, cela permettrait à la famille de M. Hamid de rester ensemble, ce qui correspond à cet objet. Cependant, j'hésite à accorder beaucoup d'importance à ce facteur. Les demandeurs ont eux-même signalé que, aux termes de l'article 121 du Règlement, les enfants à charge des demandeurs de la catégorie du regroupement familial sont tenus de maintenir leur statut de dépendants tout au long du processus d'obtention du visa. Si le Règlement peut imposer cette restriction tout en respectant l'intention du législateur, et je suppose que c'est le cas, les mêmes restrictions pourraient alors s'appliquer aux enfants à charge des demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés sans non plus porter atteinte à cette intention. En outre, je remarque aussi que la LIPR vise aussi, aux termes de l'alinéa 3(1)f), à permettre au législateur de promouvoir ses objectifs en matière d'immigration par le truchement de la LIPR, qui pourraient éventuellement se traduire par l'exclusion des enfants à charge qui ne

is not precluded by the objectives of the IRPA and is directionally supported by the objective of family reunification.

[38] The provisions under scrutiny in this application are contained in the Regulations. Parliament gave the Governor in Council very broad powers to make regulations (IRPA, sections 5 and 14). The Regulations are very detailed and carefully drafted. They do not contain separate objectives but must have the same objectives as the governing statute. Contained within those regulations are instances where the Governor in Council has seen fit to explicitly negate the presumption that certain facts are locked in as of the date of the application; specifically, sections 77 and 121. The Governor in Council could have provided similar exceptions for the financial dependency of children of applicants in the skilled worker class. She did not. Accordingly, I think it clear that she must have intended to limit the assessment of factors as of the date of processing to those situations outlined in sections 77 and 121. For Ali and Bilal, their financial dependency should have been assessed as of the date of application.

### Conclusion

[39] In summary, when the words of the applicable Regulations are read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Regulations, the object of the IRPA and the Regulations, and the intention of Parliament and of the Governor in Council, all factors (including financial dependency) set out in the definition of “dependent child” are locked in as of the date of application for purposes of sections 84 and 85 of the Regulations.

[40] I would make one cautionary comment. When I refer to the date of application, I am referring to the date upon which the applicant has filed a complete application in a form consistent with the requirements of the Regulations. In this decision, I make no

sont plus dépendants au moment de la délivrance du visa. Cet aspect particulier de la Loi n’aide donc pas beaucoup l’interprète; tout ce que l’on peut dire est que la détermination de la dépendance financière à la date de la présentation de la demande n’est pas, de prime abord, contraire à l’objet de la LIPR et que le principe directeur de la réunification des familles va dans ce sens.

[38] Les dispositions visées par la présente demande de contrôle judiciaire figurent dans le Règlement. Le législateur fédéral a conféré au pouvoir exécutif un très large pouvoir réglementaire (articles 5 et 14 de la LIPR). Le Règlement est très précis et sa formulation soignée. Il ne fait pas état d’un objet distinct; cependant, son objet doit être celui de la loi habilitante. Ce Règlement prévoit des cas où est expressément exclue la présomption selon laquelle la date déterminante pour ce qui est de certains faits est celle de la présentation de la demande; plus précisément, il s’agit des articles 77 et 121. Le Règlement aurait pu prévoir des exceptions semblables concernant la dépendance financière d’enfants de demandeurs de la catégorie des travailleurs qualifiés. Ce n’est pas le cas. Je pense donc qu’il est manifeste que le Règlement vise à restreindre l’appréciation de certains facteurs à la date de délivrance du visa aux cas prévus par les articles 77 et 121. En ce qui a trait à Ali et à Bilal, leur dépendance aurait dû être appréciée à la date de la présentation de la demande.

### Conclusion

[39] En résumé, si on lit les dispositions pertinentes du Règlement dans leur sens ordinaire, au regard de leur contexte, de l’objet de ce texte et du régime général instauré par lui et la LIPR et de l’intention du législateur, la date déterminante, aux fins des articles 84 et 85 du Règlement, pour tous les facteurs (notamment la dépendance financière) énoncés dans la définition de l’expression « enfant à charge » est celle de la présentation de la demande.

[40] Cependant, une mise en garde s’impose. Lorsque je parle de la date de la présentation de la demande, je parle de la date où le demandeur a déposé un dossier complet, conformément aux exigences du Règlement. En l’espèce, je ne me prononce pas sur la question de

determination of whether the application was complete as of February 25, 2002. Throughout, I have assumed that it was.

[41] I conclude, therefore, that the visa officer erred and that the application for judicial review should succeed.

#### Certified question

[42] At the close of the hearing, I requested that the parties consider proposing a question for certification. The respondent proposes the following:

*If a child who was over the age of 22 years and who was considered dependent on the date of application by virtue of his or her financial dependence by reason of full-time study or physical or mental condition no longer meets the requirements of dependent child within the meaning of s. 2 of the Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-22, at the time of the visa issuance, must the child be included as part of his or her parent's application for permanent residence in Canada?*

[43] The applicant submits that, in addition to the question proposed by the respondent, the following question should first be posed:

*Does the principle of lock-in established in the jurisprudence apply to the definition of family member in applications made under the skilled worker category?*

[44] In my view, these are both questions of general importance that should be certified. The question of lock-in of financial dependency has not been considered by the courts. The answers to these questions are determinative of my decision. Further, given the number of immigrants applying under the skilled worker class, I believe that the clarity provided from a review of my decision by a higher court would be helpful to all.

savoir si la demande était complète au 25 février 2002. Aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire, j'ai tenu pour acquis que tel était le cas.

[41] Je conclus donc que l'agent des visas a commis une erreur et que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

#### Question certifiée

[42] À la conclusion de l'audience, j'ai invité les parties à envisager de demander que soit certifiée une question. Le défendeur demande que soit certifiée la question suivante :

*Si l'enfant de plus de 22 ans qui était considéré comme dépendant à la date de la présentation de la demande puisqu'il dépendait du soutien financier du parent parce qu'il était étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental ne remplit plus les critères de dépendance prévus par l'article 2 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-22, au moment de la délivrance du visa, doit-il être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent?*

[43] Le demandeur soutient que, outre la question proposée par le défendeur, il faut d'abord poser la question suivante :

*Le principe du gel consacré par la jurisprudence s'applique-t-il à la définition de membres de la famille dans le cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs?*

[44] Je suis d'avis que ces deux questions ont une portée générale et qu'elles doivent être certifiées. Les tribunaux ne se sont pas penchés sur la question de la date déterminante pour ce qui est de la dépendance financière. Les réponses à ces questions sont au cœur de ma décision. De plus, vu le nombre d'immigrants qui font une demande au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés, il me semble que les observations d'un tribunal plus élevé seraient utiles à tous.

## ORDER

## THIS COURT ORDERS THAT:

1. The application is allowed and the matter referred back to a different visa officer for consideration; and

2. The following questions of general importance are certified:

(a) Does the principle of lock-in established in the jurisprudence apply to the definition of “family member” in applications made under the skilled worker category?

(b) If a child who was over the age of 22 years and who was considered dependent on the date of application by virtue of his or her financial dependence by reason of full-time study or physical or mental condition no longer meets the requirements of dependent child within the meaning of section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, at the time of the visa issuance, must the child be included as part of his or her parent’s application for permanent residence in Canada?

## ORDONNANCE

## LA COUR ORDONNE :

1. La demande est accueillie et l’affaire est renvoyée à un agent des visas différent pour réexamen;

2. Les questions de portée générale suivantes sont certifiées :

(a) Le principe de la date déterminante consacré par la jurisprudence s’applique-t-il à la définition de membres de la famille dans la cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs?

(b) Si l’enfant de plus de 22 ans qui était considéré comme dépendant à la date de la présentation de la demande puisqu’il dépendait du soutien financier du parent parce qu’il était étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental ne remplit plus les critères de dépendance prévus par l’article 2 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, au moment de la délivrance du visa, doit-il être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent?



T-1081-04  
2005 FC 1297

T-1081-04  
2005 CF 1297

**Public Service Alliance of Canada** (*Applicant*)

v.

**Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by Treasury Board** (*Respondent*)

*INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. CANADA (TREASURY BOARD) (F.C.)*

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, April 6; September 21, 2005.

*Human Rights — Judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint without further proceedings pursuant to Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 44(3)(b) — Complaint alleging discrimination on basis of gender, in contravention of CHRA, ss. 7, 10, 11 — Related to classification, pay of federal public service employees in Clerical and Regulatory (CR) occupational category, members of which predominantly female — Classification complaint alleging segregation of CR, Program Management (PM) groups, application of different standards to measure value of jobs of employee members thereof, discriminatory — Wage discrimination complaint referred to Human Rights Tribunal — Tribunal found CHRA, s. 11 violated, ordered wage compensation in form of pay equity adjustments back to 1985; pay equity adjustments after date of decision to become integral part of wages — While s. 11 portion of complaint being adjudicated, Commission suspended investigation into ss. 7, 10 portions of complaint relating to classification — New classification system (Universal Classification System) developed to provide gender-neutral occupations, eliminate discrimination, but abandoned as "unworkable" — Commission investigator's report recommended no further proceedings in classification complaint under CHRA, ss. 7, 10, giving merger of CR, PM groups as main reason — Commission accepted investigator's recommendation, dismissed complaint despite applicant's vehement opposition — Formal request for written reasons denied — Following receipt of investigator's report, Commission may either request Tribunal to institute inquiry if satisfied inquiry warranted, or dismiss complaint — Performing screening exercise, not deciding merits of complaint — Duty to assess whether sufficient evidence to allow Tribunal to find complainant subject to unlawful discrimination — Despite merger of CR, PM groups, old allegedly discriminatory classification standards continue to be applied — No assurance new classification system compliant with requirements of CHRA to be implemented in*

**L'Alliance de la fonction publique du Canada** (*demanderesse*)

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor** (*défenderesse*)

*RÉPERTORIÉ : ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (C.F.)*

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 6 avril; 21 septembre 2005.

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui avait rejeté, la classant sans suite, la plainte de la demanderesse, en application de l'art. 44(3)b de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP) — La plainte alléguait une distinction illicite fondée sur le sexe, et donc contraire aux art. 7, 10 et 11 de la LCDP — Elle concernait la classification et la rémunération d'employés compris dans la catégorie professionnelle de la fonction publique fédérale qui regroupe les commis aux écritures et aux règlements (CR), une catégorie à prédominance féminine — Dans la plainte relative à la classification, la demanderesse affirmait que, en séparant le groupe CR et le groupe de l'administration des programmes (PM), et en appliquant des normes différentes pour mesurer la valeur des tâches des employés qui appartenaient à ces groupes, le défendeur exerçait une discrimination — La plainte de discrimination salariale fut renvoyée au Tribunal des droits de la personne — Le Tribunal a jugé qu'il y avait eu infraction à l'art. 11 de la LCDP, et il a ordonné le versement d'une réparation prenant la forme de rajustements salariaux paritaires, rétroactifs à 1985; il a aussi ordonné que les rajustements salariaux paritaires pour les périodes postérieures à sa décision deviennent partie intégrante des salaires — Alors que la partie de la plainte se rapportant à l'art. 11 était étudiée par le Tribunal, la Commission avait suspendu son enquête sur les aspects de la plainte relatifs aux art. 7 et 10, c'est-à-dire ceux qui concernaient la norme de classification — On a entrepris de développer un nouveau système de classification (la Norme générale de classification) pour générer des emplois non sexistes, et éliminer la discrimination, mais la réforme fut abandonnée parce qu'elle était « impraticable » — Dans son rapport, l'enquêteur a recommandé à la Commission de ne pas donner suite à la plainte en matière de classification déposée en vertu des art. 7 et 10 de la LCDP, en invoquant comme principal motif la fusion des groupes CR et PM — La Commission a accepté la*

*near future — Applicant entitled to thorough examination of discrimination allegations — In failing to address crucial argument, investigator, ultimately Commission, breached duty of procedural fairness — Commission's decision unreasonable since not supported by adequate investigation, not based on cogent line of reasoning — Duty of procedural fairness also violated by failure to provide adequate reasons for decision, given inadequacy of investigation, importance of matter at hand, length of time complaint pending.*

*recommandation de l'enquêteur, et elle a rejeté la plainte malgré l'opposition énergique de la demanderesse — Une demande formelle de motifs écrits a été refusée — Après réception d'un rapport d'enquête, la Commission peut soit demander au Tribunal d'instruire la plainte si elle est convaincue que l'examen de la plainte est justifié, soit rejeter la plainte — La Commission effectue un examen préalable de la plainte, elle ne statue pas sur le fond de la plainte — Elle doit évaluer s'il existe une preuve suffisante qui pourrait conduire le Tribunal à dire que la plaignante est victime d'une distinction illicite — Malgré la fusion des groupes CR et PM, les anciennes normes de classification prétendument discriminatoires continuaient de s'appliquer — Il n'était pas garanti qu'un nouveau régime de classification, conforme aux exigences de la LCDP, serait mis en application efficacement dans un avenir proche — La demanderesse avait droit à ce que ses allégations de distinction illicite soient examinées avec rigueur — En s'abstenant d'examiner l'un de ses arguments cruciaux, l'enquêteur, et finalement la Commission, ont manqué à leur obligation d'équité procédurale — La décision de la Commission était déraisonnable parce qu'elle n'était pas appuyée par une enquête adéquate et qu'elle n'était pas le résultat d'un raisonnement incontournable — Il y a eu aussi manquement à l'obligation d'équité procédurale parce qu'elle n'a pas motivé adéquatement sa décision, vu le caractère déficient de l'enquête, l'importance de la question posée et la longue période qui s'était écoulée depuis que la plainte avait été déposée.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission dismissing applicant's complaint without further proceedings pursuant to Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 44(3)(b) — Application of pragmatic, functional analysis to determine proper standard of review — Commission's decision either to dismiss complaint or refer to Tribunal must be reviewed on standard of reasonableness simpliciter — Issue question of mixed fact, law since involving application of general principles found in CHRA to specific circumstances — Issue of whether breach of duty of procedural fairness reviewed on standard of correctness — Content of procedural fairness going to manner in which decision made whereas standard of review applicable to end product of decision maker's deliberations — As breach of procedural fairness usually voids decision, no assessment of standard of review required.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui avait rejeté, la classant sans suite, la plainte de la demanderesse, en application de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la LCDP), art. 44(3)b) — Application de l'approche pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle à appliquer — La décision de la Commission de rejeter la plainte ou de la renvoyer au Tribunal doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable simpliciter — La question posée était une question mixte de droit et de fait, puisqu'elle concernait l'application de principes généraux, exposés dans la LCDP, à des circonstances précises — Il s'agissait de savoir si un manquement à l'obligation d'équité procédurale devait être revu selon la norme de la décision correcte — L'équité procédurale intéresse la manière dont la décision a été rendue tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat des délibérations du décideur — Un manquement à l'équité procédurale aura généralement pour effet d'invalider automatiquement la décision contestée, et aucune recherche de la norme de contrôle ne s'impose alors.*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 44 conferring wide discretion on Commission when screening complaints — Same language used with respect to dismissing*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — L'art. 44 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP), confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission lorsqu'elle fait un examen préalable des*

*complaint or referring to Tribunal — Court should only intervene where decision under review unreasonable, i.e. without foundation or logical coherence — Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) establishing factors relevant in determining duty of procedural fairness — Commission must comply with duty of procedural fairness when deciding whether investigation report will be adopted or dismissed under CHRA, s. 44 — Commission performing screening function under CHRA, s. 44 based on information collected by investigator, report — If based on inadequate investigation, Commission's decision not reasonable since defective evidentiary foundation — Obligation to conduct neutral, thorough investigation component of duty of procedural fairness — Investigator's report focused exclusively on fact CR, PM occupational groups no longer segregated — Ignoring fact classification system never modified to eliminate alleged discriminatory aspects — Where legal right to make submissions in response to investigator's report, parties can alert decision maker to minor omissions or errors by way of submissions — Where omissions cannot be rectified, judicial review warranted, i.e. where omission of such fundamental nature that merely drawing decision maker's attention to omission not compensating therefor — Applicant drew Commission's attention to perceived deficiencies in investigator's report, but omission of such fundamental character applicant's response to investigator's report could not rectify problem — Duty of fairness not generally requiring that reasons be provided for administrative decisions, even if useful in ensuring fair, transparent decision making — But duty of fairness requiring written reasons where decision has important significance for individual, when statutory right of appeal — Obligation to give reasons may be fulfilled in certain circumstances if decision based on report or on subordinate's notes — Commission had duty to go beyond merely referring to investigator's report, to explain ultimate decision to dismiss complaint — Commission violated duty of procedural fairness since applicant could neither make sense of Commission's decision, nor understand why arguments rejected.*

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Commission dated May 3, 2004, dismissing the applicant's complaint without any further proceedings pursuant to paragraph 44(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). The complaint alleged discrimination on the basis of gender, in contravention of

*plaintes — Le même texte est employé pour le rejet d'une plainte ou pour son renvoi au Tribunal — La Cour ne doit intervenir que si la décision contestée est déraisonnable, c'est-à-dire si elle est dépourvue de fondement ou de cohérence logique — L'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) expose les facteurs permettant de dire s'il existe une obligation d'équité procédurale — La Commission est soumise à une obligation d'équité procédurale lorsqu'elle décide si le rapport d'enquête sera adopté ou rejeté, en application de l'art. 44 de la LCDP — Elle exerce, de par l'art. 44 de la LCDP, une fonction d'examen préalable qui se fonde sur les renseignements recueillis par l'enquêteur et figurant dans le rapport — Si la décision de la Commission repose sur une enquête déficiente, elle ne pourra être qualifiée de raisonnable puisque ses éléments probants sont alors insuffisants — L'obligation de mener une enquête neutre et rigoureuse est un élément de l'obligation d'équité procédurale — Le rapport d'enquête se focalisait uniquement sur le fait que les groupes professionnels CR et PM n'étaient plus séparés — C'était là ne pas reconnaître que le régime de classification n'avait jamais été modifié pour qu'en soient éliminés les présumés aspects discriminatoires — Lorsque les parties ont le droit de présenter des observations en réponse à un rapport d'enquête, elles peuvent corriger les omissions ou erreurs mineures en les portant à l'attention du décideur, par des observations — Lorsque les omissions ne peuvent être rectifiées, un contrôle judiciaire devient alors justifié, par exemple si l'omission considérée est d'une nature si fondamentale que le simple fait de la signaler au décideur ne suffira pas à la corriger — La demanderesse avait appelé l'attention de la Commission sur les lacunes apparentes du rapport d'enquête, mais l'omission était si fondamentale que la réponse de la demanderesse au rapport d'enquête ne pouvait pas corriger le problème — En règle générale, l'obligation d'équité ne requiert pas que des motifs accompagnent les décisions administratives, même si l'on a souvent souligné leur utilité pour des décisions équitables et transparentes — Mais l'obligation d'équité appelle des motifs écrits lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans les cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi — L'obligation de motiver une décision peut dans certains cas devoir être observée si la décision s'appuie sur un rapport ou sur les notes d'un subordonné — La Commission avait le devoir de faire davantage que simplement s'en remettre au rapport d'enquête, et elle devait expliquer sa décision ultime de rejeter la plainte — La Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale puisque la demanderesse ne pouvait pas véritablement saisir la décision à laquelle elle était arrivée, ni comprendre pourquoi les arguments avancés par elle avaient été rejetés.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne, en date du 3 mai 2004, qui avait rejeté, la classant sans suite, la plainte de la demanderesse, en application de l'alinéa 44(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la LCDP). Dans sa plainte, la demanderesse

sections 7, 10, and 11 of the CHRA. It related to the classification and pay of federal public service employees governed by the Clerical and Regulatory (CR) occupational category, the members of which are predominantly female. The complaint alleged that: (1) CR members were subjected to a discriminatory classification standard which was utilized to assess the value of their work and pay, contrary to sections 7, 10 and 11 of the CHRA and; (2) by segregating the CR and the Program Management (PM) groups and by applying different standards to measure the value of jobs of employees who are members of these groups, Treasury Board discriminated against members of the former group in contravention of sections 7, 10 and 11 of the CHRA. The allegation of wage discrimination contrary to section 11 of the CHRA was referred to a panel of the Human Rights Tribunal, which found that there had been a violation of section 11 and ordered wage compensation in the form of pay equity adjustments back to 1985. It also ordered that pay equity adjustments of wages for times after the date of the decision become an integral part of wages. While the section 11 portion of the complaint was being adjudicated, the Commission suspended its investigation into those aspects of the complaint under sections 7 and 20 relating to the structure and application of the CR classification standard as a job evaluation tool. This allowed the parties to develop a new classification system known as the Universal Classification System (UCS). Ultimately UCS was not pursued as it was "unworkable" and Treasury Board announced that it planned to tailor an approach to classification reform to meet the particular needs of specific occupational groups. A Commission investigator prepared an investigation report and recommended that the Commission take no further proceedings in the complaint made under sections 7 and 10 because the CR and PM groups had been merged under a new occupational group structure and that gender-neutral plans had been developed for new occupational groups. The applicant vehemently opposed the recommendation by way of submissions in response to the report. The Commission accepted the investigator's recommendation and dismissed the complaint. In response to the applicant's formal request for reasons, the Commission replied that it did not have a statutory duty to provide reasons for its decision to dismiss under paragraph 44(3)(b) CHRA. Moreover, it stated that the Federal Court had held that where no reasons are given and the Commission adopts the investigator's recommendation, the basis for the decision is the investigator's report. The issues were: what was the appropriate standard of review; whether the Commission erred when it dismissed the sections 7 and 10 portions of the complaint and determined that no further proceedings were warranted; whether the Commission breached the duty of procedural fairness by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the subject complaint; and whether the Commission violated the duty of procedural

alléguait une distinction illicite fondée sur le sexe, et donc contraire aux articles 7, 10 et 11 de la LCDP. La plainte concernait la classification et la rémunération d'employés compris dans la catégorie professionnelle de la fonction publique fédérale qui regroupe les commis aux écritures et aux règlements (CR), une catégorie à prédominance féminine. La plainte renfermait deux accusations : 1) les membres du groupe CR étaient victimes d'une norme de classification discriminatoire, qui servait à mesurer la valeur de leur travail et de leur rémunération, en violation des articles 7, 10 et 11 de la LCDP; et 2) en séparant le groupe CR et le groupe de l'administration des programmes (PM), et en appliquant des normes différentes pour mesurer la valeur des tâches des employés qui appartenaient à ces groupes, le Conseil du Trésor exerçait une discrimination contre les membres du premier groupe, en violation des articles 7, 10 et 11 de la LCDP. L'accusation de discrimination salariale contraire à l'article 11 de la LCDP fut renvoyée au Tribunal des droits de la personne, qui jugea qu'il y avait eu infraction à l'article 11 et qui ordonna le versement d'une réparation prenant la forme de rajustements salariaux paritaires, rétroactifs à 1985. Il ordonna aussi que les rajustements salariaux paritaires pour les périodes postérieures à sa décision soient consolidés et deviennent partie intégrante des salaires. Alors que la partie de la plainte se rapportant à l'article 11 était étudiée par le Tribunal, la Commission avait suspendu son enquête sur les aspects de la plainte relatifs aux articles 7 et 20, aspects qui concernaient la structure et l'application de la norme de classification du groupe CR comme instrument d'évaluation des emplois. Les parties pouvaient ainsi élaborer un nouveau système de classification baptisé Norme générale de classification (NGC). Finalement, la NGC ne fut pas explorée davantage au motif qu'elle était « impraticable », et le défendeur annonça qu'il envisageait d'engager une réforme de la classification qui soit apte à répondre aux besoins particuliers de tel ou tel groupe professionnel. Un enquêteur de la Commission a rédigé un rapport d'enquête, qui recommandait à la Commission de ne pas donner suite à la plainte déposée en vertu des articles 7 et 10, parce que les groupes CR et PM avaient été fusionnés dans une nouvelle structure des groupes professionnels et que des plans non sexistes avaient été élaborés pour les nouveaux groupes professionnels. La demanderesse s'est énergiquement opposée à la recommandation en présentant des conclusions tenant lieu de réponse au rapport. La Commission a souscrit à la recommandation de l'enquêteur et a rejeté la plainte. La demanderesse a formellement demandé à la Commission de motiver sa décision, mais la Commission lui a répondu qu'elle n'avait pas l'obligation légale de motiver sa décision de rejet selon l'alinéa 44(3)(b) de la LCDP. La Commission ajoutait que la Cour fédérale avait déjà jugé que, lorsque la Commission ne motive pas une décision et adopte la recommandation de l'enquêteur, le fondement de sa décision

fairness by failing to provide adequate reasons for its decision.

*Held*, the application should be allowed.

Following the receipt of an investigator's report, the Commission may request the Canadian Human Rights Tribunal to institute an inquiry if it is satisfied that an inquiry is warranted having regard to all of the circumstances. Conversely, the Commission shall dismiss the complaint if, having regard to those same circumstances, an inquiry is not warranted. In reaching this decision, the Commission is concerned with whether there exists a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage—the appointment of a Tribunal. The Commission is performing a screening exercise and does not decide the complaint on its merits. The determination of the proper standard of review requires the application of a pragmatic and functional analysis on the basis of the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the decision maker; the purposes of the legislation and the provision in particular; and the nature of the question. Based on this approach, the Commission's decision either to refer a complaint to the Tribunal or to dismiss it must be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. The screening exercise is a question of mixed fact and law since it involves the application of general principles found in the CHRA to specific circumstances. Section 44 of the CHRA confers a wide discretion on the Commission when screening complaints, and the same language is used with respect to dismissing a complaint or referring it on to the Tribunal. As a result, the Court should only intervene where it is established that the decision under review is unreasonable, that is, one that is without foundation or logical coherence.

The matter of whether the Commission breached the duty of procedural fairness in making its decision should be reviewed on a standard of correctness. The content of procedural fairness goes to the manner in which the decision was made whereas the standard of review is applied to the end product of a decision maker's deliberations. Despite the similarity between the factors considered in determining the requirements of procedural fairness and those examined in

est le rapport de l'enquêteur. Les points litigieux étaient les suivants : quelle était la norme de contrôle à appliquer? La Commission avait-elle commis une erreur lorsqu'elle avait décidé de rejeter les portions de la plainte se rapportant aux articles 7 et 10 et considéré qu'aucune suite ne s'imposait? La Commission avait-elle manqué à l'équité procédurale parce qu'elle n'avait pas analysé et étudié la plainte d'une manière approfondie? Enfin, la Commission avait-elle manqué à l'équité procédurale parce qu'elle n'avait pas motivé adéquatement sa décision?

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Sur réception d'un rapport d'enquête relatif à une plainte, la Commission peut demander au Tribunal canadien des droits de la personne d'instruire la plainte si elle est d'avis que, compte tenu des circonstances entourant la plainte, l'examen de celle-ci est justifié. En revanche, lorsque la Commission est d'avis que, compte tenu de ces mêmes circonstances, l'examen de la plainte n'est pas justifié, alors elle rejette la plainte. Pour arriver à cette décision, la Commission doit se demander s'il existe dans la preuve un fondement raisonnable l'autorisant à passer à l'étape suivante, à savoir le renvoi de la plainte au Tribunal. La Commission fait un examen préalable de la plainte et ne statue pas sur le fond de la plainte. Pour savoir quelle norme est applicable dans un cas donné, il faut recourir à une analyse pragmatique et fonctionnelle en tenant compte de quatre facteurs contextuels : a) la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel; b) la spécialisation du décideur; c) l'objet du texte de loi et celui de la disposition légale en particulier; et d) la nature de la question. Eu égard à cette approche, la décision de la Commission de renvoyer une plainte au Tribunal ou de la rejeter doit être revue selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. L'examen préalable mené par la Commission à ce stade constitue une question mixte de droit et de fait, puisqu'elle concerne l'application de principes généraux, exposés dans la LCDP, à des circonstances précises. Le texte de l'article 44 de la LCDP confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission lorsqu'elle fait un examen préalable des plaintes, et le même texte est employé pour le rejet d'une plainte ou pour son renvoi au Tribunal. En conséquence, la Cour ne doit intervenir que s'il est établi que la décision contestée est déraisonnable, c'est-à-dire dépourvue de fondement ou de cohérence logique.

La question de savoir si la Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu sa décision doit être examinée selon la norme de la décision correcte. L'équité procédurale concerne la manière dont la décision a été prise, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat des délibérations du décideur. Certains des facteurs qui sont considérés dans la définition de l'obligation d'équité procédurale sont les mêmes que les facteurs considérés dans

considering the standard of review of a discretionary decision, the duty of procedural fairness requires no assessment of the standard of review: a breach of procedural fairness will usually void, in and of itself, the decision under review. Decisions of an administrative or executive character are subject to a general duty of fairness. The content of the rules of natural justice and of procedural fairness is determined by reference to the circumstances of each case. In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada established five factors that are relevant in determining the duty of procedural fairness: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme and the terms of the statute under which the body operates; the importance of the decision to the individual(s) affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the decision maker can choose its own procedures or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances. The Commission must comply with the duty of procedural fairness when deciding whether the investigation report will be adopted or dismissed under section 44 of the CHRA. The requirements of procedural fairness are premised on the fact that the evidence collected by the investigator, as well as his report, provide the Commission with the information to perform its screening function under section 44 of the CHRA. If the Commission's decision was to be based on an inadequate investigation, that decision could not be considered reasonable since its evidentiary foundation would be defective.

The obligation to conduct a neutral and thorough investigation is a component of the duty of procedural fairness. In the present case, the investigator's report focused exclusively on the fact that the CR and PM groups were no longer segregated and ignored the crucial fact that the classification system was never actually modified or changed in order to eliminate the discriminatory aspects which clearly existed. Despite the merger of the CR and PM groups, the old classification standard continues to be applied. The report stated that it was not possible to assess the gender-neutrality of any new classification plan until it was developed. In the meantime, the jobs under the CR group continue to be measured according to allegedly discriminatory standards whose compliance with the CHRA has not yet been determined. The Commission's commitment in its report to continue to offer advice and input into the development of gender neutral classification plans did not address in any way the complaint that was made more than 20 years ago. Furthermore, there can be no assurance that a new

la tâche de savoir quelle est la norme de contrôle d'une décision discrétionnaire, mais l'obligation d'équité procédurale n'appelle aucune recherche de la norme de contrôle : un manquement à l'équité procédurale aura généralement pour effet d'invalider automatiquement la décision contestée. Les décisions de caractère administratif ou exécutif doivent respecter une obligation générale d'agir équitablement. Le contenu des règles de justice naturelle, tout comme le contenu de l'obligation d'agir équitablement, est déterminé en fonction des circonstances de chaque affaire. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a exposé cinq facteurs qu'il convient de retenir pour définir l'obligation d'équité procédurale : la nature de la décision prise et la procédure suivie lorsqu'elle a été prise; la nature du régime légal et les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme concerné; l'importance de la décision pour les personnes visées; les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; enfin les choix de procédure faits par l'organisme même, en particulier quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir sa propre procédure ou quand l'organisme est parfaitement à même de choisir la procédure qui convient le mieux aux circonstances. La Commission est soumise à une obligation d'équité procédurale lorsqu'elle se demande si le rapport d'enquête doit être adopté ou rejeté comme le prévoit l'article 44 de la LCDP. Les exigences de l'équité procédurale supposent que la preuve recueillie par l'enquêteur, ainsi que son rapport, donnent à la Commission l'information nécessaire pour qu'elle s'acquitte de sa fonction de filtrage des plaintes selon l'article 44 de la LCDP. Si la décision de la Commission devait être fondée sur une enquête déficiente, cette décision ne pourrait être qualifiée de raisonnable puisque ses éléments probants seraient insuffisants.

L'obligation de mener une enquête neutre et rigoureuse est un élément de l'obligation d'équité procédurale. En l'espèce, le rapport d'enquête se concentrait uniquement sur le fait que les groupes CR et PM n'étaient plus séparés, mais il ne reconnaissait pas un fait essentiel : le régime de classification n'avait jamais été réellement modifié ou changé afin que soient éliminés les aspects discriminatoires qui manifestement le caractérisaient. Même si les groupes CR et PM formaient officiellement désormais un seul groupe, les anciennes normes de classification continuaient d'être appliquées. On pouvait lire dans le rapport qu'il n'était pas possible de mesurer le caractère non sexiste d'un nouveau plan de classification tant qu'il n'était pas élaboré. En attendant, les emplois occupés par les membres du groupe CR continuaient d'être mesurés selon des normes qui étaient prétendument discriminatoires et dont la conformité à la LCDP n'avait pas été établie. Le fait que la Commission demeurait à disposition pour apporter conseils et appui dans l'élaboration de plans de classification non sexistes ne réglait en aucune façon la plainte qui avait été déposée plus

classification system, compliant with the requirements of the CHRA, would effectively be implemented in the near future. In failing to address one of its crucial arguments, the investigator, and ultimately the Commission, breached its duty of procedural fairness. There was no evidence that the Commission ever accepted the complaint as valid or evidence suggesting that the employer's efforts to introduce either UCS or any other classification reform were an admission that the present standard is in fact discriminatory. Because there is disagreement as to the discriminatory nature of the present scheme, the Commission should have looked into the matter more carefully.

The Commission's decision not to refer the complaint to the Tribunal on the basis of the investigator's report was not made on a fair basis to the extent that the report was defective. Where parties have the legal right to make submissions in response to an investigator's report, minor omissions or errors can be brought to the attention of the decision maker by way of their submissions. Judicial review is warranted only where omissions cannot be rectified, as where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision maker's attention to the omission cannot compensate for it. The applicant drew the Commission's attention to these perceived deficiencies in the investigator's report. It vigorously opposed the recommendation of the investigator that the Commission take no further proceedings with respect to the complaint, it reiterated its view that the CR classification standard is discriminatory, it reminded the Commission that it is because of Treasury Board's assurances that the UCS would resolve the issue that the merits of this complaint had never been formally dealt with, and it pointed out that all employees within the PA occupational group continue to be classified pursuant to the old CR/PM structure. The omission was of such a fundamental character that the response filed by the applicant to the investigator's report could not rectify the problem. The Commission failed to address these issues and essentially ignored the applicant's position. Moreover, administrative or budgetary considerations should not be part of the Commission's decision to dismiss a complaint.

The Commission violated the duty of procedural fairness by failing to provide adequate reasons for its decision. Given the inadequacy of the investigation, the importance of the matter at hand, and the length of time the complaint has been pending, the Commission erred by not explaining its decision. As a general principle, the duty of fairness does not require that reasons be provided for administrative decisions, even if their usefulness in ensuring fair and transparent decision

de 20 ans auparavant. Par ailleurs, il n'était nullement garanti qu'un nouveau régime de classification, conforme aux exigences de la LCDP, serait mis en application efficacement dans un avenir proche. En se dispensant d'examiner l'un des arguments cruciaux de la demanderesse, l'enquêteur, et finalement la Commission, ont manqué à leur obligation d'équité procédurale. Il n'a pas été établi que la Commission ait jamais accepté la plainte comme valide, et il n'a pas non plus été prouvé que les moyens pris par l'employeur pour adopter la NGC ou toute autre réforme de la classification revenaient pour lui à admettre que la norme actuelle était véritablement discriminatoire. Comme il y avait désaccord sur le caractère discriminatoire du régime actuel, la Commission aurait dû examiner cette affaire plus attentivement.

La Commission ayant décidé, sur la foi du rapport d'enquête, de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal, on ne saurait dire que cette décision était équitable dans la mesure où le rapport même était déficient. Lorsque les parties ont le droit de présenter des observations en réponse à un rapport d'enquête, elles peuvent corriger les omissions ou erreurs mineures en les portant à l'attention du décideur, par des observations. Ce n'est que lorsque les omissions ne peuvent être rectifiées qu'un contrôle judiciaire est justifié, par exemple lorsque l'omission est d'une nature si fondamentale que le simple fait de la signaler au décideur ne suffira pas à la corriger. La demanderesse avait appelé l'attention de la Commission sur les lacunes apparentes du rapport d'enquête. Elle s'était énergiquement opposée à la recommandation de l'enquêteur, pour qui la Commission devait s'abstenir de donner une quelconque suite à la plainte, elle avait réitéré ses vues selon lesquelles la norme de classification du groupe CR était discriminatoire, elle avait rappelé à la Commission que, si le fond de la plainte n'avait jamais été l'objet d'un examen en règle, c'était parce que le Conseil du Trésor avait assuré que la NGC résoudrait la question, et elle avait fait observer que tous les employés compris dans le groupe professionnel PA demeuraient classifiés selon l'ancienne structure CR/PM. L'omission était si fondamentale que la réponse de la demanderesse au rapport d'enquête ne pouvait pas corriger le problème. La Commission n'a pas abordé ces questions et n'a pour l'essentiel fait aucun cas de la position de la demanderesse. Au reste, les considérations administratives ou pécuniaires ne devraient pas influencer sur la décision de la Commission de rejeter une plainte.

La Commission a manqué à l'équité procédurale parce qu'elle n'a pas motivé adéquatement sa décision. Vu le caractère déficient de l'enquête, l'importance de la question posée et la longue période qui s'était écoulée depuis que la plainte avait été déposée, la Commission se devait d'expliquer sa décision. En règle générale, l'obligation d'équité ne requiert pas que des motifs accompagnent les décisions administratives, même si l'on a souvent souligné leur utilité

making has often been emphasized. Nonetheless, *Baker* stated that there are circumstances in which the duty of fairness will require written reasons (e.g. where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal). The obligation to give reason may be fulfilled in certain circumstances if the decision is based on a report or on the notes of a subordinate. The fact that the CHRA has imposed the duty to give reasons in certain specific cases is an indication that courts should hesitate before using the rules of procedural fairness to impose a burden that Parliament has chosen to impose in very specific circumstances. This was one of those special cases where the Commission had a duty to go beyond merely referring to the investigator's report and to explain its ultimate decision to put an end to the complaint. In dismissing the complaint, the Commission made a decision that was determinative of the rights of the complainant without even addressing its main arguments, on the basis of a report that did not even analyze the allegations of discrimination. The importance of providing reasons was magnified in this case given the 20-year time line since the complaint was filed and the large number of employees in the federal public service that would be affected by the decision. The applicant could not intelligibly make sense of the Commission's decision and could not, in the absence of any coherent and explicit reasons, understand why the arguments made in response to the investigator's report were rejected.

pour des décisions équitables et transparentes. Néanmoins, la Cour suprême a affirmé, dans l'arrêt *Baker*, que dans certains cas l'obligation d'équité appellera des motifs écrits (par exemple lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans les cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi). L'obligation de motiver une décision peut dans certains cas devoir être observée si la décision s'appuie sur un rapport ou sur les notes d'un subordonné. La LCDP prévoit l'obligation de motiver une décision dans certains cas précis, et c'est là le signe que les tribunaux devraient se montrer circonspects avant de recourir aux règles de l'équité procédurale pour imposer un fardeau que le législateur a choisi d'imposer dans des cas très particuliers. Il s'agissait ici de l'un de ces cas spéciaux où la Commission aurait dû faire davantage que s'en remettre au rapport d'enquête et aurait dû expliquer sa décision ultime de classer la plainte. En rejetant la plainte, la Commission a rendu une décision qui statuait sur les droits de la plaignante, sans même considérer ses arguments principaux, et en se fondant sur un rapport qui n'analysait même pas les allégations de distinction illicite. L'importance de motifs dans le cas présent était accentuée par le délai de 20 ans qui s'était écoulé depuis le dépôt de la plainte, et par le grand nombre des employés de la fonction publique fédérale qui allaient être touchés par la décision. La demanderesse ne pouvait pas véritablement saisir la décision à laquelle était arrivée la Commission et elle ne pouvait pas, en l'absence de motifs cohérents et explicites, comprendre pourquoi les arguments avancés par elle en réponse au rapport d'enquête avaient été rejetés.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 7, 10 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)), 11, 40(1), 41 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 34(F); 1995, c. 44, s. 49), 42(1), 43(1), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*MacLean v. Marine Atlantic Inc.* (2003), 243 F.T.R. 219; 2003 FC 1459; *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 7, 10 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)), 11, 40(1), 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34(F); 1995, ch. 44, art. 49), 42(1), 43(1), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*MacLean c. Marine Atlantic Inc.*, 2003 CF 1459; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.



(4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

## DISTINGUISHED:

*Larsh v. Canada (Attorney General)* (1999), 166 F.T.R. 101; 49 Imm. L.R. (2d) 2 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (No. 3)* (1998), 32 C.H.R.R. D-349; 98 CLLC 230-031; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; (1999), 180 D.L.R. (4th) 95; [2000] CLLC 230-002; 176 F.T.R. 161 (T.D.); *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2004), 250 F.T.R. 115; 2004 FC 493; *Gee v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)* (2002), 284 N.R. 321; 2002 FCA 4; *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] CLLC 230-041 (F.C.A.); *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29.

## REFERRED TO:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996); 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609; (2004), 346 A.R. 201; 238 D.L.R. (4th) 217; [2004] 7 W.W.R. 411; 29 Alta. L.R. (4th) 1; 14 Admin. L.R. (4th) 165; [2004] CLLC 220-026; 318 N.R. 332; 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Grover* (2004), 252 F.T.R. 244; 2004 FC 704; *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654; *Singh v. Canada (Attorney General)*

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Larsh c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 508 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (n° 3)*, [1998] D.C.D.P. n° 6 (QL); *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1<sup>re</sup> inst.); *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 493; *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national — M.N.R.)*, 2002 CAF 4; *Bourgeois c. Banque de commerce canadienne impériale*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL); *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *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; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609; 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Grover*, 2004 CF 704; *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654; *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 198; conf. par 2002 CAF 247; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 787; *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; *Gardner c. Canada (Procureur général)*; 2005 CAF 284; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Procureur général) c. Cherrier*, 2005 CF 505; *Marchand Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2004 CF 1584; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 401; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S.

(2001), 201 F.T.R. 226; 2001 FCT 198; affd (2002), 291 N.R. 365; 2002 FCA 247; *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2002), 222 F.T.R. 236; 2002 FCT 787; *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.); *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315; 39 C.C.E.L. (3d) 229; [2005] CLLC 230-017; 332 N.R. 60; 2005 FCA 113; *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.R. 91; 2005 FCA 284; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Attorney General) v. Cherrier*, 2005 FC 505; *Marchand Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2004 FC 1584; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 401; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 245 N.B.R. (2d) 201; 209 D.L.R. (4th) 1; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; 2002 SCC 11; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 13 C.R. (3d) 1; 15 C.R. (3d) 315; 30 N.R. 119; *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3; (1994), 167 N.R. 241 (C.A.); *Schut v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1996), 120 F.T.R. 60 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Commission dismissing the applicant's complaint, which alleged discrimination on the basis of gender, without any further proceedings pursuant to paragraph 44(3)(b) of the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

*Andrew J. Raven* for applicant.  
*Anne M. Turley* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondent.

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

249; 2002 CSC 11; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau v. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Mercier v. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3; *Schut v. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] A.C.F. n° 1255 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne qui a rejeté, la classant sans suite, en application de l'alinéa 44(3)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la plainte de la demanderesse où était alléguée une distinction illicite fondée sur le sexe. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Andrew J. Raven* pour la demanderesse.  
*Anne M. Turley* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
défendeur.

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

[1] DE MONTIGNY J. : Those reasons follow the hearing of an application for judicial review initiated by the applicant, Public Service Alliance of Canada (PSAC), pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] to review and to set aside the decision of the Canadian Human Rights Commission (the Commission) dated May 3, 2004. The decision arose from a human rights complaint filed on December 19, 1984 alleging discrimination on the ground of sex, in contravention of sections 7, 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)] and 11 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] (CHRA). The complaint related to the classification and pay of employees governed by the Clerical and Regulatory (CR) occupational category of the federal public service.

## BACKGROUND

[2] On December 19, 1984, the applicant filed a complaint with the Commission by which it alleged that members of the predominantly female CR occupational group employed by the respondent Treasury Board were the victims of discrimination on the basis of gender. In fact, the complaint consisted of two allegations: (1) it alleged that CR members were subjected to a discriminatory classification standard which was utilized to assess the value of their work and pay, contrary to sections 7, 10 and 11 of the CHRA; and (2) it also claimed that “by segregating the Clerical and Regulatory, and Program Management groups, and by applying different standards to measure the value of jobs of employees who are members of these groups, the Treasury Board is discriminating against members of the former group in contravention of sections 7, 10, and 11 of the *Canadian Human Rights Act*.”

[3] The allegation of wage discrimination contrary to section 11 of the CHRA was referred to a panel of the Human Rights Tribunal in October 1990. On July 29, 1998, the Tribunal found that there had been a violation

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Les présents motifs font suite à l’instruction d’une demande de contrôle judiciaire présentée par la demanderesse, l’Alliance de la fonction publique du Canada (l’AFPC), en vertu de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], pour que soit réformée et annulée la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) datée du 3 mai 2004. Cette décision statuait sur une plainte en matière de droits de la personne déposée le 19 décembre 1984, plainte où était alléguée une distinction illicite fondée sur le sexe, et donc contraire aux articles 7, 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] et 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] (la LCDP). La plainte concernait la classification et la rémunération d’employés compris dans la catégorie professionnelle de la fonction publique fédérale qui regroupe les commis aux écritures et aux règlements (CR).

## LES FAITS

[2] Le 19 décembre 1984, la demanderesse déposait auprès de la Commission une plainte où elle affirmait que les membres du groupe professionnel CR, à prédominance féminine, employés par le Conseil du Trésor (le défendeur), étaient victimes d’une distinction illicite fondée sur le sexe. La plainte renfermait en fait deux accusations : 1) on y alléguait que les membres du groupe CR étaient victimes d’une norme de classification discriminatoire, qui servait à évaluer la valeur de leur travail et de leur rémunération, en violation des articles 7, 10 et 11 de la LCDP; et 2) on y affirmait aussi que [TRADUCTION] « en séparant le groupe des commis aux écritures et aux règlements et le groupe de l’administration des programmes, et en appliquant des normes différentes pour mesurer la valeur des tâches des employés qui appartiennent à ces groupes, le Conseil du Trésor exerce une discrimination contre les membres du premier groupe, en violation des articles 7, 10 et 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ».

[3] L’accusation de discrimination salariale contraire à l’article 11 de la LCDP fut renvoyée en octobre 1990 au Tribunal des droits de la personne. Le 29 juillet 1998, le Tribunal jugeait qu’il y avait eu infraction à l’article

of section 11 and ordered wage compensation in the form of pay equity adjustments back to March 8, 1985. It also ordered that pay equity adjustments of wages for times after the date of the decision be folded in and become an integral part of wages (*P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (No. 3)* (1998), 32 C.H.R.R. D/349). This decision from the Tribunal was subsequently upheld by this Court on October 19, 1999; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.).

[4] Throughout the period that the section 11 portion of the complaint was before the Human Rights Tribunal for adjudication, the Commission held its investigation into the sections 7 and 10 aspects of the complaint in abeyance. The section 7 and section 10 aspects of the complaint related to the structure and application of the CR classification standard as a job evaluation tool. The decision was taken to permit the parties to continue working together to develop a new classification system known as the Universal Classification System (UCS). From 1997 until 2000, the Commission monitored the progress of the UCS project and provided assistance and guidance on matters relating to pay equity, such as the gender-neutrality of the standard, the evaluation of jobs, and the weighing of factors.

[5] In early 2000, PSAC raised concerns about the delay in the investigation of the complaint. As a result, the Commission undertook to review the progress of the UCS to determine in part the gender neutrality of the standard (then in progress) and its impact on the complainant's occupational categories. In May 2001, the Commission completed its technical review of gender neutrality of the UCS. The Commission noted three central components of a gender-neutral system: inclusivity and balance, clarity and comprehensibility, and careful application. In addition, a number of key issues were highlighted in the report, including the observation that "certain work characteristics typical of the predominantly female jobs do not appear to have been fully reflected in the standard."

11 et ordonnait le versement d'une réparation prenant la forme de rajustements salariaux paritaires, rétroactivement au 8 mars 1985. Il ordonnait aussi que les rajustements salariaux paritaires pour les périodes postérieures à sa décision soient consolidés et deviennent partie intégrante des salaires (*A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (n° 3)*, [1998] D.C.D.P. n° 6 (QL)). Cette décision du Tribunal fut par la suite confirmée par la Cour le 19 octobre 1999 (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1<sup>re</sup> inst.)).

[4] Durant toute la période au cours de laquelle la partie de la plainte se rapportant à l'article 11 était étudiée par le Tribunal des droits de la personne pour décision, la Commission menait son enquête sur les aspects de la plainte encore en suspens, c'est-à-dire ceux qui concernaient les articles 7 et 10. Les aspects de la plainte relatifs aux articles 7 et 10 concernaient la structure et l'application de la norme de classification du groupe CR comme instrument d'évaluation des emplois. La décision fut prise de laisser les parties continuer de travailler ensemble pour élaborer un nouveau système de classification baptisé Norme générale de classification (NGC). De 1997 à 2000, la Commission a suivi l'évolution du projet de NGC et offert assistance et encadrement pour les questions liées à l'équité salariale, par exemple le caractère non sexiste de la norme, l'évaluation des emplois et la pondération des facteurs.

[5] Au début de 2000, l'AFPC s'est inquiétée de la lenteur de l'examen de la plainte. La Commission a donc entrepris de voir où en était la NGC afin de juger notamment du caractère non sexiste de la norme (alors en cours d'établissement) et de son incidence sur les catégories professionnelles de la plaignante. En mai 2001, la Commission achevait son examen technique du caractère non sexiste de la NGC. Elle prenait note des trois composantes essentielles d'un système non sexiste : inclusivité et équilibre, clarté et intelligibilité, enfin application méthodique. Plusieurs questions clés étaient également mises en relief dans le rapport, notamment l'observation selon laquelle [TRADUCTION] « certaines caractéristiques professionnelles propres aux emplois à prédominance féminine ne semblent pas pleinement prises en compte dans la norme ».

[6] On May 8, 2002, the respondent announced that, as part of classification reform, UCS was not being pursued on the basis that it was “unworkable”. Rather than applying a single standard and a single pay structure to more than 150,000 positions in the federal public service, the respondent stated that it planned to tailor an “approach to classification reform to meet the particular needs of specific occupational groups”. Implementation initiatives for classification reform were identified, while the timing and priority of groups were to be discussed with the departments and unions involved before making a final decision.

[7] This new classification reform exercise is supposed to address: (a) the development of new, tailored, gender-neutral standards responsive to the specific needs of individual occupational groups; (b) the ongoing maintenance of existing standards where necessary, and guidance on their application; and (c) the rebuilding of system capability through active monitoring and the development and delivery of an up-to-date curriculum for technical specialists and line managers.

[8] Following the receipt of this information, an investigation report was prepared and signed off on January 12, 2004. The Commission investigator, M. D. Earle, recommended that “pursuant to paragraph 44(3)(b) of the CHRA, . . . the Commission take no further proceedings in the complaint made under sections 7 and 10”.

[9] After acknowledging that the UCS was not finalized, the investigator set out to explain why he came to this recommendation. In what appears to be the most salient parts of his report, he stated:

14. Changes that will be brought about by classification reform indicate that investigation by the Commission will not assist in resolving the sections 7 & 10 aspects of this complaint. The definitions of the General Services Group and its subgroups, effective April 21, 1993, as published in Part I of the Canada Gazette, on May 8, 1993, were amended and replaced effective March 18, 1999. Under the new

[6] Le 8 mai 2002, le défendeur annonçait que, dans la réforme de la classification, la NGC n’était pas explorée davantage au motif qu’elle était « impraticable ». Plutôt que d’appliquer une norme unique et une structure unique de rémunération à plus de 150 000 postes de la fonction publique fédérale, le défendeur affirmait qu’il envisageait d’engager une [TRADUCTION] « réforme de la classification qui soit apte à répondre aux besoins particuliers de tel ou tel groupe professionnel ». Des modes de mise en œuvre de la réforme de la classification furent définis, tandis que l’échéancier et la priorité des groupes allaient être discutés avec les ministères et les syndicats concernés avant qu’une décision finale soit prise.

[7] Ce nouvel exercice de réforme de la classification est censé concerner : a) l’élaboration de normes nouvelles, adaptées et non sexistes, qui répondent aux besoins particuliers de tel ou tel groupe professionnel; b) l’application courante des normes existantes lorsque cela est nécessaire, et les conseils touchant leur application; et c) la reconstitution du potentiel du système grâce à un suivi assidu, ainsi qu’au développement et à l’application d’un programme de pointe pour les conseillers techniques et les cadres hiérarchiques.

[8] Après réception de cette information, un rapport d’enquête fut rédigé, puis entériné le 12 janvier 2004. L’enquêteur de la Commission, M. D. Earle, recommandait que [TRADUCTION] « conformément à l’alinéa 44(3)b) de la LCDP, [. . .] la Commission ne donne aucune suite à la plainte déposée en vertu des articles 7 et 10 ».

[9] Après avoir reconnu que la NGC n’avait pas été mise au point, l’enquêteur a expliqué pourquoi il était arrivé à cette recommandation. Dans ce qui semble être les parties les plus saillantes de son rapport, il écrivait :

[TRADUCTION]

14. Les changements qui seront apportés par la réforme de la classification montrent que l’enquête de la Commission ne parviendra pas à résoudre les aspects de cette plainte qui concernent les articles 7 et 10. Les définitions du Groupe des services généraux et de ses sous-groupes, en vigueur le 21 avril 1993, telles qu’elles ont été publiées dans la partie I de la Gazette du Canada le 8 mai 1993, ont été modifiées et

occupational group structure, the CR and PM groups have been subsumed in one group — the Program and Administrative Services (PA) group. Formerly two distinct occupational groups, the CR and PM groups that are the basis of the section 7 & 10 allegations are no longer segregated.

15. The respondent has indicated that, as part of classification reform, gender-neutral classification plans will be developed for new occupational groups, including the PA group. It is not possible to assess the gender-neutrality of any new classification plan until it is developed.

[10] While the investigator recommended no further action regarding the complaint, he noted that the Commission “will continue to be available to provide advice and input into the development of gender neutral classification plans, including a plan applicable to the PA group”.

[11] A copy of the investigator’s report was provided to the parties and submissions were requested. By letter dated January 30, 2004, a representative of the respondent replied only to say that the Treasury Board Secretariat agreed with the investigator’s recommendation that the Commission should take no further proceedings in the complaint. On the other hand, PSAC sent its submissions on February 26, 2004, and made it clear that it “vehemently” opposed the recommendation of the investigator. In the applicant’s view, the complaint had been accepted as valid by the Commission since it was filed in 1984, and “the only reason that the Commission did not take steps to deal formally with the merits of the section 7 and section 10 aspects of the complaint was assurances which Commission staff were given at various times to the effect that the introduction of the Universal Classification System (UCS) by Treasury Board would resolve the discriminatory classification issues arising out of the Treasury Board classification system generally, including the discriminatory aspects of the CR classification standard”. The UCS initiative having been abandoned, PSAC believed that the Commission had to intervene, complete its investigation and, if the matter was not resolved in the interim, refer the complaint to the Tribunal. The submissions from PSAC also highlighted that the merging of the CR and PM groups

remplacées le 18 mars 1999. Dans la nouvelle structure des groupes professionnels, les groupes CR et PM ont été fusionnés en un seul groupe — le groupe Services des programmes et de l’administration (PA). Les deux groupes opérationnels anciennement distincts, le groupe CR et le groupe PM, qui sont à l’origine des allégations fondées sur les articles 7 et 10, ne sont plus séparés.

15. La partie visée par la plainte a indiqué que, dans la réforme de la classification, des plans de classification non sexistes seront élaborés pour les nouveaux groupes professionnels, dont le groupe PA. Il n’est pas possible de mesurer le caractère non sexiste d’un nouveau plan de classification tant qu’il n’est pas élaboré.

[10] L’enquêteur ne recommandait aucune autre mesure concernant la plainte, mais il écrivait que la Commission [TRADUCTION] « demeurera à disposition pour apporter conseils et appui dans l’élaboration de plans de classification non sexistes, notamment un plan applicable au groupe PA ».

[11] Le rapport d’enquête a été communiqué aux parties, qui ont été invitées à s’exprimer. Par lettre datée du 30 janvier 2004, un représentant du défendeur a répondu au rapport, se limitant à dire que le Secrétariat du Conseil du Trésor souscrivait à la recommandation de l’enquêteur selon laquelle la Commission ne devrait donner aucune suite à la plainte. Par contre, l’AFPC, qui a envoyé ses observations le 26 février 2004, faisait savoir qu’elle s’opposait « énergiquement » à la recommandation de l’enquêteur. De l’avis de la demanderesse, la plainte avait été reconnue valide par la Commission depuis qu’elle avait été déposée en 1984, et [TRADUCTION] « l’unique raison pour laquelle la Commission n’a pas pris de mesures pour se prononcer officiellement sur le fond des aspects de la plainte portant sur l’article 7 et l’article 10 était les assurances qui à diverses époques avaient été données au personnel de la Commission, assurances selon lesquelles l’adoption de la Norme générale de classification (NGC) par le Conseil du Trésor résoudrait les questions de classification discriminatoire découlant généralement du système de classification du Conseil du Trésor, notamment les aspects discriminatoires de la norme de classification CR ». Le projet de NGC ayant été abandonné, l’AFPC croyait que la Commission devait intervenir, mener à terme son enquête et, si l’affaire n’était pas résolue dans l’intervalle, renvoyer la plainte

into the new PA group did not change the manner in which these employees were being classified, evaluated and paid. They appended pay schedules from the most recent collective agreement confirming that employees continue to be paid as CRs and according to the old CR schedule.

[12] The parties were then provided with an opportunity to comment on each other's submissions in response to the investigator's report. By letter dated March 24, 2004, counsel for the applicant provided submissions in response to the respondent's submissions. Given that the respondent had merely agreed with the ultimate conclusion reached by the investigator, PSAC had nothing to add beyond its submissions of February 26, 2004. By letter dated March 25, 2004, the respondent's representative reacted to PSAC's submissions by reiterating the employer's commitment to classification reform, including "modernizing the content and valuation measures of existing classification standards to mitigate against gender bias". Furthermore, the respondent advised that the study underway was determining "the best approach to resolving the issues in the CR and PM groups, but to do so in the broader context of the whole PA group".

#### THE DECISION UNDER REVIEW

[13] The complaint, investigator's report, parties' submissions and a chronology was provided to the Commission for their deliberations regarding the complaint on April 26, 2004. By letter dated May 3, 2004, the Commission accepted the investigator's recommendation and decided, pursuant to paragraph 44(3)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64] of the CHRA, to dismiss the complaint without any further proceedings. No reasons were provided.

[14] Following receipt of the Commission's letter, the PSAC made a formal request for reasons from the Commission on May 12, 2004. By letter dated June 7, 2004, Commission counsel responded to the applicant's

au Tribunal. Les observations reçues de l'AFPC laissaient aussi apparaître que la fusion des groupes CR et PM pour former le nouveau groupe PA ne modifiait pas la manière dont ces employés étaient classifiés, évalués et rémunérés. Les observations de l'AFPC étaient accompagnées de barèmes de rémunération extraits de la convention collective la plus récente, qui confirmaient que les employés continuaient d'être rémunérés en tant que CR et selon l'ancien barème des CR.

[12] Chacune des parties a alors eu la possibilité de s'exprimer sur les observations faites par l'autre en réponse au rapport de l'enquêteur. Par lettre datée du 24 mars 2004, l'avocat de la demanderesse a présenté des observations en réponse aux observations du défendeur. Vu que le défendeur avait simplement souscrit à la conclusion ultime de l'enquêteur, l'AFPC n'avait rien à ajouter à ses observations du 26 février 2004. Par lettre datée du 25 mars 2004, le représentant du défendeur a réagi aux observations de l'AFPC en réitérant l'engagement de l'employeur envers une réforme de la classification, notamment [TRADUCTION] « la modernisation des mesures de contenu et d'évaluation des normes actuelles de classification afin de militer contre les préjugés sexistes ». Le défendeur écrivait aussi que l'étude en cours déterminait [TRADUCTION] « le meilleur moyen de résoudre les difficultés des groupes CR et PM, mais en le faisant dans le contexte global du groupe PA tout entier ».

#### LA DÉCISION CONTESTÉE

[13] La plainte, le rapport d'enquête, les observations des parties ainsi qu'une chronologie ont été communiqués à la Commission le 26 avril 2004 pour qu'elle délibère sur la plainte. Par lettre datée du 3 mai 2004, la Commission acceptait la recommandation de l'enquêteur et décidait, en application de l'alinéa 44(3)(b) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64] de la LCDP, de rejeter la plainte et de la classer sans suite. Sa décision n'était pas motivée.

[14] Après réception de la lettre de la Commission, l'AFPC lui a demandé formellement le 12 mai 2004 de motiver sa décision. Par lettre datée du 7 juin 2004, l'avocate de la Commission a répondu à la lettre de la

request for reasons. She stated that the Commission did not have a statutory duty to provide reasons for its decision to dismiss under paragraph 44(3)(b), and that decisions of the Federal Court have held that where no reasons are given and the recommendation of the investigator is adopted by the Commission, the basis for the decision is the investigator's report.

**RELEVANT STATUTORY PROVISIONS** [ss. 2 (as am. by S.C. 1998 c. 9, s. 9), 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 44(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24)]

[15]

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.

...

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

demanderesse. Elle écrivait que la Commission n'avait pas l'obligation légale de motiver sa décision de rejet selon l'alinéa 44(3)b) et que la Cour fédérale avait déjà jugé que, lorsque la Commission ne motive pas une décision et adopte la recommandation de l'enquêteur, le fondement de sa décision est le rapport de l'enquêteur.

**LES DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES** [art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 44(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24)]

[15]

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

[. . .]

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[. . .]

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :



(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

**40.** (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

...

**41.** (1) Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

(a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;

(b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;

(c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;

(d) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or

(e) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

...

**43.** (1) The Commission may designate a person, in this Part referred to as an “investigator”, to investigate a complaint.

...

**44.** (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

a) de fixer ou d’appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l’engagement, les promotions, la formation, l’apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d’un emploi présent ou éventuel.

[...]

**40.** (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d’individus ayant des motifs raisonnables de croire qu’une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

[...]

**41.** (1) Sous réserve de l’article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu’elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants :

a) la victime présumée de l’acte discriminatoire devrait épuiser d’abord les recours internes ou les procédures d’appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;

c) la plainte n’est pas de sa compétence;

d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;

e) la plainte a été déposée après l’expiration d’un délai d’un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée, ou de tout délai supérieur que la Commission estime indiqué dans les circonstances.

[...]

**43.** (1) La Commission peut charger une personne, appelée, dans la présente loi, « l’enquêteur », d’enquêter sur une plainte.

[...]

**44.** (1) L’enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l’enquête.

...

[...]

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

## THE ISSUES

[16] This application for judicial review raises the following questions:

- What is the appropriate standard of review?
- Did the Commission make a reviewable error when it decided to dismiss the section 7 and section 10 portions of the complaint and determined that no further proceedings were warranted?
- Did the Commission breach the duty of procedural fairness and err in law by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the subject complaint?
- Did the Commission violate the duty of procedural fairness by failing to provide adequate reasons for its decision?

## ANALYSIS

### (1) The standard of review

[17] The decision under review is that of the Commission, which dismissed the PSAC's human rights

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :

a) peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :

(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue :

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à (e).

## LES POINTS LITIGIEUX

[16] La demande de contrôle judiciaire soulève les points suivants :

- Quelle est la norme de contrôle à appliquer?
- La Commission a-t-elle commis une erreur sujette à révision lorsqu'elle a décidé de rejeter les portions de la plainte se rapportant aux articles 7 et 10 et considéré qu'aucune suite ne s'imposait?
- La Commission a-t-elle manqué à l'équité procédurale et a-t-elle commis une erreur de droit parce qu'elle n'a pas étudié et analysé la plainte d'une manière approfondie?
- La Commission a-t-elle manqué à l'équité procédurale parce qu'elle n'a pas motivé adéquatement sa décision?

## ANALYSE

### 1) La norme de contrôle

[17] La décision contestée est la décision de la Commission de rejeter la plainte de l'AFPC en matière

complaint. Following the receipt of an investigator's report, the Commission may request the Canadian Human Rights Tribunal to institute an inquiry if it is satisfied that, "having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted". Conversely, when the Commission is satisfied that, "having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted", it shall dismiss the complaint (CHRA, subsection 44(3)). In reaching this decision, the Commission is concerned with whether there exists a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage—namely, the appointment of a tribunal.

[18] It is worth remembering that at this stage, the Commission does not decide the complaint on its merits nor does it determine if the complaint is made out. Its duty is rather to assess whether there is sufficient evidence before it to justify proceeding to the next stage: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at page 899 [S.E.P.Q.]; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at page 891.

[19] The Supreme Court of Canada has affirmed that there are only three possible standards of review of an administrative decision: correctness, reasonableness, and patent unreasonableness. The determination of the proper standard to be applied in a particular case requires the application of a pragmatic and functional analysis on the basis of these four contextual factors: (a) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (b) the expertise of the decision maker relative to that of the reviewing court on the issue in question; (c) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (d) the nature of the question—law, fact or mixed law and fact.

• *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 26-35;

• *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraphs 24-27;

de droits de la personne. Sur réception du rapport d'enquête, la Commission peut demander au Tribunal canadien des droits de la personne d'instruire la plainte si elle est convaincue que « compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié ». En revanche, lorsque la Commission est convaincue que, « compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié », elle rejette la plainte (paragraphe 44(3) de la LCDP). Pour arriver à cette décision, la Commission doit se demander s'il existe dans la preuve un fondement raisonnable l'autorisant à passer à l'étape suivante, à savoir le renvoi de la plainte au Tribunal.

[18] Il convient de se rappeler que, à ce stade, la Commission ne statue pas sur le fond de la plainte ni sur les prétentions du plaignant. Sa fonction consiste plutôt à se demander si elle a devant elle une preuve suffisante justifiant le passage à l'étape suivante : *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la page 899 [S.E.P.Q.]; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, à la page 891.

[19] La Cour suprême du Canada a jugé qu'il n'existe que trois normes de contrôle possibles d'une décision administrative : la décision correcte, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable. Pour savoir quelle norme est applicable dans un cas donné, il faut recourir à une analyse pragmatique et fonctionnelle en tenant compte de quatre facteurs contextuels : a) la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi; b) la spécialisation du décideur par rapport à celle de la juridiction de contrôle en ce qui a trait à la question posée; c) l'objet du texte de loi et celui de la disposition légale en particulier; et d) la nature de la question—question de droit, question de fait ou question mixte de droit et de fait.

• *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, aux paragraphes 26 à 35;

• *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, aux paragraphes 24 à 27;

• *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraphs 29-38;

• *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, at paragraphs 15-18.

[20] Applying the functional and pragmatic approach, my colleague Justice O'Keefe came to the conclusion that the decision of the Commission not to send a complaint to the Tribunal must be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter* (*MacLean v. Marine Atlantic Inc.* (2003), 243 F.T.R. 219 (F.C.)). While the absence of a privative clause or statutory right of appeal was neutral, the fact that the Commission has a greater experience than this Court in fact-finding and screening complaints, the discretion that Parliament has bestowed on the Commission in deciding whether or not to dismiss a complaint, and the nature of the question (mixed fact and law) are all factors that called for greater deference to the Commission's decision. Like many others of my colleagues, I adopt this reasoning as my own and reach the same conclusion. I note in passing that the Federal Court of Appeal has most recently confirmed this standard of review in the last of the cases hereunder cited:

• *Canada (Attorney General) v. Grover* (2004), 252 F.T.R. 244 (F.C.);

• *Wang v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2005 FC 654;

• *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2004), 250 F.T.R. 115 (F.C.);

• *Singh v. Canada (Attorney General)* (2001), 201 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *aff'd* (2002), 291 N.R. 365 (F.C.A.);

• *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2002), 222 F.T.R. 236 (F.C.T.D.);

• *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.);

• *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 29 à 38;

• *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, aux paragraphes 15 à 18.

[20] Appliquant la méthode fonctionnelle et pragmatique, mon confrère le juge O'Keefe est arrivé à la conclusion que la décision de la Commission de ne pas renvoyer une plainte au Tribunal doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* (*MacLean c. Marine Atlantic Inc.*, 2003 CF 1459). L'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi était un facteur neutre, mais plusieurs facteurs commandaient une retenue particulière à l'endroit de la décision de la Commission, à savoir la spécialisation plus élevée de la Commission par rapport à celle de la Cour en ce qui a trait à l'établissement des faits et au filtrage des plaintes, le pouvoir discrétionnaire conféré par le législateur à la Commission quant à savoir s'il convient ou non de rejeter une plainte, enfin la nature de la question (question mixte de droit et de fait). Comme plusieurs autres de mes confrères, je fais mien ce raisonnement et j'arrive à la même conclusion. J'observe en passant que la Cour d'appel fédérale a tout récemment confirmé cette norme de contrôle dans la dernière décision mentionnée ci-après :

• *Canada (Procureur général) c. Grover*, 2004 CF 704;

• *Wang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2005 CF 654;

• *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 493;

• *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 198; confirmé par 2002 CAF 247;

• *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 787;

• *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL);

• *Gee v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (2002), 284 N.R. 321 (F.C.A.);

• *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315 (F.C.A.);

• *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.R. 91 (F.C.A.).

[21] As a result, this Court should intervene “lightly” in the decisions of the Commission. When screening complaints, Parliament has conferred a large discretion on the Commission, which in turn implies deference from this Court. As reiterated by Strayer J.A. for the Court of Appeal in *Gee v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [at paragraph 13]:

This Court has on various occasions noted the deference which should be shown to the Commission in respect of its decisions, after receipt of an Investigation Report, as to whether to dismiss the complaint or refer it to a tribunal. For example, it was stated in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* ([1999] 1 F.C. 113 (C.A.)):

#### Exercise of discretion

The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. Subsections 40(2) and 40(4) and sections 42 and 44 are replete with expressions such as “is satisfied”, “ought to”, “reasonably available”, “could more appropriately be dealt with”, “all the circumstances”, “considers appropriate in the circumstances” which leave no doubt as to the intent of Parliament. The grounds set out for referral to another authority (subsection 44(2)), for referral to the President of the Human Rights Tribunal Panel (paragraph 44(3)(a)) or for an outright dismissal (paragraph 44(3)(b)) involve in varying degrees questions of fact, law and opinion (see *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.), at page 698, Le Dain J.A.), but it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission.

More recently this Court in *Zundel v. Attorney General of Canada et al.* ((2000), 267 N.R. 92 at para. 5) endorsed a Trial Division decision ([1999] 4 F.C. 289, at paras. 46-49) that the standard of judicial review of a decision of the

• *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2002 CAF 4;

• *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113;

• *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284.

[21] La Cour ne doit donc pas intervenir « à la légère » dans les décisions de la Commission. Le législateur fédéral a conféré à la Commission un large pouvoir discrétionnaire lorsqu’elle examine les plaintes, ce qui suppose de la part de la Cour une certaine retenue. Ainsi que le rappelait le juge Strayer, de la Cour d’appel, dans l’arrêt *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [au paragraphe 13] :

La présente Cour a à plusieurs reprises indiqué le degré de retenue judiciaire dont il faut faire preuve à l’égard de la Commission lorsqu’elle décide, après la réception d’un rapport d’enquête, si elle doit rejeter la plainte ou la renvoyer à un tribunal. Par exemple, il a été déclaré dans l’arrêt *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier* ([1999] 1 C.F. 113 (C.A.)) :

#### L’exercice du pouvoir discrétionnaire

La Loi confère à la Commission un degré remarquable de latitude à l’exécution de sa fonction d’examen préalable au moment de la réception d’un rapport d’enquête. Les paragraphes 40(2) et 40(4), et les articles 42 et 44 regorgent d’expressions comme « à son avis », « devrait », « normalement ouverts », « pourrait avantageusement être instruite », « des circonstances », « estime indiqué dans les circonstances », qui ne laisse aucun doute quant à l’intention du législateur. Les motifs de renvoi à une autre autorité (paragraphe 44(2)), de renvoi au président du Comité du tribunal des droits de la personne (alinéa 44(3)a)) ou, carrément de rejet (alinéa 44(3)b)) comportent, à divers degrés, des questions de fait, de droit et d’opinion (voir *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 698, le juge Le Dain), mais on peut dire sans risque de se tromper qu’en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape.

Plus récemment, dans l’arrêt *Zundel c. Procureur général du Canada et al.* ((2000), 267 N.R. 92, au paragraphe 5), la présente Cour a endossé une décision de la Section de première instance ([1999] 4 C.F. 289, aux paragraphes 46 à

Commission under section 44, to refer a matter after investigation to a tribunal, should be that of a determination as to whether there was a rational basis for the decision. In *Bradley v. Attorney General of Canada* ((1999), 238 N.R. 76) this Court held that the standard of review of a decision taken by the Commission under subsection 44(3) of the Act to dismiss a complaint instead of appointing a conciliator was that of reasonableness. I respectfully concur with my colleagues in this respect and accept that the standard of review for the exercise of the discretion provided in subparagraph 44(3)(b)(i) to dismiss a complaint is that of reasonableness.

[22] As a result, the Court should only intervene where it is established that the decision under review is unreasonable. An unreasonable decision is one that is without foundation or logical coherence. A court cannot intervene simply because it may have come to a different conclusion. Rather, a reviewing court must ask whether the decision is basically supported by the reasoning of the tribunal. The Supreme Court of Canada has explicitly stated that “there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness . . . [but that] [e]ven if there could be, notionally . . . it is not the court’s role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable”: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, at paragraph 51. See also *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 61; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, at paragraph 41.

[23] The applicant and the respondent agree with this analysis. However, the applicant contends that the standard of review should be correctness when the Commission’s decision is not focused squarely and solely on the issue of whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage, but involves a question of law, or a matter of natural justice or procedural fairness.

[24] There is no dispute between the parties that matters of procedural fairness and natural justice should

49), selon laquelle la norme de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission prise en vertu de l’article 44, c’est-à-dire celle de déférer après enquête une question à un tribunal, devait être de savoir si la décision s’appuyait sur un motif rationnel. Dans l’arrêt *Bradley c. Procureur général du Canada* ((1999) 238 N.R. 76), la présente Cour a statué que la norme de contrôle d’une décision prise par la Commission en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi de rejeter une plainte au lieu de nommer un conciliateur était celle de la décision raisonnable. Avec respect, je suis d’accord avec mes collègues sur ce point et j’accepte que la norme de contrôle relative à l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui est conféré au sous-alinéa 44(3)(b)(i) de rejeter une plainte est celle de la décision raisonnable.

[22] En conséquence, la Cour ne doit intervenir que s’il est établi que la décision contestée est déraisonnable. Une décision déraisonnable est une décision qui est dépourvue de fondement ou de cohérence logique. Une cour de justice ne saurait intervenir du seul fait qu’elle serait peut-être arrivée à une conclusion autre. La juridiction de contrôle doit plutôt se demander si la décision est foncièrement autorisée par le raisonnement du tribunal. La Cour suprême du Canada a dit expressément qu’« il y a souvent plus d’une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable [. . .] [mais] [m]ême dans l’hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n’est pas de tenter de la découvrir lorsqu’elle doit décider si la décision est raisonnable » : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, au paragraphe 51. Voir aussi les arrêts suivants : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 61; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, au paragraphe 41.

[23] La demanderesse et le défendeur souscrivent à cette analyse. Toutefois, la demanderesse prétend que la norme de contrôle devrait être la décision correcte quand la décision de la Commission ne porte pas carrément et uniquement sur le point de savoir s’il existe dans la preuve un fondement raisonnable permettant de passer à l’étape suivante, mais concerne plutôt un point de droit ou une question de justice naturelle ou d’équité procédurale.

[24] Il n’est pas contesté entre les parties que les questions d’équité procédurale et de justice naturelle ne

not be reviewable against a standard of reasonableness but should be assessed according to the standard of correctness. This would apply to the issues of whether the Commission's investigation was neutral and thorough and whether the Commission provided adequate reasons. In my view, this is a mischaracterization of the issue, but I will come back to this point shortly.

[25] As for the submission that a more stringent standard of review should apply when a decision of the Commission involves a question of law, the applicant has not substantiated it with any reasoned argument. It does not find any support in the case law, and it is indeed inconsistent with the qualification of the decision made by the Commission under subsection 44(3) as a question of mixed fact and law. The screening exercise performed by the Commission at this stage, as we have seen previously, requires the Commission to determine if there is a reasonable basis in the evidence that could allow the Tribunal to find that a complainant has been subject to unlawful discrimination. This is clearly an illustration of a question of mixed fact and law as it involves the application of general principles found in the CHRA to specific circumstances. In other words, the Commission's decision is intricately bound to factual findings and inferences; it is the very type of question that has been determined to be assessed against a standard of simple reasonableness.

[26] The applicant has also contended that a stricter standard of review should be applied when the Commission dismisses a complaint without referring it to the Tribunal because it represents a final decision regarding the rights of the particular complainant. This approach would be even more justified in the present case given the number of persons to be affected by the decision of the Commission. The applicant relies for that proposition on the following *obiter* found in *Larsh v. Canada (Attorney General)*, at paragraph 36 where Evans J. (as he then was) wrote:

For the purpose of considering this argument I am prepared to assume that the Commission's decision to dismiss complaints should be subject to closer review than decisions

sauraient être revues en fonction de la norme de la décision raisonnable, mais plutôt en fonction de la norme de la décision correcte. Cela vaudrait pour la question de savoir si l'enquête de la Commission était neutre et approfondie et celle de savoir si la Commission a motivé adéquatement sa décision. À mon avis, il s'agit là d'une mauvaise qualification de la question; mais je reviendrai bientôt sur cet aspect.

[25] Quant à l'argument selon lequel une norme de contrôle plus rigoureuse devrait s'appliquer quand une déclaration de la Commission intéresse un point de droit, la demanderesse n'a pas étayé cet argument d'une manière raisonnée. C'est un argument qui ne trouve aucun appui dans la jurisprudence, et il est d'ailleurs incompatible avec la qualification de la décision rendue par la Commission selon le paragraphe 44(3), une décision qui fait intervenir une question mixte de droit et de fait. L'examen préalable mené par la Commission à ce stade, comme nous l'avons vu précédemment, oblige la Commission à se demander s'il existe dans la preuve un fondement raisonnable pouvant conduire le Tribunal à dire qu'un plaignant a été l'objet d'une distinction illicite. Il s'agit là manifestement d'un exemple de question mixte de droit et de fait, puisqu'elle concerne l'application de principes généraux, exposés dans la LCDP, à des circonstances précises. Autrement dit, la décision de la Commission se rattache d'une manière complexe à des conclusions de fait; c'est le type même de décision qui, selon la jurisprudence, doit être évaluée d'après la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[26] La demanderesse a aussi prétendu qu'une norme de contrôle plus rigoureuse devrait être appliquée quand la Commission rejette une plainte sans la renvoyer au Tribunal, parce qu'il s'agit d'une décision finale touchant les droits du plaignant. Une telle approche serait d'autant plus justifiée en l'espèce, vu le nombre de personnes qui seront touchées par la décision de la Commission. La demanderesse invoque ici l'*obiter dictum* que l'on trouve dans la décision *Larsh c. Canada (Procureur général)*, au paragraphe 36, où le juge Evans, alors juge de la Cour, écrivait :

Pour l'examen de cet argument, je suis disposé à présumer que la décision par laquelle la Commission a rejeté les plaintes devrait faire l'objet d'un examen plus attentif que les décisions

to refer complaints to the Tribunal. A dismissal is, after all, a final decision that precludes the complainant from any statutory remedy and, by its nature, cannot advance the overall purpose of the Act, namely protection of individuals from discrimination, but may, if wrong, frustrate it.

[27] This comment from Evans J. must be put into context. It was made in the context of an argument presented by counsel for the applicant, according to which the Commission would set the evidential threshold too high if it was to dismiss a complaint because the officer allegedly having made a discriminatory remark denied having made it, and because there was no independent witness to corroborate the applicant's account of what occurred. Nevertheless, nowhere did Justice Evans say that the decision of the Commission to dismiss a complaint should always be assessed against a standard of correctness. Indeed, he rejected the applicant's argument to the effect that the Commission must always refer the complaint to the Tribunal whenever the Commission is faced with contradictory versions of conduct that is the subject of a complaint. And he stressed on numerous occasions that Parliament has entrusted to the Commission the responsibility for being satisfied that a tribunal hearing is or is not warranted.

[28] Before leaving this argument, it must be stressed once again that the language used in section 44 of the CHRA confers a wide discretion on the Commission when screening complaints, and the same language is used with respect to dismissing a complaint or referring it on, i.e. "having regard to all the circumstances of the complaint." The clearest statement of the standard of review of such decisions is found in *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] CLLC 230-041 (F.C.A.), where Décaré J.A. said [at paragraph 3]:

MacKay J. was of the view, and rightly so, that the standard of review of a decision of the Commission to dismiss a complaint requires a very high level of deference by the Court unless there be a breach of the principles of natural justice or other procedural unfairness or unless the decision is not supportable on the evidence before the Commission.

par lesquelles des plaintes sont déférées au Tribunal. Un débouté est, après tout, une décision définitive qui empêche le plaignant d'obtenir toute réparation prévue par la loi et qui, de par sa nature même, ne saurait favoriser l'atteinte de l'objectif général de la Loi, c'est-à-dire protéger les personnes physiques de toute discrimination, mais qui, s'il est erroné, risque de mettre en échec l'objet de la Loi.

[27] Cette remarque incidente du juge Evans doit être considérée dans son contexte. Elle avait été faite dans le cadre d'un argument présenté par l'avocate de la demanderesse, argument selon lequel la Commission fixerait le niveau de preuve à un niveau trop élevé si elle devait rejeter une plainte parce que l'agent qui avait prétendument fait une réflexion discriminatoire niait l'avoir faite et qu'aucun témoin indépendant ne pouvait confirmer le récit des faits présenté par la demanderesse. Néanmoins, nulle part le juge Evans n'a dit que la décision de la Commission de rejeter une plainte devrait toujours être évaluée selon la norme de la décision correcte. Il a même rejeté l'argument de la demanderesse selon lequel la Commission devait toujours renvoyer la plainte au Tribunal dès lors que lui sont présentées des versions contradictoires de la conduite qui est l'objet de la plainte. Et il a insisté plusieurs fois sur le fait que le législateur fédéral avait investi la Commission du pouvoir de dire si une audience devant le Tribunal des droits de la personne est ou non justifiée.

[28] Avant de conclure sur cet argument, il faut signaler encore une fois que le texte de l'article 44 de la LCDP confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission lorsqu'elle fait un examen préalable des plaintes, et le même texte est employé pour le rejet d'une plainte ou pour son renvoi au Tribunal, c'est-à-dire « compte tenu des circonstances relatives à la plainte ». L'énoncé le plus clair de la norme de contrôle applicable à telles décisions se trouve dans l'arrêt *Bourgeois c. Banque de commerce canadienne impériale*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL), où le juge Décaré écrivait [au paragraphe 3] :

Le juge MacKay était d'avis, avec raison, que la norme de contrôle applicable au rejet d'une plainte par la Commission exige que la Cour fasse preuve d'un très haut degré de retenue à l'égard de la décision de la Commission, à moins qu'il y ait eu violation des principes de justice naturelle ou absence d'équité procédurale, ou à moins que la décision ne soit pas



[29] Having said all this, and despite the fact that the decision to dismiss a complaint should be subject to the same standard of review as the decision to refer a complaint to the Tribunal, Justice Evans' comment is not without merit and cannot be simply ignored. Without going as far as saying that each standard of review is itself a sliding scale, a position that has so far been rejected by the Supreme Court, it may be appropriate to consider the impact of the decision made by the Commission in assessing the sufficiency of the reasons supporting it.

[30] Returning now to the alleged breaches of the principles of procedural fairness, I think that some confusion should be dissipated at the outset. As the Supreme Court of Canada has made clear in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 102, "[t]he content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations". This distinction has been restated by our Court on a number of occasions, notably in *Gardner v. Canada (Attorney General)*; *Canada (Attorney General) v. Grover*; *Canada (Attorney General) v. Cherrier*, 2005 FC 505; *Marchand Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, 2004 FC 1584 and *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 401.

[31] This confusion stems from the fact that some of the factors that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are the same as those looked at in considering the standard of review of a discretionary decision (nature of the decision being made, expertise of the decision maker, statutory scheme). But this Court, following the Supreme Court of Canada in *Moreau-Bérubé v. New-Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, has reiterated time and again that the duty of procedural fairness requires no assessment of the standard of review: a breach of procedural fairness will usually void, in and of itself, the decision under review.

étayée par les éléments de preuve dont disposait la Commission.

[29] Cela dit, et bien que la décision de rejeter une plainte doit relever de la même norme de contrôle que la décision de renvoyer une plainte au Tribunal, l'observation du juge Evans n'est pas sans fondement et ne saurait être tout simplement écartée. Sans aller aussi loin qu'affirmer que chaque norme de contrôle constitue par elle-même une échelle mobile, position qui jusqu'à maintenant a été rejetée par la Cour suprême, il est sans doute à propos d'examiner l'incidence de la décision de la Commission en évaluant la justesse des motifs censés la justifier.

[30] Revenant maintenant aux présumés violations des principes de l'équité procédurale, je suis d'avis qu'il convient de dissiper d'entrée de jeu une certaine confusion. Ainsi que le soulignait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 102, « [l]'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations ». Cette distinction a été reprise par la Cour fédérale à plusieurs occasions, notamment dans les jugements suivants : *Gardner c. Canada (Procureur général)*; *Canada (Procureur général) c. Grover*; *Canada (Procureur général) c. Cherrier*, 2005 CF 505; *Marchand Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, 2004 CF 1584; enfin *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 401.

[31] Cette confusion vient du fait que certains des facteurs qui sont considérés dans la définition de l'obligation d'équité procédurale sont les mêmes que les facteurs considérés dans la tâche de savoir quelle est la norme de contrôle d'une décision discrétionnaire (la nature de la décision qui a été prise, la spécialisation du décideur, le régime légal). Mais la Cour fédérale, suivant en cela la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, a rappelé à maintes reprises que l'obligation d'équité procédurale ne requiert aucune recherche de la norme de contrôle : un manquement à l'équité procédurale aura généralement

[32] If the distinction between tribunals exercising their functions in a so-called “administrative”, as opposed to a “judicial” or “quasi-judicial” manner, used to be crucial in order to determine if the rules of natural justice apply, this is no more the case since the decision of the Supreme Court of Canada in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. From then on, decisions of an administrative or executive character were to be subjected to a general duty of fairness. Since both this duty and the rules of natural justice were held to be variable standards, Justice Sopinka recognized in *S.E.P.Q.* that [at page 896] “the distinction between [these rules] becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals”. Therefore, the content of these two sets of rules is now determined not so much by the nature of the decisions made by that tribunal but by reference to the circumstances of each case: *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *S.E.P.Q.*; *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3 (C.A.); *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.).

[33] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [[1999] 2 S.C.R. 817] the Supreme Court expanded on the factors that are relevant in determining the duty of procedural fairness in a given set of circumstances. Writing for the majority, Justice L’Heureux-Dubé listed five factors (not to be taken as an exhaustive list) to be taken into consideration: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; the importance of the decision to the individual or individuals affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and the choices of procedure made by the agency itself,

pour effet d’invalider automatiquement la décision contestée.

[32] Si la distinction entre les tribunaux administratifs qui exercent leurs fonctions selon ce qu’il est convenu d’appeler une optique « administrative » et ceux qui exercent leurs fonctions selon une optique « judiciaire » ou « quasi judiciaire » était autrefois essentielle lorsqu’il convenait de savoir si les règles de la justice naturelle s’appliquaient, ce n’est plus le cas depuis l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. Désormais, les décisions de caractère administratif ou exécutif devaient respecter une obligation générale d’agir équitablement. Étant donné que les règles de justice naturelle tout comme l’obligation d’agir équitablement sont des normes variables, le juge Sopinka avait reconnu, dans l’arrêt *S.E.P.Q.*, que [à la page 896] « la distinction entre [ces règles] s’estompe lorsqu’on approche du bas de l’échelle dans le cas des tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de l’échelle dans le cas des tribunaux administratifs ou exécutifs. » Par conséquent, le contenu de ces deux ensembles de règles est maintenant déterminé non pas tant par la nature des décisions prises par le tribunal qu’en fonction des circonstances de chaque affaire : *Martineau c. Comité de discipline de l’Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *S.E.P.Q.*; *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3 (C.A.); *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.).

[33] Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [[1999] 2 R.C.S. 817] la Cour suprême explicitait les facteurs qu’il convient de retenir pour définir l’obligation d’équité procédurale dans un ensemble donné de circonstances. S’exprimant pour la majorité, le juge L’Heureux-Dubé avait énuméré cinq facteurs (considérés comme non limitatifs) à prendre en considération : la nature de la décision prise et la procédure suivie lorsqu’elle a été prise; la nature du régime légal et les termes de la loi en vertu de laquelle agit l’organisme concerné; l’importance de la décision pour les personnes visées; les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; enfin les choix de procédure faits par l’organisme même, en particulier

particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances.

[34] It has been established in *S.E.P.Q.*, that the Commission must comply with the duty of procedural fairness when deciding whether the investigation report will be adopted or dismissed pursuant to section 44 of the CHRA. In an *obiter dictum*, Justice Sopinka concluded that the Commission therefore had the following obligations (at page 902):

. . . the Commission had a duty to inform the parties of the substance of the evidence obtained by the investigator and which was put before the Commission. Furthermore, it was incumbent on the Commission to give the parties the opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations in relation thereto.

The Commission was entitled to consider the investigator's report, such other underlying material as it, in its discretion, considered necessary and the representations of the parties. The Commission was then obliged to make its own decision based on this information.

[35] Of course, all these requirements are premised on the fact that the evidence collected by the investigator, as well as his report, provide the Commission with the information to perform its screening function pursuant to section 44 of the CHRA. If the decision of the Commission was to be based on an inadequate investigation, that decision could not be considered reasonable since its evidentiary foundation would be defective. This was most clearly enunciated by Nadon J. (as he then was) in *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, where he said (at page 598):

At first blush, it would appear that the CHRC, by providing the applicant with a copy of the investigator's report and by allowing the applicant to respond to the report, was in conformity with the formal wording of the requirements set out in the above cases. However, underlying these requirements is the assumption that another aspect of procedural fairness — that the CHRC had an adequate and fair basis on which to evaluate whether there was sufficient evidence to warrant appointment of a tribunal — existed.

In order for a fair basis to exist for the CHRC to evaluate whether a tribunal should be appointed pursuant to paragraph

quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir sa propre procédure, ou quand l'organisme est parfaitement à même de choisir la procédure qui convient le mieux aux circonstances.

[34] Il a été jugé, dans l'arrêt *S.E.P.Q.*, que la Commission doit observer l'obligation d'équité procédurale lorsqu'elle se demande si le rapport d'enquête doit être adopté ou rejeté comme le prévoit l'article 44 de la LCDP. Dans un *obiter dictum*, le juge Sopinka concluait que la Commission avait donc les obligations suivantes (à la page 902) :

[. . .] il incombait à la Commission d'informer les parties de la substance de la preuve réunie par l'enquêteur et produite devant la Commission. Celle-ci devait en outre offrir aux parties la possibilité de répliquer à cette preuve et de présenter tous les arguments pertinents s'y rapportant.

La Commission pouvait prendre en considération le rapport de l'enquêteur, les autres données de base qu'elle jugeait nécessaires ainsi que les arguments des parties. Elle était alors tenue de rendre sa propre décision en se fondant sur ces renseignements.

[35] Évidemment, toutes ces conditions supposent que la preuve recueillie par l'enquêteur, ainsi que son rapport, donnent à la Commission l'information nécessaire pour qu'elle s'acquitte de sa fonction de filtrage des plaintes selon l'article 44 de la LCDP. Si la décision de la Commission devait être fondée sur une enquête déficiente, cette décision ne pourrait être qualifiée de raisonnable puisque ses éléments probants seraient insuffisants. C'est ce qu'exposait très clairement le juge Nadon, alors juge de la Cour fédérale, dans la décision *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, où il s'exprimait ainsi (à la page 598) :

Il semblerait à première vue qu'en remettant à la requérante une copie du rapport de l'enquêteuse et en lui permettant de répondre au rapport, la CCDP se soit conformée à la lettre des exigences établies dans les arrêts susmentionnés. Toutefois, à la base de ces exigences se trouve la présomption de l'existence d'un autre aspect de l'équité procédurale—que la CCDP disposait d'un fondement adéquat et juste pour évaluer s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la constitution d'un tribunal.

Pour qu'il existe un fondement juste pour que la CCDP estime qu'il y a lieu de constituer un tribunal en vertu de

44(3)(a) of the Act, I believe that the investigation conducted prior to this decision must satisfy at least two conditions: neutrality and thoroughness.

[36] Accordingly, I shall rearrange the order of the following questions and first look at the investigation report to determine if it was fair and thorough. I will then turn to the decision of the Commission not to refer the complaint to the Tribunal to determine if it was reasonable, considering all the information that was made available to it. Finally, I will determine whether the reasons provided by the Commission for its decision were in breach of its duty of procedural fairness.

(2) Was the investigation thorough and neutral?

[37] As previously indicated, the obligation to conduct a neutral and thorough investigation is a component of the duty of procedural fairness. Thoroughness is an abstract concept that does not lend itself to an easily ascertainable list of things to do and not to do. In *Slattery*, Nadon J. spelled out the parameters underlying the requirements of thoroughness in the context of an investigation by the Human Rights Commission (at page 600):

In determining the degree of thoroughness of investigation required to be in accordance with the rules of procedural fairness, one must be mindful of the interests that are being balanced: the complainant's and respondent's interests in procedural fairness and the CHRC's interests in maintaining a workable and administratively effective system.

[38] The applicant submits that the investigator's report fails to address or analyse the merits of the PSAC's allegations. (The substance of the investigator's analysis is found at paragraph 9 of these reasons.) These allegations, it must be remembered, turned essentially on the argument that Treasury Board is discriminating against the CR group by segregating that group and the PM group and by applying different standards to measure the value of jobs in these two groups.

[39] In its report, the investigator focused exclusively on the fact that the CR and PM groups were no longer segregated, but were subsumed in one group—the PA group. However, the report failed to acknowledge the

l'alinéa 44(3)a) de la Loi, je crois que l'enquête menée avant cette décision doit satisfaire à au moins deux conditions : la neutralité et la rigueur.

[36] Je dois donc réarranger l'ordre des questions suivantes et considérer d'abord le rapport d'enquête pour savoir s'il était équitable et rigoureux. Je me pencherai ensuite sur la décision de la Commission de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal et dirai si elle était raisonnable, eu égard à l'ensemble des renseignements qui ont été portés à sa connaissance. Finalement, je me demanderai si les motifs donnés par la Commission à l'appui de sa décision s'accordaient ou non avec son obligation d'équité procédurale.

2) Le rapport d'enquête était-il rigoureux et neutre?

[37] Comme je l'ai dit précédemment, l'obligation de mener une enquête neutre et rigoureuse est un élément de l'obligation d'équité procédurale. La rigueur est une notion abstraite qui ne se prête pas à une liste facilement vérifiable de choses à faire ou à ne pas faire. Dans la décision *Slattery*, le juge Nadon énonçait les paramètres à l'origine de l'impératif de rigueur dans le contexte d'une enquête menée par la Commission des droits de la personne (à la page 600) :

Pour déterminer le degré de rigueur de l'enquête qui doit correspondre aux règles d'équité procédurale, il faut tenir compte des intérêts en jeu : les intérêts respectifs du plaignant et de l'intimé à l'égard de l'équité procédurale, et l'intérêt de la CCDP à préserver un système qui fonctionne et qui soit efficace sur le plan administratif.

[38] Selon la demanderesse, le rapport d'enquête n'aborde pas et n'analyse pas le fond des allégations de l'AFPC. (L'essentiel de l'analyse de l'enquêteur se trouve au paragraphe 9 des présents motifs). Ces allégations, doit-on le rappeler, s'appuyaient essentiellement sur l'argument selon lequel le Conseil du Trésor exerce une discrimination à l'encontre du groupe CR en séparant ce groupe et le groupe PM et en appliquant des normes différentes pour mesurer la valeur des tâches exercées par ces deux groupes.

[39] Dans son rapport, l'enquêteur s'est concentré uniquement sur le fait que les groupes CR et PM n'étaient plus séparés, mais formaient désormais un seul groupe—le groupe PA. Toutefois, le rapport ne

crucial fact that the classification system was never actually modified or changed in order to eliminate the discriminatory aspects which clearly existed. It was the purpose of the UCS initiative, but it was abandoned by the respondent because it was apparently “unworkable”. As a result, and even if the CR and PM groups have formally been subsumed in one larger group, the fact remains that the old classification standards continue to be applied, as evidenced by the pay schedules from the most recent PSAC/Treasury Board collective agreement.

[40] Not only is this piece of crucial information totally ignored, but the report goes on indicating that “it is not possible to assess the gender-neutrality of any new classification plan until it is developed”. In the meantime, the jobs held by members of the CR group will continue to be measured according to standards that are allegedly discriminatory and whose compliance with sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act* has not been seriously considered, let alone finally determined.

[41] It is no answer to add that “the Commission will continue to be available to provide advice and input into the development of gender neutral classification plans, including a plan applicable to the PA group”. This is an interesting forward-looking commitment, but it does not address in any way the complaint that was made more than 20 years ago. And there can be no assurance that a new classification system, compliant with the requirements of the *Canadian Human Rights Act*, will effectively be implemented in the near future.

[42] In a nutshell, I am of the view that the PSAC was entitled, on behalf of its CR members, to a thorough examination of its allegations of discrimination. In failing to address one of its crucial arguments—i.e. that the CR and PM groups are still, for all intents and purposes, segregated—the investigator and, ultimately, the Commission, breached its duty of procedural fairness. The investigator may have been justified in doing so if the allegations had been moot, but it was

reconnaissait pas un fait essentiel : le régime de classification n’avait jamais été réellement modifié ou changé afin que soient éliminés les aspects discriminatoires qui manifestement le caractérisaient. C’était là l’objectif du projet de NGC, mais ce projet avait été abandonné par le défendeur parce qu’il était paraît-il « impraticable ». En conséquence, et même si les groupes CR et PM formaient officiellement désormais un seul groupe plus conséquent, il reste que les anciennes normes de classification continuent d’être appliquées, ainsi que l’attestent les barèmes de rémunération de la plus récente convention collective conclue entre l’AFPC et le Conseil du Trésor.

[40] Non seulement il n’est tenu aucun compte de cette information capitale, mais le rapport précise ensuite que [TRADUCTION] « il n’est pas possible de mesurer le caractère non sexiste d’un nouveau plan de classification tant qu’il n’est pas élaboré ». En attendant, les emplois occupés par les membres du groupe CR continueront d’être mesurés selon des normes qui sont prétendument discriminatoires et dont la conformité aux articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n’a pas été véritablement examinée, encore moins établie à titre définitif.

[41] Ce n’est pas répondre que d’ajouter : « la Commission demeurera à disposition pour apporter conseils et appui dans l’élaboration de plans de classification non sexistes, notamment un plan applicable au groupe PA ». C’est là un engagement prospectif intéressant, mais il ne règle absolument pas la plainte qui a été déposée plus de 20 ans auparavant. Et il n’est nullement garanti qu’un nouveau régime de classification, conforme aux exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, sera mis en application efficacement dans un avenir proche.

[42] Bref, je suis d’avis que l’AFPC avait droit, au nom de ses membres du groupe CR, à ce que ses allégations de distinction illicite soient examinées avec rigueur. En s’abstenant d’examiner l’un de ses arguments cruciaux—celui selon lequel les groupes CR et PM étaient encore séparés dans la pratique—l’enquêteur et, finalement, la Commission ont manqué à leur obligation d’équité procédurale. L’enquêteur aurait pu avoir de bonnes raisons d’agir ainsi si les allégations

certainly not the case at the time of submitting his report.

[43] Having said this, I agree with the respondent that the Commission has never accepted the complaint as valid, contrary to what the applicant argues. This would be tantamount to saying that once a complaint is accepted for filing, the Commission must appoint a tribunal or that once an investigator initially determines that a further inquiry is warranted, he/she cannot change his/her mind based on subsequent evidence.

[44] Similarly, the respondent has never conceded that the CR classification standard is discriminatory. There is simply no evidence suggesting that the employer's efforts to introduce either UCS or any other classification reform are an admission that the present standard is, in fact, discriminatory. The same can be said of the decision to consolidate the CR and PM groups in the new PA group: nowhere is there any indication that this is in recognition that the former separation of the CR and PM groups was discriminatory.

[45] It is precisely because there is disagreement as to the discriminatory nature of the present scheme that the Commission should have looked into this matter more carefully.

(3) Did the Commission make a reviewable error when it decided not to refer the complaint to the Tribunal?

[46] The Commission's decision not to refer the complaint to the Tribunal on the basis of the investigator's report cannot be said to have been made on a fair basis to the extent that the report itself was defective. This, in itself, could dispose of the issue.

[47] Where, as in this case, parties have the legal right to make submissions in response to an investigator's report, the parties can compensate for more minor omissions or errors by bringing such omissions to the attention of the decision maker by way of their submissions. Only where omissions cannot be rectified is judicial review warranted, as where the omission is of

avaient été théoriques, mais ce n'était certainement pas le cas lorsqu'il a soumis son rapport.

[43] Cela dit, je reconnais avec le défendeur que la Commission n'a jamais accepté la plainte comme valide, contrairement à ce qu'affirme la demanderesse. Cela équivaudrait à dire que, après l'acceptation du dépôt d'une plainte, la Commission doit renvoyer la plainte au Tribunal, ou que, après qu'un enquêteur considère au départ qu'une enquête complémentaire est justifiée, il ne peut pas changer d'avis en se fondant sur une preuve postérieure.

[44] Le défendeur n'a jamais admis non plus que la norme de classification du groupe CR est discriminatoire. Rien ne donne à entendre que les moyens pris par l'employeur pour adopter la NGC ou toute autre réforme de la classification reviennent pour lui à admettre que la norme actuelle est véritablement discriminatoire. Il en va de même pour la décision de fusionner les groupes CR et PM dans le nouveau groupe PA : il n'est avancé nulle part que, ce faisant, le défendeur reconnaissait que l'ancienne séparation des groupes CR et PM était discriminatoire.

[45] C'est précisément parce qu'il y a désaccord sur le caractère discriminatoire du régime actuel que la Commission aurait dû examiner cette affaire plus attentivement.

3) La Commission a-t-elle commis une erreur sujette à révision quand elle a décidé de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal?

[46] La Commission ayant décidé, sur la foi du rapport d'enquête, de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal, on ne saurait dire que cette décision est équitable dans la mesure où le rapport même était déficient. Cela pourrait suffire à trancher de la question.

[47] Lorsque, comme ici, les parties ont le droit de présenter des observations en réponse à un rapport d'enquête, les parties peuvent corriger les omissions ou erreurs mineures en les portant à l'attention du décideur, grâce à leurs observations. Ce n'est que lorsque les omissions ne peuvent être rectifiées qu'un contrôle judiciaire est justifié, par exemple lorsque l'omission est

such a fundamental nature that merely drawing the decision maker's attention to the omission cannot compensate for it: *Slattery; Schut v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1996), 120 F.T.R. 60 (F.C.T.D.).

[48] The respondent argues that the Commission took its decision after reviewing not only the investigator's report, but also the parties' submissions on that report, as well as their comments on each other's submissions. As a result, the Commission examined all the circumstances surrounding the complaint, and the applicant could have pointed out the omissions and errors in the investigator's report.

[49] Indeed, PSAC drew the attention of the Commission to these perceived deficiencies in the investigator's report. It vigorously opposed the recommendation of the investigator that the Commission take no further proceedings with respect to this complaint, it reiterated its view that the CR classification standard is discriminatory, it reminded the Commission that it is because of assurances from Treasury Board that the UCS would resolve the issue that the merits of this complaint had never been formally dealt with, and it pointed out that all employees within the PA occupational group continue to be classified pursuant to the old CR/PM structure.

[50] I am of the view that this is a case where the omission was of such a fundamental character that the response filed by PSAC to the investigator's report could not rectify the problem. Not only was the report extremely succinct on that issue, but it failed to provide sufficient information so that the rebuttal from PSAC could be meaningfully assessed. In any event, the Commission failed to address these issues and essentially ignored the position of PSAC.

[51] Finally, the respondent has argued that "it is a much better use of the Commission's resources to provide advice and input into the development of a new classification standard for the PA group, rather than appointing a tribunal to inquire into a complaint that becomes moot with the introduction of new classification standards". This argument, in my

d'une nature si fondamentale que le simple fait de la signaler au décideur ne suffirait pas à la corriger : *Slattery; Schut c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] A.C.F. n° 1255 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[48] Le défendeur tient que la Commission a rendu sa décision après avoir examiné non seulement le rapport d'enquête, mais aussi les réactions des parties à ce rapport. Elle a aussi examiné les observations de chacune des parties sur les réactions de l'autre. La Commission a donc étudié l'ensemble des circonstances entourant la plainte, et la demanderesse aurait pu signaler les omissions et erreurs du rapport d'enquête.

[49] L'AFPC a effectivement appelé l'attention de la Commission sur les lacunes apparentes du rapport d'enquête. Elle s'est énergiquement opposée à la recommandation de l'enquêteur, pour qui la Commission devait s'abstenir de donner une quelconque suite à cette plainte, elle a réitéré ses vues selon lesquelles la norme de classification du groupe CR était discriminatoire, elle a rappelé à la Commission que, si le fond de la plainte n'avait jamais été l'objet d'un examen en règle, c'était parce que le Conseil du Trésor avait assuré que la NGC résoudrait la question, et elle a fait observer que tous les employés compris dans le groupe professionnel PA demeureraient classifiés selon l'ancienne structure CR/PM.

[50] Je suis d'avis que nous avons affaire à un cas où l'omission était si fondamentale que la réponse de l'AFPC au rapport d'enquête ne pouvait pas corriger le problème. Non seulement le rapport était-il extrêmement bref sur la question, mais il ne donnait pas assez d'informations pour que l'objection de l'AFPC pût être véritablement étudiée. Quoiqu'il en soit, la Commission n'a pas abordé ces questions et n'a pour l'essentiel fait aucun cas de la position de l'AFPC.

[51] Finalement, le défendeur a fait valoir que [TRADUCTION] « la Commission fait un bien meilleur usage de ses ressources en apportant conseils et appui dans l'élaboration d'une nouvelle norme de classification pour le groupe PA plutôt qu'en constituant un tribunal chargé d'étudier une plainte qui devient théorique avec l'adoption de nouvelles normes de

respectful opinion, misses the point entirely and is completely irrelevant. Paragraph 44(3)(b) of the CHRA directs the Commission to dismiss a complaint if it is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is not justified. Administrative or budgetary considerations should not be part of the decision. As Nadon J. said in *Slattery* [at page 607]:

I cannot agree that subsection 44(3) of the Act allows the CHRC to completely divorce such decisions from the merits of the complaint. If purely administrative considerations (i.e. cost, time) were allowed to prevail, it is conceivable that a person's entitlement to relief under human rights legislation would be dependent on the ease of proving human rights violation. Such an approach is clearly inconsistent with the justice-based purpose of the Act, stated in section 2, to give effect to the principle of equal opportunity.

[52] There is also an argument to be made that it may prove more helpful to the parties to have the matter determined by the Tribunal. In deciding whether the current classification is discriminatory, the Tribunal could come up with reasons and provide parameters that may be of assistance to the architects of a new classification system. As is so often the case, short-term benefits should not blind us to longer term advantages.

[53] For all the above reasons, I come to the conclusion that the decision of the Commission is unreasonable since it was not supported by an adequate investigation and could not accordingly be said to be based on a cogent line of reasoning.

(4) Did the Commission violate the duty of procedural fairness by failing to provide adequate reasons for its decision?

[54] The final argument submitted by the applicant relates to the failure of the Commission to provide reasons for its decision. Despite the fact that PSAC submitted a formal request for reasons to the Commission following its decision, the Commission took the position that it had no statutory duty to provide

classification ». À mon avis, malheureusement, cet argument fait l'impasse sur l'essentiel et il est totalement hors de propos. L'alinéa 44(3)b) de la LCDP enjoint à la Commission de rejeter une plainte si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de la plainte n'est pas justifié. Les considérations administratives ou pécuniaires ne devraient pas influencer sur la décision. Ainsi que le disait le juge Nadon dans la décision *Slattery* [à la page 607] :

Je ne puis conclure que le paragraphe 44(3) de la Loi permet à la CCDP de rendre des décisions en ne tenant absolument pas compte du bien-fondé de la plainte. Si l'on permettait que des considérations purement administratives (comme les coûts, le temps) soient déterminantes, on pourrait concevoir des situations où le droit d'une personne à un recours sous le régime d'une loi relative aux droits de la personne dépendrait de la facilité avec laquelle l'on peut prouver qu'il y a eu violation des droits de la personne. Une telle façon de faire serait clairement en contradiction avec l'objectif de justice visé par la Loi, tel qu'il est énoncé à l'article 2, de donner effet au principe de l'égalité des chances.

[52] Il y a aussi l'argument selon lequel il peut se révéler plus utile pour les parties de faire trancher la question par le Tribunal. En se prononçant sur le caractère discriminatoire ou non de la classification actuelle, le Tribunal pourrait exposer des motifs et offrir des paramètres susceptibles d'aider les architectes d'un nouveau régime de classification. Comme c'est si souvent le cas, les avantages à court terme ne devraient pas nous dissimuler les retombées à long terme.

[53] Pour tous les motifs susmentionnés, j'arrive à la conclusion que la décision de la Commission est déraisonnable parce qu'elle n'était pas appuyée par une enquête adéquate et qu'il est donc impossible d'affirmer qu'elle est le résultat d'un raisonnement incontournable.

4) La Commission a-t-elle manqué à l'équité procédurale parce qu'elle n'a pas motivé adéquatement sa décision?

[54] L'argument final avancé par la demanderesse est que la Commission n'a pas motivé sa décision. L'AFPC avait prié la Commission de motiver sa décision après que celle-ci eut été rendue, mais la Commission a indiqué qu'elle n'avait pas l'obligation légale d'exposer des motifs, ajoutant que le fondement de sa décision



reasons and stated that the basis for the decision is the investigation report. The applicant accepts that, generally, the Commission has no statutory obligation to provide reasons. But it argues that in the present case, given the inadequacy of the investigation, the importance of the matter at hand, and the length of time this complaint has been pending, the Commission erred by not explaining its decision.

[55] On the other hand, the respondent maintains that there is no support in the jurisprudence for the applicant's proposition. Quite the contrary, the Federal Court of Appeal has concluded that failure to provide reasons is not a breach of procedural fairness since the Act does not require it: *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, at pages 15-16. Finally, the respondent also relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *S.E.P.Q.*, to argue that the investigation report constitutes the Commission's reasons when that report is adopted by the Commission.

[56] There is no doubt that, as a general principle, the duty of fairness does not require that reasons be provided for administrative decisions, even if their usefulness in ensuring fair and transparent decision-making has often been emphasized. But the Supreme Court has recognized in *Baker*, at paragraph 43, that it may be otherwise in some circumstances:

In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required.

[57] That being said, the obligation to provide reasons in certain circumstances may be fulfilled if the decision is based on a report or on the notes of a subordinate. This option was explicitly recognized in *Baker*, as a reflection of the flexibility that is necessary in evaluating the requirements of procedural fairness. And this is precisely the reason why the Supreme Court, assuming without deciding that failure to give reasons is itself a basis for review, decided that there was no denial of

était le rapport d'enquête. La demanderesse reconnaît que, de façon générale, la Commission n'est pas juridiquement tenue d'exposer des motifs. Mais elle fait valoir que, en l'espèce, vu le caractère déficient de l'enquête, l'importance de la question posée et la longue période qui s'est écoulée depuis que la plainte a été déposée, la Commission se devait d'expliquer sa décision.

[55] Le défendeur affirme quant à lui que la jurisprudence n'a pas retenu l'argument de la demanderesse. Bien au contraire, la Cour d'appel fédérale est arrivée à la conclusion qu'une décision non motivée ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale puisque la loi ne requiert pas de motifs : *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, aux pages 15 et 16. Finalement, le défendeur invoque aussi l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *S.E.P.Q.*, pour affirmer que le rapport d'enquête constitue les motifs de la Commission quand ce rapport est adopté par elle.

[56] Il ne fait aucun doute que, de manière générale, l'obligation d'équité ne requiert pas que des motifs accompagnent les décisions administratives, même si l'on a souvent souligné leur utilité pour des décisions équitables et transparentes. Mais la Cour suprême a affirmé, dans l'arrêt *Baker*, au paragraphe 43, que dans certains cas il en va parfois différemment :

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce, où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise.

[57] Cela dit, l'obligation de motiver une décision peut dans certains cas être observée si la décision s'appuie sur un rapport ou sur les notes d'un subordonné. Cette option a été expressément envisagée dans l'arrêt *Baker*, pour tenir compte de la souplesse qui s'impose dans l'évaluation des exigences d'équité procédurale. Et c'est précisément la raison pour laquelle la Cour suprême, supposant, sans trancher la question, que l'absence de motifs dans une décision suffit en soi

natural justice or procedural fairness when the Commission dismissed a complaint on the recommendation of the investigator's report: *S.E.P.Q.*

[58] I am also mindful of the fact that Parliament has imposed the duty to give reasons in certain specific cases, for example when the Commission has decided not to deal with a complaint for the reasons set out in section 41 [as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 34(F); 1995, c. 44, s. 49] (see subsection 42(1) of the CHRA). This is an indication that courts should hesitate before using the rules of procedural fairness to impose a burden that Parliament has chosen to impose in very specific circumstances: *Mercier*, at page 16; *Gardner v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 493, at paragraph 35.

[59] All things being considered, and bearing in mind that most of these cases have been decided before *Baker*, I am nevertheless of the opinion that this is one of those special cases where the Commission should have gone further than relying on the investigator's report and should have motivated its decision not to defer the complaint to the Tribunal. It is easy to imagine that the dismissal of such a complaint will have a profound impact on the employees in the federal public service who are still classified and evaluated on the basis of a classification that is almost 40 years old and that is challenged as being discriminatory. In dismissing this complaint, the Commission made a decision that was determinative of the rights of the complainant without even addressing its main arguments, on the basis of a report that does not even analyze the allegations of discrimination; in doing so, the Commission leaves itself open to the perception that it fails to give effect to the principle of equal opportunity enshrined in section 2 of the CHRA.

[60] The importance of providing reasons is magnified in this case given the 20-year time line and the large number of employees affected. These are, in my view, important considerations to bear in mind when assessing the significance of the decision. If the outcome of a humanitarian and compassionate decision, in the immigration context, can have a major impact on an individual, the same can certainly be said of a decision

à justifier un contrôle, a jugé qu'il n'y avait pas déni de justice naturelle ou d'équité procédurale quand la Commission rejetait une plainte en se fondant sur la recommandation du rapport d'enquête : arrêt *S.E.P.Q.*

[58] Je n'ignore pas non plus que le législateur fédéral a dans certains cas précis imposé l'obligation de motiver une décision, par exemple quand la Commission décide de ne pas donner suite à une plainte pour les raisons exposées dans l'article 41 [mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34(F); 1995, ch. 44, art. 49] (voir le paragraphe 42(1) de la LCDP). C'est là le signe que les tribunaux devraient se montrer circonspects avant de recourir aux règles de l'équité procédurale pour imposer un fardeau que le législateur a choisi d'imposer dans des cas très précis : *Mercier*, à la page 16; *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 493, au paragraphe 35.

[59] Tout bien considéré, et ayant à l'esprit que la plupart de ces précédents sont antérieurs à l'arrêt *Baker*, je suis néanmoins d'avis que nous avons ici affaire à l'un de ces cas spéciaux où la Commission aurait dû faire davantage que s'en remettre au rapport d'enquête et aurait dû motiver sa décision de ne pas renvoyer la plainte au Tribunal. Il est facile d'imaginer que le rejet d'une telle plainte aura de profondes répercussions sur les employés de la fonction publique fédérale qui sont encore classifiés et évalués selon une norme de classification qui remonte à près de 40 ans et qui est contestée pour son caractère discriminatoire. En rejetant cette plainte, la Commission a rendu une décision qui statuait sur les droits de la plaignante, sans même considérer ses arguments principaux, et en se fondant sur un rapport qui n'analyse même pas les allégations de discrimination; en agissant de la sorte, la Commission risque de prêter le flanc à l'idée selon laquelle elle néglige de donner effet au principe de l'égalité des chances inscrit dans l'article 2 de la LCDP.

[60] L'importance de motifs dans le cas présent est accentuée par le délai de 20 ans qui s'est écoulé et par le grand nombre des employés concernés. Ce sont là à mon avis des aspects non négligeables qu'il convient de garder à l'esprit quand on évalue la portée de la décision. Si l'issue d'une décision fondée sur des considérations humanitaires, dans un contexte d'immigration, peut avoir d'importantes répercussions sur une

that is likely to affect the dignity, self-esteem and work opportunities of thousands of people. In these very special circumstances, I believe that the Commission had a duty to go beyond merely referring to the investigator's report and to explain its ultimate decision to put an end to this complaint.

[61] Relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker*, the Federal Court of Appeal, in its most recent pronouncement on the subject, stated [*Gardner* (2005), 339 N.R. 91 (F.C.A.), at paragraph 28]:

The duty to give reasons is grounded in a person's interest in knowing why profoundly important decisions affecting them are made as they are . . . . If, as a result of an intimate involvement in the process leading to the decision, a person understands, or has the means to understand the reason for the decision, the duty to give reasons will vary accordingly.

[62] I fully appreciate that this is more likely to be the case when the Commission does not follow the recommendation of the investigator, especially when it dismisses the complaint. But in the present case, for the above-mentioned reasons, I believe that the applicant could not intelligibly make sense of the decision reached by the Commission and could not, in the absence of any coherent and explicit reasons, understand why the arguments made in response to the investigator's report were rejected.

## CONCLUSION

[63] In conclusion, this application for judicial review is granted, the decision of the Commission that is under review is set aside, and the matter will be referred back to the Commission for redetermination. Costs are granted to the applicant.

personne, on peut certainement en dire autant d'une décision susceptible de porter atteinte à la dignité, à l'amour-propre et aux débouchés professionnels de milliers de gens. Dans ces circonstances très particulières, je crois que la Commission avait le devoir de faire davantage que simplement s'en remettre au rapport d'enquête, et devait expliquer sa décision ultime de mettre un terme à cette plainte.

[61] Se fondant sur l'arrêt *Baker* de la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel fédérale écrivait, dans son arrêt le plus récent sur la question [*Gardner*, 2005 CAF 284, au paragraphe 28] :

L'obligation de donner des motifs est fondée sur l'intérêt qu'ont les individus de savoir comment ont été prises les décisions les visant [. . .]. Si, par suite d'une participation étroite au processus de décision, une personne comprend, ou a la capacité de comprendre le motif de la décision, l'obligation de la motiver variera en conséquence.

[62] Je comprends parfaitement que cela est plus susceptible de se produire quand la Commission ne suit pas la recommandation de l'enquêteur, en particulier quand elle rejette la plainte. Mais, en l'espèce, pour les motifs susmentionnés, je crois que la demanderesse ne pouvait pas véritablement saisir la décision à laquelle était arrivée la Commission et ne pouvait pas, en l'absence de motifs cohérents et explicites, comprendre pourquoi les arguments avancés par elle en réponse au rapport d'enquête avaient été rejetés.

## DISPOSITIF

[63] La demande de contrôle judiciaire sera accueillie, la décision de la Commission qui est contestée sera annulée, et l'affaire sera renvoyée à la Commission pour nouvelle décision. Les dépens seront accordés à la demanderesse.

A-182-05  
2005 FCA 424

A-182-05  
2005 CAF 424

**Syntex Pharmaceuticals International Limited and Hoffmann-La Roche Limited** (*Appellants*)  
(*Defendants*)

**Syntex Pharmaceuticals International Limited et Hoffmann-La Roche Limited** (*appelantes*)  
(*défenderesses*)

v.

c.

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

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le procureur général du Canada** (*intimée*) (*mise en cause*)

and

et

**Apotex Inc.** (*Respondent*) (*Plaintiff*)

**Apotex Inc.** (*intimée*) (*demanderesse*)

**INDEXED AS: APOTEX INC. v. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans  
J.J.A.—Toronto, December 12, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Evans,  
J.C.A.—Toronto, 12 décembre 2005.

*Patents — Practice — Appeal from Federal Court order striking out third party notice issued by appellants joining Crown as third party in action for damages by respondent Apotex — Court issuing order prohibiting Minister from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex — Patent owned by appellants found invalid, prohibition order lifted — Apotex suing appellants for damages under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 8 for damages by way of profits lost due to delay of four years in issuance of NOC — S. 8 not providing for claim against Crown; complete code for recovery of damages by second person against first person — Appellants not properly pleading valid cause of action for negligence — Leave granted to appellants to amend third party notice so as to plead valid cause of action in negligence — Appeal allowed only to add provision to Federal Court order permitting appellants to file amended Third Party notice.*

*Brevets — Pratique — Appel de l'ordonnance de la Cour fédérale portant radiation de l'avis produit par les appelantes pour mettre la Couronne en cause dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée Apotex — La Cour avait rendu une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex — Le brevet des appelantes avait été jugé invalide et l'ordonnance d'interdiction, levée — Apotex avait intenté contre les appelantes une action en responsabilité fondée sur l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), pour perte de profits causée par le délai de quatre ans écoulé avant la délivrance de l'AC — L'art. 8 ne prévoit pas de recours contre la Couronne; il constitue un code complet régissant le recouvrement de pertes par une seconde personne à l'encontre d'une première personne — Les appelantes n'ont pas invoqué une cause valable d'action pour négligence — Les appelantes sont autorisées à modifier leur avis de mise en cause pour y inclure une cause valide d'action pour négligence — L'appel est accueilli uniquement pour ajouter à l'ordonnance de la Cour fédérale une disposition permettant aux appelantes de déposer un avis de mise en cause modifié.*

*Crown — Torts — Appellants filing third party notice against Crown for damages suffered by respondent Apotex during two-week delay between issuance of judgment invalidating appellants' patent, time when NOC issued — Federal Court striking out third party notice as Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations not providing for liability of Crown for breach of statutory duty — Federal*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Les appelantes ont mis la Couronne en cause à l'égard de tout préjudice subi par l'intimée Apotex pendant le délai de deux semaines écoulé entre le prononcé du jugement invalidant le brevet et la délivrance de l'AC — La Cour fédérale a radié l'avis de mise en cause statuant que le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) ne renferme aucune disposition*

*Court holding no cause of action known as negligent breach of statute — But proof of statutory breach causing damages can constitute evidence of common law negligence — In third party notice, appellants not alleging negligence, particulars thereof that would satisfy ordinary rules of pleading — Plea of negligence with sufficient particulars necessary — Third party notice could not stand in present form — Leave given to appellants to amend third party notice so as to plead valid cause of action in negligence.*

*relative à la responsabilité de la Couronne en cas de manquement à une obligation légale et qu'il n'existe pas en droit de cause d'action fondée sur la violation d'une loi par négligence — Toutefois, la preuve de la violation d'une loi résultant en un préjudice peut constituer une preuve de négligence en common law — L'avis de mise en cause des appelantes n'alléguait pas de négligence, pas plus qu'il ne fournissait les précisions nécessaires pour respecter les règles ordinaires de la procédure écrite — Il faut une allégation de négligence suffisamment détaillée — L'avis de mise en cause ne peut être maintenu dans sa forme actuelle — Les appelantes sont autorisées à modifier leur avis de mise en cause pour y inclure une cause valide d'action pour négligence.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36).

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3), 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.*, [2005] 3 F.C.R. 302; (2005), 39 C.P.R. (4th) 22; 268 F.T.R. 246; 2005 FC 121; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19 C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; 2003 SCC 69; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

APPEAL from Federal Court order ([2005] 4 F.C.R. 177; (2005), 39 C.P.R. (4th) 33; 2005 FC 480) striking out a third party notice issued by the appellants joining the Crown as a third party in an action for damages by Apotex Inc. against the appellants. Appeal allowed only to add a provision to the Federal Court order.

##### APPEARANCES:

*Y. Lynn Ing and Nancy P. Pei* for appellants (defendants).  
*F.B. Woyiwada* for respondent (third party).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36).

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.*, [2005] 3 R.C.F. 302; 2005 CF 121; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263; 2003 CSC 69; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale ([2005] 4 R.C.F. 177; 2005 CF 480) portant radiation de l'avis produit par les appelantes afin de mettre en cause la Couronne dans une action en dommages-intérêts intentée contre elles par Apotex. Appel accueilli à seule fin d'ajouter une disposition à l'ordonnance de la Cour fédérale.

##### ONT COMPARU :

*Y. Lynn Ing et Nancy P. Pei* pour les appelantes (défenderesses).  
*F.B. Woyiwada* pour l'intimée (mise en cause).

No one appearing for respondent (plaintiff).

Personne n'a comparu pour l'intimée (demanderesse).

SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Toronto, for appellants (defendants).  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (third party).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Smart & Biggar*, Toronto, pour les appelantes (défenderesses).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée (mise en cause).

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

[1] SEXTON J.A.: The appellants appeal the order of the Federal Court that struck out a third party notice issued by the appellants joining Her Majesty the Queen (HMQ) as a third party in an action for damages by Apotex against the appellants [[2005] 4 F.C.R. 177].

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Les appelantes interjettent appel de l'ordonnance de la Cour fédérale portant radiation de l'avis qu'elles ont produit afin de mettre en cause Sa Majesté la Reine (la Couronne) dans une action en dommages-intérêts intentée contre elles par Apotex [[2005] 4 R.C.F. 177].

[2] The appellants had initiated a prohibition proceeding under section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (Regulations) with respect to a patent owned by the appellants. In that proceeding, the court issued an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance (NOC) to Apotex.

[2] Les appelantes avaient présenté, relativement à un brevet leur appartenant, la demande d'ordonnance d'interdiction prévue à l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement), et la Cour avait rendu une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité (AC) à Apotex.

[3] In a separate action, Apotex sued the appellants alleging the patent to be invalid and was successful. Approximately two weeks after the judgment was pronounced which declared the patent to be invalid, the Court lifted the prohibition order on consent of the parties.

[3] Dans une action distincte intentée contre les appelantes, Apotex avait allégué que le brevet était invalide, et elle avait obtenu gain de cause. Environ deux semaines après le jugement déclarant le brevet invalide, la Cour avait levé l'ordonnance d'interdiction, sur consentement des parties.

[4] The Minister then issued an NOC. The two-week delay in issuing the NOC was said by HMQ to result from the fact that the Minister had been reluctant to issue the NOC until the prohibition order was actually lifted by the Court.

[4] Le ministre a alors délivré un AC. Selon la Couronne, le ministre avait attendu deux semaines parce qu'il avait scrupule à procéder à la délivrance de l'AC avant que la Cour ne lève effectivement l'ordonnance d'interdiction.

[5] Apotex subsequently commenced an action under section 8 [as am. by SOR/98-166, s. 8] of the Regulations against the appellants for damages it suffered by way of profits lost because of the delay of some four years in the issuance of its NOC, which delay

[5] Apotex a ensuite intenté contre les appelantes une action en responsabilité fondée sur l'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 8] du Règlement, relativement à la perte de profits causée par le délai de quatre ans qui s'était écoulé avant la délivrance de l'AC, délai

was occasioned by the prohibition order which the appellants had obtained.

[6] The appellants, in turn, claimed over against HMQ in their third party notice for any damages proven by Apotex to have been suffered during the two-week delay between the issuance of the judgment invalidating the patent and the time when the NOC was issued.

[7] HMQ sought to strike out the third party notice but was unsuccessful before the Prothonotary [[2005] 3 F.C.R. 302] who held that although no claim over against the Crown could be made by the appellants pursuant to section 8 of the Regulations, nevertheless the third party notice should not be struck out because, although the pleas in the third party notice were deficient, they might be sufficient to support an action for negligent breach of statute.

[8] An appeal to the Federal Court was allowed and the third party notice was struck out with the Court holding that:

a. Section 8 of the Regulations provides a complete code of recovery against a first person and there is no provision in the Regulations regarding liability of the Crown for any breach of statutory duty.

b. There is no cause of action known as negligent breach of statute.

[9] We agree with the Prothonotary and with the Federal Court that section 8 of the Regulations does not provide for any claim against the Crown and that it is a complete code for the recovery of damages by a second person against a first person. We do not, however, wish to be taken as expressing any view as to the correctness of the statement of the Federal Court [at paragraph 25] that “any liability by the defendants ends on the day the patent was declared invalid.”

Section 8, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*

occasionné par l'ordonnance d'interdiction obtenue par les appelantes.

[6] Les appelantes, quant à elles, ont mis la Couronne en cause à l'égard de tout préjudice prouvé par Apotex, qui résulterait du délai de deux semaines écoulé entre le prononcé du jugement invalidant le brevet et la délivrance de l'AC.

[7] La Couronne a demandé la radiation de l'avis de mise en cause, mais la protonotaire [[2005] 3 R.C.F. 302] s'est refusée à y procéder, jugeant que, bien que les appelantes ne fussent pas justifiées de mettre la Couronne en cause sous le régime de l'article 8 du Règlement, il n'y avait pas lieu de radier l'avis de mise en cause car ses allégations, bien que déficientes, pouvaient être suffisantes pour étayer une action fondée sur la violation d'une loi par négligence.

[8] La décision de la protonotaire a été portée en appel sur autorisation, et la Cour fédérale a radié l'avis de mise en cause pour les motifs suivants :

a. l'article 8 du Règlement établit un code complet régissant le recouvrement de pertes auprès d'une première personne, mais le Règlement ne renferme aucune disposition relative à la responsabilité de la Couronne en cas de manquement à une obligation légale;

b. il n'existe pas en droit de cause d'action fondée sur la violation d'une loi par négligence.

[9] Nos convenons avec la protonotaire et avec la Cour fédérale que l'article 8 du Règlement ne prévoit pas de recours contre la Couronne par voie de mise en cause et qu'il constitue un code complet régissant le recouvrement de pertes par une seconde personne à l'encontre d'une première personne. Toutefois, cela ne veut pas dire que nous exprimons un avis sur l'exactitude de l'affirmation de la Cour fédérale [au paragraphe 25] voulant que « toute responsabilité des défenderesses prenait fin le jour où le brevet a été déclaré invalide ».

Voici le texte de l'article 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) :

8. (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

(a) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(b) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

(2) A second person may, by action against a first person, apply to the court for an order requiring the first person to compensate the second person for the loss referred to in subsection (1).

(3) The court may make an order under this section without regard to whether the first person has commenced an action for the infringement of a patent that is the subject matter of the application.

(4) The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any loss referred to in subsection (1).

(5) In assessing the amount of compensation the court shall take into account all matters that it considers relevant to the assessment of the amount, including any conduct of the first or second person which contributed to delay the disposition of the application under subsection 6(1).

[10] However, we are concerned with the Federal Court decision as to the second point. In our view, while strictly speaking it might be said there is no such tort as negligent breach of a statute, there nevertheless can be a claim in negligence against the Crown and proof of a statutory breach that causes damages may be evidence of such negligence. The Federal Court failed to address this.

[11] In *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, at paragraph 31, the Supreme Court of Canada held that the failure of a public officer to perform a statutory duty can give rise to a tort.

8. (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

a) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;

b) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

(2) La seconde personne peut, par voie d'action contre la première personne, demander au tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à cette dernière de lui verser une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1).

(3) Le tribunal peut rendre une ordonnance aux termes du présent article sans tenir compte du fait que la première personne a institué ou non une action pour contrefaçon du brevet visé par la demande.

(4) Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte visée au paragraphe (1).

(5) Pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder, le tribunal tient compte des facteurs qu'il juge pertinents à cette fin, y compris, le cas échéant, la conduite de la première personne ou de la seconde personne qui a contribué à retarder le règlement de la demande visée au paragraphe 6(1).

[10] Nous avons toutefois des réserves au sujet de la deuxième conclusion de la Cour fédérale. Selon nous, bien qu'à strictement parler on puisse dire qu'il n'existe pas en droit de cause d'action fondée sur la violation d'une loi par négligence, il reste néanmoins possible de poursuivre la Couronne pour négligence, et la négligence peut s'établir par la preuve de la violation d'une loi résultant en un préjudice. La Cour fédérale n'a pas examiné ce point.

[11] Dans *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, au paragraphe 31, la Cour suprême du Canada a statué que le défaut d'un fonctionnaire public de s'acquitter d'une obligation légale peut donner lieu à une action en responsabilité civile :



I wish to stress that this conclusion is not inconsistent with *R. v. Saskatchewan Wheat Pool...*, in which the Court established that the nominate tort of statutory breach does not exist. *Saskatchewan Wheat Pool* states only that it is insufficient that the defendant has breached the statute. It does not, however, establish that the breach of a statute cannot give rise to liability if the constituent elements of tortious responsibility have been satisfied. Put a different way, the mere fact that the alleged misconduct also constitutes a breach of statute is insufficient to exempt the officer from civil liability. Just as a public officer who breaches a statute be liable for negligence, so too might a public officer who breaches a statute be liable for misfeasance in a public office.

[12] Furthermore, according to the Supreme Court of Canada, proof of statutory breach that causes damages can constitute evidence of common law negligence. *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at page 227.

[13] Also, section 3 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36] of the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] provides for vicarious liability of the Crown for torts committed by its servants.

3. The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

- (a) in the Province of Quebec, in respect of
  - (i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or
  - (ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and
- (b) in any other province, in respect of
  - (i) a tort committed by a servant of the Crown, or
  - (ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

[14] The problem in the present case is that the appellants have not properly pleaded a valid cause of action for negligence. In its third party notice, the appellants have not alleged any negligence, let alone any particulars of the negligence that would satisfy the ordinary rules of pleading.

Je tiens à souligner que cette conclusion ne va pas à l'encontre de l'arrêt *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [...] où la Cour a statué que le délit civil spécial de violation d'une obligation légale n'existait pas. L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* établit simplement que la violation de la loi par le défendeur ne suffit pas. Il n'établit cependant pas que la violation d'une loi ne peut emporter responsabilité si les éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle sont réunis. Autrement dit, le simple fait que l'inconduite alléguée constitue également une violation de la loi ne suffit pas pour permettre au fonctionnaire d'échapper à la responsabilité civile. De la même façon qu'un fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut être tenu responsable de négligence, le fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut lui aussi être responsable de la faute qu'il commet dans l'exercice d'une charge publique.

[12] Selon la Cour suprême, en outre, la preuve de la violation d'une loi résultant en un préjudice peut constituer une preuve de négligence en common law (*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, à la page 227).

[13] De plus, l'article 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] établit la responsabilité de l'État pour les délits civils commis par ses préposés.

3. En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
  - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
  - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
  - (i) les délits civils commis par ses préposés,
  - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

[14] En l'espèce, le problème découle de ce que les appelantes n'ont pas invoqué une cause valable d'action pour négligence. Nul acte de négligence n'est allégué dans leur avis de mise en cause, et encore moins les détails relatifs à la négligence qui sont nécessaires pour respecter les règles ordinaires de la procédure écrite.

[15] A plea of negligence with sufficient particulars thereof is, in our view, necessary. In commenting on what is necessary to constitute the tort, Dickson J. [as he then was] in *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, at pages 226-227 said:

Statutory breach, and not negligence, is pleaded. The case has been presented exclusively on the basis of breach of statutory duty. The Board has not proved what Lord Atkin referred to as statutory negligence, *i.e.* an intentional or negligent failure to comply with a statutory duty. There is no evidence at trial of any negligence or failure to take care on the part of the Pool.

[16] As the pleading of any negligence on the part of the respondent is totally lacking in the third party notice it cannot stand in its present form. Whether the appellants are able to make the requisite pleading of negligence, we are unable to say, although counsel for the plaintiffs was unable to outline to the Court any such adequate pleading. It must be left to the appellants to attempt to amend the third party notice so as to plead a valid cause of action in negligence if they are so inclined, and with some reluctance we give them leave to do so.

[17] The appeal will therefore be allowed but only so as to add a provision to the order of the Federal Court. That provision would read:

Without prejudice to the appellants' right to file an amended Third Party Notice alleging a valid cause of action in negligence.

[18] There should be no order as to costs.

[15] Il faut donc, selon nous, une allégation de négligence suffisamment détaillée. Au sujet des éléments constitutifs nécessaires de la responsabilité civile, le juge Dickson [tel était alors son titre] a indiqué, dans *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, aux pages 226 et 227 :

Elle allègue qu'il y a eu non pas négligence mais violation de la loi. Le manquement à une obligation légale constitue d'ailleurs l'unique fondement des arguments invoqués en l'espèce. La Commission n'a pas prouvé l'existence de ce que lord Atkin a appelé la négligence légale, *c.-à-d.* une omission intentionnelle ou négligente de remplir une obligation légale. En première instance, on n'a apporté aucune preuve de négligence ou de manque de diligence de la part du Pool.

[16] Puisque l'avis de mise en cause ne renferme aucune allégation de négligence de la part de l'intimée, il ne peut être maintenu dans sa forme actuelle. Nous ne pouvons savoir si les appelantes sont en mesure de formuler l'allégation de négligence nécessaire, bien que l'avocat de la demanderesse ait été incapable de dire à la Cour ce que serait une allégation appropriée. Il appartient aux appelantes de tenter de modifier leur avis de mise en cause pour y inclure une cause valide d'action pour négligence si elles y sont disposées et, bien que ce soit à contrecœur, nous les autorisons à apporter cette modification.

[17] L'appel est donc accueilli, mais seulement afin d'ajouter à l'ordonnance de la Cour fédérale une disposition ainsi libellée :

Sans préjudice du droit des appelantes de déposer un avis de mise en cause modifié alléguant une cause valide d'action pour négligence.

[18] Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

DES-3-03  
2005 FC 1670

DES-3-03  
2005 CF 1670

**IN THE MATTER OF** a certificate filed under subsection 77(1) and sections 78 to 80 of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*;

**IN THE MATTER OF** the decision of the Minister of Citizenship and Immigration as to whether to protect a person named in a security certificate, under paragraphs 95(1)(c), 112(3)(d) and 113(b) and (c), subparagraphs 113(d)(i) and (ii), subsections 115(2) and 77(2), paragraph 101(1)(f) and section 104 of the IRPA and sections 167 to 172 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227 (IRPR)* and the constitutional challenge to those provisions;

**AND IN THE MATTER OF** Adil Charkaoui.

*INDEXED AS: CHARKAOUI (RE) (F.C.)*

Federal Court, Noël J.—Montréal, October 4; Ottawa, December 9, 2005.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Application contesting validity of security certificate issued under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 77 based on Ministers' satisfaction applicant member of terrorist organization — Applicant challenging constitutional validity of provisions of IRPA governing applications for protection, pre-removal risk assessment, application of principle of non-refoulement, national security — Protection claims system established by IRPA not unconstitutional — Application dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Applicant challenging validity of security certificate issued by Ministers under Immigration and Refugee Protection Act, s. 77 — Submitting acts, omissions, decisions of Ministers amounting to treatment prohibited by Charter, ss. 7, 12, 15 — Proceedings initiated by Ministers against applicant serious, involving grave consequences for life — However, not cruel, unusual treatment within meaning of Charter — Ordinary conduct of administrative, judicial process not contrary to Charter, s. 12 — That particular rules apply to non-citizens like applicant not contrary to Charter, ss. 7, 15 — Applicant*

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** un certificat et son dépôt en vertu du paragraphe 77(1) et des articles 78 à 80 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*;

**DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** la décision du ministre de la Citoyenneté et de l'immigration de protéger ou non une personne visée par un certificat de sécurité, en vertu des articles, paragraphes et alinéas 95(1)c, 112(3)d, 113b, c) et d) i) et ii) et 115(2), 77(2), 101(1)f) et 104 de la LIPR et des articles 167 à 172 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227 (RIPR)* et de la remise en question constitutionnelle de ces articles et paragraphes;

**ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT** M. Adil Charkaoui.

*RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI (RE) (C.F.)*

Cour fédérale, juge Noël—Montréal, 4 octobre; Ottawa, 9 décembre 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Le demandeur contestait la validité d'un certificat de sécurité émis en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) parce que les ministres étaient convaincus qu'il était membre d'une organisation terroriste — Il contestait la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR régissant la demande de protection, l'examen des risques avant renvoi, l'application du principe de non-refoulement et la sécurité nationale — Le régime de demande de protection établi par la LIPR n'est pas inconstitutionnel — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Le demandeur contestait la validité d'un certificat de sécurité émis par les ministres en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il soutenait que, par leurs agissements, omissions et décisions, les ministres lui ont fait subir un traitement interdit par les art. 7, 12 et 15 de la Charte — L'instance introduite par les ministres contre le demandeur était très grave et comportait des conséquences sérieuses pour sa vie — Cependant, il ne s'agissait pas d'un traitement cruel ou inusité au sens de la Charte — Le déroulement normal du processus administratif et judiciaire*

*not suffering torture, cruel, inhuman, degrading punishment, treatment.*

*Bill of Rights — Applicant submitting provisions of Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) relating to protection applications contrary to principles protected by Canadian Bill of Rights, certain international law instruments — Distinction between Canadian citizens, non-citizens justifying different treatment accorded to applicant as compared to Canadian citizens — That particular set of rules applies to non-citizens like applicant not contrary to Bill of Rights, s. 1(b) — Provisions of IRPA relating to claims for protection not contrary to international law instruments, Bill of Rights.*

*Administrative Law — Applicant submitting actions of Ministers, representatives gave rise to reasonable apprehension of bias, decision makers no longer able to perform duties under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) in respect of him — Said actions not amounting to mistreatment, not indicating appearance of bias on part of decision makers as carried out in compliance with IRPA — Reasonable, right-minded person with thorough knowledge of case would arrive at same determination.*

*Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 3(3)(f) providing Act must be construed, applied in manner complying with international human rights instruments to which Canada signatory — Review of objectives of IRPA indicating intent to prioritize security — IRPA, s. 3(3)(f) general, interpretive provision not operating to incorporate international law into domestic law.*

*Practice — Stay of Proceedings — Applicant (alleged member of terrorist organization) arguing procedure followed, decisions made in course of signing of security certificate, preventive detention, release on conditions and protection claim amounting to abuse of process such as would justify suspending proceedings — Suspension of proceedings draconian, exceptional remedy — No abuse of process, nothing oppressive or vexatious in relation to applicant — Principles of fundamental justice followed from outset — That matter proceed to conclusion in interests of justice, applicant.*

*n'est pas contraire à l'art. 12 de la Charte — Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, ne constitue pas une violation des art. 7 et 15 de la Charte — Le demandeur n'a pas subi la torture, ni des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.*

*Déclaration des droits — Le demandeur soutenait que les dispositions de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) ayant trait à la demande de protection sont contraires aux principes défendus par la Déclaration canadienne des droits et certains instruments de droit international — La distinction faite entre citoyens et non-citoyens canadiens justifie le traitement différent dont a fait l'objet le demandeur par rapport aux citoyens canadiens — Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, n'est pas contraire à l'art. 1(b) de la Déclaration des droits — Les dispositions de la LIPR ayant trait à la demande de protection ne sont contraires ni aux instruments de droit international, ni à la Déclaration des droits.*

*Droit administratif — Le demandeur soutenait que les agissements des ministres et de leurs représentants ont donné lieu à une crainte raisonnable de partialité et que les décideurs ne pouvaient plus respecter les obligations que leur imposait la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) à son égard — Ces agissements ne constituaient pas des mauvais traitements et n'ont pas donné lieu à une apparence de partialité chez les décideurs puisqu'ils se sont conformés à la LIPR — Une personne sensée et raisonnable ayant une bonne connaissance du dossier en arriverait à la même conclusion.*

*Interprétation des lois — L'art. 3(3)(f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) dispose que l'interprétation et la mise en œuvre de la présente Loi doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire — L'examen des objets de la LIPR a révélé l'intention du législateur de donner priorité à la sécurité — L'art. 3(3)(f) de la LIPR est une disposition générale et interprétative n'ayant pas pour effet d'incorporer le droit international au droit interne.*

*Pratique — Suspension d'instance — Le demandeur (qui serait membre d'une organisation terroriste) soutenait que la procédure suivie et les décisions prises relativement à la signature du certificat de sécurité, à sa mise en détention préventive, à sa mise en liberté sous conditions et à sa demande de protection constituaient un abus de procédure justifiant la suspension de l'instance — La suspension de l'instance constitue une mesure draconienne et exceptionnelle — Le demandeur n'a subi aucun abus de procédure et n'a pas fait l'objet d'actes oppressifs ou vexatoires — Les principes de justice fondamentale ont été respectés dès le départ — Il y va de l'intérêt de la justice et de celui du demandeur que l'instruction du présent dossier aille jusqu'à son terme.*

This was an application challenging the validity of a security certificate issued by the Solicitor General of Canada (now the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) and the Minister of Citizenship and Immigration (together, the Ministers) under section 77 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The security certificate was based on the satisfaction of the Ministers that the applicant has been and is still a member of the Usama bin Laden network, an organization that has engaged, is engaged or will engage in acts of terrorism. The applicant has been a permanent resident of Canada since 1995. On May 16, 2003, a security certificate and an arrest warrant were signed by the Ministers. Later that year, the Federal Court released a judgment finding that the applicant's detention was valid based on the danger presented to national security and another judgment declaring the provisions relating to the security certificate to be constitutional. The provisions challenged by the applicant relate to applications for protection by persons named in a security certificate. The IRPA provides that before being returned to his country of origin, a person may apply for a pre-removal risk assessment (PRRA). In the case of persons who are not named in a security certificate, if the assessment shows that there is a possibility of torture or cruel or unusual treatment or punishment, refugee protection is granted and the person will not be removed. Persons named in a security certificate may also make a PPRA application but they must make the application before a decision is made as to whether the certificate is reasonable. The fact that a person is named in a security certificate means that a specific procedure will apply to the person when he makes an application. The Minister or the Minister's delegate must weigh the risk of removal against the objective of national security, in accordance with the applicable decisions of the courts. This procedure was the subject of the constitutional challenge herein. The applicant made five main arguments, corresponding to the five questions submitted to the Court. First, the applicant submitted that the Ministers delegated a power contrary to subsection 6(3) of the IRPA in that they made the decision to sign the security certificate and arrest warrant regarding him without having the entire Canadian Security Intelligence Service (CSIS) file before them. Second, the applicant challenged the constitutional validity of the provisions of the IRPA governing applications for protection, pre-removal risk assessment, the application of the principle of non-refoulement and national security. Third, the applicant argued that the acts, omissions and decisions of the Ministers regarding him created a context in which the effects amounted to treatment prohibited by sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* by exposing him, since May 2003, to the possibility of removal to Morocco, a country where there is a risk of torture. Fourth, the applicant contended that, by their decisions, the

Il s'agissait d'une demande contestant la validité d'un certificat de sécurité émis par le solliciteur général du Canada (maintenant désigné sous le titre de ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) et par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (les ministres) en vertu de l'article 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Ce certificat de sécurité était fondé sur la conviction des ministres que le demandeur avait été et était toujours membre du réseau d'Oussama Ben Laden, une organisation qui a été, est ou sera l'auteur d'actes de terrorisme. Le demandeur est résident permanent au Canada depuis 1995. Le 16 mai 2003, un certificat de sécurité et un mandat d'arrestation ont été signés par les ministres. Ultérieurement cette année-là, la Cour fédérale a rendu un jugement déclarant valide la détention du demandeur pour motif de danger à la sécurité nationale et un autre jugement déclarant constitutionnelles les dispositions ayant trait aux certificats de sécurité. Les dispositions contestées par le demandeur ont trait à la demande de protection de la personne visée par un certificat de sécurité. La LIPR prévoit que, avant qu'une personne soit renvoyée dans son pays d'origine, celle-ci peut faire une demande d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR). Dans le cas où l'intéressé n'est pas visé par un certificat de sécurité, si l'évaluation révèle qu'il risque de subir la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, l'asile lui est accordé et il n'est pas renvoyé. La personne visée par un certificat de sécurité peut aussi faire une demande d'ERAR mais elle doit la déposer avant qu'une décision soit rendue quant au caractère raisonnable du certificat. Lorsqu'une personne est visée par un certificat de sécurité, une procédure particulière encadre l'instruction de sa demande. Le ministre, ou son délégué, doit concilier le risque auquel donnerait lieu le renvoi de l'intéressé, et la protection de la sécurité nationale, en conformité avec la jurisprudence pertinente. La constitutionnalité de cette procédure était contestée en l'espèce. Le demandeur a fait valoir cinq arguments principaux correspondant aux cinq questions dont il a saisi la Cour. Premièrement, le demandeur a soutenu que les ministres ont commis un acte de délégation de pouvoir interdit par le paragraphe 6(3) de la LIPR lorsqu'ils ont décidé de signer le certificat de sécurité et le mandat d'arrestation le concernant sans avoir devant eux tout le dossier du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Deuxièmement, le demandeur a contesté la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR régissant les demandes de protection, l'examen des risques avant renvoi, l'application du principe de non-refoulement et la sécurité nationale. Troisièmement, le demandeur a soutenu que, par leurs agissements, omissions et décisions, les ministres ont créé un climat qui lui a fait subir un traitement interdit par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* puisqu'ils l'ont exposé depuis mai 2003 à la

Ministers created an appearance of bias which disqualified them as decision makers by preventing them from performing the functions assigned to them by the IRPA. Fifth, the applicant submitted that the circumstances and proceedings to which he was subject justified a permanent suspension of the proceedings.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) There was no evidence showing that the Ministers had before them only the CSIS report, and did not have the evidence on which the report was based, or that they had before them only an incomplete report for the purpose of deciding whether or not to sign the security certificate. A finding of law cannot be based on hypotheses or suppositions. The question of whether Ministers and the Government of Canada exceeded their jurisdiction or otherwise acted illegally and unconstitutionally when they signed and filed an arrest warrant and security certificate against the applicant based on a CSIS report and without themselves having regard to the evidence concerning the applicant was answered in the negative.

(2) The protection application involves a two-pronged procedure by which the decision maker must assess both the risk associated with returning a person named in a security certificate to his country of origin and the danger that the person may constitute to national security. The Minister must weigh these two factors before reaching a conclusion. The decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, upholding the weighing exercise provided for in paragraph 53(1)(b) of the former *Immigration Act*, (now found in subparagraph 113(d)(ii) and subsection 115(2) of the IRPA and section 172 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR)*), was binding. Paragraph 3(3)(f) of the IRPA, cited as a new provision by the applicant in an attempt to distinguish *Suresh*, provides that the Act is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory. It must not be given a larger role than Parliament intended. In a recent decision, the Supreme Court of Canada pointed out that there is only one rule of statutory construction, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. A review of the objectives of the IRPA, as interpreted by the Supreme Court of Canada, indicated an intent to prioritize security. Read as a whole, the provisions of the IRPA are designed to prevent people from being returned to countries where they face a risk of torture. However, Parliament also wished to ensure the security of Canada by adopting subsection 34(1) of

possibilité d'être renvoyé au Maroc, un pays où il risque d'être torturé. Quatrièmement, le demandeur a soutenu que les ministres ont créé, par leurs décisions, une apparence de partialité les disqualifiant comme décideurs et ne leur permettant pas de remplir les fonctions que la LIPR leur a conférées. Enfin, le demandeur a soutenu que sa situation et la procédure le visant justifiaient la suspension permanente de l'instance.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

1) Il n'y avait aucune preuve montrant que les ministres ne disposaient que du rapport du SCRS, à l'exclusion de la preuve sur le fondement de laquelle il a été établi ou qu'ils ne disposaient que d'un rapport incomplet avant de décider de signer, ou non, le certificat de sécurité. On ne peut pas dire le droit en se fondant sur des hypothèses ou des conjectures. La Cour a donné une réponse négative à la question de savoir si les ministres et le gouvernement canadien avaient outrepassé leur compétence ou par ailleurs agi illégalement et de manière inconstitutionnelle en signant et déposant un mandat d'arrestation et un certificat de sécurité visant le demandeur sur la base du rapport du SCRS et sans examiner eux-mêmes la preuve le concernant.

2) L'instruction de la demande de protection est régie par une procédure comportant deux volets selon laquelle le décideur doit apprécier le risque lié au renvoi de la personne visée par un certificat de sécurité vers son pays d'origine, et le danger que cette personne peut constituer pour la sécurité nationale. Le ministre doit concilier ces deux facteurs avant de se prononcer. La Cour était liée par l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, dans lequel la Cour suprême du Canada a validé cette approche qui était prescrite par l'alinéa 53(1)(b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et qui se retrouve maintenant au sous-alinéa 113(d)(ii) et au paragraphe 115(2) de la LIPR et à l'article 172 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*. Le demandeur a tenté de distinguer sa situation de celle de l'arrêt *Suresh*, en invoquant l'alinéa 3(3)(f) de la LIPR (nouveau), qui dispose que l'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. Il ne faut pas donner à ce texte une portée dépassant l'intention du législateur. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada a rappelé que l'interprétation des lois ne suit désormais qu'une règle unique : 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. L'examen des objets de la LIPR, selon l'interprétation de la Cour suprême du Canada, a révélé l'intention du législateur de donner priorité à la sécurité. Lues dans leur ensemble, les dispositions de la LIPR sont conçues

the IRPA which states the general rule of inadmissibility on grounds of security. Parliament chose to give special treatment to persons who are named in a security certificate, and the clarity of the provisions challenged by the applicant illustrates that intention. Parliament would not have enacted very specific and precise provisions relating to persons named in a security certificate if it intended to neutralize or cancel them. Paragraph 3(3)(f) is a general, interpretive provision that does not operate to incorporate international law into domestic law. The *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* place great weight on the objectives of national security and the public interest, and provide for exceptions accordingly. The texts of these international conventions are in complete harmony with Canadian law.

With respect to the *Canadian Bill of Rights* and the right to equality (paragraph 1b), the distinction made between Canadian citizens and non-citizens justifies the different treatment accorded to the applicant as compared to Canadian citizens. As a permanent resident, the applicant is subject to the IRPA, unlike Canadian citizens. That Act is an immigration code, in itself, which makes a clear distinction between citizens and non-citizens. The fact that a particular set of rules applies to non-citizens like the applicant is therefore not contrary to paragraph 1(b) of the Bill of Rights. The provisions of the IRPA relating to claims for protection are not contrary to the Charter or to the international law instruments referred to or to the Bill of Rights.

(3) The applicant submitted that the Ministers, by four different acts or omissions, treated him in a manner prohibited by sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by the Convention against Torture. His first argument, that the threat of removal to a country where he faces a risk of torture amounts to a form of torture was rejected. The proceedings to which the applicant was subject did not amount to a violation of section 7 of the Charter. Proceedings initiated by the Ministers against the applicant were very serious and involved grave consequences for his life. However, it was not a treatment that could be characterized as cruel or unusual within the meaning of section 12 of the Charter. The ordinary conduct of an administrative and judicial process is not contrary to section 12 of the Charter; the proceedings must take their course in the interest of justice. Two main factors contributed to the

pour éviter que des personnes soient renvoyées vers des pays où elles risquent de subir la torture. Cependant, le législateur était aussi soucieux d'assurer la sécurité du Canada en promulguant le paragraphe 34(1) de la LIPR, qui prévoit la règle générale de l'interdiction de territoire pour motifs de sécurité. Le législateur a choisi de traiter d'une façon particulière les personnes qui sont visées par un certificat de sécurité, et la clarté des dispositions dont le demandeur conteste la validité reflète cette intention. Le législateur n'aurait pas édicté des dispositions très spécifiques et précises concernant les personnes visées par un certificat de sécurité s'il avait eu l'intention de les neutraliser ou de les annuler. L'alinéa 3(3)f) de la LIPR est une disposition générale et interprétative n'ayant pas pour effet d'incorporer le droit international au droit interne. La *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* accordent une grande importance aux objectifs de sécurité nationale et d'ordre public et prévoient donc des exceptions. Le texte de ces conventions internationales s'harmonise très bien avec le droit canadien.

Quant à la *Déclaration canadienne des droits* et au droit à l'égalité (alinéa 1b), la distinction faite entre citoyens et non-citoyens canadiens justifie le traitement différent dont fait l'objet le demandeur par rapport aux citoyens canadiens. Le demandeur, en tant que résident permanent, est soumis à la LIPR, contrairement aux citoyens canadiens. Cette loi constitue en soi un code de l'immigration qui fait une distinction claire entre les citoyens et les non-citoyens. Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, ne constitue donc pas une violation de l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits. Les dispositions de la LIPR ayant trait aux demandes de protection ne vont à l'encontre ni de la Charte, ni des instruments de droit international mentionnés plus haut, ni de la Déclaration des droits.

3) Le demandeur soutenait que les ministres, par quatre différents actes et omissions, lui ont infligé un traitement interdit par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par la Convention contre la torture. Son premier argument, selon lequel la menace de renvoi vers un pays où il y risquait d'y être torturé constituait une forme de torture, a été rejeté. L'instance engagée par les ministres contre le demandeur n'était pas contraire à l'article 7 de la Charte. Elle était très grave et comportait des conséquences sérieuses pour sa vie. Cependant, il ne s'agissait pas d'un traitement que l'on pouvait qualifier de cruel ou d'inusité au sens de l'article 12 de la Charte. Le déroulement normal du processus administratif et judiciaire n'est pas contraire à l'article 12 de la Charte; l'instance doit suivre son cours dans l'intérêt de la justice. Les deux principaux facteurs ayant contribué à la durée de l'instance dirigée contre le demandeur

length of the proceedings in the applicant's case: the complexity of the process itself and the decisions made by the Ministers and their representatives on the one hand, and the decisions made by the applicant in the context of this case on the other hand. In addition to numerous motions, the applicant twice requested a suspension of the proceedings, which he was granted. The determination as to whether the certificate was reasonable could not be made, given those suspensions, and the proceedings could not be completed until that determination is made. The fact that particular rules apply to non-citizens like the applicant is not contrary to sections 7 and 15 of the Charter. Moreover, the wording of article 1, paragraph 1 of the Convention against Torture indicates that an administrative or judicial process cannot be regarded as torture. The applicant has not suffered any torture or cruel, inhuman or degrading punishment or treatment. Second, the applicant submitted that the fact that eight months had passed between the date on which the PRRA was completed (August 21, 2003), concluding that there was a risk of torture if he were removed to Morocco, and the date on which the report was disclosed to him (April 2, 2004) amounted to mistreatment. The PRRA was not concealed, but the Ministers were required under the IRPR to deliver the two reports to the applicant at the same time. Third, the applicant characterized as mistreatment the opinion stated in the diplomatic note from Foreign Affairs Canada dated February 18, 2004, describing him a threat to the security of Canada. The objective of that letter was to obtain certain information and assurances from Morocco concerning human rights if the applicant were returned. The opinion that the applicant is a threat to the security of Canada had been widely publicized by the media. Only the decision as to whether the certificate is reasonable will make it possible to say whether that opinion is sound or not. This could not be found to be a fact that amounts to mistreatment. Fourth, it was alleged that the time taken to respond to the protection claims amounted to mistreatment. The first claim was dealt with over a period of 12 months; the second protection claim is still being considered. A claim of this nature has to take into consideration the facts that result from the passage of time. The time that has passed in this case, for consideration of the applicant's protection claim, did not amount to mistreatment. The applicant's situation did not, in itself, amount to cruel or unusual treatment within the meaning of the sections of the Charter cited by the applicant or the meaning of the Convention against Torture. Nor did the Ministers' conduct amount to cruel or unusual treatment within the meaning of those instruments.

(4) The applicant submitted that the actions of the Government of Canada, taken as a whole, gave rise to a reasonable apprehension of bias, and that the decision makers

sont la complexité du processus lui-même et des décisions prises par les ministres et leurs représentants d'une part et, d'autre part, les décisions prises par le demandeur dans le cadre du présent dossier. Outre les nombreuses requêtes qu'il a déposées, le demandeur a sollicité à deux reprises la suspension de l'instance, qui lui a été accordée chaque fois. Nulle décision ne pouvait être rendue sur le caractère raisonnable du certificat pendant ces suspensions et l'instance ne pouvait prendre fin avant que fût rendue cette décision. Le fait qu'un régime particulier s'applique aux non-citoyens, comme le demandeur, n'est pas contraire aux articles 7 et 15 de la Charte. En outre, le libellé du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention contre la torture indique qu'un processus administratif ou judiciaire ne peut pas être considéré comme une forme de torture. Le demandeur n'a pas subi la torture, ni des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Deuxièmement, le demandeur a fait valoir que le fait que huit mois se sont écoulés entre la date à laquelle a été complété le rapport d'ERAR (le 21 août 2003), concluant à un risque de torture en cas de renvoi vers le Maroc et la date où ce rapport lui a été communiqué (le 2 avril 2004) constituait un mauvais traitement. Il n'y a pas eu dissimulation du rapport d'ERAR, mais les ministres étaient tenus, en vertu du IRPR, de remettre les deux rapports en même temps au demandeur. Troisièmement, le demandeur a qualifié de mauvais traitement l'opinion exprimée dans la note diplomatique des Affaires étrangères Canada en date du 18 février 2004, le qualifiant de menace à la sécurité du Canada. Cette lettre visait à obtenir du Maroc certains renseignements et des assurances sur le plan du respect des droits humains au cas où le demandeur y serait renvoyé. L'opinion selon laquelle le demandeur constituait une menace à la sécurité du Canada a été très médiatisée. Ce n'est que lorsqu'il sera statué sur le caractère raisonnable du certificat que l'on pourra dire s'il s'agit d'une opinion fondée, ou non. Cela ne pouvait donc pas être retenu comme un fait constitutif de mauvais traitement. Quatrièmement, le demandeur a allégué que le temps pris pour répondre à ses demandes de protection était constitutif de mauvais traitement. L'instruction de la première demande a duré 12 mois; celle de la deuxième demande de protection est toujours en cours. Dans les demandes de ce genre, il faut prendre en considération les faits découlant du passage du temps. En l'espèce, la durée de l'instruction de la demande de protection du demandeur ne constituait pas un mauvais traitement. La situation du demandeur ne constituait pas en soi un traitement cruel ou inusité au sens des dispositions de la Charte invoquées par le demandeur ou au sens de la Convention contre la torture. La conduite des ministres ne constituait pas non plus un traitement cruel ou inusité au sens de ces textes.

4) Le demandeur soutenait que les agissements du gouvernement canadien ont globalement donné lieu à une crainte raisonnable de partialité et que les décideurs ne



were no longer able to perform their duties under the IRPA in respect of him. The actions cited did not indicate an appearance of bias on the part of the decision makers, since they were actions carried out in compliance with the IRPA. A reasonable and right-minded person with thorough knowledge of the case would arrive at the same determination. The Ministers and the Government of Canada did not, by their acts, create an appearance of bias that disqualifies them as decision makers and prevents them from performing the functions assigned to them by the Act.

(5) The applicant claimed that the procedure followed and the decisions made amounted to an abuse of process such as would justify suspending the proceedings. In a recent decision, the Supreme Court of Canada reiterated that a suspension of proceedings is a draconian and exceptional remedy. There was nothing oppressive or vexatious in relation to the applicant and the principles of fundamental justice were followed from the outset. No abuse of process such as would justify a permanent suspension was found, whether in relation to the signing of the security certificate, preventive detention, release on conditions or the protection claim. It is in the interests of justice and in the applicant's interests that this matter proceed to its conclusion. There was no fact situation that might amount to an abuse of process such as would justify a permanent suspension of the proceedings.

pouvaient plus respecter les obligations que leur imposait la LIPR à son égard. Ces agissements n'ont pas donné lieu à une apparence de partialité chez les décideurs puisqu'ils se sont conformés à la LIPR. Une personne sensée et raisonnable ayant une bonne connaissance du dossier en arriverait à la même conclusion. Les agissements des ministres et du gouvernement canadien n'ont pas donné lieu à une apparence de partialité qui les disqualifiait comme décideurs et les empêchait de remplir les fonctions que la Loi leur attribuait.

5) Le demandeur soutenait que la procédure suivie et les décisions prises constituaient un abus de procédure justifiant la suspension de l'instance. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada a rappelé que la suspension de l'instance constitue une mesure draconienne et exceptionnelle. Le demandeur n'a subi aucun agissement oppressif ou vexatoire et les principes de justice fondamentale ont été respectés dès le départ. La Cour n'a constaté aucun abus de procédure justifiant la suspension permanente de l'instance, que ce soit en ce qui a trait à la signature du certificat de sécurité, à la détention préventive, à la libération sous conditions ou à la demande de protection. Il y va de l'intérêt de la justice et de celui du demandeur que la présente instance se déroule jusqu'à son terme. En l'espèce, les faits ne constituaient pas un abus de procédure justifiant la suspension permanente de l'instance.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1(b), 2(b).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12, 15, 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Arts. 1, 3, 16.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50, 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19(F); 2002, c. 8, s. 54).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(d),(f), 6(3), 33, 34(1)(c),(d),(f), 35, 36, 76 "judge" (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 77 (as am. *idem*), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 95(1)(c), 97(1), 98, 101(1)(f), 102(1), 104, 112(3)(d), 113(b),(c),(d), 114(1),(2),(3), 115, Sch.

#### 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, 12, 15, 24.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1, 3, 16.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 9, 32, 33(2).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art 1b), 2b).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948, art. 29(2).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50, 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19(F); 2002, ch. 8, art. 54).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*,  
SOR/2002-227, ss. 138 “urgent need of protection”,  
160, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 230.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*,  
December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art.  
12(3), 13, 14(1), 19(3)(b), 21, 22(2).  
*United Nations Convention Relating to the Status of  
Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Arts. 9,  
32, 33(2).  
*Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A  
(III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 29(2).

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C.  
2001, ch. 27, art. 3(3)d),f), 6(3), 33, 34(1)c),d),f), 35, 36,  
76 « juge » (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 77  
(mod., *idem*), 78, 79 [mod., *idem*], 80, 81, 82, 83, 84,  
85, 95(1)c), 97(1), 98, 101(1)f), 102(1), 104, 112(3)d),  
113b),c),d), 114(1),(2),(3), 115, annexe.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,  
19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 12(3),  
13, 14(1), 19(3)b), 21, 22(2).  
*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*,  
DORS/2002-227, art. 138 « besoin urgent de  
protection », 160, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 170,  
171, 172, 230.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and  
Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th)  
1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm.  
L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

##### APPLIED:

*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3  
S.C.R. 141; (2005), 258 D.L.R. (4th) 595; 32 Admin.  
L.R. (4th) 159; 201 C.C.C. (3d) 161; 18 C.E.L.R. (3d) 1;  
36 C.R. (6th) 78; 134 C.R.R. (2d) 196; 15 M.P.L.R. (4th)  
1; 340 N.R. 305; 2005 SCC 62; *Medovarski v. Canada  
(Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v.  
Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,  
[2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; 339  
N.R. 1; 2005 SCC 51; *Kindler v. Canada (Minister of  
Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th)  
438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193;  
129 N.R. 81; *Mugesera v. Canada (Minister of  
Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 91;  
(2005), 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 225;  
15 C.P.C. (6th) 51; 30 C.R. (6th) 107; 47 Imm. L.R. (3d)  
1; 254 D.L.R. (4th) 193; 335 N.R. 220; 2005 SCC 39; *R.  
v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; (1990), 116 N.R. 361; 43  
O.A.C. 277.

##### CONSIDERED:

*De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and  
Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 162; (2004), 245 D.L.R.  
(4th) 341; 19 Admin. L.R. (4th) 291; 124 C.R.R. (2d)  
189; 257 F.T.R. 290; 40 Imm. L.R. (3d) 256; 2004 FC  
1276; *Agiza v. Sweden*, [2005] UNCAT 9.

##### REFERRED TO:

*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32; (2003), 253 F.T.R.  
22; 38 Imm. L.R. (3d) 56; 2003 FC 1419; *Charkaoui*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de  
l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3  
R.C.S. 141; 2005 CSC 62; [2005] A.C.S. n° 63 (QL);  
*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de  
l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la  
Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539;  
2005 CSC 51; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*,  
[1991] 2 R.C.S. 779; *Mugesera c. Canada (Ministre de la  
Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91;  
2005 CSC 39; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de  
l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 162; 2004 CF 1276;  
*Agiza c. Sweden*, [2005] UNCAT 9.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32; 2003 CF 1419;  
*Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528; 2003 CF 882;

(*Re*), [2004] 1 F.C.R. 528; (2003), 237 F.T.R. 143; 2003 FC 882; *Charkaoui (Re)* (2004), 245 F.T.R. 276; 39 Imm. L.R. (3d) 318; 2004 FC 107; *Charkaoui (Re)* (2004), 255 F.T.R. 199; 2004 FC 624; *Charkaoui (Re)* (2004), 260 F.T.R. 238; 2004 FC 1031; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389; (2005), 252 D.L.R. (4th) 601; 261 F.T.R. 11; 2005 FC 248; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; leave to appeal to S.C.C. granted, [2005] C.S.C.R. No. 66 (QL); *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 517; (2004), 254 F.T.R. 129; 2004 FC 853; *Charkaoui (Re)*, 2004 FC 1562; [2004] F.C.J. No. 1922 (QL); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142; (2005), 251 D.L.R. (4th) 13; 45 Imm. L.R. (3d) 163; 330 N.R. 73; 2005 FCA 54; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297; (2002), 201 N.S.R. (2d) 63; 209 D.L.R. (4th) 41; 161 C.C.C. (3d) 97; 49 C.R. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 51; 2002 SCC 12; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823; (2001), 207 D.L.R. (4th) 289; [2002] 3 W.W.R. 1; 160 Man. L.R. (2d) 161; 160 C.C.C. (3d) 1; 47 C.R. (5th) 348; 279 N.R. 79; 2001 SCC 86; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 2004 FC 1717.

*Charkaoui (Re)*, 2004 CF 107; [2004] A.C.F. n° 78 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 624; [2004] A.C.F. n° 757 (QL); *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1031; [2004] A.C.F. n° 1236 (QL); *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389; 2005 CF 248; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, [2005] C.S.C.R. n° 66 (QL); *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 517; 2004 CF 853; *Charkaoui (Re)*, 2004 CF 1562; [2004] A.C.F. n° 1922 (QL); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142; 2005 CAF 54; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297; 2002 CSC 12; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823; 2001 CSC 86; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717.

## AUTHORS CITED

- Canada. Parliament. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 062, 2nd Sess., 37th Parl., May 27, 2003.
- Canada. Parliament. Standing Committee on Citizenship and Immigration, 2nd Sess., 37th Parl. *Evidence*: Meeting 11, April 26, 2001; Meeting 12, April 30, 2001; Meeting 16, May 2, 2001; Meeting 20, May 4, 2001; Meeting 22, May 8, 2001; Meeting 24, May 15, 2001.
- Canada. Parliament. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *First Report, Bill C-11, An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., May 28, 2001.

APPLICATION challenging the validity of a security certificate issued by the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration under section 77 of the *Immigration and Refugee Protection*

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Parlement. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Premier rapport, projet de loi C-11, Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., 28 mai 2001.
- Canada. Parlement. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 062, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., 27 mai 2003.
- Canada. Parlement. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég. *Témoignages* : Réunion 11, 26 avril 2001; Réunion 12, 30 avril 2001; Réunion 16, 2 mai 2001; Réunion 20, 4 mai 2001; Réunion 22, 8 mai 2001; Réunion 24, 15 mai 2001.

DEMANDE par laquelle est contestée la validité d'un certificat de sécurité émis par le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'article 77 de la *Loi sur*

*Act.* Application dismissed.

*l'immigration et la protection des réfugiés.* Demande rejetée.

APPEARANCES:

*J. Daniel Roussy, J.C. Luc Cadieux and Daniel Latulippe* for the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration.  
*Dominique Larochelle and Johanne Doyon* for Adil Charkaoui.

ONT COMPARU :

*J. Daniel Roussy, J.C. Luc Cadieux et Daniel Latulippe* pour le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.  
*Dominique Larochelle et Johanne Doyon* pour Adil Charkaoui.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration.  
*Des Longchamps Bourassa Trudeau & LaFrance,* Montréal, and *Doyon, Morin,* Montréal, for Adil Charkaoui.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.  
*Des Longchamps Bourassa Trudeau & LaFrance,* Montréal, et *Doyon, Morin,* Montréal, pour Adil Charkaoui.

*The following is the English version of the reasons for order and order rendered by*

*Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par*

NOËL J.:

LE JUGE NOËL :

I. INTRODUCTION

[1] The applicant, Adil Charkaoui (Mr. Charkaoui) has been named in a security certificate under section 77 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). The security certificate is based on the satisfaction of the Solicitor General of Canada (now the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) and the Minister of Citizenship and Immigration (Minister of Immigration) (the Ministers) that Mr. Charkaoui has been and is still a member of the Usama bin Laden network, an organization that has engaged, is engaged or will engage in acts of terrorism, that as such he has engaged, is engaged or will engage in terrorism, and accordingly that Mr. Charkaoui has been, is or will be a danger to the security of Canada (see paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the IRPA).

I. INTRODUCTION

[1] Le requérant, M. Adil Charkaoui (M. Charkaoui), fait l'objet d'un certificat de sécurité en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Ce certificat de sécurité est fondé sur la conviction du solliciteur général du Canada (maintenant désigné sous le titre de ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) et du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (ministre de l'immigration) (ci-après les ministres) que M. Charkaoui a été et est toujours membre du réseau d'Oussama ben Laden, une organisation qui a été, est ou sera l'auteur d'actes de terrorisme, qu'à ce titre, il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme et qu'en conséquence, M. Charkaoui a constitué, constitue ou constituera un danger pour la sécurité du Canada (voir les alinéas 34(1)c), d) et f) de la LIPR).

[2] This is the second constitutional proceeding brought by Mr. Charkaoui. The first was a challenge to the constitutional validity of sections 33 and 77-85 [s.

[2] La présente requête est la deuxième requête de nature constitutionnelle de M. Charkaoui. La première contestait la validité constitutionnelle des articles 33 et

79 (as am. *idem*)] (provisions relating to certificates and detention) of the IRPA. The Federal Court (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32) and the Federal Court of Appeal (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299) found those provisions to be constitutional. The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal to the Supreme Court of Canada was allowed and the hearing is scheduled for early summer 2006 [[2005] C.S.C.R. No. 66 (QL)].

[3] Mr. Charkaoui has made five main arguments, corresponding to the five questions he has submitted to the Court.

[4] First, Mr. Charkaoui submits that the Ministers have delegated a power contrary to subsection 6(3) of the IRPA in that they made the decision to sign the security certificate and arrest warrant regarding him without having the entire Canadian Security Intelligence Service (CSIS) file before them. In Mr. Charkaoui's submission, the decision maker had access only to a report by CSIS.

[5] Second, Mr. Charkaoui challenges the constitutional validity of the provisions of the IRPA governing applications for protection, pre-removal risk assessment, the application of the principle of non-refoulement and national security: paragraphs 95(1)(c), 112(3)(d), 113(b) and (c) and subparagraphs 113(d)(i) and (ii), subsections 115(2) and 77(2), paragraph 101(1)(f) and section 104 (paragraph 101(1)(f) and section 104 were not included in the constitutional question, and appear only in Mr. Charkaoui's memorandum of fact and law (Mr. Charkaoui's memorandum)) and sections 167-172 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR). A notice of constitutional question was served on the Attorneys General of Canada and of the provinces in accordance with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19(F); 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] (FCA). The question submitted to the Court reads as follows in the notice (typographical errors in the original French not corrected):

[TRANSLATION] Do the provisions of the IRPA . . . governing applications for protection, sections 95(1)(c) (final portion),

77 à 85 [art. 79 (mod., *idem*) (les dispositions sur le certificat et sur la mise en détention) de la LIPR. La Cour fédérale (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32 et la Cour d'appel fédérale (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299) ont conclu à la validité constitutionnelle de ces dispositions. La demande d'autorisation d'en appeler du jugement de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada fut accordée et l'audition est prévue pour le début de l'été 2006 [[2005] C.S.C.R. n° 66 (QL)].

[3] M. Charkaoui présente cinq arguments principaux qui correspondent aux cinq questions qu'il adresse à la Cour.

[4] Premièrement, M. Charkaoui est d'avis que les ministres ont commis un acte de délégation prohibé par le paragraphe 6(3) de la LIPR, puisqu'ils auraient pris la décision de signer le certificat de sécurité et le mandat d'arrestation à son égard sans avoir devant eux tout le dossier du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Selon M. Charkaoui, le décideur ne disposait que d'un rapport du SCRS.

[5] Deuxièmement, M. Charkaoui attaque la validité constitutionnelle des dispositions de la LIPR régissant les demandes de protection, l'examen des risques avant renvoi, l'application du principe de non-refoulement et la sécurité nationale, à savoir les alinéas 95(1)c), 112(3)d), 113b), c) et les sous-alinéas d)(i) et (ii) et les paragraphes 115(2), 77(2), l'alinéa 101(1)f) et l'article 104 (l'alinéa 101(1)f) et l'article 104 ne figuraient pas dans l'avis de question constitutionnelle, mais seulement dans le mémoire des faits et du droit de M. Charkaoui, ci-après « mémoire de M. Charkaoui ») et les articles 167 à 172 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR). Un avis de question constitutionnelle fut signifié au procureur général du Canada et à ceux des provinces, le tout conformément à l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19(F); 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] (LCF). La question posée à la Cour est formulée ainsi dans l'avis (les erreurs typographiques ne sont pas corrigées) :

Est-ce que les dispositions de la LIPR [. . .] régissant les demandes de protection soit les articles 95(1)c) *in fine*,

112(3)(d), 113(b),(c) and (d)(i) and (ii) and 115(2) of the IRPA, read together with sections 77(2) and the corresponding regulatory provisions, sections 167 to 172 IRPR, violate:

- (i) The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Can. T.S. 1987, No. 36?
- (ii) The Convention relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Preamble, s. 33?
- (iii) Sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter, Canada Act, 1982, Schedule B?
- (iv) The Canadian Bill of Rights, 8-9 Eliz. II, c. 44, R.S.C. 1985, App. III?
- (v) The International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47?
- (vi) The Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res 217 A (III), Doc. A/810 U.N., at page 171 (1948)?

[6] Third, Mr. Charkaoui submits that the acts, omissions and decisions of the Ministers regarding him create a context in which the effects amount to treatment prohibited by sections 7, 12 and 15 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] (*Canadian Charter*) and the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 (entry into force June 16, 1987) (*Convention against Torture*), by exposing him, since May 2003, to the possibility of removal to the Kingdom of Morocco (Morocco), a country where there is a risk of torture.

[7] Fourth, Mr. Charkaoui submits that by their decisions, the Ministers have created an appearance of bias which disqualifies them as decision makers by preventing them from performing the functions assigned to them by the IRPA.

[8] Fifth, Mr. Charkaoui submits that the circumstances and proceedings to which he is subject justify a permanent suspension of the proceedings.

## II. RELIEF SOUGHT

[9] The relief sought by Mr. Charkaoui is as follows:

112(3)(d), 113(b),(c) et d) i) et ii) et 115(2) de la LIPR en lien avec les articles 77(2) et les dispositions réglementaires correspondantes, soit les articles 167 à 172 du RIPR violent :

- i) La Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can 1987, No. 36?
- ii) La Convention relative au statut de réfugié; R.T. Can 1969, no 6, préambule, art. 33.?
- iii) Les articles 7, 12, 15 de la Charte canadienne; Loi de 1982 sur le Canada, Annexe B?
- iv) La Déclaration canadienne des droits; 8-9, Elizabeth II, c. 44, L.R.C. (1985), app. III?
- v) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. R.T. Can. 1976, no 47?
- vi) La Déclaration universelle des droits de l'homme A.G. Rés. 217 A(III), Doc. A/810 N.U., à la page 171 (1948)?

[6] Troisièmement, M. Charkaoui soutient que les faits, gestes, omissions et décisions des ministres à son égard créent un contexte dont les effets constituent un traitement prohibé par les articles 7, 12 et 15 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, c. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (*Charte canadienne*) et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) (*Convention contre la torture*) en l'exposant depuis mai 2003 à une possibilité de renvoi au Royaume du Maroc (Maroc), pays où il y a un risque de torture.

[7] Quatrièmement, M. Charkaoui soutient que les ministres ont créé, par leurs décisions, une apparence de partialité les disqualifiant comme décideurs et ne leur permettant pas d'assumer les fonctions que la LIPR leur attribue.

[8] Finalement, M. Charkaoui plaide que les circonstances et la procédure auxquelles il est sujet justifient la suspension permanente de l'instance.

## II. CONCLUSIONS RECHERCHÉES

[9] Les conclusions recherchées par M. Charkaoui sont les suivantes :

- A permanent suspension of the proceedings against him;
  - A declaration that the security certificate and arrest warrant signed and issued against him are invalid and of no force or effect, under sections 7, 12, 15 and subsection 24(1) of the Canadian Charter and section 50 of the FCA (which in fact allows for a stay of proceedings and not a declaration of invalidity);
  - A declaration that the provisions of the IRPA governing applications for protection, the final portion of paragraph 95(1)(c), section 98, paragraphs 112(3)(d) and 113(b) and (c) and subparagraphs 113(d)(i) and (ii), read together with subsection 77(2), paragraph 101(1)(f) and section 104 and the corresponding provisions of the regulations, sections 167-172 of the IRPR, are unconstitutional and of no force or effect against him under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (CA 1982);
  - Such other orders as will be requested or as it may please the Court to make as remedies for the alleged violations of Mr. Charkaoui's rights, under section 24 of the Canadian Charter;
  - Judgment reserving the applicant's other rights;
  - Costs.
- Une suspension permanente des procédures contre lui;
  - Une déclaration à l'effet que le certificat de sécurité et le mandat d'arrestation signés et émis contre lui sont invalides et inopérants, le tout selon les articles 7, 12, 15 et le paragraphe 24(1) de la Charte canadienne et l'article 50 de la LCF (cet article permet en fait la suspension des procédures et non une déclaration d'invalidité);
  - Une déclaration selon laquelle les dispositions de la LIPR régissant les demandes de protection selon l'alinéa 95(1)c) *in fine*, l'article 98, les alinéas 112(3)d), 113b), c) et les sous-alinéas d) (i) et (ii) en lien avec le paragraphe 77(2), l'alinéa 101(1)f) et l'article 104 et les dispositions réglementaires correspondantes, soit les articles 167 à 172 du RIPR sont inconstitutionnels et inopérants à son égard selon l'article 52 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] (LC 1982);
  - Rendre toutes autres ordonnances qui seront demandées ou qu'il plaira à la Cour d'ordonner à titre de réparation pour la violation alléguée des droits de M. Charkaoui selon l'article 24 de la Charte canadienne;
  - Rendre un jugement réservant à l'intéressé ses autres recours;
  - Le tout avec dépens.

(See Mr. Charkaoui's memorandum, May 27, 2005, at paragraph 94, under the heading [TRANSLATION] "Nature of the Order Sought".)

(Voir le mémoire de M. Charkaoui, 27 mai 2005, au paragraphe 94 sous le titre « Nature de l'ordonnance demandée ».)

### III. SUMMARY OF THE LEGAL SITUATION AND FACTS

#### (a) Provisions relating to applications for protection and national security

[10] The provisions that Mr. Charkaoui challenges are those relating to applications for protection by persons named in a security certificate. Those provisions are paragraph 95(1)(c), section 98, paragraphs 112(3)(d) and 113(b) and (c) and subparagraphs 113(d)(i) and (ii)

### III. SOMMAIRE DE LA SITUATION DE DROIT ET DES FAITS

#### a) Les dispositions concernant les demandes de protection et la sécurité nationale

[10] Les dispositions attaquées par M. Charkaoui sont celles qui touchent les demandes de protection des personnes visées par un certificat de sécurité. Il s'agit de l'alinéa 95(1)c), l'article 98, les alinéas 112(3)d), 113b), c) et les sous-alinéas 113d) (i) et (ii) et le paragraphe

and subsection 115(2) of the IRPA, read together with subsection 77(2), paragraph 101(1)(f), section 104, subsections 114(1), (2), and (3), 79(2) and 80(1) and paragraphs 81(a), (b) and (c) of the IRPA. The relevant sections of the IRPR are sections 167-172. All of those provisions are reproduced in Appendix 1.

[11] The IRPA provides that before a person is returned to his or her country of origin, the person may apply for a pre-removal risk assessment (PRRA application). In the case of persons who are not named in a security certificate, if the assessment shows that there is a possibility of torture or cruel or unusual treatment or punishment, refugee protection is granted and the person will not be removed.

[12] Persons named in a security certificate may also make a PRRA application but they must make the application before a decision is made as to whether the certificate is reasonable. It is thus not possible for such persons to make an application for protection once the designated judge confirms that the certificate is reasonable (sections 80 and 81 of the IRPA). There is another major difference: two assessments rather than one are done. First, a pre-removal risk assessment (PRRA—a report submitted under section 97 and paragraph 113(d) of the IRPA) will be done (see subsection 112(1) and paragraphs 97(1)(a) and (b) of the IRPA). Second, a restriction assessment will be prepared (report submitted under subparagraph 113(d)(ii) and subsection 112(3) of the IRPA), the purpose of which will be to determine whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada (see subparagraph 113(d)(ii) of the IRPA). Those reports are then submitted to the Minister or the Minister's delegate for final decision (subsection 172(1) of the IRPR). Cases may arise in which files are submitted to the Minister or the Minister's delegate consisting of both a PRRA concluding that removal to the country of origin is risky and a restriction assessment concluding that the person concerned constitutes a danger to national security. The Minister or the Minister's delegate must then consider both reports and also the written response of the person concerned, if any. The Minister or the Minister's delegate must then

115(2) de la LIPR, le tout en tenant compte du paragraphe 77(2), l'alinéa 101(1)f, l'article 104, les paragraphes 114(1), (2), (3), 79(2), 80(1) et les alinéas 81a), b), c) de la LIPR. Quant au RIPR, les articles 167 à 172 sont pertinents. L'ensemble de ces dispositions sont reproduites à l'annexe 1.

[11] La LIPR prévoit qu'avant de renvoyer une personne dans son pays d'origine, celle-ci peut demander une évaluation des risques avant renvoi (demande d'ERAR). Dans le cas des personnes non visées par un certificat de sécurité, si l'évaluation révèle qu'il y a possibilité de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités, l'asile est accordé et la personne ne sera pas renvoyée.

[12] Les personnes visées par un certificat de sécurité peuvent elles aussi faire une demande d'ERAR mais elles doivent la déposer avant qu'une décision soit prise quant à la raisonnable du certificat. En effet, il n'est pas possible pour ces personnes de faire une demande de protection une fois la raisonnable du certificat confirmée par le juge désigné (articles 80 et 81 de la LIPR). Autre différence majeure : deux évaluations sont faites au lieu d'une seule. D'une part, une évaluation d'examen des risques avant renvoi (« évaluation d'ERAR »—rapport soumis selon l'article 97 et l'alinéa 113d) de la LIPR) sera faite (voir le paragraphe 112(1) et les alinéas 97(1)a) et 97(1)b) de la LIPR). D'autre part, une évaluation des restrictions sera produite (rapport soumis selon le sous-alinéa 113d)(ii) et le paragraphe 112(3) de la LIPR), dont l'objectif sera de déterminer si la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité des actes passés ou du danger que la personne constitue pour la sécurité du Canada (voir l'alinéa 113d)(ii) de la LIPR). Par la suite, ces rapports seront acheminés au ministre ou à son délégué pour décision finale (paragraphe 172(1) du RIPR). Il peut arriver que le ministre ou son délégué soit saisi d'un dossier comprenant d'une part une évaluation d'ERAR concluant que le renvoi vers le pays d'origine est risqué, et d'autre part, une évaluation des restrictions selon laquelle la personne visée constitue un danger à la sécurité nationale. Le ministre ou son délégué doit alors analyser les deux rapports ainsi que la réplique écrite de la personne le cas échéant. Le ministre ou son délégué doit ensuite faire une pondération ou une mise en



weigh, or balance, the reports that have been submitted and reach a final decision having regard to the applicant's written response (see section 172 of the IRPR). In doing this, the Minister or the Minister's delegate must follow the directives given in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 and *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 517 (F.C.). In the analysis below, we will see the principles that apply in those circumstances, as stated by the courts, in detail. In any event, if the Minister concludes that protection should be granted, the person named in the security certificate will not be entitled to refugee protection, and rather only to a stay (subsection 114(1) of the IRPA). Ultimately, the lawfulness of the decision of the Minister or the Minister's delegate is subject to review by a designated judge (see section 76 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194], definition of expression "judge" and section 80 of the IRPA).

[13] To summarize, the fact that a person is named in a security certificate means that a specific procedure will apply to the person when he or she makes an application for protection. The Minister or the Minister's delegate must weigh the risk of removal against the objective of national security, in accordance with the applicable decisions of the courts. It is this procedure that is the subject of the constitutional challenge in this case.

(b) Detailed chronology of events

[14] In order to properly understand the legal issues raised by this proceeding, it is important that we review certain facts of the case, in chronological order:

- Mr. Charkaoui has been a permanent resident since 1995;
- On May 16, 2003, a security certificate and an arrest warrant were signed by the Ministers and the certificate was filed at the Federal Court Registry;
- On May 21, 2003, the arrest warrant was executed;
- On May 30, 2003, the notification required by section 160 of the IRPA (Notification Regarding Pre-removal

balance des rapports qu'il a entre les mains et en arriver à une décision finale en tenant compte de la réplique écrite du demandeur (voir l'article 172 du RIPR). Dans sa démarche, le ministre ou son délégué doit suivre les enseignements découlant des arrêts *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 et *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 517 (C.F.). Lors de l'analyse, nous allons voir en détail les principes applicables en de telles circonstances, tels qu'élaborés par les tribunaux. Quoi qu'il en soit, si le ministre conclut que la protection doit être accordée, la personne visée par le certificat de sécurité n'aura pas droit à l'asile, mais seulement à un sursis (paragraphe 114(1) de la LIPR). En dernier lieu, la décision du ministre ou de son délégué est sujette à un contrôle de la légalité par un juge désigné (voir article 76 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194], définition de l'expression « juge » et l'article 80 de la LIPR).

[13] En somme, le fait qu'une personne soit visée par un certificat de sécurité la rend sujette à une procédure particulière lorsqu'elle fait une demande de protection. Le ministre ou son délégué doit sopeser le risque de renvoi d'une part et l'objectif de la sécurité nationale, le tout en conformité avec la jurisprudence applicable. C'est cette procédure qui est remise en question par la présente requête constitutionnelle.

b) Chronologie détaillée des événements

[14] Pour bien comprendre les questions de droit soulevées par la présente procédure, il est important de rappeler certains faits du dossier, par ordre chronologique :

- M. Charkaoui est résident permanent depuis 1995;
- Le 16 mai 2003, un certificat de sécurité et un mandat d'arrestation sont signés par les ministres et le certificat est déposé au greffe de la Cour fédérale;
- Le 21 mai 2003, le mandat d'arrestation est exécuté;
- Le 30 mai 2003, l'avis prévu à l'article 160 du RIPR (Avis concernant l'examen de risques avant renvoi :

Risk Assessment: Persons Named in a Security Certificate) was sent to Mr. Charkaoui by an officer of Citizenship and Immigration Canada (CIC). The notification informed Mr. Charkaoui that he had the right to make a PRRA application and stated that if Mr. Charkaoui wished to exercise that right, a form had to be sent by June 14, 2003 and written submissions sent by June 29, 2003 (the time allowed is set out in section 164 of the IRPR);

- On July 15, 2003, the undersigned released a judgment finding that Mr. Charkaoui's detention was valid based on the danger to national security [[2004] 1 F.C.R. 528 (F.C.)];

- Mr. Charkaoui obtained an extension of time for filing submissions and sent them to the CIC at the end of July 2003 (they are dated July 31) (see sections 162 and 163 of the IRPR). In his submissions, Mr. Charkaoui stressed the reasons why he fears that he will be tortured if he is returned to Morocco;

- On August 21, 2003, the officer in charge of the pre-removal risk assessment completed his assessment and concluded that there [TRANSLATION] "is a probability of torture, death threats and cruel and unusual treatment or punishment if he [Mr. Charkaoui] returns to Morocco." The PRRA was disclosed to Mr. Charkaoui on April 2, 2004, more than seven months later;

- On December 5, 2003, the undersigned released a judgment declaring the provisions relating to the security certificate to be constitutional (see *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.));

- On December 23, 2003, Mr. Charkaoui's counsel sent a demand to the CIC pointing out that five months had passed since the PRRA application was filed. In that demand, Mr. Charkaoui asked that he be provided with the PRRA without delay;

- By order dated January 8, 2004, the undersigned held that the hearing to determine whether the certificate was reasonable would be held on April 5 to 8, 2004;

personnes nommées à un certificat de sécurité) est envoyé à M. Charkaoui par un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Cet avis informe M. Charkaoui qu'il a le droit de déposer une demande d'ERAR. L'avis indique que si M. Charkaoui souhaite se prévaloir de ce droit, un formulaire doit être envoyé au plus tard le 14 juin 2003 et des observations écrites au plus tard le 29 juin 2003 (le délai est prévu à l'article 164 du RIPR);

- Le 15 juillet 2003, le soussigné rendait un jugement dans lequel la détention de M. Charkaoui était validée pour raison de danger à la sécurité nationale [[2004] 1 R.C.F. 528 (C.F.)];

- Ayant obtenu une extension de délai pour déposer ses observations, M. Charkaoui les fait parvenir à la fin juillet 2003 à CIC (elles sont datées du 31 juillet) (voir articles 162 et 163 du RIPR). Dans ses observations, M. Charkaoui met l'accent sur les motifs qui lui font craindre d'être victime de torture en cas de renvoi vers le Maroc;

- Le 21 août 2003, l'agent chargé de l'examen des risques avant renvoi finalisait son évaluation et concluait qu'il « existe une probabilité de torture, de menaces à la vie, d'être soumis à des traitements ou peines cruels et inusités si il [M. Charkaoui] retourne au Maroc ». Cette évaluation d'ERAR fut communiquée à M. Charkaoui le 2 avril 2004, soit plus de 7 mois plus tard;

- En date du 5 décembre 2003, le soussigné rendait un jugement déclarant constitutionnelles, les dispositions concernant le certificat de sécurité (voir *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.));

- Le 23 décembre 2003, la procureure de M. Charkaoui envoie une mise en demeure à CIC dans laquelle on souligne qu'un délai de cinq mois s'est écoulé depuis le dépôt de la demande d'ERAR. Dans cette mise en demeure, M. Charkaoui demande d'obtenir l'évaluation d'ERAR sans délai;

- Par ordonnance datée du 8 janvier 2004, le soussigné décide que l'audition concernant la raisonnable du certificat se tiendra du 5 au 8 avril 2004;

- On January 23, 2004, the Court released a second judgment upholding the detention [(2004), 245 F.T.R. 276 (F.C.)];
- On January 31, 2004, Mr. Charkaoui was granted an initial suspension of proceedings, under subsection 79(1) of the IRPA. The hearing to decide whether the certificate was reasonable, which had been scheduled for early April (see the order dated January 8, 2004), was cancelled;
- On February 18, 2004, the Department of Foreign Affairs and International Trade (Foreign Affairs Canada) sent a diplomatic note (diplomatic note) informing the Ministry of Foreign Affairs and Cooperation of Morocco (Foreign Affairs Morocco) of the proceedings against Mr. Charkaoui [TRANSLATION] “for the purpose of removing him from Canada and returning him to Morocco because he constitutes a threat to the security of Canada.” In that note, Foreign Affairs Canada asked Morocco to undertake, in the event that Mr. Charkaoui was returned, to treat him humanely and not to subject him to torture or to other cruel, inhuman or degrading acts. That letter was disclosed to Mr. Charkaoui on June 8, 2004;
- On March 10, 2004, Mr. Charkaoui filed a motion for recusal. That motion was dismissed by order of the undersigned on April 28, 2004 [(2004), 255 F.T.R. 199 (F.C.)];
- On April 2, 2004, CIC sent Mr. Charkaoui a letter to which three reports were attached:
  - The PRRA dated August 21, 2003;
  - A restriction assessment dated February 24, 2004, which would not be submitted to the Minister’s delegate because it was incomplete;
  - A second restriction assessment dated April 1, 2004.
- En date du 23 janvier 2004, la Cour rend un second jugement maintenant la détention [2004 CF 107];
- Le 31 janvier 2004, M. Charkaoui se voit accorder une première suspension des procédures, conformément au paragraphe 79(1) de la LIPR. L’audition devant permettre de décider de la raisonnable du certificat, prévue pour le début du mois d’avril (voir l’ordonnance du 8 janvier 2004), est annulée;
- En date du 18 février 2004, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Affaires étrangères Canada) envoie une note diplomatique (note diplomatique) informant le ministère des Affaires étrangères et de la coopération du Maroc (Affaires étrangères marocaines) de la procédure prise contre M. Charkaoui « en vue de l’expulser du Canada et de le renvoyer au Maroc parce qu’il constitue une menace pour la sécurité du Canada ». Dans cette note, les Affaires étrangères Canada demandent au Maroc de s’engager, dans l’éventualité d’un renvoi, à traiter M. Charkaoui de façon humaine et de ne pas le soumettre à la torture ou à d’autres actes cruels, inhumains ou dégradants. Cette lettre fut communiquée à M. Charkaoui le 8 juin 2004;
- Le 10 mars 2004, M. Charkaoui dépose une requête en récusation. Cette requête est rejetée par ordonnance du soussigné en date du 28 avril 2004 [2004 CF 624];
- Le 2 avril 2004, CIC envoie à M. Charkaoui une lettre à laquelle sont joints trois rapports :
  - L’évaluation d’ERAR du 21 août 2003;
  - Une évaluation des restrictions datée du 24 février 2004, qui ne sera pas présentée à la déléguée du ministre, étant incomplète;
  - Une autre évaluation des restrictions datée du 1<sup>er</sup> avril 2004.

In the letter, Mr. Charkaoui was invited to comment on the reports, and he did so on April 17, 2004;

Dans la lettre, M. Charkaoui est invité à commenter ces rapports, ce qu’il fit le 17 avril 2004.

- On April 18, 2004, Morocco replied to the diplomatic note from Foreign Affairs Canada. In its letter, Morocco stated that there were no judicial proceedings against Mr. Charkaoui, that there was no request for his extradition, that protection against violence, torture, and so on is guaranteed by the constitution of Morocco and that Morocco has ratified a number of international human rights conventions, including the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47 (entry into force March 23, 1976) (International Covenant) and the Convention against Torture;
- On June 8, 2004, the Canada Border Services Agency sent Mr. Charkaoui the diplomatic note from Foreign Affairs Canada dated February 18, 2004, and the reply by Morocco dated April 18, 2004, so that he could comment on them and so that everything could be submitted to the Minister's delegate. Mr. Charkaoui filed his submissions in late July 2004, after obtaining an extension of time;
- By order dated July 23, 2004, the undersigned upheld Mr. Charkaoui's detention for the third time [(2004), 260 F.T.R. 238 (F.C.)];
- On August 6, 2004, the Minister's delegate made a decision (decision of August 6, 2004) denying the protection application. She concluded that under paragraph 113(d) of the IRPA, Mr. Charkaoui was not a person in need of protection within the meaning of section 97 of the IRPA and that he was a danger to the security of Canada. There was an addendum to that decision dated August 20, 2004 (addendum of August 20, 2004);
- On September 10, 2004, Morocco signed an international arrest warrant for Mr. Charkaoui (arrest warrant) stating, *inter alia*, that he was an active member of the Moroccan Islamic Combatant Group (GICM). The warrant was amended on March 17, 2005, and remains in effect;
- On or about December 23, 2004, Mr. Charkaoui's father met with the Consul of Morocco in Montréal and was informed that Mr. Charkaoui was not wanted in Morocco;
- Le 18 avril 2004, le Maroc répond à la note diplomatique des Affaires étrangères Canada. Dans sa lettre, le Maroc indique que M. Charkaoui n'est pas sujet à des procédures judiciaires, qu'il n'y a aucune démarche en vue de son extradition, que la protection contre la violence, la torture, etc. est garantie par la constitution marocaine et que le Maroc a ratifié plusieurs conventions internationales relatives aux droits de l'homme, dont le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) (Pacte international) et la Convention contre la torture;
- Le 8 juin 2004, l'Agence des services frontaliers du Canada envoie à M. Charkaoui la note diplomatique des Affaires étrangères Canada datée du 18 février 2004 et la réponse du Maroc datée du 18 avril 2004 afin que celui-ci puisse les commenter, de sorte que le tout puisse être présenté à la déléguée du ministre. M. Charkaoui soumettra ses observations à la fin juillet 2004, ayant obtenu une extension de délai;
- Par ordonnance datée du 23 juillet 2004, le soussigné maintenait, pour la troisième fois, la détention de M. Charkaoui [2004 CF 1031];
- Le 6 août 2004, une décision de la déléguée du ministre (décision du 6 août 2004) refusait la demande de protection. Elle concluait qu'en vertu de l'alinéa 113d) de la LIPR, M. Charkaoui n'était pas une personne à protéger au sens de l'article 97 de la LIPR et qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada. Cette décision est complétée par un addenda daté du 20 août 2004 (addenda du 20 août 2004);
- Le 10 septembre 2004, le Maroc signait un mandat d'arrêt international de M. Charkaoui (mandat d'arrêt) mentionnant entre autres qu'il était membre actif du Groupe islamique des Combattants marocains (GICM). Ce mandat fut rectifié le 17 mars 2005. Il est en vigueur actuellement;
- Le ou vers le 23 décembre 2004, le père de M. Charkaoui rencontre le Consul du Maroc à Montréal et on l'informe que M. Charkaoui n'est pas recherché au Maroc;

- On February 17, 2005, the undersigned released Mr. Charkaoui, finding that the danger had been neutralized, given the circumstances. The order also imposed 15 preventive conditions on Mr. Charkaoui (see *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389 (F.C.) and the update to the conditions of release, *Charkaoui (Re)* (November 10, 2005), Ottawa DES-3-03);
- On March 16, 2005, the Ministers filed a motion to set aside the decision of the Minister's delegate dated August 6, 2004 (including the addendum of August 20, 2004) refusing Mr. Charkaoui protection. The Ministers' motion was based on the occurrence of new facts that made the request necessary (issuance of the arrest warrant). By judgment dated March 22, 2005, the decision was set aside;
- On March 16, 2005, Mr. Charkaoui made a second application to suspend the proceedings, under subsection 79(1) of the IRPA. That application was allowed by order dated March 22, 2005. The order also set aside the decision of the Minister's delegate and cancelled the hearing scheduled for April 4 to 8, 2005 (see order of November 9, 2004 [2004 FC 1562]), which was to have been held for the purpose of determining whether the security certificate was reasonable;
- On April 6 and 21, 2005, Mr. Charkaoui sent two demands to the CIC in which it was asked to make a decision granting him protection as soon as possible;
- On May 11, 2005, Mr. Charkaoui instituted this proceeding. By order dated June 30, 2005, the hearing was scheduled for October 4, 5 and 6, 2005;
- On May 11, 2005, Citizenship and Immigration Canada informed Mr. Charkaoui that a new Minister's delegate would [TRANSLATION] "shortly" be assigned the case and that he would be kept informed. To date, the undersigned has not been informed that a new Minister's delegate has been named;
- This application was heard on October 4 and 5, 2005.
- Le 17 février 2005, le soussigné a libéré M. Charkaoui, estimant que le danger était neutralisé compte tenu des circonstances. Par la même ordonnance, 15 conditions préventives sont imposées à M. Charkaoui (voir *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389 (C.F.) ainsi que la mise à jour des conditions de libération *Charkaoui (Re)* (10 novembre 2005), Ottawa DES-3-03);
- En date du 16 mars 2005, les ministres déposent une requête en annulation de la décision de la déléguée du ministre datée du 6 août 2004 (y incluant l'addenda du 20 août 2004) refusant la protection à M. Charkaoui. La requête des ministres est fondée sur la survenance de faits nouveaux nécessitant une telle demande (la délivrance du mandat d'arrêt). Un jugement daté du 22 mars 2005 accorde l'annulation;
- En date du 16 mars 2005, M. Charkaoui demande pour la deuxième fois la suspension de l'instance, en vertu du paragraphe 79(1) de la LIPR. Cette demande est accordée par ordonnance datée du 22 mars 2005. La même ordonnance annule la décision de la déléguée du ministre ainsi que l'audition prévue du 4 au 8 avril 2005 (voir l'ordonnance du 9 novembre 2004 [2004 CF 1562]), qui devait permettre de statuer sur la raisonnable du certificat de sécurité;
- Les 6 et 21 avril 2005, M. Charkaoui fait parvenir deux mises en demeure à CIC dans lesquelles il est demandé de prendre, à brève échéance, une décision lui accordant la protection;
- Le 11 mai 2005, M. Charkaoui dépose la présente procédure. Par ordonnance du 30 juin 2005, l'audition est fixée pour les 4, 5 et 6 octobre 2005;
- Le 11 mai 2005, Citoyenneté et Immigration Canada informe M. Charkaoui qu'un nouveau délégué du ministre sera « sous peu » saisi du dossier et qu'il en serait informé. En date de ce jour, le soussigné n'a pas été informé qu'un nouveau délégué du ministre a été choisi;
- L'audition de la présente requête s'est tenue les 4 et 5 octobre 2005.

#### IV. FIVE QUESTIONS IN ISSUE AND OUTLINE OF ANALYSIS

[15] Counsel for Mr. Charkaoui submitted a large number of arguments to the Court on constitutional, international law and procedural grounds and in relation to the interpretation of the facts. Some arguments have been intermingled in Mr. Charkaoui's memorandum. Given that situation, it is not an easy matter for the Court to ensure that all components of the case have been set out and addressed. So that I can be satisfied, to the extent possible, that I will respond to all of the concerns raised, I will reproduce the questions as they were stated by Mr. Charkaoui in his memorandum.

[16] The five questions in issue are as follows. They will be addressed in this order:

[TRANSLATION]

- (i) Did the Ministers and the Government of Canada exceed their jurisdiction or otherwise act illegally and unconstitutionally when they signed and filed an arrest warrant and security certificate against the applicant based on a CSIS report and without themselves having regard to the evidence concerning the applicant?
- (ii) Does the IRPA, paragraph 95(1)(c) (final portion), section 98, paragraphs 112(3)(d) and 113(b) and (c) and subparagraphs (d)(i) and (ii) and subsection 115(2), read together with subsection 77(2), paragraph 101(1)(f) and section 104 and the corresponding provisions of the Regulations, sections 167 to 172 IRPR, violate sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter and the *Canadian Bill of Rights* and the international conventions to which Canada is a signatory?
- (iii) Did the Ministers and the Government of Canada, by their acts or omissions, treat the applicant in a manner prohibited by sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights* and by the *Convention against Torture* when they, as they have done and continue to do, exposed him to being returned to a country where he is at risk of being tortured in the circumstances referred to in sections 77 to 85 of the IRPA?
- (iv) Did the Ministers and the Government of Canada, by their acts, create an appearance of bias that disqualifies them as decision-makers and prevents them from performing the functions assigned to them by the Act?
- (v) Do the treatment to which the applicant has been exposed and continues to be exposed, and the acts of the

#### IV. CINQ QUESTIONS EN LITIGE ET PLAN DE L'ANALYSE

[15] Les procureurs de M. Charkaoui présentent à la Cour une multitude d'arguments constitutionnels, de droit international, procéduraux et d'interprétation des faits. Certains arguments sont entremêlés dans le mémoire de M. Charkaoui. Dans ce contexte, il n'est pas facile pour la Cour de s'assurer que tous les éléments du litige sont présentés et traités. Dans le but de m'assurer, dans la mesure du possible, que je répondrai à l'ensemble des préoccupations soulevées, j'entends reprendre les questions telles que formulées par M. Charkaoui dans son mémoire.

[16] Les cinq questions en litige sont les suivantes. Elles seront abordées dans cet ordre :

- i) Est-ce que les ministres et le Gouvernement canadien ont excédé leur compétence ou autrement agit [*sic*] illégalement et de manière inconstitutionnelle en signant et déposant un mandat d'arrestation et un certificat de sécurité contre le requérant sur la base d'un rapport du SCRS et en ne considérant pas eux même [*sic*] la preuve concernant le requérant?
- ii) Est-ce que le texte de la LIPR par les articles 95(1)c) *in fine*, 98, 112(3)d), 113b), c) et d) i) et ii) et 115(2) de la LIPR en lien avec les articles 77(2), 101(1)f) et 104 et les dispositions réglementaires correspondantes, soit les articles 167 à 172 du RIPR violent les articles 7, 12, 15 de la *Charte canadienne* et la *Déclaration canadienne des droits* de même que les conventions internationales dont est signataire le Canada?
- iii) Est-ce que les ministres et le Gouvernement canadien ont, par leurs agissements ou leurs omissions, traité le requérant de manière prohibée par l'article 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits* et par la *Convention contre la torture* en l'exposant, comme ils l'ont fait et le font toujours, à un renvoi vers un pays où il risque la torture dans les circonstances des dispositions des articles 77 à 85 de la LIPR?
- iv) Est-ce que les ministres et le Gouvernement canadien ont par leurs agissements créés [*sic*] une apparence de partialité qui les disqualifie [*sic*] comme décideur [*sic*] et les empêchent [*sic*] d'assumer les fonctions que la loi leur attribue?
- v) Est-ce que le traitement auquel a été exposé et est toujours exposé le requérant et les agissements du

Government of Canada toward him, justify a permanent suspension of the proceedings against the applicant and the other orders sought?

(See Mr. Charkaoui's memorandum, paragraphs 16, 14, 13, 15, and 17.)

## V. ANALYSIS

- (i) Did the Ministers and the Government of Canada exceed their jurisdiction or otherwise act illegally and unconstitutionally when they signed and filed an arrest warrant and security certificate against the applicant based on a CSIS report and without themselves having regard to the evidence concerning the applicant?

[17] Mr. Charkaoui submits that when the Ministers signed the security certificate and arrest warrant in May 2003, they had before them only a CSIS report and not all of the evidence. To establish this, Mr. Charkaoui introduced an excerpt from the testimony of Robert Batt, counsel for CSIS, into evidence. The words reported in it were spoken by Mr. Batt in his presentation to the members of the Standing Committee of the House of Commons on Citizenship and Immigration (CI Committee) on May 27, 2003 (see Canada, Parliament, Standing Committee on Citizenship and Immigration, 2nd Sess., 37th Parl., *Evidence*, No. 062, May 27, 2003 (Mr. Robert Batt)). Mr. Batt explained the procedure in relation to a security certificate as follows at that time:

The starting point for these cases is basically that intelligence is available that an individual is a member of a terrorist group, an organized crime group, or whatever or that he or she is otherwise inadmissible. This information is put together in the form of a security intelligence report, and then it is presented to the two ministers, the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada. It has to go to these two political ministers before it goes anywhere else. If these two ministers agree, they sign a certificate indicating that in their opinion the information is reasonable and that the person is inadmissible to Canada.

The certificate and the security intelligence report, which is a classified document, are then filed with the Federal Court, and the chief justice of the Federal Court appoints a designated judge to review the information.

gouvernement canadien envers lui justifient la suspension permanente de l'instance engagée contre le requérant et les autres ordonnances recherchées?

(Voir le mémoire de M. Charkaoui, paragraphes 16, 14, 13, 15, 17.)

## V) L'ANALYSE

- i) Est-ce que les ministres et le gouvernement canadien ont excédé leur compétence ou autrement agie illégalement et de manière inconstitutionnelle en signant et déposant un mandat d'arrestation et un certificat de sécurité contre le requérant sur la base d'un rapport du SCRS et en ne considérant pas eux-même la preuve concernant le requérant?

[17] M. Charkaoui soutient que lorsque les ministres ont signé le certificat de sécurité et le mandat d'arrestation en mai 2003, ils n'avaient devant eux qu'un rapport du SCRS et non toute la preuve. Pour le démontrer, M. Charkaoui a déposé en preuve un extrait du témoignage de M<sup>e</sup> Robert Batt, avocat du SCRS. Les paroles rapportées ont été prononcées par M<sup>e</sup> Batt lors de son intervention devant les membres du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes (Comité CI), le 27 mai 2003 (voir Canada, Parlement, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., *Témoignages*, numéro 062, 27 mai 2003, « M<sup>e</sup> Robert Batt »). M<sup>e</sup> Batt expliquait alors la procédure relative au certificat de sécurité :

Essentiellement, le point de départ, ce sont les renseignements qu'on possède comme quoi une personne est membre d'un groupe terroriste, d'un groupe appartenant au crime organisé ou qu'elle est pour une raison ou une autre, inadmissible. Ces informations sont regroupées sous forme d'un rapport de renseignement de sécurité qui est ensuite présenté aux deux ministres compétents, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le Solliciteur général du Canada. Le rapport doit de toute nécessité être vu par ces deux ministres. Si les deux sont d'accord, ils signent un certificat indiquant que, à leur avis, les renseignements sont raisonnables et que l'intéressé ne saurait être admis au Canada.

Le certificat et le rapport de renseignement de sécurité, qui est un document classifié, sont ensuite déposés à la Cour fédérale.

[18] In Mr. Charkaoui's submission, that excerpt shows that the Ministers' decision was made solely on the basis of a report, and not having regard to all of the evidence concerning him. In his submission, this was an illegal delegation of the authority assigned to the Ministers (subsection 6(3) of the IRPA) to CSIS that must result in the security certificate and arrest warrant being quashed. Subsection 6(3) of the IRPA reads as follows:

6. . . .

(3) Notwithstanding subsection (2), the Minister may not delegate the power conferred by subsection 77(1) or the ability to make determinations under subsection 34(2) or 35(2) or paragraph 37(2)(a).

[19] The Ministers submit that there is no evidence to show that the information provided to the Minister was incomplete. They submit that they had before them all of the available evidence when they signed the security certificate and that in acting as they did, they fully exercised their jurisdiction.

[20] In my opinion, Mr. Charkaoui's position cannot be accepted. There is no evidence showing that the Ministers had before them only the CSIS report, and did not have the evidence on which the report was based. A report that includes numerous appendices in several volumes was filed at the Court Registry with the security certificate in May 2003. As well, the public portion of the report was given to Mr. Charkaoui and was accompanied by a summary of the evidence that could not be disclosed for reasons of national security, in accordance with subsection 77(1) and paragraphs 78(g) and (h) of the IRPA. I do not have any evidence before me showing that the Ministers had before them only an incomplete report for the purpose of deciding whether or not to sign the security certificate. I cannot base a finding of law on hypotheses or suppositions.

[21] The answer to the first question is therefore "no", there being no evidence.

(ii) Does the IRPA, paragraph 95(1)(c) (final portion), section 98, paragraphs 112(3)(d) and 113(b) and (c) and subparagraphs 113(d)(i) and (ii) and

[18] Selon M. Charkaoui, cet extrait révèle que la décision des ministres a été prise à la lumière d'un rapport uniquement et non en tenant compte de toute la preuve le concernant. Selon lui, il s'agit d'une délégation illégale d'attribution du pouvoir des ministres (paragraphe 6(3) de la LIPR) au SCRS devant entraîner l'annulation du certificat de sécurité et du mandat d'arrestation. Le paragraphe 6(3) de la LIPR se lit comme suit :

6. [. . .]

(3) Ne peuvent toutefois être déléguées les attributions conférées par le paragraphe 77(1) et la prise de décision au titre des dispositions suivantes : 34(2), 35(2) et 37(2)(a).

[19] Pour leur part, les ministres estiment qu'il n'y a pas de preuve démontrant que l'information transmise au ministre était partielle. Ils soutiennent avoir signé le certificat de sécurité en ayant devant eux toute la preuve disponible et qu'en agissant ainsi, ils ont pleinement exercé leur compétence.

[20] À mon avis, le point de vue de M. Charkaoui ne peut être retenu. Il n'y a aucune preuve démontrant que les ministres ne disposaient que du rapport du SCRS, à l'exclusion de la preuve à l'appui dudit rapport. Un rapport incluant de nombreuses annexes en plusieurs volumes fut déposé au greffe de la Cour avec le certificat de sécurité en mai 2003. Aussi, la partie publique de ce rapport fut remise à M. Charkaoui et elle était accompagnée d'un résumé de la preuve ne pouvant être dévoilée pour des raisons de sécurité nationale, conformément au paragraphe 77(1) et les alinéas 78(g) et (h) de la LIPR. Je n'ai devant moi aucune preuve démontrant que les ministres ne disposaient que d'un rapport incomplet pour décider de signer ou non le certificat de sécurité. Je ne peux pas fonder une conclusion de droit sur des hypothèses ou des suppositions.

[21] Je réponds donc par la négative à la première question, faute de preuve.

ii) Est-ce que le texte de la LIPR par l'alinéa 95(1)(c) *in fine*, l'article 98, les alinéas 112(3)(d), 113(b), c) et les sous alinéas 113(d)i) et ii) et le paragraphe



subsection 115(2), read together with subsection 77(2), paragraph 101(1)(f) and section 104 and the corresponding provisions of the Regulations, sections 167 to 172 of the IRPR, violate sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter and the *Canadian Bill of Rights* and the international conventions to which Canada is a signatory?

[22] Mr. Charkaoui submits that the proceedings against him infringe his constitutional rights. In his submission, the provisions of the IRPA relating to protection applications are contrary to the principles protected by sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter, by the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III (CBR) and by certain international law instruments. More specifically, Mr. Charkaoui submits that those provisions are a bar to any consideration of danger to national security and in any event do not allow a person to be returned to a country where torture is practised or tolerated. In Mr. Charkaoui's view, the statutory and regulatory rules governing protection applications allow individuals to be returned to be tortured when they allow the decision maker to have regard to the restriction assessment and to the PRRA.

[23] In reply, the Ministers submit that the protection application involves a two-pronged procedure, the validity of which has been affirmed by the Supreme Court of Canada. In their submission, the decision maker must assess both the risk associated with returning a person named in a security certificate to his or her country of origin and the danger that the person may constitute to national security. In their submission, the Minister must weigh these two factors before reaching a conclusion. The Ministers further suggest that although returning a person to be tortured is condemned in Canada, such a return has not been ruled out by the Supreme Court of Canada, as long as there are extraordinary circumstances in the nature of an act of God. In their submission, each case must be considered on an individual basis and only the illegal exercise of the decision-making power by the Minister or the Minister's delegate may, based on the facts, result in a declaration of unconstitutionality. The Ministers rely on *Suresh* and on paragraph 53(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43]

115(2) de la LIPR en lien avec le paragraphes 77(2), l'alinéa 101(1)(f) et l'article 104 et les dispositions réglementaires correspondantes, soit les articles 167 à 172 du RPR violent les articles 7, 12, 15 de la Charte canadienne et la *Déclaration canadienne des droits* de même que les conventions internationales dont est signataire le Canada?

[22] M. Charkaoui est d'avis que la procédure à laquelle il est assujéti enfreint ses droits constitutionnels. Selon lui, les dispositions de la LIPR touchant les demandes de protection vont à l'encontre des principes protégés par les articles 7, 12 et 15 de la Charte canadienne, par la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III (DCD) et par certains instruments de droit international. Plus précisément, M. Charkaoui estime que ces dispositions prohibent la prise en compte du danger à la sécurité nationale et ne permettent en aucun cas de retourner une personne dans un pays où l'on pratique ou tolère la torture. Pour M. Charkaoui, l'encadrement législatif et réglementaire des demandes de protection autorise le renvoi vers la torture en permettant au décideur de tenir compte de l'évaluation des restrictions d'une part et de l'évaluation d'ERAR d'autre part.

[23] En réponse, les ministres soutiennent que la demande de protection prévoit un double exercice dont la validité a été confirmée par la Cour suprême du Canada. Selon eux, le décideur doit d'une part apprécier le risque lié au retour de la personne visée par un certificat de sécurité dans son pays d'origine et d'autre part le danger que cette personne peut constituer pour la sécurité nationale. Le ministre doit faire, selon eux, une pondération entre ces deux facteurs avant de conclure. Les ministres suggèrent de plus que le renvoi à la torture est condamné au Canada, mais qu'un tel renvoi n'est pas exclu par la Cour suprême du Canada en autant que des circonstances extraordinaires s'apparentant à la force majeure (*Act of God*) existent. Selon eux, chaque cas doit être étudiés individuellement et seul l'exercice illégal du pouvoir décisionnel par le ministre ou son délégué peut, en se fondant sur les faits, donner lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité. Les ministres s'appuient sur l'arrêt *Suresh*, et sur l'alinéa 53(1)(b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de l'ancienne *Loi*

of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (former Act), and also point out that that paragraph is similar to the new section 113 of the IRPA. The Ministers are further of the opinion that the weighing process set out in the IRPA and the IRPR has already withstood constitutional scrutiny, and that the Supreme Court upheld it in *Suresh*. For the reasons set out below, I agree with the position taken by the Ministers.

[24] I will address the arguments based on the Canadian Charter and international law first, because the two arguments are closely related. I will conclude by briefly addressing the CBR.

#### The Canadian Charter and International Law Instruments

[25] *Suresh* deals with paragraph 53(1)(b) of the former Act. That paragraph prohibited returning a person (a refugee or a person who had been denied refugee status for one of the reasons listed in the former Act) to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion, unless:

53. (1) . . .

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada;

[26] The equivalent of paragraph 53(1)(b) of the former Act is now found in subparagraph 113(d)(ii) and section 115 of the IRPA:

113. . . .

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

...

*sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi), tout en précisant que cet alinéa s'apparente au nouvel article 113 de la LIPR. Les ministres sont d'avis, en outre, que l'exercice de pondération contenu dans la LIPR et le RIPR a déjà subi et passé le test constitutionnel, la Cour suprême l'ayant validé dans *Suresh*. Pour les raisons qui suivent, je partage le point de vue des ministres.

[24] Je traiterai, dans un premier temps, des arguments fondés sur la Charte canadienne et sur le droit international, puisque les deux arguments sont étroitement liés. Je terminerai en traitant brièvement de la DCD.

#### La Charte canadienne et les instruments de droit international

[25] L'arrêt *Suresh*, traite de l'alinéa 53(1)(b) de l'ancienne Loi. Cet alinéa interdisait qu'une personne (un réfugié ou une personne à qui ce statut a été refusé pour l'une des raisons énumérées à l'ancienne Loi) soit renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques sauf si :

53. (1) [ . . . ]

[ . . . ] elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées:

[ . . . ]

b) aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

[26] L'équivalent de l'alinéa 53(1)(b) de l'ancienne Loi se trouve maintenant au sous-alinéa 113(d)(ii) et à l'article 115 de la LIPR :

113. [ . . . ]

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

[ . . . ]

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

...

**115.** (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

...

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(See also section 172 of the IRPR.)

[27] The weighing process provided for in paragraph 53(1)(b) of the former law was upheld in *Suresh*. In that unanimous decision, signed by “the Court”, the following appears at paragraph 58:

Canadian jurisprudence does not suggest that Canada may never deport a person to face treatment elsewhere that would be unconstitutional if imposed by Canada directly, on Canadian soil. To repeat, the appropriate approach is essentially one of balancing. The outcome will depend not only on considerations inherent in the general context but also on considerations related to the circumstances and condition of the particular person whom the government seeks to expel. On the one hand stands the state’s genuine interest in combatting terrorism, preventing Canada from becoming a safe haven for terrorists, and protecting public security. On the other hand stands Canada’s constitutional commitment to liberty and fair process. This said, Canadian jurisprudence suggests that this balance will usually come down against expelling a person to face torture elsewhere torture.

[28] Having upheld the weighing or balancing process, the Court considered the possibility of return to

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada.

[. . .]

**115.** (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’interdit de territoire :

[. . .]

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada.

(Voir aussi l’article 172 du RPR.)

[27] Le processus de pondération prévu à l’alinéa 53(1)(b) de l’ancienne Loi a été validé dans l’arrêt *Suresh*. Dans cet arrêt unanime signé par « la Cour », il est écrit, au paragraphe 58 :

La jurisprudence canadienne n’indique pas que le Canada ne peut jamais expulser une personne vers un pays où elle risque un traitement qui serait inconstitutionnel s’il était infligé directement par le Canada, en sol canadien. Comme nous l’avons dit plus tôt, la démarche qu’il convient d’appliquer est essentiellement un processus de pondération dont l’issue dépend non seulement de considérations inhérentes au contexte général, mais également de facteurs liés aux circonstances et à la situation de la personne que l’État veut expulser. D’un côté, il y a l’intérêt légitime qu’a le Canada à combattre le terrorisme, à empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique. De l’autre côté, il y a l’engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l’équité procédurale. Cela dit, la jurisprudence indique que le résultat de cette mise en balance s’opposera généralement à l’expulsion de la personne visée vers un pays où elle risque la torture.

[28] Ayant validé le processus de pondération ou de mise en balance, la Cour envisageait la possibilité d’un

a country where there was a risk of torture, in exceptional circumstances. At paragraph 78, the Court wrote:

We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the [Canadian] *Charter* or under s. 1. (A violation of s. 7 will be saved by s. 1 “only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like”: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518; and *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99.) Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT [Convention against Torture] directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the [Canadian] *Charter* generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter is one of balance, precise prediction is elusive. The ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any, must await future cases.

[29] Mr. Charkaoui pointed out that there is a new Act, the IRPA, which contains new sections, new wording and an interpretation section that provides that the Act is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory (see paragraph 3(3)(f) of the IRPA). For that reason, in Mr. Charkaoui’s submission, *Suresh* is not applicable. Article 3 of the Convention against Torture, which Canada has signed and ratified, reads as follows:

#### ARTICLE 3

1. No State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.

renvoi vers un pays où il y a risque de torture dans des circonstances exceptionnelles. Au paragraphe 78, elle écrit :

Nous n’excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l’art. 7 de la *Charte* [canadienne] soit au regard de l’article premier de celle-ci. (Une violation de l’art. 7 est justifiée au regard de l’article premier « seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite » : voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 518, et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99.) Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu’il existe des motifs sérieux de croire qu’elle sera torturée dans le pays de destination, ce n’est pas parce que l’art. 3 de la [Convention contre la torture] limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l’art. 7 de la *Charte* [canadienne] fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l’expulsion lorsqu’il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d’importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L’étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d’expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures.

[29] M. Charkaoui souligne qu’il y a une nouvelle Loi, la LIPR, comprenant de nouveaux articles, une nouvelle rédaction et un article d’interprétation qui précise que l’interprétation et la mise en œuvre de la LIPR doivent avoir pour effet de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire. (Voir l’alinéa 3(3)f de la LIPR.) Pour cette raison, l’arrêt *Suresh* ne serait pas applicable selon M. Charkaoui. L’article 3 de la Convention contre la torture, que le Canada a signé et ratifié, se lit comme suit :

#### ARTICLE 3

1. Aucun État partie n’expulsera, ne *refoulera*, ni n’extraditera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

Mr. Charkaoui adds that the directives given in *Suresh* do not apply to his situation because that decision dealt with the Minister's discretion, while here it is the provisions of the IRPA that are being challenged.

[30] In my opinion, *Suresh*, upheld the weighing exercise provided for in paragraph 53(1)(b) of the former Act. The same weighing exercise is now found in subparagraph 113(d)(ii) and subsection 115(2) of the IRPA and section 172 of the IRPR. In both the former Act and the IRPA, the Minister is asked to balance the possibility of return to a country where there is a risk of torture against the assessment of danger to national security. In both cases, the person was named in a security certificate. I do not believe that *Suresh* should be distinguished, and I do not see how I could not be bound by what the Supreme Court decided in that decision.

[31] Protection applications are indeed now governed by new provisions in the IRPA and the IRPR, and those provisions are worded differently. However, the weighing principle is still present in the new Act, and was not materially altered by the IRPA. There are therefore no grounds for considering a different approach from the one set out in *Suresh*. I also note that in *Suresh* the Court was careful to state, at paragraph 78, that "[t]he ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any, must await future cases".

[32] I believe that we must keep that passage in mind in deciding whether the balancing process is constitutional. We must also remember that possibilities may arise other than return when a person both represents a danger and faces a risk of torture if returned. While there may be a risk of torture in a country, a person might nonetheless be returned because the country in question had negotiated a return protocol

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

M. Charkaoui ajoute que l'enseignement découlant de l'arrêt *Suresh* ne s'applique pas à sa situation, cet arrêt traitant du pouvoir discrétionnaire du ministre alors que ce sont les dispositions de la LIPR qui sont contestées.

[30] À mon avis, l'arrêt *Suresh* validait l'exercice de pondération prévu à l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne Loi. Le même exercice de pondération se retrouve maintenant au sous-alinéa 113d)ii) et le paragraphe 115(2) de la LIPR et l'article 172 du RIPR. On demande au ministre, dans l'ancienne Loi comme dans la LIPR, de mettre en balance la possibilité d'un renvoi vers un pays où il y a risque de torture et l'évaluation d'un danger à la sécurité nationale. Dans les deux cas, la personne était visée par un certificat de sécurité. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer l'affaire *Suresh* et je ne vois pas comment je pourrais ne pas être lié par ce que la Cour suprême a décidé dans cet arrêt.

[31] Il est vrai que les demandes de protection sont maintenant encadrées par de nouvelles dispositions de la LIPR et du RIPR, et que celles-ci sont rédigées différemment. Toutefois, le principe de la pondération demeure avec la nouvelle Loi, n'ayant pas été substantiellement modifié par la LIPR. Il n'y a donc pas lieu d'envisager une approche différente de celle mise de l'avant dans l'arrêt *Suresh*. Je note en outre que dans l'arrêt *Suresh*, la Cour a pris soin de préciser au paragraphe 78, que « [l']étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant la torture dans un pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures ».

[32] Je crois qu'il faut garder cet extrait en tête pour décider de la question de savoir si la mise en balance est constitutionnelle. Il faut aussi retenir qu'il y a d'autres possibilités à envisager que le renvoi lorsqu'à la fois une personne représente un danger et qu'il y a risque de torture en cas de renvoi. Bien qu'il y ait risque de torture dans un pays, il se pourrait que le renvoi ait néanmoins lieu parce que le pays en question aurait négocié un

that included a satisfactory plan for supervision of detention. In such a case, it would have to be decided whether there was a violation of the Canadian Charter. While I state no opinion as to the constitutional validity of such alternatives to return, the following example illustrates that there are solutions other than simple deportation.

[33] In *Agiza*, for example, the Swedish government returned a person convicted *ex parte*, in Egypt, of terrorist activities. In that case, the Government had given assurances that were considered by the Swedish government to be sufficient. A mechanism providing for regular visits and diplomatic supervision was arranged. The United Nations (UN) Committee against Torture decided that, having regard to the very specific circumstances of the case, Article 3 of the Convention against Torture had been violated (see *Agiza v. Sweden*, Communication No. 233/2003, UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003 [[2005] UNCAT 9 (24 May 2005)], at paragraph 13.4). The mechanism itself, on the other hand, was not regarded by the Committee against Torture as violating the Convention against Torture. I mention this only as an example of the efforts made at the international level to find an alternative to simple deportation.

[34] That example shows that it is conceivable, having regard to the decision of the Supreme Court in *Suresh*, that there could be special treatment for persons named in a security certificate but who cannot be returned, given the risk of torture. Such treatment might or might not withstand constitutional scrutiny. It is not the role of this Court, in this case, to decide whether such treatment would comply with the Canadian Charter or with Canada's international commitments. At this stage of these proceedings, that is a hypothetical question. I must have regard to the passage from *Suresh* quoted above. Mr. Charkaoui is awaiting a PRRA and no effort to deport him to a country where there is a risk of torture has been made. No particular weighing exercise, and no decision in which the resulting discretion is exercised, is being considered. Nor is it the role of the Federal Court to propose solutions that comply with the Canadian Charter. Under *Suresh*, the

protocole de renvoi incluant un plan de supervision de la détention satisfaisant. Dans un cas comme celui-là, il y aurait lieu de décider s'il y a ou non contravention à la Charte canadienne. Sans me prononcer sur la validité constitutionnelle ou autrement de telles solutions de remplacement au renvoi, l'exemple qui suit illustre qu'il existe des solutions autres que la déportation pure et simple.

[33] Dans l'affaire *Agiza* par exemple, le gouvernement suédois a renvoyé une personne condamnée *ex parte*, en Egypte, pour activités terroristes. Dans cette affaire, le gouvernement avait donné des assurances jugées suffisantes par le gouvernement suédois. Un mécanisme de visites régulières et de supervision diplomatique avaient été prévus. Le Comité contre la torture de l'Organisation des Nations Unies (ONU), a décidé que compte tenu des circonstances très précises de cette affaire, l'article 3 de la Convention contre la torture avait été violé (voir *Agiza c. Suède*, Communication No. 233/2003, Doc. NU CAT/C/34/D/233/2003 [[2005] UNCAT 9 (24 mai 2005)], au paragraphe 13.4). Le mécanisme en lui-même, par contre, n'a pas été considéré par le Comité contre la torture comme contrevenant à la Convention sur la torture. Je mentionne ceci seulement comme exemple de recherche sur le plan international à titre d'option à la déportation comme telle.

[34] Cet exemple montre qu'il est pensable, compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême dans *Suresh*, que les personnes qui sont visées par un certificat de sécurité, mais qui ne peuvent être renvoyées compte tenu du risque de torture pourraient faire l'objet d'un traitement particulier. Ces traitements pourraient passer ou non le test constitutionnel. Il n'appartient pas à cette Cour en l'espèce, de décider si ces traitements seraient ou non conformes à la Charte canadienne ou aux engagements internationaux du Canada. Au stade où en sont les présentes procédures, il s'agit d'une question hypothétique. Je dois tenir compte du passage précité de l'affaire *Suresh*. M. Charkaoui est en attente d'une évaluation ERAR et aucune mesure d'expulsion vers un pays où il y a risque de torture n'a été prise. Ni exercice de pondération en particulier, ni décision dans laquelle la discrétion en découlant est exercée n'est à l'étude. Il ne revient pas non plus à la Cour fédérale d'élaborer des

Court cannot consider whether there has been a violation of the Canadian Charter until the exercise of discretion has resulted in a decision, and that is not the case here.

[35] In attempting to distinguish his situation from the situation in *Suresh*, Mr. Charkaoui points out that there are now provisions in the IRPA for construing and applying that Act. In particular, Mr. Charkaoui cites paragraph 3(3)(f) of the IRPA. That paragraph reads as follows:

3. (1) . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that:

. . .

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

Mr. Charkaoui argues that return to a country where there is a risk of torture is contrary to article 3 of the Convention against Torture and accordingly that the provisions relating to protection applications are invalid in that they allow for the possibility of such a removal.

[36] Paragraph 3(3)(f) must not be given a larger role than Parliament intended. In *De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 162 (F.C.), Mr. Justice Kelen explained the meaning of paragraph 3(3)(f). At paragraph 53, he wrote:

. . . [p]aragraph 3(3)(f) of IRPA codifies the common law canon of statutory construction that domestic law should be interpreted to reflect the values contained in international human rights conventions to which Canada has ascribed. In *Baker* the Supreme Court held at paragraph 70 that the human rights values in these international conventions “help inform the contextual approach” which the Court should incorporate when interpreting statutes. However, paragraph 3(3)(f) of IRPA does not incorporate international human rights conventions as part of Canadian law, or state that they override plain words in a statute. Paragraph (3)(3)(f) of IRPA means that the conventions be considered by the Court as “context” when interpreting ambiguous provisions of the

solutions conformes à la Charte canadienne. Conformément à *Suresh*, la Cour ne pourra examiner la question de savoir s’il y a une violation à la Charte canadienne que lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire aura donné lieu à une décision, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

[35] M. Charkaoui, dans sa tentative de distinguer sa situation de celle de l’arrêt *Suresh*, souligne l’existence de nouvelles dispositions d’interprétation et de mise en œuvre dans la LIPR. En particulier, M. Charkaoui mentionne l’alinéa 3(3)f) de la LIPR. Ce paragraphe se lit comme suit :

3. (1) [ . . . ]

(3) L’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[ . . . ]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.

M. Charkaoui plaide qu’un renvoi vers un pays où il y a risque de torture va à l’encontre de l’article 3 de la Convention contre la torture et qu’à ce titre, les dispositions touchant les demandes de protection sont invalides car elles envisagent une possibilité d’un tel renvoi.

[36] Il ne faut pas donner à l’alinéa 3(3)f) un rôle plus étendu que celui prévu par le législateur. Dans l’affaire *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 162 (C.F.), le juge Kelen a précisé la signification de l’alinéa 3(3)f). Il écrit au paragraphe 53 :

[ . . . ] [l]’alinéa 3(3)f) de la LIPR codifie le principe fondamental d’interprétation législative en common law selon lequel les lois internes devraient être interprétées de façon à refléter les valeurs contenues dans les conventions internationales portant sur les droits de l’homme auxquelles le Canada a adhéré. Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a statué, au paragraphe 70, que les valeurs exprimées à l’égard des droits de la personne dans les conventions internationales peuvent « être prises en compte dans l’approche contextuelle » de l’interprétation des lois. Cependant, l’alinéa 3(3)f) de la LIPR n’incorpore pas les conventions internationales portant sur les droits de l’homme dans la législation canadienne pas plus qu’il n’énonce qu’elles outrepassent les termes simples

immigration law. I am of the opinion that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is plain, clear, and unambiguous. It leaves no room for such interpretation.

[37] While I note the opinion of Mr. Justice Kelen, I believe that we should take the analysis farther, having regard to the very particular wording of paragraph 3(3)(f). Very recently, in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 9, the Supreme Court of Canada pointed out today there is only one rule of statutory construction:

As this Court has reiterated on numerous occasions, “Today, there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26). This means that, as recognized in *Rizzo & Rizzo Shoes* “statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone” (at para. 21).

[38] In order to interpret paragraph 3(3)(f) of the IRPA properly, we must start by reviewing the objectives of the IRPA, as they have been interpreted by the Supreme Court of Canada. Very recently, in the unanimous decision in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, Chief Justice McLachlin of the Supreme Court of Canada commented on the IRPA and certain principles that apply in immigration law, at paragraphs 10 and 46, as follows:

The objectives as expressed in the *IRPA* indicate an intent to prioritize security. This objective is given effect by preventing the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada. This marks a change from the focus in the predecessor statute, which emphasized the successful integration of applicants more than security: e.g. see s. 3(1)(i) of the *IRPA* versus s. 3(f) of the former Act; s. 3(1)(e) of the *IRPA* versus s. 3(d) of the former Act; s. 3(1)(h) of the *IRPA*

d’une loi. L’alinéa 3(3)f) de la LIPR signifie que les conventions devraient être considérées par la Cour comme un « contexte » lorsqu’elle interprète des dispositions ambiguës de la législation en matière d’immigration. Je suis d’avis que l’alinéa 117(9)d) du Règlement est simple, clair et sans ambiguïté. Il ne laisse pas de place à une telle interprétation.

[37] Tout en prenant note de l’opinion du juge Kelen, je crois qu’il y a lieu d’aller plus loin dans l’analyse, compte tenu du libellé très particulier de l’alinéa 3(3)f). La Cour suprême du Canada a récemment rappelé, dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 9, que l’interprétation des lois ne suit désormais qu’une seule règle :

Comme notre Cour l’a maintes fois répété : « [TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution : 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 & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26). Cela signifie que, comme on le reconnaît dans *Rizzo & Rizzo Shoes*, « l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » (par. 21).

[38] Pour bien interpréter l’alinéa 3(3)f) de la LIPR, il convient de rappeler d’entrée de jeu les objectifs de la LIPR tels qu’interprétés par la Cour suprême du Canada. Tout récemment, dans l’arrêt rendu unanimement *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.R. 539, la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada commentait la LIPR et certains principes applicables en droit de l’immigration de la façon suivante, aux paragraphes 10 et 46 :

Les objectifs explicites de la *LIPR* révèlent une intention de donner priorité à la sécurité. Pour réaliser cet objectif, il faut empêcher l’entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l’obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu’ils sont au Canada. Cela représente un changement d’orientation par rapport à la loi précédente, qui accordait plus d’importance à l’intégration des demandeurs qu’à la sécurité : voir, par exemple, l’al. 3(1)i) *LIPR* comparativement à l’al 3j) de l’ancienne Loi; l’al. 3(1)e)



versus s. 3(i) of the former Act. Viewed collectively, the objectives of the *IRPA* and its provisions concerning permanent residents, communicate a strong desire to treat criminals and security threats less leniently than under the former Act.

...

The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733. Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[39] While the wording used in paragraph 3(3)(f) does use the expressions “complies” / “se conformer” (as compared to “ensures” / “d’assurer”, used in paragraph 3(3)(d)), nonetheless the *IRPA* must be read as a whole to determine the intention of Parliament. The provisions of the Act and of the *IRPR* show that Parliament was motivated by a genuine desire to combat torture. For example, the purpose of sections 35 and 36 and the schedule to the *IRPA* is to prevent people who have committed acts of torture from being admitted to Canada. The provisions of the *IRPA* are also designed to prevent people from being returned to countries where they face a risk of torture. For example, subsection 97(1) of the *IRPA* provides that as a general rule, people who face a risk of torture or cruel or unusual treatment or punishment are persons in need of protection. Subsection 102(1) further grants regulation-making power by which countries that practise torture may be identified. The definition of the expression “urgent need of protection” found in section 138 of the *IRPR* also attests to Parliament’s desire not to return people to countries where they face a risk of mistreatment. However, Parliament also wishes to ensure the security of Canada. Subsection 34(1) of the *IRPA* states the general rule of inadmissibility on grounds of security. Those general rules are clarified by a series of other rules that seek to strike a balance between national security and protection against torture (see paragraph 3(1)(h) and Division 9 of the *IRPA*). Under section 230 of the *IRPR*, the Minister has the authority to impose a stay on removals to a country where there is a generalized danger to the entire

*LIPR* comparativement à l’al. 3d) de l’ancienne Loi; l’al. 3(1)h) *LIPR* comparativement à l’al 3i) de l’ancienne Loi. Considérés collectivement, les objectifs de la *LIPR* et de ses dispositions relatives aux résidents permanents traduisent la ferme volonté de traiter les criminels et les menaces à la sécurité avec moins de clémence que le faisait l’ancienne Loi.

[...]

Le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada : *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733. À elle seule, l’expulsion d’un noncitoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[39] Il est vrai que le libellé employé dans l’alinéa 3(3)f) utilise les termes « de se conformer » — « *complies* » (par comparaison à l’expression « d’assurer » — « *ensures* » employée à l’alinéa 3(3)d)). Il faut néanmoins lire la *LIPR* dans son ensemble pour faire ressortir l’intention du législateur. Les dispositions de cette Loi et du *RIPR* montrent que le législateur est animé d’un souci réel de lutter contre la torture. Par exemple, les articles 35 et 36 et l’annexe de la *LIPR* visent à éviter que des personnes ayant commis des actes de torture puissent être admises au Canada. Les dispositions de la *LIPR* ont également pour objectif d’éviter de renvoyer des personnes vers des pays où celles-ci risquent la torture. Par exemple, le paragraphe 97(1) de la *LIPR* prévoit qu’en règle générale, les personnes qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels ou inusités sont des personnes à protéger. Le paragraphe 102(1) prévoit d’ailleurs un pouvoir de réglementation permettant d’identifier les pays qui pratiquent la torture. La définition de l’expression « besoin urgent de protection » que l’on retrouve à l’article 138 du *RIPR* témoigne également du souci du législateur de ne pas renvoyer des personnes vers des pays où elles risquent d’être maltraitées. Cependant, le législateur est aussi soucieux d’assurer la sécurité du Canada. Le paragraphe 34(1) de la *LIPR* prévoit la règle générale de l’interdiction de territoire pour motif de sécurité. Ces règles générales sont raffinées par tout un ensemble d’autres règles qui cherchent à faire l’équilibre entre la sécurité nationale et la protection contre la torture (voir l’alinéa 3(1)h) et la Section 9 de la *LIPR*). Selon l’article 230 du *RIPR*, le ministre dispose d’un

population, but that section also provides that the stay does not apply to persons who are inadmissible on security grounds. As well, under paragraph 101(1)(f) [of the IRPA], a claim for refugee protection, which is normally granted where a person faces a risk of torture, cannot be granted if a person is inadmissible on grounds of security.

[40] In my opinion, Parliament has chosen to give special treatment to persons who are named in a security certificate, and the clarity of the provisions challenged by Mr. Charkaoui illustrates that intention. I find it hard to see why Parliament would have been at pains to enact very specific and precise provisions relating to persons named in a security certificate if it intended to neutralize or cancel them out by paragraph 3(3)(f) of the IRPA.

[41] As a final point, the origin of paragraph 3(3)(f) of the IRPA and the work done in preparation for enacting it provide us with clarification of its exact meaning. When the IRPA was enacted in 2002, it introduced a series of major changes. Some of those changes incorporated amendments that gave effect to international commitments made by Canada. That is the case, for example, for the inclusion of persons who face a risk of torture among those persons who are entitled to the protection of Canada (section 97 of the IRPA). Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (Royal Assent, November 1, 2001), included paragraph 3(3)(f), which was proposed by the CI Committee in its report dated May 28, 2001 (Canada, Parliament, Standing Committee on Citizenship and Immigration, 1st Sess., 37th Parl., First Report, May 28, 2001). Paragraph 3(3)(f) was then passed by both Houses, and given Royal Assent, with the same wording.

[42] A number of people testified before the CI Committee. Some of them proposed that a provision be included referring to international law (see, for example, Canada, Parliament, Standing Committee on Citizenship and Immigration, 1st Sess., 37th Parl., *Evidence: Meeting 12*, April 30, 2001, "Mr. Chilwin Cheng";

pouvoir d'imposer un sursis de renvoi vers un pays où l'ensemble de la population serait exposée à un danger, mais le même article prévoit que le sursis n'est pas applicable aux personnes interdites de territoire pour des raisons de sécurité. De même, en vertu de l'alinéa 101(1)f) [de la LIPR], la demande d'asile, normalement accordée lorsqu'une personne risque la torture, est irrecevable lorsqu'une personne est interdite de territoire pour raison de sécurité.

[40] À mon avis, le législateur a choisi de traiter d'une façon particulière les personnes qui sont visées par un certificat de sécurité, et la clarté des dispositions dont M. Charkaoui attaque la validité illustrent cette intention. Je vois mal pourquoi le législateur aurait pris la peine d'édicter des dispositions très spécifiques et précises touchant les personnes visées par un certificat de sécurité s'il avait eu l'intention de les neutraliser ou de les annuler par l'alinéa 3(3)f) de la LIPR.

[41] Finalement, l'origine de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR, ainsi que les travaux préparatoires ayant mené à son adoption permettent de faire la lumière sur sa portée exacte. L'adoption de la nouvelle LIPR, en 2002, a introduit tout un ensemble de changements importants. Certains de ces changements intègrent des modifications faisant suite à des engagements internationaux pris par le Canada. Tel est le cas, par exemple, de l'inclusion des personnes qui risquent la torture parmi les personnes ayant droit à la protection du Canada (article 97 de la LIPR). Le projet de loi C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég. 2001 (sanctionné le 1<sup>er</sup> novembre 2001) incluait l'alinéa 3(3)f), proposé par le Comité CI dans son rapport du 28 mai 2001 (Canada, Parlement, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Parl., Premier rapport, 28 mai 2001). L'alinéa 3(3)f) sera adopté par les deux Chambres et sanctionné avec le même libellé.

[42] Devant le Comité CI, plusieurs intervenants ont été entendus. Certains d'entre eux ont proposé d'inclure une disposition faisant référence au droit international (voir par exemple Canada, Parlement, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., *Témoignages* : Réunion 12, 30 avril

Meeting 16, May 2, 2001 “Mr. Andrew Brouwer”; Meeting 20, “Ms. Darlène Dubuisson-Balthazar”). The clause-by-clause consideration of the bill followed, at Meetings 22 and 24, on May 8 and 15, 2001 (Meeting 23, on May 10, 2001, was held *in camera*). Some excerpts from those proceedings are set out in Appendix 2 to these reasons, for information purposes only. In my opinion, it is apparent from those proceedings that what the members wanted to do was not to provide for international law to cancel out or neutralize the clear provisions of the IRPA. If that had been the intention of Parliament, it would have said so clearly, given that such a provision would have had an extremely significant impact on domestic law. Rather, I believe, as can be seen in what the members said, the objective was to clearly identify the values of the receiving country, to ensure that any new international conventions signed by Canada would be included, to allow for progressive interpretation of the IRPA and to make it plain that Parliament intended to abide by its international obligations. I do not believe that any more than that should be seen in it.

[43] Mr. Charkaoui further submits that in addition to its interpretive role, paragraph 3(3)(f) must also guide the application of the IRPA. Even if Mr. Charkaoui is correct on this point, I do not believe that it is impossible to reconcile article 3 of the Convention against Torture with the “application” of the weighing process provided for in the IRPA. On this point, I believe that we must apply what the Supreme Court said in *Suresh*, in which it clearly upheld the weighing exercise set out in the IRPA, taking into account the Convention against Torture on which Mr. Charkaoui relies. In this case, the “application” of the IRPA could not operate in such a way as to violate article 3 of the Convention against Torture, even if that Convention were incorporated into domestic law, because to date, no action has been taken against Mr. Charkaoui that might violate article 3 of the Convention against Torture. The applicable Canadian law (the impugned provisions of the IRPA and *Suresh*) is in complete harmony with the Convention against Torture, as long as no decision has been made to remove to a country where there is a risk of torture. Only then could a violation occur.

2001 « M. Chilwin Cheng »; Réunion 16, 2 mai 2001 « M. Andrew Brouwer »; Réunion 20 « Me Darlène Dubuisson-Balthazar ». L'étude du projet de loi article par article a suivi, lors des Réunions 22 du 8 mai 2001 et 24 du 15 mai 2001 (la réunion 23 du 10 mai 2001 s'est tenue à huis clos). Certains extraits de ces débats se trouvent à l'annexe 2 des présents motifs à titre d'éclairage seulement. À mon avis, il ressort de ces débats que la volonté des parlementaires n'était pas de faire en sorte que le droit international ait pour effet d'annuler ou de neutraliser l'application des dispositions claires de la LIPR. Si telle avait été la volonté du législateur, il l'aurait indiqué clairement, considérant que pareille disposition aurait eu des impacts extrêmement importants sur le droit interne. Je crois plutôt, comme les paroles des parlementaires le laissent transparaitre, que l'objectif était d'identifier clairement les valeurs du pays d'accueil, de s'assurer que les nouvelles conventions internationales signées par le Canada soient incluses, de permettre une interprétation évolutive de la LIPR et de souligner la volonté du législateur de respecter ses obligations internationales. Je ne crois pas qu'il faut y voir plus que cela.

[43] M. Charkaoui soutient en outre qu'en plus d'avoir un rôle interprétatif, l'alinéa 3(3)f) doit également guider la mise en œuvre de la LIPR. Même si M. Charkaoui avait raison sur ce point, je ne crois pas que l'article 3 de la Convention sur la torture serait irréconciliable avec la « mise en œuvre » du processus de pondération prévu à la LIPR. À cet égard, je crois qu'il faut retenir que la Cour suprême, dans l'arrêt *Suresh* a clairement validé l'exercice de pondération prévu à la LIPR, tout en tenant compte de la Convention contre la torture sur laquelle s'appuie M. Charkaoui. En l'espèce, la « mise en œuvre » de la LIPR ne pourrait pas avoir pour effet de contrevenir à l'article 3 de la Convention sur la torture, même si cette convention était importée en droit interne, puisqu'à ce jour, M. Charkaoui ne fait l'objet d'aucune mesure susceptible de contrevenir à l'article 3 de la Convention sur la torture. Le droit canadien applicable (les dispositions contestées de la LIPR et l'arrêt *Suresh*) s'harmonise très bien avec la Convention sur la torture, tant et aussi longtemps qu'aucune mesure de renvoi vers un pays où il y a risque de torture n'est décidée. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il pourrait y avoir contravention.

[44] To summarize, the decision in *Suresh*, upheld the balancing mechanism set out in the IRPA. The interpretation of paragraph 3(3)(f) of the IRPA leads to the conclusion that it is a general, interpretive provision that does not operate to incorporate international law into domestic law. The effect of that provision is not to give international law norms status equal or superior to domestic law, or to invalidate domestic law.

[45] We must keep all this in mind as we examine the other international law instruments cited by Mr. Charkaoui. In addition to the Convention against Torture, which I addressed above, he relies on the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Convention Relating to the Status of Refugees) and the International Covenant. He did not cite any specific provision.

[46] After reading the two conventions referred to above, I have concluded that this argument must be rejected. The explanation I gave concerning the role of international conventions in domestic law applies to those treaties. In addition, although I will not reproduce the text of the conventions here or analyse them exhaustively, I would like to mention several provisions that show that these two conventions place great weight on the objectives of national security and the public interest, and provide for exceptions accordingly (Convention Relating to the Status of Refugees, articles 9 and 32 and subsection 33(2); International Covenant, subsection 12(3), article 13, subsection 14(1), paragraph 19(3)(b), article 21 and subsection 22(2)). In my opinion, the texts of these international conventions are in complete harmony with Canadian law.

[47] I believe that the same thing can be said of the 1948 *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), Doc. A/810 UN (Universal Declaration), which Mr. Charkaoui also cited (see subsection 29(2)). The Universal Declaration is not, in any event, an international convention; rather, it is a resolution of the UN General Assembly. As such, it does not have mandatory effect. Justices Létourneau and Décary have in fact already reminded the applicant of this, in

[44] En somme, l'arrêt *Suresh* a validé le mécanisme de mise en balance prévu à la LIPR. L'interprétation de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR mène à la conclusion qu'il s'agit d'une disposition générale et interprétative n'ayant pas pour effet de faire pénétrer le droit international en droit interne. Cette disposition n'a pas pour effet de donner à des normes de droit international un statut égal ou supérieur au droit interne, ni le pouvoir de l'invalider.

[45] C'est en gardant tout cela à l'esprit qu'il faut examiner les autres instruments de droit international invoqués par M. Charkaoui. En plus de la Convention sur la torture dont je viens de traiter, il plaide la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (Convention relative au statut des réfugiés) et le Pacte international. Aucune disposition précise n'est alléguée.

[46] Après avoir pris connaissance des deux conventions précitées, j'en viens à la conclusion qu'il y a lieu de rejeter cet argument. En effet, l'explication que j'ai donné concernant le rôle des conventions internationales en droit interne s'applique à ces traités. De plus, sans reproduire ici le texte de ces conventions ou en faire une analyse exhaustive, je souhaite mentionner plusieurs dispositions qui montrent que ces deux conventions accordent une grande importance aux objectifs de sécurité nationale et d'ordre public et prévoient des exceptions en conséquence (Convention relative au statut des réfugiés, articles 9 et 32 et le paragraphe 33(2); Pacte international, articles, paragraphe 12(3), article 13, paragraphe 14(1), alinéa 19(3)b), article 21 et le paragraphe 22(2)). À mon avis, le texte de ces conventions internationales s'harmonise très bien avec le droit canadien.

[47] Je crois que l'on peut dire la même chose de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU. (Déclaration universelle), également invoquée par M. Charkaoui (voir paragraphe 29(2)). La Déclaration universelle n'est de toute façon pas une convention internationale, mais une résolution de l'assemblée générale de l'ONU. À ce titre, elle n'a pas de force obligatoire. Les juges Létourneau et Décary l'ont d'ailleurs déjà rappelé au requérant en

December 2004 (see *Charkaoui (Re)* [[2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.)], at paragraph 138).

[48] With respect to the CBR, I note that Mr. Charkaoui did not explain in his memorandum which provisions I should rely on to strike down the provisions of the IRPA. Paragraphs 1(b) (right to equality) and 2(b) (prohibition on cruel or unusual punishment or treatment) appear to me to be relevant. With respect to the right to equality, first, we must note the distinction made between Canadian citizens and non-citizens, which justifies the different treatment accorded to Mr. Charkaoui as compared to Canadian citizens. As a permanent resident, Mr. Charkaoui is subject to the IRPA, unlike Canadian citizens. That Act is an immigration code, in itself, which makes a clear distinction between citizens and non-citizens (see *Medovarski; Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, and *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.), at paragraph 62). The fact that a particular set of rules applies to non-citizens like Mr. Charkaoui is therefore not contrary to paragraph 1(b) of the CBR. On the final point, I will address the prohibition on cruel or unusual punishment or treatment (paragraph 2(b) of the CBR) in detail in my answer to question (iii), since Mr. Charkaoui has stated a number of other reasons as the basis for his arguments.

[49] To summarize, the provisions of the IRPA relating to claims for protection are not contrary to the Canadian Charter or to the international law instruments referred to above or the CBR. The answer to the second question is therefore “no”.

(iii) Did the Ministers and the Government of Canada, by their acts or omissions, treat the applicant in a manner prohibited by sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by the Convention against Torture when they, as they have done and continue to do, exposed him to being returned to a country where he is at risk of being tortured in the circumstances referred to in sections 77 to 85 of the IRPA?

[50] In Mr. Charkaoui’s submission, the fact that the Ministers are still considering returning him to Morocco,

décembre 2004 (voir *Charkaoui (Re)* [[2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.)], au paragraphe 138).

[48] Quant à la DCD, je note que M. Charkaoui n’a pas expliqué dans son mémoire sur quelles dispositions je devrais selon lui me fonder pour invalider des dispositions de la LIPR. Les alinéas 1b) (droit à l’égalité) et 2b) (interdiction des peines et traitements cruels ou inusités) m’apparaissent pertinents. Sur le droit à l’égalité d’abord, il faut rappeler la distinction qui s’impose entre citoyens et non citoyens canadiens, qui justifie le traitement différent dont fait l’objet M. Charkaoui par rapport aux citoyens canadiens. M. Charkaoui, en tant que résident permanent, est assujéti à la LIPR contrairement aux citoyens canadiens. Cette Loi est en soi un code de l’immigration qui fait une distinction claire entre citoyens et non citoyens (voir *Medovarski, Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, et *Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.), au paragraphe 62). Le fait qu’un régime particulier s’applique aux non citoyens comme M. Charkaoui n’est donc pas contraire à l’alinéa 1b) de la DCD. Finalement, j’aborderai en détail l’interdiction des traitements et peines cruels ou inusités (alinéa 2b) de la DCD) dans ma réponse à la question iii), puisque M. Charkaoui invoque plusieurs autres raisons pour fonder ses prétentions.

[49] En résumé, les dispositions de la LIPR touchant les demandes de protection ne vont ni à l’encontre de la Charte canadienne, ni des instruments de droit international précités, ni de la DCD. Je réponds donc par la négative à la deuxième question.

iii) Est-ce que les ministres et le gouvernement canadien ont, par leurs agissements ou leurs omissions, traité le requérant de manière prohibée par les articles 7, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et par la Convention contre la torture en l’exposant, comme ils l’ont fait et le font toujours, à un renvoi vers un pays où il risque la torture dans les circonstances des dispositions des articles 77 à 85 de la LIPR?

[50] Pour M. Charkaoui, le fait que les ministres envisagent toujours de le retourner au Maroc, et ce

and have been doing so since March 2003, amounts to treatment of him that is prohibited by sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter and by the Convention against Torture. The facts, acts and omissions, as presented by Mr. Charkaoui, that, in his opinion, establish mistreatment contrary to sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter and to the Convention against Torture, are as follows:

[TRANSLATION]

- The threat of return to face torture made by the Government of Canada against Mr. Charkaoui for over a year amounts to a form of torture or inhuman and degrading treatment, and is thus in itself a violation of the Convention against Torture as well as a violation of the Charter. . . . In fact, Mr. Charkaoui has been so affected by this situation that he has needed psychiatric medical treatment [see Mr. Charkaoui's memorandum, at paragraphs 24 and 37];
  - The PRRA report dated August 21, 2003, which concluded that there was a risk of torture if Mr. Charkaoui were returned to Morocco, was concealed for eight months. [see Mr. Charkaoui's memorandum, at paragraphs 43 and 68 (in fact, the delay was a little more than seven months: from August 21, 2003, to April 2, 2004)];
  - In a diplomatic note dated February 14, 2004, sent to Morocco, Canadian Foreign Affairs stated the opinion that Mr. Charkaoui [TRANSLATION] "is a threat to the security of Canada", even before examining the file on this point [see Mr. Charkaoui's memorandum, at paragraphs 66 and 67];
  - The Minister's delegate took into account Morocco's diplomatic response, dated April 18, 2004, and regarded it as a serious assurance. In Mr. Charkaoui's submission, this is not a genuine serious assurance [see Mr. Charkaoui's memorandum, paragraphs 6 and 31];
  - Mr. Charkaoui considers the twelve months that it took to obtain a response to the first protection claim (from July 31, 2003, the date when submissions were filed, to August 6, 2004, the date of the report) to be unacceptable. Mr. Charkaoui also considers the seven months that have passed since he send [*sic*] the demand seeking a favourable decision, in April 2005 (from April 6, 2005, the date when the first demand was made, to the date of the hearing on this application, October 4 and 5, 2005), to be unacceptable.
- La menace de renvoi vers la torture qu'exerce le Gouvernement canadien à l'égard de M. Charkaoui depuis plus d'un an équivaut à une forme de torture ou de traitement inhumain et dégradant, ce qui constitue en soi une violation de la Convention contre la torture en plus d'une violation de la Charte [. . .] D'ailleurs, M. Charkaoui est affecté par cette situation au point de nécessiter un suivi médical en psychiatrie [voir mémoire de M. Charkaoui, aux paragraphes 24 et 37];
  - On a dissimulé le rapport ERAR en date du 21 août 2003 qui concluait à un risque de torture si M. Charkaoui était renvoyé au Maroc pendant huit (8) mois [voir mémoire de M. Charkaoui, aux paragraphes 43 et 68 (en fait, le délai est d'un peu plus de 7 mois, soit du 21 août 2003 au 2 avril 2004)];
  - Dans une note diplomatique en date du 18 février 2004 envoyée au Maroc, les Affaires étrangères canadiennes émettaient l'opinion que M. Charkaoui « constitue une menace pour la sécurité du Canada » et ce, avant même d'avoir procédé à l'étude du dossier à cet égard [voir mémoire de M. Charkaoui, aux paragraphes 66 et 67];
  - La déléguée du ministre a pris en considération la réponse diplomatique du Maroc en date du 18 avril 2004 et en a tenu compte en tant qu'assurance sérieuse. Selon M. Charkaoui, il ne s'agit pas d'une véritable assurance sérieuse [voir mémoire de M. Charkaoui, paragraphes 6 et 31];
  - M. Charkaoui trouve inacceptable le délai de douze (12) mois pour obtenir la réponse à la première demande de protection (31 juillet 2003, date à laquelle les observations furent fournies, jusqu'au 6 août 2004, date du rapport). M. Charkaoui trouve aussi inacceptable le délai de sept (7) mois écoulé depuis sa mise en demeure de rendre une décision favorable, datant d'avril 2005 (du 6 avril 2005, date de la première mise en demeure, à la date de l'audition sur la présente requête, soit les 4 et 5 octobre 2005).

[51] The Ministers argue that the times in question are not excessive and that Mr. Charkaoui has not been treated differently from other people subject to similar proceedings.

#### Mr. Charkaoui's situation

[52] Mr. Charkaoui argues that the threat of removal to a country where he faces a risk of torture amounts to a form of torture. Mr. Charkaoui complains of the anxiety he has been caused by waiting for a decision on the protection claim made in July 2003, and reiterated in the demands made in April 2005 (the initial claim authorized removal to Morocco but was set aside by the Court). He adds that it is still possible that his protection claim will be refused, and that he will accordingly be returned to Morocco, the country where he faces a risk of torture.

[53] In my opinion, that argument must be rejected. First, with respect to section 7 of the Canadian Charter, Mr. Charkaoui does not refer in his memorandum to any judgment that would show me that proceedings such as the proceedings he is subject to amount to a violation of that section. Nor has Mr. Charkaoui specified what aspect of the section he is relying on.

[54] With respect to section 12 of the Canadian Charter, I have no doubt that the proceeding in question amounts to "treatment" within the meaning of that section, as Mr. Charkaoui claims. However, it is not treatment that can be characterized as cruel or unusual within the meaning of the Canadian Charter. The only authorities cited by Mr. Charkaoui in his memorandum are reports produced by Physicians for Human Rights, which is not a disinterested organization. I believe that we must keep in mind that the proceedings initiated by the Ministers against Mr. Charkaoui are very serious and necessarily involve grave consequences for his life. The grounds on which the security certificate is based, the arrest warrant, the preventive detention that is reviewed periodically and the release subject to 15 conditions certainly limit his liberty and autonomy, and the liberty and autonomy of his family and friends. The consequences of those proceedings are out of the ordinary. They certainly cause stress and, I am sure, are a constant source of worry for Mr. Charkaoui. It is a

[51] Pour leur part, les ministres allèguent que les délais en jeu ne sont pas exagérés et que M. Charkaoui n'est pas traité différemment des autres personnes assujetties à semblables procédures.

#### La situation de M. Charkaoui

[52] M. Charkaoui allègue que la menace de renvoi vers un pays où il y a risque de torture équivaut à une forme de torture. M. Charkaoui se plaint de l'anxiété que suscite chez lui l'attente d'une décision sur la demande de protection faite en juillet 2003 et qu'il a réitérée par des mises en demeure en avril 2005 (la demande initiale a autorisé un renvoi vers le Maroc, mais fut annulée par la Cour). Il ajoute qu'il y a toujours possibilité qu'il y ait un refus de sa demande de protection et qu'en conséquence, il soit renvoyé vers le Maroc, pays où il risquerait d'être torturé.

[53] À mon avis, cet argument doit être rejeté. D'abord, concernant l'article 7 de la Charte canadienne, M. Charkaoui n'a fait mention, dans son mémoire, d'aucun jugement me démontrant que les procédures auxquelles il est soumis constituent une violation de cet article. M. Charkaoui n'a pas précisé non plus sur quel volet de l'article il s'appuie.

[54] Quant à l'article 12 de la Charte canadienne, je n'ai pas de doute que la procédure en question constitue un « traitement » au sens de cet article, comme M. Charkaoui le prétend. Cependant, il ne s'agit pas d'un traitement que l'on peut qualifier de cruel ou d'inusité au sens de la Charte canadienne. Les seules autorités auxquelles renvoie M. Charkaoui dans son mémoire sont des rapports produits par l'organisation intéressée Physicians for Human Rights. Je crois qu'il faut garder à l'esprit que les procédures émises par les ministres contre M. Charkaoui sont très sérieuses et impliquent nécessairement des conséquences graves sur sa vie. Les motifs à la base du certificat de sécurité, le mandat d'arrestation, la détention préventive révisée périodiquement et la libération assortie de 15 conditions limitent certainement sa liberté et son autonomie, ainsi que celles de ses proches. Les conséquences de ces procédures sont hors de l'ordinaire. Elles causent assurément un stress et sont, j'en suis convaincu, une préoccupation constante pour M. Charkaoui. Toute

consequence of any legal proceeding (whether civil, criminal or immigration) that the people involved are affected. They have in common that they cause the people stress. The degree will of course vary, depending on the significance of the proceeding and the interests that could be affected. That is an inevitable consequence, inherent in the judicial process, and I find it hard to see how the ordinary conduct of an administrative and judicial process could be contrary to section 12 of the Canadian Charter. I sympathize with Mr. Charkaoui in this respect, but the proceedings must take their course in the interests of justice.

[55] In addition, it must be noted that there are two main factors that have contributed to the length of the proceedings in Mr. Charkaoui's case. The first is the complexity of the process itself and of the decisions made by the Ministers and their representatives. The second is the decisions that Mr. Charkaoui has made in the context of this case.

[56] First, a protection claim relating to a person named in a security certificate involves a number of actors who all have different jobs to do. There is the PRRA officer, who assesses the human rights situation in the country to which removal may be effected, having regard to the submissions filed by the person named in the certificate. Foreign Affairs Canada and Foreign Affairs Morocco have been involved, through the exchange of diplomatic letters. There is the intelligence branch officer, who analyses the facts for the purpose of the restriction assessment, in order to form an opinion as to the risk that the person presents to the security of Canada. The person concerned, who has to comment on the various documents submitted at every point in the consideration of the protection claim, is involved. And at the end of it all, there is the role of the Minister or the Minister's delegate, who must decide the protection claim. There are very probably other people who contribute to the consideration process. At the end of that process, the Minister or the Minister's delegate has to exercise the discretion that is the result of the weighing done. In some cases, as I noted in the answer to question (ii), alternatives may be considered to avoid removal to a country which might torture a person who, on the other hand, represents a security risk. In those

procédure judiciaire (qu'elle soit civile, criminelle ou d'immigration) a pour conséquence de toucher les personnes impliquées. Elles ont en commun de causer du stress chez ces personnes. Certes, le degré variera selon l'importance de la procédure et des intérêts susceptibles d'être atteints. Il s'agit là d'une conséquence inévitable inhérente au processus judiciaire, et je vois mal comment la marche normale d'un processus administratif et judiciaire pourrait être contraire à l'article 12 de la Charte canadienne. Je sympathise avec M. Charkaoui à ce sujet mais la procédure doit suivre son cours et ce, dans l'intérêt de la justice.

[55] Par ailleurs, il faut noter que deux principaux facteurs ont contribué à la durée des procédures dans le dossier de M. Charkaoui. D'une part, il y a la complexité du processus lui-même et les décisions prises par les ministres et leurs représentants. D'autre part, il y a les décisions prises par M. Charkaoui dans le cadre du présent dossier.

[56] D'abord, une demande de protection touchant une personne visée par le certificat de sécurité, implique plusieurs joueurs assumant différentes tâches. Il y a l'agent d'ERAR qui évalue la situation des droits de la personne dans le pays où il y a possibilité de renvoi tout en tenant compte des observations fournies par la personne visée par le certificat. Il y a l'implication des Affaires étrangères Canada et du Maroc dans un échange de lettres diplomatiques. Il y a l'agent de la direction générale des renseignements qui, dans le cadre d'une évaluation des restrictions, analyse les faits pour se former une opinion quant au risque que pose la personne visée à la sécurité du Canada. Il y a l'implication de la personne visée qui a à commenter les différents documents qu'on soumet à tout moment de l'étude de la demande de protection. À la toute fin, il y a le rôle du ministre ou de son délégué qui doit disposer de la demande de protection. Il y a fort probablement d'autres personnes qui contribuent au processus d'étude. À la fin de ce processus, le ministre ou son délégué a à assumer le pouvoir discrétionnaire découlant de l'exercice de pondération. Dans certains cas, comme je l'ai mentionné en réponse à la question ii), des solutions de remplacement peuvent être envisagées en vue d'éviter le renvoi vers un pays susceptible de torturer



cases, developing alternatives may be a lengthy process, because of the very nature of the alternatives. Then there is the final decision, the lawfulness of which is itself subject to review by the designated judge (subsection 80(1) of the IRPA). In short, the process is extremely complex and inevitably involves the passage of time. Making a quick decision, without taking the time to allow for complete consideration of the issues, the facts and the options to be explored, would certainly not do justice to the person concerned. In this case, the first protection claim was set aside and the proceedings were suspended. We must now await a decision on the protection claim that Mr. Charkaoui made again in April 2005. As of the date of this judgment, the time this has taken is understandable. (See *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142 (F.C.A.), at paragraph 86.)

[57] Moreover, the decisions that Mr. Charkaoui has made are relevant. Although Parliament intended that these proceedings be dealt with “informally and expeditiously” (paragraph 78(c) of the IRPA) and the undersigned at all times sought to get to the bottom of the matter with diligence, having regard to the parties’ interests, this was impossible. Numerous motions were brought in the course of these proceedings (first constitutional challenge to the security certificate and preventive detention, detention reviews and motion for recusal, in addition to the current constitutional and procedural challenge) that have occupied the time and energy of the parties and the Court. In all, the proceedings have been suspended for 13 months, twice at Mr. Charkaoui’s request, under subsection 79(1) of the IRPA. Each time that the Court set dates for the hearing to determine whether the certificate was reasonable, the dates were cancelled because of a suspension application or for some other reason. I am not criticizing Mr. Charkaoui for this; he chose to exercise the rights given him by the law. However, these acts and decisions have contributed to the length of the proceedings, and I must take this into account. In *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, Mr. Justice La Forest made the following comment, at page 838:

The appellant laid great stress on the “death row” phenomenon and the manner of execution. The death row

une personne représentant par ailleurs un risque à la sécurité. Dans ces cas, élaborer pareilles solutions peut être long, en raison de leur nature même. Puis, la décision finale est elle même sujette à un contrôle de la légalité par le juge désigné (paragraphe 80(1) de la LIPR). En somme, le processus est fort complexe et nécessite inévitablement le passage du temps. Ce ne serait certainement pas rendre justice à la personne visée que de prendre une décision rapide sans disposer d’une période permettant une réflexion complète sur les enjeux, les faits et les options à envisager. En l’espèce, la première demande de protection est annulée et la procédure est suspendue. Il faut maintenant attendre une décision sur la demande de protection, réitérée en avril 2005 par M. Charkaoui. En date du présent jugement, le délai est compréhensible. (Voir *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142 (C.A.F.), au paragraphe 86.)

[57] Par ailleurs, les décisions prises par M. Charkaoui sont pertinentes. Bien que le législateur ait voulu que ces procédures procèdent « sans formalisme et selon la procédure expéditive » (alinéa 78c) de la LIPR) et que le soussigné a toujours voulu vider le fond du litige avec diligence tout en tenant compte des intérêts des parties, ce fut impossible. Il y a eu de nombreuses requêtes prises dans le cadre des présentes procédures (premier débat constitutionnel concernant le certificat de sécurité et la détention préventive, révisions de la détention préventive, requête en récusation, en plus du présent débat constitutionnel et procédural) qui ont accaparé temps et énergie des parties et de la Cour. En tout, les procédures ont été suspendues pendant plus de 13 mois, à deux reprises sur demande de M. Charkaoui, en vertu du paragraphe 79(1) de la LIPR. À chaque fois que la Cour fixait des dates pour l’audition de la raisonnable du certificat, elles devaient être annulées à cause d’une demande de suspension ou pour une autre raison. Je n’en fais pas le reproche à M. Charkaoui, qui a choisi d’exercer des droits qui lui sont conférés par la loi. Cependant, ces faits, gestes et décisions contribuent à la durée des procédures et je dois en tenir compte. Le juge La Forest, dans l’affaire *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, faisait le commentaire suivant, à la page 838 :

L’appelant a accordé beaucoup d’importance au syndrome du « couloir de la mort » et à la méthode d’exécution. Le

phenomenon owes its existence in large part to the fact that it is not unusual for prisoners to spend many years on death row as they pursue their various appeals through the United States court system. The unwieldy and time-consuming nature of this generous appeal process has come under heavy criticism in the United States in recent years, and is the subject of efforts at reform. While the psychological stress inherent in the death row phenomenon cannot be dismissed lightly, it ultimately pales in comparison to the death penalty. Besides, the fact remains that a defendant is never forced to undergo the full appeal procedure, but the vast majority choose to do so. It would be ironic if delay caused by the appellant's taking advantage of the full and generous avenue of the appeals available to him should be viewed as a violation of fundamental justice; see *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (9th Cir. 1990), at p. 950. As in *Soering*, *supra*, there may be situations where the age or mental capacity of the fugitive may affect the matter, but again that is not this case.

Although that was an extradition case and the Judge's comments related to section 7 of the Canadian Charter, I believe that his reasoning can be applied, in part, to the analysis of the meaning of section 12 of the Canadian Charter. It may be difficult for a person who "takes advantage of the full and generous avenue of the appeals available," on the one hand, to argue successfully that his or her rights under the Canadian Charter have been jeopardized, on the other hand. In the case before us, Mr. Charkaoui twice requested a suspension of the proceedings, which he was granted. The determination as to whether the certificate is reasonable cannot be made, given those suspensions. The proceedings cannot be completed until that determination has been made. If the certificate were found to be unreasonable, that would be the end of the proceedings and Mr. Charkaoui would regain complete liberty. These comments must not be interpreted as blaming Mr. Charkaoui for the decisions he has made. The Court recognizes his right to make them. That is his right. Nonetheless, there are consequences.

[58] With respect to section 15 of the Canadian Charter, I have already cited the relevant case law, holding that the fact that particular rules apply to non-citizens like Mr. Charkaoui is not contrary to

syndrome du couloir de la mort doit son existence en grande partie au fait qu'il n'est pas rare que des prisonniers passent un grand nombre d'années dans le couloir de la mort en attendant l'issue de leurs divers appels dans le système judiciaire des États-Unis. La lourdeur et la lenteur de ce processus d'appel généreux a fait l'objet de nombreuses critiques aux États-Unis au cours des dernières années et des efforts sont faits actuellement pour le réformer. On ne peut pas écarter à la légère le stress psychologique inhérent au syndrome du couloir de la mort, mais il perd de son importance lorsqu'on le compare à la peine de mort. En outre, le fait demeure qu'un défendeur n'est jamais obligé d'avoir recours à la procédure d'appel dans son entier, mais la grande majorité choisit de le faire. Il serait paradoxal qu'un retard causé par le fait qu'un appellant tire avantage de toutes les voies de recours généreuses auxquelles il a droit soit considéré comme une violation de la justice fondamentale; voir *Richmond v. Lewis*, 921 F.2d 933 (9th Cir. 1990), à la p. 950. Comme dans l'arrêt *Soering*, précité, il peut y avoir des situations où l'âge et la capacité mentale du fugitif peuvent avoir un effet sur la question mais, encore une fois, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Bien que cette affaire en est une d'extradition et que le commentaire du juge portait sur l'article 7 de la Charte canadienne, je crois que son raisonnement peut être en partie repris dans l'analyse de la portée de l'article 12 de la Charte canadienne. Une personne qui « tire avantage de toutes les voies de recours généreuses » à sa disposition d'une part peut difficilement prétendre avec succès que ses droits sont mis en péril en vertu de la Charte canadienne d'autre part. Dans notre cas, M. Charkaoui a demandé à deux reprises la suspension des procédures, ce qui lui fut accordé. La détermination sur la raisonnable du certificat ne peut être faite étant donné ces suspensions. Les procédures ne pourront prendre fin que s'il y a une telle détermination qui est faite. Si le certificat était déclaré non-raisonnable, ce serait la fin des procédures et M. Charkaoui récupérerait sa pleine liberté. Ces commentaires ne doivent pas être interprétés comme un blâme envers M. Charkaoui en raison des décisions qu'il a prises. La Cour lui reconnaît le droit de les prendre. C'est son droit. Toutefois, il y a des conséquences.

[58] Quant à l'article 15 de la Charte canadienne, j'ai déjà cité la jurisprudence pertinente selon laquelle le fait qu'un régime particulier s'applique aux non citoyens, comme M. Charkaoui n'est pas contraire aux articles 7

sections 7 and 15 of the Canadian Charter (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration and Charkaoui (Re))* [[2004] 3 F.C.R. 32 (F.C.)]).

[59] Mr. Charkaoui also relies on the Convention against Torture, but does not cite any authority in support of his argument that the proceedings to which he is subject violate that Convention. The wording of the final portion of article 1, paragraph 1 of the Convention against Torture seems to indicate, rather, that an administrative or judicial process cannot be regarded as torture:

1. For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

Cruel, inhuman or degrading punishment or treatment is not defined anywhere in the Convention against Torture. Nonetheless, if the drafters of the Convention had intended to allow such proceedings to be regarded not as torture, but as cruel, inhuman or degrading punishment or treatment under article 16 of the Convention, they would not have been at pains to expressly exclude it in article 1. As a final point, I explained in my answer to question (ii) what the nature of the role of the Convention against Torture (and international treaties in general) is in the context of paragraph 3(3)(f) of the IRPA. Having regard to that interpretation and to the reasons given above (both in my reasons relating to the Canadian Charter and in those relating to the Convention against Torture), I am of the opinion that Mr. Charkaoui has not suffered any torture or cruel, inhuman or degrading punishment or treatment.

et 15 de la Charte canadienne (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) et Charkaoui (Re)* [[2004] 3 R.C.F. 32 (C.F.)]).

[59] M. Charkaoui s'appuie également sur la Convention contre la torture, mais n'invoque aucune autorité à l'appui de sa prétention voulant que les procédures auxquelles il est sujet violeraient cette Convention. Le libellé du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention contre la torture semble plutôt indiquer qu'un processus administratif ou judiciaire ne peut pas être considéré comme de la torture :

1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

Les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne sont définis nulle part dans la Convention contre la torture. Toutefois, si les rédacteurs de cette Convention avaient voulu permettre que des procédures puissent constituer non pas de la torture, mais une peine ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sous l'article 16 de cette Convention, ils n'auraient pas pris la peine de les exclure expressément dans l'article premier. Finalement, dans ma réponse à la question ii), j'ai expliqué de quelle nature est le rôle de la Convention contre la torture (et des traités internationaux en général) dans le contexte de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR. Tenant compte de cette interprétation et des raisons mentionnées ci-dessus (tant dans mes motifs portant sur la Charte canadienne que dans ceux portant sur la Convention contre la torture), je suis d'avis que M. Charkaoui ne fait ni l'objet de torture, ni d'une peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant.

Time Taken for Disclosure of the PRRA of August 21, 2003

[60] Mr. Charkaoui complains that eight months passed between the date on which the PRRA was completed (August 21, 2003), concluding that there was a risk of torture if he were removed to Morocco, and the date on which the report was disclosed to him (April 2, 2004). In Mr. Charkaoui's submission, this fact shows that he has been subject to mistreatment.

[61] Subsections 172(1), (2) and (3) of the IRPR provide for a procedure for disclosing the PRRA and the restriction assessment. Subsections 172(1) and (2) of the IRPR read as follows:

172. (1) Before making a decision to allow or reject the application of an applicant described in subsection 112(3) of the Act, the Minister shall consider the assessments referred to in subsection (2) and any written response of the applicant to the assessments that is received within 15 days after the applicant is given the assessments.

(2) The following assessments shall be given to the applicant:

(a) a written assessment on the basis of the factors set out in section 97 of the Act; and

(b) a written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act, as the case may be.

[62] If we consider the wording of the subsections set out above, it would seem that the assessments must be sent together, to allow for a written reply within 15 days after they are received. The record shows that the two assessments were disclosed to Mr. Charkaoui on April 2, 2004. In my opinion, the PRRA was not concealed. Some time did indeed pass between the point when the PRRA was completed and the point when the restriction assessment was done. The Ministers were required, however, under the IRPR, to deliver the two reports to Mr. Charkaoui at the same time, so that when he responded to the content of the reports he had access to essentially the same evidence (excluding the confidential evidence, for reasons of security) as did the decision maker. It is logical that the IRPR would be written this way, since it would be pointless to provide a person named in a security certificate with an incomplete file in

Le délai dans la communication de l'évaluation d'ERAR du 21 août 2003

[60] M. Charkaoui se plaint qu'un délai de huit mois se soit écoulé entre la date (le 21 août 2003) à laquelle a été finalisée l'évaluation d'ERAR concluant à un risque de torture en cas de renvoi vers le Maroc et la date où ce rapport lui a été communiqué (le 2 avril 2004). Selon M. Charkaoui, il s'agit d'un fait de nature à démontrer qu'il est sujet à de mauvais traitements.

[61] Les paragraphes 172(1), (2) et (3) du RIPR prévoient une procédure pour communiquer l'évaluation d'ERAR et l'évaluation des restrictions. Les paragraphes 172(1) et (2) de la LIPR se lisent comme suit :

172. (1) Avant de prendre sa décision accueillant ou rejetant la demande de protection du demandeur visé au paragraphe 112(3) de la Loi, le ministre tient compte des évaluations visées au paragraphe (2) et de toute réplique écrite du demandeur à l'égard de ces évaluations, reçue dans les quinze jours suivant la réception de celles-ci.

(2) Les évaluations suivantes sont fournies au demandeur :

a) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi;

b) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d(i) ou (ii) de la Loi, selon le cas.

[62] Si l'on se fie au libellé des paragraphes précités, il semblerait que les évaluations doivent être envoyées ensemble de façon à permettre une réplique écrite dans les 15 jours suivant la réception. Le dossier révèle que les deux évaluations furent communiquées à M. Charkaoui le 2 avril 2004. À mon avis, il n'y a pas eu dissimulation de l'évaluation d'ERAR. Un laps de temps s'est effectivement écoulé entre le moment où l'évaluation d'ERAR a été terminée et le moment où l'évaluation des restrictions l'a été. Les ministres étaient cependant tenus, en vertu du RIPR, de remettre les deux rapports en même temps à M. Charkaoui pour lui permettre de répondre au contenu de ces rapports en disposant essentiellement (à l'exclusion de la preuve confidentielle pour des raisons de sécurité) des mêmes éléments que le décideur. Il est logique que le RIPR soit ainsi rédigé, puisqu'il serait inutile de remettre à la

cases where the PRRA was completed before the restriction assessment. An incomplete report could only result in a premature and partial reply. That being said, it might have been worth drafting the subsections in question more clearly, to ensure that when the reports were completed they were sent at the same time to the person concerned, so that he or she could reply within 15 days, or to allow disclosure of the PRRA or the restriction assessment once each was completed.

#### The Diplomatic Note of February 18, 2004

[63] The third fact that Mr. Charkaoui characterized as mistreatment is the opinion stated in the diplomatic note from Foreign Affairs Canada dated February 18, 2004, describing him as a threat to the security of Canada.

[64] In my opinion, the objective of that letter was to obtain certain information and assurances from Morocco concerning human rights if Mr. Charkaoui were returned. The opinion expressed in it reiterates in full the opinion of the Ministers as set out in the security certificate dated May 16, 2003. It is not the opinion of the Minister's delegate, because the delegate's opinion regarding the danger that Mr. Charkaoui presented was not formalized until August 6, 2004, five months after the diplomatic note was sent. In addition, the opinion set out in the diplomatic note was nothing new. The opinion that Mr. Charkaoui is a threat to the security of Canada had been widely publicized by the media. Only the decision as to whether the certificate is reasonable will make it possible to say whether that opinion is sound or not. This therefore cannot be found to be a fact that amounts to mistreatment.

[65] In his memorandum, Mr. Charkaoui seems to have added to the facts by claiming that the Minister's delegate should not have used the diplomatic note from Morocco, dated April 18, 2004, in the analysis of the first protection claim (paragraph 6 of Mr. Charkaoui's memorandum). Because that decision was set aside by order dated March 21, 2005, I need not rule as to the

personne visée par le certificat de sécurité, un dossier incomplet dans les cas où l'évaluation d'ERAR est terminée avant l'évaluation des restrictions. Un rapport incomplet ne pourrait donner lieu qu'à une réplique prématurée et partielle. Ayant dit ceci, il y aurait peut être lieu de rédiger plus clairement les paragraphes en question de façon à s'assurer que lorsque les rapports sont finalisés, ils sont envoyés en même temps à la personne visée pour obtenir sa réplique dans les 15 jours ou encore de permettre la communication de l'évaluation d'ERAR ou de l'évaluation des restrictions dès qu'elles sont finalisées.

#### La note diplomatique du 18 février 2004

[63] Le troisième fait que M. Charkaoui a qualifié de mauvais traitement est l'opinion exprimée dans la note diplomatique des Affaires étrangères Canada en date du 18 février 2004, selon laquelle il est une menace à la sécurité du Canada.

[64] À mon avis, l'objectif de cette lettre était d'obtenir du Maroc certaines informations et des assurances concernant les droits de la personne si M. Charkaoui était retourné. L'opinion qui y est exprimée reprend intégralement l'opinion des ministres telle que contenue dans le certificat de sécurité daté du 16 mai 2003. Il ne s'agit pas de l'opinion de la déléguée du ministre car son opinion quant au danger que représente M. Charkaoui n'a été officialisée que le 6 août 2004, soit plus de cinq mois après l'envoi de la note diplomatique. De plus, l'opinion incluse dans la note diplomatique n'a rien de nouveau. L'opinion selon laquelle M. Charkaoui est une menace à la sécurité du Canada a été largement médiatisée. Ce n'est que la décision sur la raisonnable du certificat qui permettra de dire s'il s'agit d'une opinion bien fondée ou non. Cela ne peut donc pas être retenu comme étant un fait équivalent à un mauvais traitement.

[65] M. Charkaoui a semblé dans son mémoire ajouter aux faits en prétendant que la déléguée du ministre n'aurait pas dû utiliser la note diplomatique du Maroc en date du 18 avril 2004 dans le cadre de son analyse de la première demande de protection (paragraphe 6 du mémoire de M. Charkaoui). Cette décision ayant été annulée par ordonnance en date du 21 mars 2005, je n'ai

propriety of using the diplomatic note in making the decision. However, I note that the record shows that counsel for Mr. Charkaoui filed submissions concerning the correspondence exchanged between Foreign Affairs Canada and Foreign Affairs Morocco (see the letter from Ms. Doyon dated July 27, 2004, in the Court's record). I would add that this kind of exchange of diplomatic notes would be part of the evidence that would be relevant in deciding whether a decision on a protection claim was lawful (see subsection 80(1) of the IRPA). This fact therefore does not amount to mistreatment.

#### Time Taken to Respond to Protection Claims

[66] The final set of facts alleged to amount to mistreatment involve the time taken to respond to the protection claims. The first claim was dealt with over a period of 12 months. The second protection claim is currently being considered, and has been for the last seven months. In my analysis of Mr. Charkaoui's situation, I described my understanding of the procedure that is followed when a protection claim is made. I would add that a claim of this nature has to take into consideration the facts that result from the passage of time. A situation may change over time. For example, it was not until September 2004 that an international arrest warrant was issued by Morocco against Mr. Charkaoui. When the diplomatic note from Morocco dated April 18, 2004 was written and the decision of the Minister's delegate dated August 6, 2004 was made, the international arrest warrant had not been issued. This shows that events may have a definite impact on the process of considering a protection claim. Accordingly, I cannot conclude that the time that has passed in this case, for consideration of Mr. Charkaoui's protection claim, amount to mistreatment. That finding is based on the time that has passed to date. The reasonableness of the time may have to be reassessed in future.

[67] For these reasons, I find that Mr. Charkaoui's situation does not, in itself, amount to cruel or unusual treatment within the meaning of the sections of the Canadian Charter cited by Mr. Charkaoui or the meaning of the Convention against Torture. Nor do I believe that the Ministers' conduct (whether because of

pas à me prononcer sur la pertinence de l'emploi de la note diplomatique dans la prise de décision. Toutefois, je note que le dossier révèle que M. Charkaoui, par l'entremise de son avocate, a communiqué ses observations concernant l'échange de correspondance entre les Affaires étrangères Canada et du Maroc (voir la lettre de M<sup>e</sup> Doyon datée du 27 juillet 2004 au dossier de la Cour). J'ajoute que ce genre d'échange de notes diplomatiques ferait partie de la preuve pertinente pour décider de la légalité d'une décision traitant d'une demande de protection (voir paragraphe 80(1) de la LIPR). Ce fait ne constitue donc pas un mauvais traitement.

#### Les délais de réponse aux demandes de protection

[66] Les derniers faits reprochés sont les délais pris pour répondre aux demandes de protection. La première demande fut traitée pendant une période de 12 mois. La deuxième demande de protection est actuellement à l'étude et ce, depuis sept mois. J'ai déjà fait état, dans mon analyse de la situation de M. Charkaoui, de ma compréhension de la procédure suivie à la suite d'une demande de protection. J'ajoute qu'une telle demande doit prendre en considération les faits découlant du passage du temps. Une situation peut changer avec le temps. À titre d'exemple, ce n'est qu'en septembre 2004 qu'un mandat d'arrêt international a été émis par le Maroc contre M. Charkaoui. Lors de la rédaction de la note diplomatique du Maroc en date du 18 avril 2004 et de la décision de la déléguée du ministre en date du 6 août 2004, le mandat d'arrêt international n'était pas émis. Ceci démontre que des événements peuvent avoir un impact certain sur le processus d'étude d'une demande de protection. Ainsi, je ne peux conclure que les délais qui se sont écoulés en l'espèce pour étudier la demande de protection de M. Charkaoui, constituent un mauvais traitement. La présente conclusion est basée sur les délais actuellement écoulés. Leur raisonabilité pourra éventuellement être réévaluée dans le futur.

[67] Pour ces raisons, j'estime que la situation de M. Charkaoui en soi ne constitue pas un traitement cruel ou inusité au sens des articles de la Charte canadienne invoqués par M. Charkaoui ou au sens de la Convention contre la torture. Quant à la conduite des ministres (que ce soit en raison des délais de communication de

the time taken to disclose the PRRA, the wording of the diplomatic note or the time taken to process the protection claim) amounts to cruel or unusual treatment within the meaning of those instruments.

- (iv) Did the Ministers and the Government of Canada by their acts, create an appearance of bias that disqualifies them as decision makers and prevents them from performing the functions assigned to them by the Act?

[68] Mr. Charkaoui further argues that in processing the protection claim, the Government of Canada, the Ministers and their employees engaged in actions that created an appearance of bias that prevents them in future from making objective and unbiased decisions under the IRPA. To show the existence of an appearance of bias, Mr. Charkaoui cited the same facts (see paragraph 65 of his memorandum) as the facts he used to show that he is the victim of cruel or unusual treatment (see the reasons in this judgment in the answer to question (iii)).

[69] Mr. Charkaoui submits that the actions of the Government of Canada, that is, of the Ministers and their representatives, taken as a whole, give rise to a reasonable apprehension of bias, and that in this situation the decision makers are no longer able to perform their duties under the IRPA in respect of him. Mr. Charkaoui cited *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 to define the test for determining whether there is a reasonable apprehension of bias. The question is whether reasonable and right-minded persons, thinking the matter through and viewing it realistically and practically, would arrive at the conclusion that there is an apprehension of bias. The grounds for the apprehension must be serious.

[70] I explained in my answer to question (iii) why I believe that the actions cited by Mr. Charkaoui do not amount to mistreatment. I would add that, as a whole, they do not appear to me to be actions such as would indicate an appearance of bias on the part of the decision makers, since they are actions carried out in compliance with the IRPA. For that reason, I find that a reasonable and right-minded person with thorough knowledge of

l'évaluation ERAR, du libellé de la note diplomatique ou des délais de traitement de la demande de protection), je ne crois pas qu'elle constitue non plus un traitement cruel ou inusité au sens de ces mêmes textes.

- iv) Est-ce que les ministres et le gouvernement canadien ont par leurs agissements créé une apparence de partialité qui les disqualifie comme décideurs et les empêche d'assumer les fonctions que la loi leur attribue?

[68] M. Charkaoui fait valoir, en outre, que le gouvernement canadien, les ministres et leurs employés ont posé, lors du traitement de la demande de protection, des gestes créant une apparence de partialité les empêchant de prendre à l'avenir des décisions objectives et impartiales en vertu de la LIPR. Pour démontrer l'existence d'une apparence de partialité, M. Charkaoui invoque les mêmes éléments (voir paragraphe 65 de son mémoire) que ceux qu'il emploie pour démontrer qu'il est victime d'un traitement cruel et inusité (voir les motifs du présent jugement en réponse à la question iii)).

[69] M. Charkaoui soutient que les faits et gestes du gouvernement canadien, soit les ministres et leurs représentants, pris dans leur ensemble, font naître une crainte raisonnable de partialité et que de cette situation, les décideurs ne peuvent plus assumer leurs obligations découlant de la LIPR à son égard. M. Charkaoui plaide l'affaire *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673 pour définir le test permettant de déterminer s'il y a crainte raisonnable de partialité. Il s'agit de se demander si une personne sensée et raisonnable qui étudierait la question en profondeur de façon réaliste et pratique en arriverait à la conclusion qu'il y a crainte de partialité. Les motifs de crainte doivent être sérieux.

[70] J'ai expliqué dans ma réponse à la question iii) pourquoi je considère que les faits et gestes qu'invoque M. Charkaoui n'équivalent pas à un mauvais traitement. J'ajoute que dans leur ensemble, ils ne m'apparaissent pas comme étant des faits et gestes indiquant une apparence de partialité des décideurs puisqu'il s'agit de gestes posés en conformité avec la LIPR. C'est pourquoi je conclus que la personne sensée et raisonnable ayant

the case would arrive at the same determination.

une connaissance en profondeur du dossier en arriverait à la même constatation.

[71] The answer to question (iv) is therefore “no.”

[71] Je réponds donc par la négative à la question iv).

(v) Do the treatment to which the applicant has been exposed and continues to be exposed and the acts of the Government of Canada toward him, justify a permanent suspension of the proceedings against the applicant and the other orders sought?

v) Est-ce que le traitement auquel a été exposé et est toujours exposé le requérant et les agissements du gouvernement canadien envers lui justifient la suspension permanent de l’instance engagée contre le requérant et les autres ordonnances recherchées?

[72] As I noted in my answer to question (iii), Mr. Charkaoui has claimed that he is subject to a proceeding and to circumstances the effect of which is similar to torture, or to a form of torture or inhuman and degrading treatment. In addition, Mr. Charkaoui is of the opinion that the procedure followed and the decisions made amount to an abuse of process such as would justify suspending the proceedings.

[72] Comme je l’ai mentionné dans ma réponse à la question iii), M. Charkaoui a allégué qu’il est sujet à une procédure et à des circonstances dont l’effet s’apparente à de la torture ou encore à une forme de torture ou de traitement inhumain et dégradant. En outre, M. Charkaoui est d’avis que la procédure suivie et les décisions prises équivalent à de l’abus de procédure justifiant la suspension de l’instance.

[73] In reply, the Ministers argue that there is nothing to justify suspending the hearing. They submit that a suspension of proceedings is a last resort and that there is no situation that would justify a finding of abuse of process. In their submission, the procedures for filing a security certificate, the arrest warrant, detention and detention reviews have been properly followed.

[73] En réponse, les ministres plaident que rien ne justifie la suspension de l’instance. Ils soutiennent que la suspension des procédures est une mesure ultime et qu’il n’y a pas de situation justifiant une constatation d’abus de procédure. Selon eux, les procédures pour le dépôt d’un certificat de sécurité, le mandat d’arrestation, la détention et les révisions de la détention ont été adéquatement suivies.

[74] In the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 91, at paragraph 12, that Court had occasion to reiterate that a suspension of proceedings is a draconian and exceptional remedy:

[74] Dans l’affaire récente *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91, au paragraphe 12, la Cour suprême du Canada a eu l’occasion de rappeler que la suspension des procédures constitue une forme de réparation draconienne et exceptionnelle :

. . . [t]his Court has in past decisions ruled that the stay of proceedings is a remedy that must be limited to the most serious cases, such as in situations involving abuse by the prosecution (*R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at para. 53; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 59; *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 59 and 68).

[...] la jurisprudence de notre Cour a statué qu’il faut réserver la réparation que constitue l’arrêt des procédures aux cas les plus graves, notamment dans les situations d’abus de la part de la poursuite (*R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 53; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 59; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 59 et 68).

[75] The dissenting opinion of Madam Justice McLachlin (as she then was) in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at page 1007, cited with approval in *R. v.*

[75] La dissidence de la juge McLachlin [maintenant juge en chef] dans l’arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la page 1007, citée avec approbation dans *R. c.*



*Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, at paragraph 50, provides a good summary of the meaning of the concept of abuse of process:

In summary, abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice. I add that I would read these criteria cumulatively.

[76] Since I have had to answer four questions in detail since starting this analysis and I do not want to repeat myself, I will simply point out that I have identified nothing that amounts to an abuse of process in relation to Mr. Charkaoui. I see nothing oppressive or vexatious and the principles of fundamental justice have been followed from the outset. In this case, the procedure followed in relation to the signing of the security certificate, detention and release on conditions has followed the process set out in the IRPA and the IRPR. The same is true for the protection claims, although the facts changed along the way. As a final point, I would add that the Court has had to review certain of the decisions made in the course of this case and that no abuse of process such as would justify a permanent suspension has been found, whether in relation to the signing of the security certificate, preventive detention, release on conditions or the protection claim. On the contrary, it is in the interests of justice that this matter proceed to its conclusion. It is also in Mr. Charkaoui's interests that it do so.

[77] The answer to the fifth question is therefore "no". I do not see any fact situation in this case that might amount to an abuse of process such as would justify a permanent suspension of the proceedings. I would add that if I had found that there was a fact situation that might resemble such an abuse, I would have had to consider alternative remedies for rectifying the fact situation before contemplating a permanent suspension of the proceedings (see *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, at paragraph 80).

*Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, au paragraphe 50, résume bien la signification de la notion d'abus de procédure :

En résumé, l'abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice. J'ajouterais que j'interprète ces conditions de façon cumulative.

[76] Ayant à répondre en détail à quatre questions depuis le début de cette analyse et ne voulant pas me répéter, je souligne simplement que je n'ai pas identifié quoi que ce soit qui équivaille à un abus de procédure à l'égard de M. Charkaoui. Je n'y vois rien d'oppressif ou de vexatoire et les principes fondamentaux de justice ont été suivis depuis le début. En l'espèce, la procédure suivie lors de la signature du certificat de sécurité, de la détention, de la libération sous conditions, suivent la démarche prévue à la LIPR et au RIPR. Il en est de même des demandes de protection, bien que les faits aient changé en cours de route. En dernier lieu, j'ajoute que la Cour a eu à réviser certaines décisions prises dans le cours du présent dossier et qu'aucun abus de procédure justifiant une suspension permanente n'a été constaté, que ce soit en ce qui a trait à la signature du certificat de sécurité, à la détention préventive, à la libération sous conditions ou à la demande de protection. Au contraire, il est dans l'intérêt de la justice que le présent dossier chemine jusqu'à sa finalité. Il en va de même de l'intérêt de M. Charkaoui.

[77] Je réponds donc à cette cinquième question par la négative. Je ne vois pas en l'espèce de situation de faits pouvant équivaloir à un abus de procédure justifiant une suspension permanente des procédures. J'ajoute que si j'avais constaté qu'il y avait une situation de faits pouvant s'y apparenter, j'aurais eu à prendre en considération des mesures réparatrices de rechange afin de corriger la situation de faits avant d'envisager une suspension permanente des procédures (voir *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, au paragraphe 80).

## VI. OTHER MATTERS

[78] Mr. Charkaoui made additional arguments, briefly and with little in the way of grounds. I will attempt to address them all.

### Violation of the Rights of Members of the Arabic and Muslim Community

[79] In Mr. Charkaoui's submission, the procedure followed by the Ministers in this case is an improper and unconstitutional use of the IRPA. In his opinion, that procedure [TRANSLATION] "exposes the members of the Arabic and Muslim community, like the applicant, to the violation of their most [*sic*] essential fundamental rights and to administrative and judicial errors" (see Mr. Charkaoui's memorandum, paragraph 27). I have carefully examined the affidavits in support of the application, and I have not identified any evidence on this point. I therefore need not respond to it specifically.

### Right to a Special Advocate

[80] I have also noted that at paragraph 4 of his affidavit dated May 9, 2005, Mr. Charkaoui asks that he be granted the right to a special advocate to represent his interests and to respond to the evidence that has been kept confidential for reasons of national security. That subject was not addressed in oral argument and is not dealt with specifically in Mr. Charkaoui's memorandum. I therefore need not respond to it. Nonetheless, I would say to the applicant that this subject was addressed by the Federal Court of Appeal in *Charkaoui (Re)* [[2005] 2 F.C.R. 299], at paragraphs 123-126, and by Madam Justice Dawson of this Court in *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416. In both those cases, the Courts refused to grant such a right to persons named in a security certificate. I therefore need not deal with this argument in further detail.

### Decision-making Powers Assigned to the Executive Branch

[81] Mr. Charkaoui's final argument is that the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister's officials are not an appropriate tribunal within the meaning of article 14 of the International Covenant. That article provides:

## VI. AUTRES SUJETS

[78] M. Charkaoui présente de façon brève et peu motivée, des arguments additionnels. Je tenterai de tous les aborder.

### La violation des droits des membres de la communauté arabe et musulmane

[79] Selon M. Charkaoui, la démarche suivie par les ministres dans le présent dossier est une utilisation abusive et inconstitutionnelle de la LIPR. Selon lui, cette démarche « expose les membres de la communauté arabe et musulmane comme, [*sic*] le requérant à la violation de leurs droits fondamentaux les plus vitaux et aux erreurs administratives et judiciaires » (voir mémoire de M. Charkaoui, paragraphe 27). Ayant attentivement examiné les affidavits à l'appui de la requête, je n'ai retracé aucun élément de preuve à ce sujet. Je n'ai donc pas à y répondre spécifiquement.

### Le droit à l'avocat spécial

[80] J'ai aussi noté que M. Charkaoui demande, au paragraphe 4 de son affidavit daté du 9 mai 2005, que le droit à un avocat spécial lui soit accordé pour représenter ses intérêts et pour répondre à la preuve demeurée confidentielle pour des raisons de sécurité nationale. Ce sujet n'a pas été abordé lors de la plaidoirie et n'est pas traité spécifiquement dans le mémoire de M. Charkaoui. Je n'ai donc pas à y répondre. Toutefois, je fais remarquer au requérant que ce sujet a été traité par la Cour d'appel fédérale dans *Charkaoui (Re)* [[2005] 2 R.C.F. 299], aux paragraphes 123 à 126 et par la juge Dawson de notre Cour dans l'arrêt *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416. Dans ces deux affaires, les Cours ont refusé de reconnaître ce droit aux personnes visées par un certificat de sécurité. Je n'ai donc pas à traiter plus en détail de cet argument.

### Les pouvoirs décisionnels confiés à l'exécutif

[81] Finalement, M. Charkaoui prétend que le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ses fonctionnaires ne constituent pas une instance appropriée au sens de l'article 14 du Pacte international. Cet article prévoit que :

In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

[82] The explanations provided in answer to question (ii) apply in this situation for determining the role of the International Covenant in relation to domestic law. Moreover, in Canadian legislation, Parliament often assigns the power to make decisions that affect individuals' rights to the executive branch and administrative decision makers. In immigration, the executive plays a major role (in particular in relation to inadmissibility and protection claims). Those decisions may be reviewed by the Federal Court. The same is true of a decision concerning a protection claim (by a person named in a security certificate; see paragraph 80(1) of the IRPA).

[82] Les explications données en réponse à la question ii) s'appliquent ici pour déterminer quel est le rôle du Pacte international par rapport au droit interne. Par ailleurs, dans les lois canadiennes, le législateur confie souvent à l'exécutif et à des décideurs administratifs le pouvoir de prendre des décisions qui affectent les droits des justiciables. Dans le domaine de l'immigration, l'exécutif joue un rôle important (notamment en matière d'interdiction de territoire et de demandes de protection). Ces décisions sont révisables par la Cour fédérale. Il en va de même d'une décision concernant une demande de protection (par une personne assujettie à un certificat de sécurité, voir paragraphe 80(1) de la LIPR).

[83] This subject was also addressed in the first constitutional challenge. At issue was the Ministers' decision to sign a security certificate and arrest warrant. The same principles apply in this case. Under the IRPA, the executive has a role to play. The judicial branch becomes involved when necessary. That system was upheld by the Federal Court of Appeal in *Charkaoui (Re)*, at paragraph 65:

[83] Le même sujet fut abordé lors du premier débat constitutionnel. Il s'agissait de la décision des ministres de signer un certificat de sécurité et un mandat d'arrestation. Les mêmes principes s'appliquent au présent dossier. Sous la LIPR, l'exécutif a un rôle à assumer. Le pouvoir judiciaire intervient s'il y a lieu. Ce système fut validé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*, au paragraphe 65 :

It is undeniable that the initial inadmissibility decision is made by the executive, as are thousands of other decisions made by government ministers, but that decision is subject to the intervention of the judiciary as is often the case for the decisions of federal agencies or a multitude of ministerial or governmental decisions. So there is nothing unlawful, still less abnormal, in a decision of public interest being taken by a minister of the government who is responsible for enforcing the statute under which that decision is made.

Il est indéniable que la décision initiale d'interdiction de territoire est prise par le pouvoir exécutif, comme d'ailleurs des milliers d'autres décisions prises par les ministres du gouvernement, mais elle est sujette à intervention du pouvoir judiciaire comme c'est aussi souvent le cas pour les décisions d'organismes fédéraux ou une multitude de décisions ministérielles ou gouvernementales. Il n'y a donc rien d'illégal, encore moins d'anormal, à ce qu'une décision d'intérêt public soit prise par un ministre du gouvernement, chargé de l'application de la loi en vertu de laquelle cette décision est prise.

(The application for leave to appeal from that judgment was allowed by the Supreme Court of Canada [[2005] C.S.C.R. No. 66 (QL)] and the hearing is scheduled for early in 2006.)

(La demande d'autorisation d'en appeler de ce jugement fut accordée par la Cour suprême du Canada [[2005] C.S.C.R. n° 66 (QL)] et l'audition est prévue dans la première partie de 2006.)

[84] To support that passage, I note what the Supreme Court wrote in *Suresh*, at paragraph 121, concerning the

[84] À l'appui de cet extrait, je prends note de ce que la Cour suprême écrivait dans l'arrêt *Suresh*, au

balancing provision in paragraph 53(1)(b) of the former Act and the possibility of holding a hearing:

Weighing these factors together with all the circumstances, we are of the opinion that the procedural protections required by s. 7 in this case do not extend to the level of requiring the Minister to conduct a full oral hearing or a complete judicial process. However, they require more than the procedure required by the Act under s. 53(1)(b)—that is, none—and they require more than Suresh received.

[85] Section 116 of the IRPA and Division 4 of the IRPR in fact grant a person named in a security certificate more rights than did paragraph 53(1)(b) of the former Act. Briefly, they provide for the possibility of a hearing where the credibility of the person concerned is in issue, a procedure for disclosing documents and the right to reply, and the obligation of the decision maker to have regard to all evidence in the file (see sections 167, 173 and 174 of the IRPR).

[86] As a final point, it is surprising, to say the least, that the applicant has made this argument, given that a similar argument was rejected by the Federal Court of Appeal in *Charkaoui (Re)*, at paragraphs 139-143. The argument is therefore rejected again.

## VII. CONCLUSION

[87] In so far as possible, and taking into account the application, the affidavits, the documents filed, the memoranda of fact and law and oral argument, I have answered all of the questions submitted having regard to the Canadian Charter, the IRPA, the IRPR, the CBR and the international law instruments cited by Mr. Charkaoui. In oral argument, counsel placed more weight on certain items, but all of them have been taken into consideration.

[88] Having examined the constitutional question posed in detail (see point (ii) of the analysis), my answer is that the provisions of the IRPA governing claims for protection (paragraphs 95(1)(c) (final portion), 112(3)(d) and 113(b) and (c), subparagraphs (d)(i) and

paragraphe 121, au sujet de l'article de mise en balance de l'alinéa 53(1)(b) de l'ancienne Loi et de l'opportunité de tenir une audience :

Après pondération de ce facteur et de toutes les circonstances, nous estimons que les garanties procédurales dictées par l'art. 7 en l'espèce ne vont pas jusqu'à obliger la ministre à tenir une audience ou une instance judiciaire complète. Elles commandent toutefois davantage que la procédure que requiert l'alinéa 53(1)(b) de la Loi—c'est-à-dire, aucune—et que celle dont M. Suresh a bénéficié.

[85] L'article 116 de la LIPR et la section 4 du RIPR donnent d'ailleurs plus de droits à la personne visée par un certificat de sécurité que l'alinéa 53(1)(b) de l'ancienne Loi. De façon sommaire, on prévoit la possibilité d'une audience lorsque la crédibilité de la personne visée est en jeu, une procédure de communication des documents et le droit à la réplique et l'obligation du décideur de prendre en considération tous les éléments du dossier (voir les articles 167, 173, 174 du RIPR).

[86] Finalement, il est pour le moins surprenant que le requérant avance cet argument, puisqu'un argument similaire a été rejeté par la Cour d'appel fédérale dans *Charkaoui (Re)*, aux paragraphes 139 à 143. L'argument est donc de nouveau rejeté.

## VII. CONCLUSION

[87] Dans la mesure du possible et tout en tenant compte de la requête, des affidavits, des documents déposés, des mémoires des faits et de droit ainsi que des plaidoiries, j'ai répondu à toutes les questions posées en tenant compte de la Charte canadienne, de la LIPR, du RIPR, de la DCD et des instruments de droit international invoqués par M. Charkaoui. Dans leurs plaidoiries, les procureurs ont davantage insisté sur certains des textes, mais tous ont été pris en considération.

[88] Ayant étudié en détail la question constitutionnelle posée (voir le point ii) de l'analyse), je réponds que les dispositions de la LIPR régissant les demandes de protection (les alinéas 95(1)(c) *in fine*, 112(3)(d), 113(b), c) et les sous-alinéas d)(i) et (ii) et le

(ii) and subsection 115(2), read together with subsection 77(2)) and sections 167-172 of the IRPR do not violate sections 7, 12 and 15 of the Canadian Charter, the CBR, the Convention against Torture, the Convention Relating to the Status of Refugees, the International Covenant or the Universal Declaration. In short, Mr. Charkaoui has not persuaded the Court that the protection claims system established by the IRPA is unconstitutional. Mr. Charkaoui failed to show that the IRPA, the application of that Act to him or the decisions made amount to torture, inhuman treatment or degrading treatment. The ordinary procedure has followed its course, and the length of that procedure at this point is due to its inherent complexity and the legitimate decisions made by Mr. Charkaoui and his representatives and by the Ministers and their representatives.

[89] The system established by Parliament for protecting persons named in a security certificate is accordingly declared to be valid. Nonetheless, it should be stressed that any deportation order made against a person named in a security certificate continues to be fully subject to review for lawfulness, having regard to the Canadian Charter and to *Suresh*. In this case, no such decision is before the Court.

[90] I have reviewed the five questions asked by Mr. Charkaoui, reproduced in paragraph 29 of this judgment, and the answer to each of those questions is “no”. Unless there is something that I missed, I have also responded to all of the additional concerns raised by Mr. Charkaoui in his memorandum. Accordingly, the application is dismissed and the relief sought is denied.

#### ORDER

##### THE COURT ORDERS THAT:

- Mr. Charkaoui’s application be dismissed.

#### APPENDIX 1

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

paragraphe 115(2) en lien avec le paragraphe 77(2)) et les articles 167 à 172 du RIRP ne violent pas les articles 7, 12 et 15 de la Charte canadienne, ni la DCD, la Convention contre la torture, la Convention relative au statut des réfugiés, le Pacte international ou la Déclaration universelle. Sommairement, M. Charkaoui n’a pas réussi à convaincre la Cour que le système de demande de protection mis sur pied par la LIPR était inconstitutionnel. M. Charkaoui n’a pas démontré que la LIPR, son application à son égard ou les décisions prises, équivalaient à un traitement de torture, de traitement inhumain ou de traitement dégradant. La procédure normale a suivi son cours et sa durée pour le moment est due à sa complexité inhérente et aux décisions légitimes prises par M. Charkaoui, ses représentants, les ministres et leurs représentants.

[89] Le système mis en place par le législateur pour protéger les personnes visées par un certificat de sécurité est donc déclaré valide. Il convient toutefois d’insister sur le fait que toute mesure d’expulsion d’une personne visée par un certificat de sécurité demeure pleinement sujette à un contrôle de la légalité, en tenant compte de la Charte canadienne, de l’arrêt *Suresh*. Dans la présente affaire, la Cour n’était pas saisie d’une telle décision.

[90] Ayant révisé les cinq questions soulevées par M. Charkaoui, reproduites au paragraphe 29 du présent jugement, je réponds à chacune de ces questions par la négative. Sauf omission, j’ai également répondu à toutes les préoccupations additionnelles soulevées par M. Charkaoui dans son mémoire. En conséquence, la requête et les conclusions recherchées sont rejetées.

#### ORDONNANCE

##### LA COUR ORDONNE QUE :

- La requête de M. Charkaoui soit rejetée.

#### ANNEXE 1

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

DIVISION 9	SECTION 9
PROTECTION OF INFORMATION	EXAMEN DE RENSEIGNEMENTS À PROTÉGER
Examination on Request by the Minister and the Solicitor General of Canada	Examen à la demande du ministre et du solliciteur général
...	[...]
<b>77. (1)</b> ...	<b>77. (1)</b> [...]
(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.	(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).
...	[...]
PART 2	PARTIE 2
REFUGEE PROTECTION	PROTECTION DES RÉFUGIÉS
DIVISION 1	SECTION 1
REFUGEE PROTECTION, CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION	NOTIONS D'ASILE, DE RÉFUGIÉ ET DE PERSONNE À PROTÉGER
<b>95. (1)</b> Refugee protection is conferred on a person when	<b>95. (1)</b> L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas :
...	[...]
(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.	c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).
...	[...]
DIVISION 2	SECTION 2
CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION	RÉFUGIÉS ET PERSONNES À PROTÉGER
...	[...]
Examination of Eligibility to Refer Claim	Examen de la recevabilité par l'agent
<b>101. (1)</b> A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if	<b>101. (1)</b> La demande est irrecevable dans les cas suivants :
...	[...]

(f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

...

Suspension or Termination of Consideration of Claim

...

**104.** (1) An officer may, with respect to a claim that is before the Refugee Protection Division or, in the case of paragraph (d), that is before or has been determined by the Refugee Protection Division or the Refugee Appeal Division, give notice that an officer has determined that:

(a) the claim is ineligible under paragraphs 101(1)(a) to (e);

(b) the claim is ineligible under paragraph 101(1)(f);

(c) the claim was referred as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter and that the claim was not otherwise eligible to be referred to that Division; or

(d) the claim is not the first claim that was received by an officer in respect of the claimant.

(2) A notice given under the following provisions has the following effects:

(a) if given under any of paragraphs (1)(a) to . . .

(b) if given under paragraph (1)(d), it terminates proceedings in and nullifies any decision of the Refugee Protection Division or the Refugee Appeal Division respecting a claim other than the first claim.

...

DIVISION 3

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

Protection

**112.** (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the

f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux—exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c —, grande criminalité ou criminalité organisée.

[...]

Interruption de l'étude de la demande d'asile

[...]

**104.** (1) L'agent donne un avis portant, en ce qui touche une demande d'asile dont la Section de protection des réfugiés est saisie ou dans le cas visé à l'alinéa d) dont la Section de protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés sont ou ont été saisies, que :

a) il y a eu constat d'irrecevabilité au titre des alinéas 101(1)a) à e);

b) il y a eu constat d'irrecevabilité au seul titre de l'alinéa 101(1)f);

c) la demande n'étant pas recevable par ailleurs, la recevabilité résulte, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait;

d) la demande n'est pas la première reçue par un agent.

(2) L'avis a pour effet, s'il est donné au titre :

a) des alinéas (1)a) à c), de mettre fin à l'affaire en cours devant la Section de protection des réfugiés;

b) de l'alinéa (1)d), de mettre fin à l'affaire en cours et d'annuler toute décision ne portant pas sur la demande initiale

[...]

SECTION 3

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

Protection

**112.** (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux

regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

...

[. . .]

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

...

[. . .]

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

113. Il est disposé de la demande comme il suit :

...

[. . .]

(b) a hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;

b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

...

[. . .]

#### Principle of Non-refoulement

#### Principe du non-refoulement

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :



(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

*Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227*

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

DIVISION 4

SECTION 4

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

...

[...]

**167.** For the purpose of determining whether a hearing is required under paragraph 113(b) of the Act, the factors are the following:

**167.** Pour l'application de l'alinéa 113b) de la Loi, les facteurs ci-après servent à décider si la tenue d'une audience est requise :

(a) whether there is evidence that raises a serious issue of the applicant's credibility and is related to the factors set out in sections 96 and 97 of the Act;

a) l'existence d'éléments de preuve relatifs aux éléments mentionnés aux articles 96 et 97 de la Loi qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité du demandeur;

(b) whether the evidence is central to the decision with respect to the application for protection; and

b) l'importance de ces éléments de preuve pour la prise de la décision relative à la demande de protection;

(c) whether the evidence, if accepted, would justify allowing the application for protection.

c) la question de savoir si ces éléments de preuve, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que soit accordée la protection.

**168.** A hearing is subject to the following provisions:

**168.** Si une audience est requise, les règles suivantes s'appliquent :

(a) notice shall be provided to the applicant of the time and place of the hearing and the issues of fact that will be raised at the hearing;

a) un avis qui indique les date, heure et lieu de l'audience et mentionne les questions de fait qui y seront soulevées est envoyé au demandeur;

(b) the hearing is restricted to matters relating to the issues of fact stated in the notice, unless the officer conducting the hearing considers that other issues of fact have been raised by statements made by the applicant during the hearing;

b) l'audience ne porte que sur les points relatifs aux questions de fait mentionnées dans l'avis, à moins que l'agent qui tient l'audience n'estime que les déclarations du demandeur faites à l'audience soulèvent d'autres questions de fait;

(c) the applicant must respond to the questions posed by the officer and may be assisted for that purpose, at their own expense, by a barrister or solicitor or other counsel; and

c) le demandeur doit répondre aux questions posées par l'agent et peut, à cette fin, être assisté, à ses frais, par un avocat ou un autre conseil;

(d) any evidence of a person other than the applicant must be in writing and the officer may question the person for the purpose of verifying the evidence provided.

d) la déposition d'un tiers doit être produite par écrit et l'agent peut interroger ce dernier pour vérifier l'information fournie.

**169.** An application for protection is declared abandoned

(a) in the case of an applicant who fails to appear at a hearing, if the applicant is given notice of a subsequent hearing and fails to appear at that hearing; and

(b) in the case of an applicant who voluntarily departs Canada, when the applicant's removal order is enforced under section 240 or the applicant otherwise departs Canada.

**170.** An application for protection may be withdrawn by the applicant at any time by notifying the Minister in writing. The application is declared to be withdrawn on receipt of the notice.

**171.** An application for protection is rejected when a decision is made not to allow the application or when the application is declared withdrawn or abandoned.

**172.** (1) Before making a decision to allow or reject the application of an applicant described in subsection 112(3) of the Act, the Minister shall consider the assessments referred to in subsection (2) and any written response of the applicant to the assessments that is received within 15 days after the applicant is given the assessments.

(2) The following assessments shall be given to the applicant:

(a) a written assessment on the basis of the factors set out in section 97 of the Act; and

(b) a written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act, as the case may be.

(3) The assessments are given to an applicant when they are given by hand to the applicant or, if sent by mail, are deemed to be given to an applicant seven days after the day on which they are sent to the last address that the applicant provided to the Department.

(4) Despite subsections (1) to (3), if the Minister decides on the basis of the factors set out in section 97 of the Act that the applicant is not described in that section:

(a) no written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act need be made; and

(b) the application is rejected.

**169.** Le désistement d'une demande de protection est prononcé :

a) dans le cas où le demandeur omet de se présenter à une audience, lorsqu'il omet de se présenter à une audience ultérieure dont il a reçu avis;

b) dans le cas où le demandeur quitte volontairement le Canada, lorsque la mesure de renvoi est exécutée en application de l'article 240 ou lorsqu'il quitte autrement le Canada.

**170.** En tout temps, le demandeur peut retirer sa demande en faisant parvenir au ministre un avis écrit à cet effet. Le retrait est prononcé sur réception de l'avis.

**171.** La demande de protection est rejetée lorsqu'il est décidé de ne pas l'accorder ou lorsque le désistement ou le retrait est prononcé. Demandeur visé au paragraphe 112(3) de la Loi.

**172.** (1) Avant de prendre sa décision accueillant ou rejetant la demande de protection du demandeur visé au paragraphe 112(3) de la Loi, le ministre tient compte des évaluations visées au paragraphe (2) et de toute réplique écrite du demandeur à l'égard de ces évaluations, reçue dans les quinze jours suivant la réception de celles-ci.

(2) Les évaluations suivantes sont fournies au demandeur :

a) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi;

b) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi, selon le cas.

(3) Les évaluations sont fournies soit par remise en personne, soit par courrier, auquel cas elles sont réputées avoir été fournies à l'expiration d'un délai de sept jours suivant leur envoi à la dernière adresse communiquée au ministère par le demandeur.

(4) Malgré les paragraphes (1) à (3), si le ministre conclut, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi, que le demandeur n'est pas visé par cet article :

a) il n'est pas nécessaire de faire d'évaluation au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi;

b) la demande de protection est rejetée.

## APPENDIX 2

## ANNEXE 2

Excerpts from evidence of the Standing Committee on Citizenship and Immigration (Canada, Parliament, Standing Committee on Citizenship and Immigration, 1st Sess., 37th Parl.) concerning Bill C-11, *An Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (Royal Assent, November 1, 2001)

\* Some excerpts have been translated from French.

Meeting 11, April 26, 2001

**Ms. Joan Atkinson (Assistant Deputy Minister, Policy and Program Development, Citizenship and Immigration Canada):**

...

Let me talk a bit about the Convention against Torture. Some groups have raised questions or concerns. I think that many groups have been very glad to see that we have incorporated the provisions of the Convention against Torture into the legislation as part of the consolidated decision-making at the Immigration and Refugee Board. However, some want to go further and incorporate into the act article 3 of the convention, which prevents the return of any person to a situation where they would face torture.

We of course are committed to providing protection to those individuals who would probably face torture if they were returned to their country of origin. But another important objective for us is to ensure that serious criminals and security risks who pose a danger to the public are removed from Canada. In order to satisfy our dual mandate of ensuring the safety and security of Canadians and, as a general rule, not exposing individuals to torture, Bill C-11 provides for the pre-removal risk assessment. This will take into consideration the Convention against Torture criteria relating to the risk of torture on return and examine both the risk to the person and the risk to the safety and security of the Canadian public.

And finally, on the pre-removal risk assessment, some groups have suggested that the pre-removal risk assessment should be conducted by the Immigration and Refugee Board and not CIC. We did carefully consider that option before putting what we have in Bill C-11 forward, and our conclusion was that

Extraits des témoignages du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration (Canada, Parlement, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég.) concernant le P.L. C-11, *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., 2001 (sanctionné le 1<sup>er</sup> novembre 2001)

\* Certains extraits sont traduits de l'anglais

Réunion 11 du 26 avril 2001

**Mme Joan Atkinson (sous-ministre adjointe, Développement des politiques et programmes, Citoyenneté et Immigration Canada) :**

[...]

Permettez-moi de dire quelques mots au sujet de la Convention contre la torture. Certains groupes ont soulevé des questions ou exprimé des préoccupations. Je pense que de nombreux groupes ont été ravis de voir que nous avons incorporé les dispositions de la Convention contre la torture dans la loi, dans le cadre de la prise de décisions consolidée aux mains de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Toutefois, d'aucuns voudraient aller plus loin et incorporer dans la loi l'article 3 de la convention, qui interdit le refoulement de toute personne dans une situation où elle serait exposée à la torture.

Nous tenons évidemment à protéger ces personnes qui risqueraient la torture si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine. Mais un autre objectif important pour nous est d'assurer que les grands criminels et ceux qui présentent un danger pour le public soient expulsés du Canada. Afin de remplir notre double mandat, celui d'assurer la sécurité des Canadiens et, en règle générale, ne pas exposer de personnes à la torture, le projet de loi C-11 instaure l'évaluation de risque avant renvoi. Cette dernière prendra en considération les critères de la Convention contre la torture relatifs aux risques de torture en cas de refoulement et examinera tant le risque pour la personne que le risque pour la sécurité du public canadien.

Enfin, toujours en ce qui concerne l'évaluation de risque avant renvoi, certains groupes ont émis l'avis qu'elle devrait être effectuée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et non le ministère. Nous avons soigneusement pesé cette option avant de retenir ce que nous proposons dans le

CIC was the more appropriate decision-maker for a number of reasons.

Currently CIC conducts risk assessments prior to removal, so we have that experience, and we have an initial infrastructure we can build on. The IRB's mandate relates to the examination or risk to a person on return and the need for protection. Their mandate does not extend to include an examination of the risk to Canada or of the public safety or security considerations when they look at those protection decisions.

A pre-removal and risk assessment that is conducted by CIC, on the other hand, allows the minister to take into account individual risk and public safety concerns and also allows for protection decisions to be rendered in a timely manner in conjunction with our removal priorities.

So that's it, Mr. Chairman, in terms of touching on some of the key issues about which we know individuals have expressed some concerns.

Meeting 12, April 30, 2001

**Ms. Elizabeth Briemberg (President, Board of Directors, MOSAIC):**

...

MOSAIC has been a very important organization in the city of Vancouver since 1972. It's a multicultural, multilingual non-profit organization whose goal is to assist immigrants and refugees in settlement, and it provides services in language, settlement, employment, and the like.

...

**Mr. Chilwin Cheng (Vice-President, Board of Directors, MOSAIC):**

...

Thank you, Mr. Chair.

There are two points I want to address. One is with respect to how to make it more consistent with our values. As a lawyer myself, I know the courts have been moving in the past ten years to interpreting legislation as a whole. They don't just look to specific sections. Increasingly they are looking towards the purpose and objectives sections of legislation to ascertain how to interpret legislation. In that regard, I see there is no reference at all in clauses 3 and 4 of the bill to the Charter of Rights and Freedoms—none of it—or to Canada's humanitarian and compassionate grounds. So the act is devoid of the very values that drive the factors of this bill. As a simple

projet de loi C-11, notre conclusion étant que CIC est le mieux à même de prendre cette décision, pour plusieurs raisons.

Actuellement, le ministère effectue les évaluations de risque avant renvoi, si bien que nous avons cette expérience et nous disposons d'une infrastructure initiale que nous pourrions étoffer. Le mandat de la CISR est d'examiner le risque couru par une personne après renvoi et son besoin de protection. Il ne couvre pas l'examen du risque pour le Canada ou la sécurité publique lorsqu'elle prend ces décisions de protection.

En revanche, une évaluation de risque avant renvoi menée par CIC permet au ministre de prendre en considération et le risque pour la personne et le risque pour le public et permet aux décisions de protection d'être prises rapidement, en conjonction avec nos priorités de renvoi.

Voilà donc, monsieur le président, certaines des questions clés au sujet desquelles, nous le savons, des préoccupations ont été exprimées par d'aucuns.

Réunion 12 du 30 avril 2001

**Mme Elizabeth Briemberg (présidente, Conseil d'administration, MOSAIC) :**

[...]

MOSAIC est une organisation très importante à Vancouver depuis 1972. Il s'agit d'une organisation multiculturelle et multilingue sans but lucratif dont l'objet est d'aider les immigrants et les réfugiés à s'établir, et elle offre des services linguistiques, d'aide à l'établissement, d'emploi, etc.

[...]

**M. Chilwin Cheng (vice-président, Conseil d'administration, MOSAIC) :**

[...]

Merci, monsieur le président.

Il y a deux points auxquels j'aimerais réagir. Premièrement, la question de savoir comment faire mieux cadrer cela avec nos valeurs. En ma qualité d'avocat, je sais que les tribunaux tendent depuis dix ans vers une interprétation de la loi dans son entier. Ils ne se contentent pas d'examiner seulement certains articles de loi. Ils se penchent de plus en plus sur la fin et les objets des dispositions en vue de déterminer comment interpréter les lois. À cet égard, je vois qu'il n'y a dans les articles 3 et 4 du projet de loi aucune référence à la Charte des droits et libertés, ni aux motifs humanitaires et de compassion du Canada. La loi passe donc sous silence les

measure, I would submit that a reference to the charter and to Canada's international legal obligations, humanitarian and compassionate grounds, should be put in clauses 3 and 4.

**The Chair:** Chilwin, for your own further reference, you would want to review paragraph 3(3)(d) of the bill. That speaks of the Charter of Rights and Freedoms.

**Mr. Chilwin Cheng:** There's no explicit reference, though, with respect to the manner in which the act is to be construed later on in the bill. My submission, with respect to you, is that international obligations still stand.

With respect to how this affects women and children in particular, we've already made some reference to our brief. The issue is that there's a conceptual flaw in the bill. There is no distinction made between refugees and permanent residents who come in through the economic class or other issues. The issues—I was trying to be bilingual earlier on, it got lost in the translation—are different. With refugees, we're talking about people coming from war-torn countries, famine conditions, poverty-stricken areas, where economic consideration just is not in the game. Rather, when these people come to Canada, they're escaping a bad situation. What we've highlighted in our brief is that women and children, by and large, are affected the most, because in many countries they have no legal standing. There are no identification documents for them. They haven't had the money to save, because they depend on other sources of income. So the very putting in of economic factors as part of the refugee determination process immediately affects women and children that way.

#### Meeting 16, May 2, 2001

**Mr. Andrew Brouwer (Manager, Research and Policy, Maytree Foundation):** Thank you, Mr. Chair, honourable members.

My name is Andrew Brouwer. I'm with the Maytree Foundation, which is a charitable foundation based here in Toronto. The objectives of our refugee and immigrant program are twofold. One is improving access to professions and trades for newcomers; the other is reducing unnecessary delays in the landing process for refugees in legal limbo. I'm going to focus my comments today on those two areas.

valeurs qui sous-tendent le projet de loi. Une suggestion fort simple que je ferais serait d'insérer aux articles 3 et 4 une référence à la Charte et aux obligations internationales canadiennes en matière de motifs humanitaires et de compassion.

**Le président :** Chilwin, vous voudrez peut-être, pour votre gouverne, examiner l'alinéa 3(3)d) du projet de loi, qui fait état de la Charte des droits et libertés.

**M. Chilwin Cheng :** Il n'y a cependant aucune référence explicite, plus loin dans le projet de loi, quant à la façon dont la loi doit être comprise. Je vous sou mets que les obligations internationales demeurent.

Quant à l'incidence de cela sur les femmes et les enfants en particulier, nous en faisons état dans notre mémoire. Le problème, est qu'il y a une faille conceptuelle dans le projet de loi. Aucune distinction n'est faite entre les réfugiés et les résidents permanents qui arrivent au pays en vertu de la classe économique, et ainsi de suite. Les questions—je me suis efforcé d'être bilingue tout à l'heure et certaines choses sont peut-être mal passées—sont différentes. Dans le cas de réfugiés, l'on parle de personnes qui viennent de pays déchirés par la guerre, par la famine, par la pauvreté, où les considérations économiques n'entrent pas en ligne de compte. Lorsque ces personnes arrivent au Canada, elles fuient une situation pénible. Ce que nous soulignons dans notre mémoire est que les femmes et les enfants sont pour la plupart ceux qui sont le plus touchés, car dans nombre de pays ils n'ont aucun statut légal. Il n'existe pour eux aucun papier d'identité. Ils n'ont pas pu faire d'économies car ils comptent sur d'autres sources de revenu. Par conséquent, l'insertion de facteurs économiques dans le processus de détermination du statut de réfugié touche directement les femmes et les enfants.

#### Réunion 16 du 2 mai 2001

**M. Andrew Brouwer (directeur, Recherche et politiques, Maytree Foundation) :** Je remercie le président et les honorables députés.

Je m'appelle Andrew Brouwer. J'appartiens à la Maytree Foundation, une fondation charitable installée ici même à Toronto. L'objectif de notre programme s'appliquant aux réfugiés et aux immigrants est double. Il s'agit tout d'abord de faciliter l'accès des nouveaux arrivants aux métiers et aux professions et, en second lieu, de réduire les retards inutiles s'opposant à l'arrivée des réfugiés qui se trouvent dans les limbes sur le plan juridique. Ce sont ces deux domaines que je vais aborder aujourd'hui.

**Mr. Andrew Brouwer:** One of the proposals I had in the brief referred to the objective for the bill, recommendation three of our brief. I think if you were to amend subclause 3(3) to say that the act is to be construed and applied in a manner that complies with Canada's international human rights obligations, including the conventions on refugees, against torture, and on the rights of the child, that would provide a really solid basis for interpretation down the road. I think that would be a really simple change but absolutely critical.

#### Meeting 20, May 4, 2001

**Ms. Marlène Dubuisson-Balthazar (Lawyer and Board Member, National Association of Women and the Law):** Good afternoon, Mr. Chairman and members of the Standing Committee. I have with me Andrée Côté, the Director of Legal Affairs at the National Association of Women and the Law.

The National Association of Women and the Law is a feminist, not-for-profit organization whose objective is to promote social justice and the right of women to equality, through education and law-reform activities. The members of our association include lawyers, judges, women who are law professors and students and other individuals interested in promoting the rights of women.

In addition to the organizations involved in drafting the brief, two other groups, the Legal Education and Action Fund of the west coast and the Ontario Francophone Immigrant Women's Movement, recently gave us their support.

In view of the time we have today, we would like to draw your attention to three points in our brief that we consider extremely important. First of all, we would like to emphasize how important it is that the bill guarantee respect for and promotion of the human rights of all immigrants and of all refugees; to deal with the issue of individuals in the family class; and to raise the issue of female domestic workers, which seems to have been forgotten in Bill C-11.

We are pleased to note that Bill C-11 refers explicitly to the Canadian Charter of Rights and Freedoms. However, we deplore the fact that no reference is made to Canada's international obligations or to the international instruments to which Canada is a signatory.

We feel so strongly about this that we recommend that Bill C-11 include an explicit reference to Canada's international obligations in the area of human rights and that subclause 3(3) be amended to specify that the act is to be construed and

**M. Andrew Brouwer :** L'une des propositions que j'ai faites dans mon mémoire, c'est la recommandation numéro trois, renvoie à l'objectif du projet de loi. Je pense que si l'on amendait le paragraphe 3(3) en disposant que la loi doit être interprétée et appliquée de manière à se conformer aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne, y compris aux conventions sur les réfugiés, contre la torture et relative aux droits de l'enfant, on aurait en fin de compte une base d'interprétation solide. Je pense que cette simple modification est absolument fondamentale.

#### Réunion 20 du 4 mai 2001

**Maître Marlène Dubuisson-Balthazar (avocate et membre du conseil d'administration, Association nationale de la femme et du droit) :** Bonjour, monsieur le président, ainsi que vous, membres du comité permanent. J'ai avec moi Andrée Côté, directrice des affaires juridiques à l'Association nationale de la femme et du droit.

L'Association nationale de la femme et du droit est une organisation féministe sans but lucratif qui a pour objectif de promouvoir la justice sociale et le droits des femmes à l'égalité, par un travail d'éducation et la réforme du droit. Les membres de cette association comprennent des avocates, des juges, des professeures et des étudiantes en droit et d'autres personnes intéressées à la promotion des droits des femmes.

En plus des organismes qui ont participé à la rédaction du mémoire, deux autres groupes, le Fonds d'action et d'éducation juridique de la côte ouest et le Mouvement ontarien des femmes immigrantes francophones, nous ont récemment donné leur appui.

Aujourd'hui, compte tenu du temps qui nous est alloué, nous voulons attirer votre attention sur trois points de notre mémoire qui sont pour nous d'une importance capitale. Nous aimerions tout d'abord : souligner l'importance d'assurer, dans le cadre de la loi, le respect et la promotion des droits humains de tous les immigrants et immigrantes et de tous les réfugiés; aborder le cas des personnes appartenant à la catégorie de la famille; et soulever le cas des travailleuses domestiques qui semblent avoir été oubliées dans le projet de loi C-11.

Nous constatons avec plaisir que le projet de loi C-11 fait explicitement référence à la Charte canadienne des droits et libertés. Nous déplorons cependant qu'on n'ait fait aucune mention des obligations internationales du Canada et des instruments internationaux dont il est signataire.

C'est au point que nous recommandons que le projet de loi C-11 incorpore explicitement les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et que le paragraphe (3) de l'article 3 soit amendé pour stipuler que la

applied in a manner that complies with the international standards on human rights and the international instruments that Canada has signed.

Meeting 22, May 8, 2001

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral (Laval Centre, BQ):**

...

A number of concerns have been expressed time and again, and I'd like to point them out to you to see whether you too agree they should be taken into consideration, in particular, that we should mention in the Bill those international treaties and conventions signed by Canada, to very clearly identify values upheld by Canada and Quebec. For instance, there are many references to torture, and people were pleased to see that, but there is also the whole matter of violence against women, for example, and those kinds of things.

There must be a way to draft something which would be very inclusive. Twenty-five years from now, we'll have certainly signed other conventions and, at that time, we'll need to amend the act. So I'd like to know whether you would be inclined to include something like that.

...

**Hon. Elinor Caplan:** Thank you very much for your question.

...

On the question of conventions and treaties, the Convention against Torture is recognized in the legislation, as is the best interest of the child in the principles of the act. The Geneva Convention is also recognized. It just is not possible to list all the conventions and treaties in the legislation without having a thick, long list of all the conventions we have signed. You're correct that there will be other conventions in the future.

I think that you're referring to something I want to make a statement on to the committee, and that is, I don't know of any country in the world that has enshrined article 3 from the Convention against Torture in legislation. I would just leave that to you to think about.

We in the government—and I've repeated this on many occasions—take our international obligations very seriously as a matter of principle and will continue to do so.

...

loi doit être interprétée et appliquée de façon à se conformer aux normes internationales en matière de droits de la personne et aux instruments internationaux dont le Canada est signataire.

Réunion 22 du 8 mai 2001

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral (Laval-Centre, BQ) :**

[. . .]

Un certain nombre de préoccupations sont revenues, et j'aimerais vous en faire part pour voir si cela reçoit aussi votre aval, notamment que soient inscrits dans la loi tous les traités et conventions internationaux qui ont été entérinés par le Canada, ce qui permettrait d'identifier très clairement les valeurs du Canada et du Québec. Par exemple, il y a tout ce qui touche la torture, et les gens étaient contents de cela, mais il y a aussi d'autres choses qui touchent la violence faite aux femmes, par exemple, et des trucs comme ceux-là.

Il y a certainement une façon de rédiger quelque chose qui soit très inclusif. D'ici 25 ans, il y aura sûrement d'autres conventions qui seront signées et, à ce moment-là, on n'aura pas besoin de changer la loi. J'aimerais donc savoir si vous êtes plutôt favorable à quelque chose de ce genre.

[. . .]

**Mme Elinor Caplan :** Merci beaucoup de votre question.

[. . .]

Pour ce qui est des conventions et des traités, la Convention contre la torture est rappelée dans la loi, où d'ailleurs, parmi les principes qui y sont énoncés, on trouve l'intérêt des enfants. Il y a également un rappel de la Convention de Genève. Il n'est tout simplement pas possible de citer dans la loi tous les traités et conventions, sinon, nous aurions un document très épais, une longue liste de toutes les conventions que nous avons signées. Vous avez raison de dire qu'à l'avenir, il y aura d'autres conventions.

Vous avez, je pense, évoqué une chose que je veux signaler au comité : je ne connais aucun autre pays du monde qui a intégré l'article 3 de la Convention contre la torture dans sa législation. J'attire simplement votre attention sur ce point.

Au gouvernement—je l'ai répété à maintes occasions—nous avons pour principe de prendre très au sérieux nos obligations internationales, et nous continuerons à le faire.

[. . .]

**Mr. John McCallum (Markham, Lib.):** Thank you.

...

Second, I'm not sure exactly what the language would be, but without changing the substance of the bill, would it possible to go in the direction more of welcoming and less of criminality, to expand the objectives, clause 3, to include words about our commitment to immigration, our commitment to justice and humanitarian treatment around the world, and this kind of thing, or perhaps in a preamble to give a more positive flavour?

...

**Ms. Elinor Caplan:** Let me start with the suggestion on foreign national. I think the idea is interesting. However, a permanent resident would also have to be described as a non-citizen, because you have to distinguish in the bill between citizens and those who are not yet citizens. So if you were to have your three categories, they would be citizen, permanent resident non-citizen, and foreign national. As I said before, I'm open to the view of the committee, but it is important that we distinguish in the bill between the rights of citizens and non-citizens in some way as you look at three categories or however many. That has to be part of the bill, because permanent residents do not have all the rights of citizens in this legislation, for obvious reasons.

On the question of second chance, the answer is yes, of course. The decision that there would be one opportunity to go to the Immigration and Refugee Board for determination I think is a very good policy. However, for change of circumstance or the kind of situation you have described so eloquently, the PRRA is the opportunity for a second chance, as is H and C consideration. And appeal to the minister is always a possibility in the kinds of cases where an individual, for whatever reason, particularly if there should be abusive situations, can make a direct request to have reconsideration on the basis of changed circumstance before removal.

...

**Ms. Judy Wasylycia-Leis (Winnipeg North Centre, NDP):**

...

**M. John McCallum (Markham, Lib.):** Merci.

[. . .]

Deuxièmement, même si je ne suis pas sûr de l'énoncé que l'on devrait adopter, sans pour autant changer le fond du projet de loi, serait-il possible de mettre davantage l'accent sur notre volonté d'accueillir les gens et moins sur nos préoccupations vis-à-vis les criminels, de développer les objectifs, à l'article 3, d'inclure quelques mots sur notre engagement vis-à-vis l'immigration, notre engagement vis-à-vis la justice et le traitement humanitaire des populations à travers le monde, ce genre de chose, ou peut-être d'intégrer cela au préambule pour lui donner un ton plus positif?

[. . .]

**Mme Elinor Caplan :** Permettez-moi de commencer par la suggestion qui a été faite au sujet du mot « étranger ». C'est une idée intéressante, je pense. Toutefois, un résident permanent devrait être également décrit comme un non-citoyen, car dans le projet de loi, il faut faire la distinction entre les citoyens et ceux qui ne le sont pas. Donc, s'il devait y avoir comme vous le dites trois catégories, ce serait les citoyens, les résidents permanents non-citoyens et les étrangers. Je le répète, je suis ouverte aux suggestions du comité, mais il est important que dans le projet de loi, on fasse, d'une manière ou d'une autre, la distinction entre les droits des citoyens et ceux des non-citoyens, qu'il y ait trois catégories ou davantage. Il faut que cela soit intégré au projet de loi, car les résidents permanents ne jouissent pas de tous les droits reconnus aux citoyens dans ce texte législatif, pour des raisons évidentes.

Pour ce qui est de donner une deuxième chance, la réponse est oui, bien entendu. Offrir la possibilité de s'adresser à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour obtenir une décision émane, je pense, d'une très bonne politique. Toutefois, dans les cas où il y a eu un changement de circonstances ou dans le genre de situation que vous avez décrite si éloquemment, c'est dans le cadre de l'ERAR ou sous le couvert de considérations humanitaires qu'il existe la possibilité d'avoir une deuxième chance. Et il est toujours possible de faire appel auprès du ministre, et une personne, pour quelque raison que ce soit, notamment si elle fait l'objet de violences, peut demander directement que l'on révise son dossier à cause d'un changement de circonstances avant que l'on décide de la renvoyer.

[. . .]

**Mme Judy Wasylycia-Leis (Winnipeg-Centre-Nord, NPD) :**

[. . .]



The second concern has to do with Madeleine's point that this is an overhaul of a bill, 25 years after the last major bill. We can't miss the opportunity to make sure we're consistent with our international obligations, and I think the question here that you didn't answer is, what would be so wrong with actually putting in the statement on principles the fact that Canada is determined to be in compliance with the international conventions to which we are signatories? What would be wrong with actually spelling out compliance with the UN conventions on refugees, on torture, and on the rights of the child?

...

**Ms. Elinor Caplan:** Before I leave, there's one thing I wanted to point out, and that relates to the convention. I would draw the committee's attention to page 3 of the bill, under "Objectives". Paragraph 3(2)(b) says:

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

That's the commitment under the objectives, to ensure that our international obligations are met.

#### Meeting 24, May 15, 2001

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** BQ4.

Okay. Here goes. What is missing here are Canada's international obligations, both present and future. So we listed here the main obligations as requested by many people, including women's groups who want the bill to clearly spell out aspects such as elimination of violence and discrimination against women. I think that by adding this list of instruments and adding "present and future" before "international obligations" we would clearly state the intent of the bill.

**The Chair:** Can I be helpful?

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Yes.

**The Chair:** G3 just proposed a new paragraph 3(3)(e), which talks about minority communities language. In your BQ4 paragraph 3(3)(e) talks about international obligations. I wonder, so we're clear, if you could say that would be a new paragraph 3(3)(f), now that we've passed G3?

La deuxième réserve porte sur la question soulevée par Madeleine lorsqu'elle a parlé de la refonte d'un projet de loi dont le dernier examen approfondi date de 25 ans. Nous ne pouvons pas manquer l'occasion de nous assurer que ce texte est conforme à nos obligations internationales, et je pense qu'à cet égard, la question à laquelle vous n'avez pas répondu est celle-ci : Qu'y aurait-il de mal à dire dans la déclaration de principes que le Canada est déterminé à se conformer aux conventions internationales dont nous sommes signataires? Qu'y aurait-il de mal à préciser que nous nous conformons aux dispositions des conventions des Nations Unies sur les réfugiés, sur la torture et sur les droits de l'enfant?

[. . .]

**Mme Elinor Caplan :** Avant de partir, il y a une chose que je voulais souligner et qui a trait aux conventions. J'aimerais attirer l'attention du Comité sur la page 3 du projet de loi où, sous le titre « Objectifs », à l'alinéa 3(2)b), on peut lire :

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

Tel est l'engagement qui est pris dans le cadre des objectifs : nous assurer de respecter nos obligations internationales.

#### Réunion 24 du 15 mai 2001

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** BQ4.

D'accord. Voilà. Ce qui manque là, ce sont les obligations internationales du Canada, actuelles et à venir. On a fait une liste des principales obligations, à la demande de gens qui trouvaient cela important, notamment les groupes de femmes, qui ont demandé que la loi contienne clairement ce qui touche l'élimination de la violence faite aux femmes et de la discrimination à l'égard des femmes. Je pense qu'en ajoutant la liste de ces lois et qu'en ajoutant « actuelles et à venir » à la suite de « du Canada », cela indiquerait clairement à quelle enseigne loge la loi.

**Le président :** Puis-je vous aider?

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** Oui.

**Le président :** L'amendement G3 vient d'introduire un nouvel alinéa 3(3)e), au sujet de collectivités de langues minoritaires. Dans votre amendement, l'alinéa 3(3)e) traiterait des obligations internationales. Pour que les choses soient claires, pouvons-nous considérer que ce serait un nouvel alinéa 3(3)f), maintenant que nous avons adopté le G3?

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Yes. Absolutely.

**The Chair:** Yes?

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Of course. We did not know that the government would introduce a new paragraph 3(3)(e). So I am pleased to make this paragraph 3(3)(f).

**The Chair:** Then do you want to talk to us about your new paragraph 3(3)(f) on BQ4? ?

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** I hope this will be our new paragraph 3(3)(f). You have it in front of you and that is all I . . .

**The Chair:** Okay. Joan, any comments with regard to BQ4, which says:

ensures that Canada fulfils its international obligations with respect to human rights.

Is that covered, do you believe, somewhere in subclause 3(2)?

**Ms. Joan Atkinson:** Yes, we do make specific reference to our obligations out of the Geneva Convention and the Convention against Torture, as well as to the best interests of the child. But more generally, in paragraph 3(2)(e), we make reference to “upholding Canada’s respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings”, and in paragraph 3(2)(b) to fulfilling “Canada’s international obligations with respect to refugees” and affirming “Canada’s commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement”. Again, we think we cover in those areas the Government of Canada’s objectives in fulfilling its international obligations under various instruments.

**The Chair:** There’s a question we talked about last week with an awful lot of witnesses. We all agree with what you just said about international obligations. The question is, do we have to list all of those international obligations we’ve been a signatory to, or are they automatically covered? I think that’s what Madeleine and others have tried to say: why don’t you list all those conventions? That’s what the discussion last week was all about.

**Ms. Joan Atkinson:** Let me start by saying I don’t think it’s possible to provide a comprehensive list, because whatever list we come up with, we’ve probably not caught all the international conventions to which Canada is a party. So I think it’s a bit dangerous to try to list all the conventions, and when there are new conventions coming up that Canada will

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** Oui. Tout à fait.

**Le président :** Oui?

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** Bien sûr. On ne savait pas que le gouvernement présenterait un nouvel alinéa, soit le 3(3)e). Je prends donc cet alinéa 3(3)f) avec plaisir.

**Le président :** Voulez-vous nous parler de votre nouvel alinéa 3(3)f), à l’amendement BQ4?

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** J’espère que ce sera notre nouvel alinéa 3(3)f). Voilà, c’est tout ce que j’ai à . . .

**Le président :** D’accord. Joan, avez-vous un avis sur l’amendement BQ4, qui dit :

assurer le respect des obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne [. . .]

À votre avis, cela est-il couvert quelque part dans le paragraphe 3(2)?

**Mme Joan Atkinson :** Oui, nous faisons expressément mention de nos obligations découlant de la Convention de Genève et de la Convention contre la torture, ainsi que de l’intérêt supérieur de l’enfant. Mais, plus généralement, à l’alinéa 3(2)e), nous parlons du respect « des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain », et à l’alinéa 3(2)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 ». Nous pensons donc couvrir dans ces domaines la volonté du gouvernement canadien de remplir ses obligations internationales au titre de divers instruments.

**Le président :** Il y a un point d’interrogation dont nous avons parlé la semaine dernière avec beaucoup de témoins. Nous sommes tous d’accord avec ce que vous venez de dire sur les obligations internationales. La question est de savoir s’il nous faut dresser la liste de toutes ces conventions internationales dont nous sommes signataires ou bien si elles sont automatiquement couvertes. C’est ce que Madeleine et d’autres visent à faire : pourquoi ne pas mentionner toutes ces conventions? C’est là-dessus que portaient toutes ces discussions la semaine dernière.

**Mme Joan Atkinson :** Je commencerais par dire qu’il me paraît impossible de dresser une liste exhaustive, car il en manquera toujours une qui nous impose des obligations. Il est donc un peu dangereux d’essayer de dresser une liste de ces conventions, et la liste deviendra incomplète chaque fois que le Canada en signera une nouvelle. Il n’est pas possible de

be signing in the future, it's difficult to have a list. It's not possible to cover all the treaties and obligations and conventions that may have an impact on immigration or refugee issues.

Daniel, do you want to respond to the specific question about the legal implications?

**Mr. Daniel Therrien:** I would add that, to ensure this flexibility, we already have a provision in the substantive clauses of the bill, in subsection 97(2). In the definition of "person in need of protection" we target people who are at risk and who are protected by the Convention against torture, as outlined in subsection 97(1). But subsection 97(2) provides the flexibility to extend the definition of "person in need of protection" to those who would be protected under future conventions. We believe this is where we can provide the required flexibility.

**The Chair:** Okay. Are there any further comments? Judy.

**Ms. Judy Wasylycia-Leis:** Yes. I want to support Madeleine's amendment. You'll notice it's fairly similar to the next one, amendment NDP9, with different listings of all the conventions and protocols.

I want to make the argument that it's important that reference to our international obligations and the international conventions be made in subclause 3(3), which deals with application of the law.

It is true our international legal obligations are referenced in the preceding subclause 3(2). I think it has to be stated somewhere in this subclause as well. I don't think the new paragraph 3(3)(d), referencing the charter of rights, covers the international obligations. I think we have to be clear about explicitly stating our need to adhere to international human rights obligations and conventions.

If it's too difficult to list them all, and obviously there is some difficulty given our two different lists, then I'm wondering if we could come back to this as the recommendation by simply stating:

This Act is to be construed and applied in a manner

(e) that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory.

It would cover that concern. I think there has to be something here.

citer tous les traités et obligations et conventions qui peuvent avoir un effet dans le domaine de l'immigration ou de l'asile.

Daniel, voulez-vous répondre à la question spécifique sur les implications juridiques?

**M. Daniel Therrien :** Pour assurer cette flexibilité, j'ajouterais qu'il y a déjà une disposition dans les articles de fond du projet de loi, soit le paragraphe 97(2). Dans la définition de « personne à protéger », on vise les personnes qui sont à risque et qui sont protégées par la Convention contre la torture, soit le paragraphe 97(1), grosso modo. Mais le paragraphe 97(2) donne cette flexibilité pour qu'on puisse étendre la définition de « personne à protéger » et viser des personnes qui seraient protégées en vertu de conventions à venir. On croit que c'est là où on peut donner la flexibilité voulue.

**Le président :** D'accord. Y a-t-il d'autres commentaires? Judy.

**Mme Judy Wasylycia-Leis :** Oui. Je veux appuyer l'amendement de Madeleine. Vous remarquerez qu'il est assez similaire au suivant, l'amendement NDP9, avec une liste un peu différente des conventions et protocoles.

Je tiens à faire valoir l'importance de faire référence à nos obligations internationales et aux conventions internationales dans le paragraphe 3(3), qui traite de l'application de la loi.

Il est vrai que nos obligations en droit international sont déjà mentionnées dans le paragraphe 3(2) qui précède. Mais je pense qu'il faut les réitérer également dans celui-ci. Je ne pense pas que le nouvel alinéa 3(3)d, qui fait état de la Charte des droits, couvre les obligations internationales. Je pense qu'il faut énoncer explicitement notre volonté d'appliquer les obligations et conventions internationales relatives aux droits de la personne.

S'il est trop difficile de dresser une liste complète, et manifestement ce n'est pas facile car je vois déjà des différences entre nos deux listes, ne pourrait-on pas résoudre le problème en disant simplement :

L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

e) d'assurer le respect des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne dont le Canada est signataire.

Cela réglerait le problème. Mais je pense qu'il faut ajouter une mention ici.

**The Chair:** Okay. Thank you for bringing that up.

Joan, can I ask you a technical question as to where you would place this? Everyone says it's probably referred to in the objectives as to whether or not it needs to be in subclause 3(3), which is the application of the law.

What's your answer to Judy?

**Ms. Joan Atkinson:** It's possible, of course.

In terms of delineating a list of instruments, as I said before, you're in danger of missing some, perhaps even existing ones, and certainly future conventions and instruments we may sign onto that would have relevance to immigration and refugee matters. There's a real danger in trying to list instruments.

**The Chair:** If we didn't list them and did what Judy indicated, saying "international" and "construed in", we would be signatories. Would that cause any difficulties?

**Ms. Joan Atkinson:** It's certainly possible to do that.

**The Chair:** Then may I suggest, Madeleine and Judy, on amendments BQ4 and NDP9, that you defer these things? Let's come up with something that might be acceptable and we'll consider it a little later.

**Ms. Judy Wasylcyia-Leis:** I have wording I could share.

**The Chair:** Let's get rid of amendments BQ4 and NDP9. We'll deal with it now.

Do you want to withdraw amendment BQ4, Madeleine?

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Yes. It is clear that it will be withdrawn anyway. I believe it is in our interest to cooperate to come up with something that will be acceptable to everyone and that will demonstrate our will to fulfil our international commitments other than under the Convention Relating to the Status of Refugees and the Convention Against Torture, etc.

**The Chair:** Amendments BQ4 and NDP9 are withdrawn.

Judy, what do you have?

**Ms. Judy Wasylcyia-Leis:** I move that there be a new paragraph 3(3)(f) that reads:

This Act is to be construed and applied in a manner

**Le président :** D'accord. Merci de cette proposition.

Joan, pourrais-je vous demander, où, d'un point de vue technique, on pourrait insérer cela? Tout le monde dit que c'est probablement mentionné dans l'objet de la loi, mais qu'il faudrait l'inscrire aussi au paragraphe 3(3), sur la mise en œuvre de la loi.

Que répondez-vous à Judy?

**Mme Joan Atkinson :** C'est possible, bien entendu.

S'agissant de dresser une liste des instruments, comme je l'ai dit, on risque d'en oublier qui existent déjà et omettre les conventions et instruments que nous pourrions signer à l'avenir en matière d'immigration et d'asile. Il y a un réel danger lorsqu'on dresse des listes d'instruments.

**Le président :** Si nous ne le faisons pas et suivions la proposition de Judy, soit mentionner simplement les instruments internationaux dont le Canada est signataire, cela poserait-il des difficultés?

**Mme Joan Atkinson :** Il est certainement possible de faire cela.

**Le président :** Dans ce cas, puis-je suggérer, Madeleine et Judy, de reporter les amendements BQ4 et NDP9, le temps de trouver quelque chose d'acceptable?

**Mme Judy Wasylcyia-Leis :** J'ai un libellé que je peux vous communiquer.

**Le président :** Débarrassons-nous des amendements BQ4 et NDP9 et voyons cela tout de suite.

Voulez-vous retirer l'amendement BQ4, Madeleine?

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** Oui. Il m'apparaît clair qu'il sera retiré de toute façon. Je pense qu'on a intérêt à travailler pour arriver à quelque chose qui sera acceptable pour tout le monde et qui démontrerait notre volonté d'insister sur les engagements internationaux autres que la Convention relative au statut des réfugiés, la Convention contre la torture, etc.

**Le président :** Les amendements BQ4 et NDP9 sont retirés.

Judy, voyons ce que vous avez.

**Mme Judy Wasylcyia-Leis :** Je propose l'ajout d'un nouveau paragraphe 3(3)f), disant :

L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

(f) that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory.

f) d'assurer le respect des instruments internationaux en matière de droits de la personne dont le Canada est signataire.

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Those Canada has already signed and those it will sign in the future.

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** Celles que le Canada a déjà signées et qu'il signera dans le futur.

**Ms. Judy Wasylcyia-Leis:** Yes. Agreed.

**Mme Judy Wasylcyia-Leis :** Oui. D'accord.

**Ms. Madeleine Dalphond-Guiral:** Agreed?

**Mme Madeleine Dalphond-Guiral :** D'accord?

**Ms. Judy Wasylcyia-Leis:** Absolutely.

**Mme Judy Wasylcyia-Leis :** Absolument.

**The Chair:** Okay.

**Le président :** D'accord.

Can I ask, Joan and Daniel, do you have any difficulties with that before we consider it? None?

Pourrais-je vous demander, Joan et Daniel, si vous avez des réserves sur cet amendement? Aucune?

**Ms. Joan Atkinson:** No, I think we speak to those issues in terms of the provisions later on, with refugee protection, pre-removal risk assessment, and so on.

**Mme Joan Atkinson :** Non, je pense que nous faisons déjà référence à ces dispositions plus loin, au sujet de la protection des réfugiés, de l'évaluation de risque avant renvoi, etc.

**The Chair:** There's a new paragraph 3(3)(f). Does everyone understand what it's going to say? Are there any objections to that? None. Okay, it is paragraph 3(3)(f). Can we make that a government motion?

**Le président :** Il y a donc un nouvel alinéa 3(3)f). Tout le monde en a-t-il saisi la teneur? Y a-t-il des objections? Aucune. D'accord, c'est l'alinéa 3(3)f). Pouvons-nous en faire une motion du gouvernement?

**Ms. Judy Wasylcyia-Leis:** Sure.

**Mme Judy Wasylcyia-Leis :** Certainement.

**The Chair:** Okay, good. Thank you. We'll make paragraph 3(3)(f) a government motion. We're all agreeing to it anyway, it doesn't matter.

**Le président :** D'accord, très bien. Je vous remercie. Nous allons faire de l'alinéa 3(3)f) une motion du gouvernement. Nous sommes tous d'accord de toute façon, alors peu importe.

(Amendment agreed to—[See *Minutes of Proceedings*])

(L'amendement est adopté—[Voir le *Procès-verbal*])

A-480-04  
2005 FCA 404

A-480-04  
2005 CAF 404

**The Attorney General of Canada (Appellant)**

v.

**Diane Sketchley (Respondent)**

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

Federal Court of Appeal, Décary, Linden and Sexton  
J.J.A.—Vancouver, September 15; Ottawa, December 9,  
2005.

*Human Rights — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's judicial review of Canadian Human Rights Commission's decision dismissing complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC) — Respondent, HRDC employee, taking full-time leave without pay in January 1997 due to illness — TB policy on leave without pay for medical reasons requiring date for termination of such leave be decided within two years of leave's commencement — Respondent's May 1999 request leave be continued for another year denied — Respondent taking medical retirement, but filing complaint with Commission alleging TB policy discriminatory against disabled workers as employees on leave without pay for other reasons permitted longer duration — Also filing complaint alleging HRDC failing to accommodate disability, applying TB policy to her in discriminatory fashion — Legal, factual substance of Commission's decision found in reports of complaints investigator — Federal Court Judge rightly holding that reports constituting Commission's reasoning — Principles underlying determination of standard of review examined — TB complaint — Issue before Federal Court whether complaint established prima facie discrimination — Application of pragmatic and functional factors leading to correctness standard of review re: Commission's decision — Judge correct to hold inflexibility of TB policy on leave for medical reasons establishing prima facie discrimination — Onus thus shifting to employer to justify discrimination as bona fide occupational requirement (BFOR) — Commission not considering BFOR test as required — Decisions holding TB policy not discriminatory under Charter, s. 15 distinguished because, inter alia, Supreme Court of Canada not expressly stating necessary s. 15 Charter analysis, human rights discrimination analysis exactly mirror each other — HRDC complaint — That complaint matter of procedural fairness (i.e. concerning manner in which Commission arriving at decision) — Judge finding investigation with respect to complaint flawed as lacking thoroughness — Content of duty of fairness determined according to factors set*

**Le procureur général du Canada (appellant)**

c.

**Diane Sketchley (intimée)**

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

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Linden et Sexton,  
J.C.A.—Vancouver, 15 septembre; Ottawa, 9 décembre  
2005.

*Droits de la personne — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC) — En janvier 1997, l'intimée, une employée de DRHC, a pris un congé non rémunéré à temps plein pour cause de maladie — Selon la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui suivent la date du début du congé — La demande qu'a présentée l'intimée en mai 1999 en vue d'obtenir que son congé soit prolongé d'un an a été refusée — L'intimée a pris sa retraite pour des raisons médicales, mais a déposé devant la Commission une plainte dans laquelle elle a allégué que la politique du CT était discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience puisque la limite de deux ans ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour d'autres motifs — Elle a également déposé une plainte dans laquelle elle a allégué que DRHC avait refusé de tenir compte de sa déficience et lui avait appliqué la politique du CT de façon discriminatoire — Le fondement juridique et factuel de la décision de la Commission se trouve dans les rapports de l'enquêteur — Le juge de la Cour fédérale a conclu à juste titre que les rapports représentaient les motifs de la décision de la Commission — Les principes qui sous-tendent la détermination de la norme de contrôle ont été examinés — Plainte concernant le CT — La question dont était saisie la Cour fédérale consistait à savoir si la plainte établissait l'existence d'une discrimination à première vue — L'application des facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission favorisait la norme de contrôle de la décision correcte — Le juge a eu raison de dire que l'inflexibilité de la politique du CT relative aux congés pour des raisons médicales établissait l'existence d'une discrimination à première vue — Il revenait ensuite à l'employeur de démontrer que la discrimination était une*

out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — Failure to investigate question of accommodation once leave commenced, failure to explore whether leave should have been extended, failure to investigate alleged individual discrimination constituting breach of duty of fairness — Report not forming fair foundation for Commission's decision, evidence omitted so obviously crucial and of such fundamental nature that respondent could not compensate for its absence through responding submissions — Appeal dismissed.

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of Canadian Human Rights Commission's dismissal of complaints against Treasury Board (TB), Human Resources Development Canada (HRDC) — Secondary appellate level (i.e. this Court) determining on correctness standard whether reviewing judge choosing, applying proper standard — Here, Federal Court Judge applying correct standards, but not conducting pragmatic and functional analysis — Pragmatic and functional analysis to be undertaken by reviewing court (i.e. Federal Court) with respect to each decision of administrative decision maker, not merely each general type of decision of particular decision maker under particular provision — That approach applying to TB complaint, but not HRDC complaint as latter matter of procedural fairness, requiring elements of decision relevant to procedural fairness be isolated, reviewed as questions of law — Whether TB complaint establishing prima facie discrimination question of law, and Supreme Court of Canada stating in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that such questions reviewable on standard of correctness, but until matter clarified, Court preferring to proceed with pragmatic, functional analysis as clearly directed by Supreme Court of Canada in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* — Four pragmatic, functional factors leading on balance to standard of correctness.*

*exigence professionnelle justifiée (EPJ) — La Commission n'a pas tenu compte du critère relatif à l'EPJ tel que requis — Une distinction a été faite d'avec certaines décisions selon lesquelles la politique du CT a été jugée non discriminatoire en vertu de l'art. 15 de la Charte parce que, notamment, la Cour suprême du Canada n'a pas expressément dit que l'analyse fondée sur l'art. 15 de la Charte et l'analyse de la discrimination doivent nécessairement être identiques — Plainte concernant DRHC — Cette plainte concernait l'équité procédurale (c.-à-d. qu'elle concernait la manière dont la Commission a pris sa décision) — Le juge a conclu que l'enquête sur la plainte n'était pas valable parce qu'elle manquait de rigueur — Le contenu de l'obligation d'équité a été déterminé en fonction des facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — Le fait que, lorsque le congé a été accordé, il n'a plus été question d'accommodement, le fait que l'enquêteur n'a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé et le fait qu'il ne s'est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l'intimée constituent un manquement à l'obligation d'équité — Le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission, et la preuve omise était à ce point cruciale et fondamentale que l'intimée ne pouvait compenser son absence par ses observations en réponse — Appel rejeté.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter des plaintes déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC) — Le deuxième niveau d'appel (c.-à-d. la Cour) doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme pertinente — En l'espèce, le juge de la Cour fédérale a appliqué les normes pertinentes, mais n'a pas fait l'analyse pragmatique et fonctionnelle — La cour de révision (c.-à-d. la Cour fédérale) doit effectuer l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise — Cette approche s'appliquait à la plainte concernant le CT, mais non à celle concernant DRHC puisque cette dernière concernait l'équité procédurale, ce qui nécessitait que les éléments de la décision qui touchent à l'équité procédurale soient isolés et examinés comme des questions de droit — La question de savoir si la plainte concernant le CT établissait l'existence d'une discrimination à première vue était une question de droit, et la Cour suprême du Canada a affirmé, dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, que la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard de ces questions, mais la Cour trouva préférable, jusqu'à ce que la question soit clarifiée, d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle comme l'a clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent's application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission (Commission) dismissing her complaints against the Treasury Board (TB) and Human Resources Development Canada (HRDC).

The respondent was permanently employed by HRDC from 1975 until 2000. Diagnosed with chronic fatigue syndrome in 1987, and with fibromyalgia in April 1994, she took full-time leave without pay in January 1997. According to the TB policy on leave without pay for medical reasons, the termination date of such leave should be decided within two years of the leave's commencement, except in exceptional cases. In May 1999, following the appellant's request that the respondent come back to work or take medical retirement, the respondent requested a continuance of leave for another year. The appellant responded that if the respondent did not provide medical evidence to show a good chance of a return to work within a reasonable period of time, take medical retirement or resign, she would be terminated for incapacity. The respondent finally applied for and was granted medical retirement in April 2000, and filed two complaints with the Commission. The first, against the TB, alleged that its policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against disabled workers because employees on leave without pay for reasons other than illness are permitted a longer duration than allowed under the TB policy. The second, against HRDC, alleged failure to accommodate her disability and discriminatory application of the TB policy in her case.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court Judge did not err in finding that the reasoning of the Commission to support its decision under subsection 44(3) of the *Canadian Human Rights Act* (i.e. decision as to whether an inquiry into the complaint is warranted) could be found by reference to the investigator's reports. Such reports are prepared for the Commission, and hence for the purposes of the investigation, the investigator is considered to be an extension of the Commission. When the

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia — Les quatre facteurs de l'approche pragmatique et fonctionnelle favorisaient, tout bien pesé, l'application de la norme de la décision correcte.*

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC).

L'intimée a occupé un poste permanent à DRHC de 1975 à l'an 2000. Un médecin ayant diagnostiqué en novembre 1987 qu'elle était atteinte du syndrome de fatigue chronique, et de fibromyalgie en octobre 1994, elle a pris un congé non rémunéré à temps plein en janvier 1997. Selon la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui suivent la date du début du congé, sauf dans des circonstances exceptionnelles. En mai 1999, après que l'appelant lui eut demandé de retourner au travail ou de prendre sa retraite pour des raisons médicales, l'intimée a demandé que son congé soit prolongé d'un an. L'appelant a répondu que si l'intimée ne démontrait pas, au moyen d'une preuve médicale, qu'elle serait en mesure de retourner au travail dans un délai raisonnable ou si elle ne prenait pas sa retraite pour des raisons médicales ni ne donnait sa démission, elle serait congédiée pour incapacité. Enfin, en avril 2000, l'intimée a demandé et obtenu de prendre sa retraite pour des raisons médicales, puis a déposé deux plaintes devant la Commission. Dans la première plainte, qui concernait le CT, l'intimée a allégué que la politique de celui-ci sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales est discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience parce que la limite de deux ans prévue par la politique du CT ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour des raisons autres que médicales. Dans la deuxième plainte, qui concernait DRHC, elle a allégué que son employeur avait refusé de tenir compte de sa déficience et qu'il avait fait preuve de discrimination à son égard en appliquant la politique du CT.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur en concluant que les motifs de la Commission à l'appui de sa décision en vertu du paragraphe 44(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (quant à savoir si l'examen de la plainte est justifié) se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur. L'enquêteur établit ces rapports à l'intention de la Commission et, par conséquent, il mène l'enquête en tant que prolongement de la Commission. Lorsque la Commission



Commission adopts an investigator's recommendations and provides no reasons or only brief reasons, the courts have rightly treated the investigator's report as constituting the Commission's reasoning for the purpose of the subsection 44(3) screening decision.

The Judge treated the Commission's decision on the TB complaint as a question of law, and the decision on the HRDC complaint as one of procedural fairness, and appears to have applied the standard of correctness for both of these decisions, which was the correct standard. However, because the Judge mentioned the standard of reasonableness *simpliciter* at the beginning of his analysis, and because the pragmatic and functional analysis was not conducted, it was necessary to consider the approach to be adopted in a case such as this.

The Court has applied various standards of review to various decisions taken under subsection 44(3) of the Act. That is because the pragmatic and functional analysis must be undertaken anew by the reviewing court with respect to each decision of an administrative decision maker, not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular provision. The pragmatic and functional approach does not apply however to judicial review on the grounds of procedural fairness. Procedural fairness concerns the manner in which the decision is made (as opposed to the substantive final decision). Elements of a decision relevant to procedural fairness must be isolated and reviewed as questions of law, to which no deference is due. The duty applicable in a given context will be determined according to the factors set out by the Supreme Court of Canada. If the duty of fairness owed is breached, the decision will be set aside. It is also important to bear in mind that the standard of review at the secondary appellate level proceeds according to different principles than the pragmatic and functional analysis employed at the lower court level. The Court must determine on a correctness standard whether the reviewing judge has chosen and applied the proper standard of review. If the judge has erred, the Court must correct the error, substitute the appropriate standard, and assess or remit the administrative decision-maker's decision on that basis.

The respondent's appeal before the Federal Court with respect to the TB complaint concerned the final conclusion of the Commission (that no *prima facie* discrimination had been shown). At issue was whether the TB complaint established *prima facie* discrimination. This question will sometimes be one of mixed fact and law, but here a number of factors, such as the fact that the Commission's decision was entirely dependent upon the investigator's legal conclusions, pointed

adopte les recommandations de l'enquêteur et qu'elle ne présente aucun motif ou qu'elle fournit des motifs très succincts, les cours ont, à juste titre, décidé que le rapport d'enquête constituait les motifs de la Commission aux fins de la prise de décision en vertu du paragraphe 44(3).

Le juge a traité la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT comme une question de droit, et la décision relative à la plainte concernant DRHC comme une question d'équité procédurale, et il semble avoir appliqué, à l'égard de ces deux questions, la norme de la décision correcte, qui constituait la norme pertinente. Toutefois, comme le juge a mentionné la norme de la décision raisonnable *simpliciter* au début de son analyse, et que l'analyse pragmatique et fonctionnelle n'a pas été effectuée, il était nécessaire de décider de l'approche qu'il convient d'adopter dans un cas comme celui-ci.

La Cour a appliqué diverses normes de contrôle à diverses décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Cela est dû au fait que la cour de révision doit effectuer de nouveau l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance administrative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d'une disposition précise. L'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique toutefois pas au contrôle judiciaire fondé sur des motifs d'équité procédurale. L'équité procédurale concerne la manière dont une décision est prise (par opposition à la décision définitive sur le fond). Les éléments de la décision qui touchent à l'équité procédurale doivent être isolés et examinés comme des questions de droit, à l'égard desquelles aucune déférence n'est nécessaire. L'obligation qui incombe au décideur dans un contexte en particulier sera déterminée en fonction des facteurs établis par la Cour suprême du Canada. Si l'obligation d'équité a été violée, la décision sera annulée. Il importe également de se rappeler que le critère approprié au deuxième niveau d'appel s'applique selon des principes différents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle effectuée par un tribunal inférieur. La Cour doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme de contrôle pertinente. Si le juge a commis une erreur, la Cour doit corriger l'erreur, appliquer la norme pertinente et évaluer ou renvoyer sur ce fondement la décision de l'instance administrative.

L'appel interjeté par l'intimée devant la Cour fédérale relativement à la plainte déposée contre le CT concernait la conclusion finale de la Commission (qu'il n'y avait aucune discrimination à première vue). Il s'agissait de savoir si cette plainte établissait l'existence d'une discrimination à première vue. Cette question sera parfois une question mixte de fait et de droit, mais en l'espèce, plusieurs facteurs, comme le fait que la décision de la Commission dépendait essentiellement

towards the purely legal nature of the question. That said, and notwithstanding the Supreme Court of Canada's statement in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that pursuant to subsection 18.1 of the *Federal Courts Act*, questions of law should be reviewed on the standard of correctness, it was preferable, until the matter is clarified, to proceed with the pragmatic and functional analysis, particularly in light of the Supreme Court's clear direction in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* that this analysis should be applied in every case in which the standard of review falls to be determined.

In cases governed by subsection 18.1(4) (grounds of review on an application for judicial review) of the *Federal Courts Act*, to the extent that the decision at issue is a question of law, the first factor of the pragmatic and functional analysis (presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal) points towards the standard of correctness. However, that standard may not automatically apply to the review of all questions of law, as the other pragmatic and functional factors may in some cases predominate. Here, in light of the Commission's abstract reasoning, the question of *prima facie* discrimination was clearly a question of law. As to the second factor, the Commission has no greater expertise than the courts in the area of basic human rights law (i.e. the *prima facie* discrimination issue). With respect to the third factor (purpose of the Act and of the provision), the Commission's decision occurred in the course of its screening function under subsection 44(3) of the Act. In the assessment of practical and monetary matters, the Commission is in a better position than the Federal Court to assess whether any given complaint should go further. As to the nature of the problem (the fourth factor), the Commission's decision to dismiss a complaint is determinative of rights. To the extent that the Commission decides to dismiss a complaint on the basis of its conclusion concerning a fundamental question of law, its decision should be subject to a less deferential standard of review. The four factors discussed above led on balance to a standard of review of correctness.

The Judge was correct in holding that the relative inflexibility of the two-year deadline imposed by the TB policy on leave for medical reasons, in comparison with the

des conclusions de droit de l'enquêteur, permettaient d'affirmer que la question en cause était une pure question de droit. Cela dit, et nonobstant l'affirmation de la Cour suprême du Canada dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* portant que, selon l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la norme de révision de la décision correcte devrait s'appliquer à l'égard des questions de droit, il était préférable, jusqu'à ce que la question soit clarifiée, d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle, compte tenu surtout des directives claires données par la Cour suprême dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, selon lesquelles on doit appliquer cette approche chaque fois qu'il faut déterminer la norme de contrôle.

Lorsque le paragraphe 18.1(4) (motifs de contrôle applicables à une demande de contrôle judiciaire) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, dans la mesure où la décision en cause est une question de droit, le premier facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi) donne à penser que la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, cette norme ne s'applique peut-être pas automatiquement au contrôle de toutes les questions de droit, puisque d'autres facteurs pragmatiques et fonctionnels pourraient, dans certains cas, l'emporter. En l'espèce, compte tenu de la nature abstraite du raisonnement de la Commission, la question de l'existence d'une discrimination à première vue était très certainement une question de droit. Pour ce qui est du deuxième facteur, la Commission n'a pas une expertise plus grande que les tribunaux dans le domaine des droits fondamentaux de la personne (c.-à-d. quant à la question de l'existence d'une discrimination à première vue). En ce qui concerne le troisième facteur (objet de la Loi et de la disposition), la décision de la Commission a été prise dans l'exercice par celle-ci de sa fonction d'examen en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Lorsqu'il s'agit de l'appréciation de questions pratiques et pécuniaires, la Commission est bien mieux placée que la Cour fédérale pour apprécier si une plainte en particulier devrait se rendre plus loin. Quant à la nature du problème (le quatrième facteur), la décision de la Commission de rejeter une plainte touche aux droits subjectifs. Dans la mesure où la Commission décide de rejeter une plainte en s'appuyant sur une conclusion qu'elle a tirée au sujet d'une question fondamentale de droit, le degré de déférence qui sera exercé dans le contrôle de la décision sera moins élevé. Les quatre facteurs susmentionnés favorisaient, tout bien pesé, l'application de la norme de contrôle de la décision correcte.

Le juge a eu raison de dire que l'inflexibilité relative du délai de deux ans imposé par la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales, en

absence of such deadlines in the policy applicable to leave without pay for other reasons, was sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination under section 10 of the Act, and that this discrimination was based on a prohibited ground. In human rights cases, once the complainant has proved *prima facie* discrimination, it is incumbent on the employer to justify that discrimination as a *bona fide* occupational requirement (BFOR). Having erroneously concluded that a *prima facie* case had not been established, the Commission did not consider the BFOR test, as it was required to do. The *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* decisions, in which the Federal Court and Federal Court of Appeal held that the TB policy was not discriminatory under section 15 of the Charter, were distinguished. For one thing, these decisions were decided under the Charter and not the Act, and the Supreme Court, in its recent decisions with respect to human rights codes, has not expressly stated that section 15 equality analysis and human rights discrimination analysis must always exactly mirror each other. Also, unlike the complainant in *Scheuneman*, the respondent did not wish to remain indefinitely on leave without pay. Finally, the role of the Sun Life Assurance Company of Canada in strictly enforcing the two-year deadline of the TB policy, a significant factor in this case, was not considered in the *Scheuneman* cases.

The HRDC complaint concerned the manner in which the Commission arrived at its decision. The Judge rightly reviewed the Commission's decision regarding this complaint as a matter of procedural fairness. Where a proper inquiry into the substance of the complaint has not been undertaken, the Commission's decision based on that improper investigation cannot be relied upon, since a defect exists in the evidentiary foundation upon which the conclusion rests. To determine the content of the duty of fairness in this case (i.e. the degree of investigative thoroughness required), the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were applied. The Commission's decision at the screening phase is of great importance to the individual complainant, as a decision to dismiss the complaint will effectively deny the complainant the possibility of obtaining relief under the Act, and is therefore determinative of rights. Also, the complainant has no alternative, other than a complaint to the Commission, to vindicate the rights and interests at stake. Given the essential role of the investigation in the Commission's handling of complaints, this consideration suggested increased requirements of procedural fairness, as did the fact that sufficient representations are made by the Commission for complainants to legitimately expect that their complaints will be investigated in a sufficiently thorough manner to take account of and test the substantive allegations founding the complaint. The appropriate content of procedural fairness was

comparaison avec l'absence de délai dans la politique applicable aux congés non rémunérés pour d'autres motifs, suffisait à établir une discrimination à première vue en vertu de l'article 10 de la Loi, et que cette discrimination était fondée sur un motif illicite. Dans les affaires concernant les droits de la personne, une fois que le plaignant a établi qu'il y a eu discrimination à première vue, il incombe à l'employeur de démontrer que la discrimination est une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Après avoir conclu à tort que la preuve n'avait pas établi une discrimination à première vue, la Commission n'a pas tenu compte du critère relatif à l'EPJ comme elle devait le faire. Une distinction a été faite d'avec les décisions rendues dans les affaires *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, dans lesquelles la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont statué que la politique du CT n'était pas discriminatoire selon l'article 15 de la Charte. D'abord, ces décisions ont été rendues en vertu de la Charte et non de la Loi, et la Cour suprême, dans ses arrêts récents concernant les codes sur les droits de la personne, n'a pas expressément dit que l'analyse de l'égalité fondée sur l'article 15 et l'analyse de la discrimination doivent toujours être identiques. Ensuite, contrairement au plaignant dans l'affaire *Scheuneman*, l'intimée ne voulait pas un congé non rémunéré indéfini. Enfin, le rôle de la Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie dans l'application stricte du délai de deux ans prévu par la politique du CT, un facteur important en l'espèce, n'a pas été examiné dans les affaires *Scheuneman*.

La plainte relative à DRHC concernait la manière dont la Commission a pris sa décision. Le juge a à juste titre examiné la décision de la Commission concernant cette plainte comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale. Lorsqu'une enquête appropriée n'a pas été faite pour examiner la plainte, une décision de la Commission fondée sur cette enquête ne peut être raisonnable puisque le défaut découle de la preuve même utilisée par la Commission pour prendre sa décision. Pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité en l'espèce (c.-à-d. le degré de rigueur que devait avoir l'enquête), les facteurs établis dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* ont été appliqués. La décision de la Commission à l'étape de l'examen est très importante pour le plaignant puisque la décision de rejeter une plainte empêche, en effet, le plaignant d'obtenir réparation en vertu de la Loi, et il s'agit donc d'une décision qui touche aux droits subjectifs. En outre, le plaignant n'a d'autre choix que de soumettre une plainte à la Commission pour revendiquer ses droits. Compte tenu du rôle indispensable de l'enquête dans le traitement d'une plainte par la Commission, ce facteur indiquait qu'une plus grande protection procédurale s'imposait, tout comme le fait que la Commission présente suffisamment d'arguments pour que les plaignants s'attendent légitimement à ce que leur plainte fasse l'objet d'une enquête approfondie qui tient compte des allégations de fond sur lesquelles cette plainte est fondée. Une

described in *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*: "It should only be where unreasonable omissions are made, for example where an investigator failed to investigate obviously crucial evidence, that judicial review is warranted . . . [C]ircumstances where further submissions cannot compensate for an investigator's omissions would include . . . where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker's attention to the omission cannot compensate for it." Here, the failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced; the failure to explore whether such leave should have been extended; and the failure to investigate the alleged individual discrimination were sufficient to constitute a breach of the duty of fairness. With these omissions, compounded by a fundamental misapprehension of the respondent's request of her employer (for a continuance of leave for another year), the report could not form a fair foundation for the Commission's screening decision. The evidence omitted was so obviously crucial and of such fundamental nature that the respondent could not conceivably compensate for its absence through her responding submissions. The Judge was thus correct that the Commission's investigation of the respondent's HRDC complaint lacked thoroughness, and therefore, constituted a breach of procedural fairness.

description appropriée du contenu de l'équité procédurale a été donnée dans *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)* : « Ce n'est que lorsque des omissions déraisonnables se sont produites, par exemple lorsqu'un enquêteur n'a pas examiné une preuve manifestement importante, qu'un contrôle judiciaire s'impose [. . .] [L]es circonstances où des observations supplémentaires ne sauraient compenser les omissions de l'enquêteur devraient comprendre [. . .] les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier ». En l'espèce, le fait que, lorsque le congé non rémunéré a été accordé, il n'a plus été question d'accommodement, le fait que l'enquêteur n'a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé et le fait qu'il ne s'est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l'intimée étaient des lacunes suffisantes pour constituer un manquement à l'obligation d'équité. Compte tenu de ces lacunes et du fait que l'employeur n'avait tout simplement pas compris la demande de l'intimée (visant à obtenir que son congé soit prolongé d'un an), le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission au moment de l'examen préalable. La preuve omise était à ce point cruciale et fondamentale que l'intimée ne pouvait d'aucune façon compenser son absence par ses observations en réponse. Le juge a donc eu raison de statuer que l'enquête de la Commission sur la plainte de l'intimée visant DRHC manquait de rigueur et, par conséquent, constituait un manquement à l'équité procédurale.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 7, 10 (as am. *idem*, s. 13(E)), 43(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 63), 44 (as am. *idem*, s. 64; 1998, c. 9, s. 24), 54 (as am. *idem*, s. 28).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2002] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 7, 10 (mod., *idem*, art. 13(A)), 43(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 63), 44 (mod., *idem*, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24), 54 (mod., *idem*, art. 28).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539;

(4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1, 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; 2002 SCC 33; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145.

## DISTINGUISHED:

*Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 F.C. 365; (1999), 176 F.T.R. 59 (T.D.); affd (2000), 266 N.R. 154 (F.C.A.); *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* (2004), 268 F.T.R. 1; 2004 FC 1157.

## CONSIDERED:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); affd (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.); *Connolly v. Canada Post Corp.*, 2002 FCT 185; [2002] F.C.J. No. 242 (QL); affd 2003 FCA 47; [2003] F.C.J. No. 140 (QL); *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315; 39 C.C.E.L. (3d) 229; 332 N.R. 60; 2005 FCA 113; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222; [2003] F.C.J. No. 763 (QL); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; revg [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R.

2003 CSC 29; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [2000] A.C.F. n° 1997 (C.A.) (QL); *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1157; [2004] A.C.F. n° 1383 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.); *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1996] A.C.F. n° 385 (C.A.) (QL); *Connolly c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 185; [2002] A.C.F. n° 242 (QL); conf. par 2003 CAF 47; [2003] A.C.F. n° 140 (QL); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; [2005] A.C.F. n° 543 (QL); *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222; [2003] A.C.F. n° 763 (QL); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; infirmant [2000] 2 C.F. 592 (C.A.); *Bourgeois c. Banque canadienne impériale de commerce*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL); *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2

(3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL); *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687; (1979), 105 D.L.R. (3d) 609; 79 CLLC 14,223; 28 N.R. 494 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Canada (Attorney General) v. Fetherston* (2005), 332 N.R. 113; 2005 FCA 111; leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 239 (QL).

## REFERRED TO:

*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (2001), 198 D.L.R. (4th) 633; 33 Admin. L.R. (3d) 1; 9 C.C.E.L. (3d) 1; 274 N.R. 47; 2001 FCA 93; *Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.); *Gee v. Canada (Minister of National Revenue)* (2002), 284 N.R. 321; 2002 FCA 4; *Singh v. Canada (Attorney General)* (2002), 291 N.R. 365; 2002 FCA 247; *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.R. 91; 2005 FCA 284; *St-Onge v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL); *Elkayam v. Canada (Attorney General)*, 2005 CAF 101; [2005] A.C.F. No. 494 (QL); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Zündel v. Canada (Attorney General)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 394; 30 Admin L.R. (3d) 82; 267 N.R. 92 (F.C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-*

*R.C.S. 536; Canada (Procureur général) c. Fetherston*, 2005 CAF 111; [2005] A.C.F. n° 544 (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 239 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commission des droits de la personne c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93; [2001] A.C.F. n° 542 (QL); *Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL); *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2002 CAF 4; [2002] A.C.F. n° 12 (QL); *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 247; [2002] A.C.F. n° 885; *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284; [2005] A.C.F. n° 1442 (QL); *St-Onge c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1523 (C.A.) (QL); *Elkayam c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 101; [2005] A.C.F. n° 494 (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Zündel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 2057 (C.A.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.); *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada — Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13; [2004] A.C.F. n° 186 (QL).

*Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205; (1998), 163 D.L.R. (4th) 193; 229 N.R. 135 (C.A.); *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407; (1984), 14 D.L.R. (4th) 78; 9 Admin. L.R. 261; 9 C.C.E.L. 6; 6 C.H.R.R. D/2831; 84 CLLC 17,029; 55 N.R. 384; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; (1981), 124 D.L.R. (3d) 193; 14 B.L.R. 157; 17 C.C.L.T. 106; 2 C.H.R.R. D/468; 81 CLLC 14,117; 22 C.P.C. 130; 37 N.R. 455; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395; 2004 FCA 13.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 243 D.L.R. (4th) 679; 2004 FC 1151) allowing the respondent's application for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission dismissing her complaints against the Treasury Board and Human Resources Development Canada. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Jan E. Brongers* for appellant.  
*Andrew J. Raven* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, for respondent.

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

[1] LINDEN J.A.: This is an appeal by the Attorney General of Canada (appellant) from an order of a Federal Court Judge (the applications Judge), dated August 20, 2004 ((2004), 243 D.L.R. (4th) 679), granting the application of Ms. Diane Sketchley (respondent) for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Commission (CHRC or Commission), dated February 7, 2003, which had dismissed the respondent's complaints against the Treasury Board of Canada (TB) and Human Resources Development Canada (HRDC).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 1151) accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes qu'elle a déposées contre le Conseil du Trésor et Développement des ressources humaines Canada. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Jan E. Brongers* pour l'appellant.  
*Andrew J. Raven* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*,  
Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par le procureur général du Canada (appellant) de l'ordonnance datée du 20 août 2004 (2004 CF 1151), par laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge des requêtes) a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP ou Commission), datée du 7 février 2003, de rejeter les plaintes déposées par M<sup>me</sup> Diane Sketchley (intimée) contre le Conseil du Trésor du Canada (CT) et Développement des ressources humaines Canada (DRHC).

[2] The respondent filed two complaints with the Commission, both concerning her alleged forced retirement from the public service, both based on alleged discrimination on the ground of disability. The first one, against the TB, alleged that its policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against disabled workers. The second, against her employer HRDC, alleged failure to accommodate her disability and discriminatory application of the TB policy in her case.

[3] For ease of reference, I include a table of contents identifying the issues considered in these reasons. \*

#### A. THE ISSUES

[4] This appeal raises the following issues:

(i) Did the applications Judge err in law by treating the analysis of the investigator's report as the Commission's reasoning for its decision?

(ii) With respect to both complaints, did the applications Judge err in law in his choice and application of the standard of review in respect of the Commission's decision?

(iii) With respect to the TB complaint, did the applications Judge err by finding that the TB policy constitutes *prima facie* discrimination, in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work?

(iv) With respect to the HRDC complaint, did the applications Judge err in deciding that procedural fairness was not exercised by the Commission during its investigation?

\* Editor's note: The Table of Contents included in the original reasons for judgment has been omitted.

[2] L'intimée a déposé auprès de la Commission deux plaintes dans lesquelles elle a allégué avoir été forcée de prendre sa retraite de la fonction publique et avoir fait l'objet de discrimination à cause d'une déficience. Dans la première plainte, qui concernait le CT, l'intimée a allégué que la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales était discriminatoire à l'égard des employés atteints d'une déficience. Dans la deuxième plainte, qui visait son employeur, DRHC, l'intimée a allégué que son employeur avait refusé de tenir compte de sa déficience et qu'il avait fait preuve de discrimination à son égard en appliquant la politique du CT.

[3] Par souci de commodité, voici la table des matières qui précise les questions examinées dans les présents motifs. \*

#### A. LES QUESTIONS EN LITIGE

[4] Le présent appel soulève les questions suivantes :

(i) Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de droit en décidant que les motifs de la décision de la Commission étaient ceux qui se trouvaient dans le rapport de l'enquêteur?

(ii) Relativement aux deux plaintes, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur de droit dans son choix et dans son application de la norme de contrôle à la décision de la Commission?

(iii) Relativement à la plainte concernant le CT, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant que la politique du CT est discriminatoire à première vue à l'égard des employés atteints d'une déficience qui ne sont pas en mesure de préciser la date de leur retour au travail?

(iv) Relativement à la plainte concernant DRHC, le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant que la Commission avait violé les principes d'équité procédurale pendant son enquête?

\* Note de L'arrêtiste : L'arrêtiste en chef du *Recueil des décisions des Cours fédérales* a décidé de ne pas reproduire cette table des matières pour des raisons d'efficacité.



[5] For the following reasons, all four questions are answered in the negative, and the appeal will be dismissed.

## B. THE FACTS

[6] The respondent was permanently employed by HRDC from April 1, 1975 until 2000. She was diagnosed with chronic fatigue syndrome in November 1987, and then with fibromyalgia in October 1994.

[7] In August 1988, the respondent was granted seven weeks of full-time sick leave, and from October 1988, she worked part-time, gradually resuming full-time work in 1990. In January 1993, she requested a reassignment to a less stressful position because of her deteriorating health, which was granted in April 1994. Her employer also permitted her to reduce her working hours, test a new ergonomic keyboard, and offered to purchase her a back support. In November 1994, on the advice of her physician and following her fibromyalgia diagnosis, the respondent began working part-time.

[8] On her physician's recommendation, the respondent took full-time leave without pay in January 1997. In March 1997, the appellant recommended that the respondent take medical retirement, which the latter declined, as she wanted the opportunity to return to work when she was able.

[9] In March 1999, when the respondent had been on leave without pay for two years, the disability insurer, Sun Life, wrote to her employer requesting that it investigate and initiate termination of the respondent's leave "if appropriate." Sun Life's letter to the employer was sent pursuant to a 1996 agreement between the insurer and the Treasury Board Secretariat, which agreement provided that the appellant would actively enforce the TB policy on leave without pay for medical reasons. According to this TB policy, the termination date of such leave should be decided within two years of the leave's commencement, except in exceptional cases.

[5] Pour les motifs qui suivent, les quatre questions reçoivent une réponse négative et l'appel sera rejeté.

## B. LES FAITS

[6] L'intimée a occupé un poste permanent à DRHC du 1<sup>er</sup> avril 1975 jusqu'en 2000. Un médecin a diagnostiqué en novembre 1987 qu'elle était atteinte du syndrome de fatigue chronique et de fibromyalgie en octobre 1994.

[7] En août 1988, l'intimée a obtenu un congé de maladie à plein temps, congé qui a duré sept semaines. Elle est retournée au travail en octobre 1988, à temps partiel puis, elle a graduellement repris le travail à temps plein en 1990. En janvier 1993, elle a présenté une demande de réaffectation à un poste moins stressant en invoquant la détérioration de son état de santé, réaffectation qui lui a été accordée en avril 1994. Son employeur lui a également permis de réduire ses heures de travail, d'essayer un nouveau clavier ergonomique et il a offert de lui acheter un appui pour le dos. En novembre 1994, sur les conseils de son médecin et après le diagnostic de fibromyalgie, l'intimée a commencé à travailler à temps partiel.

[8] En janvier 1997, sur la recommandation de son médecin, l'intimée a pris un congé non rémunéré à temps plein. En mars 1997, l'appelant a recommandé à l'intimée de prendre sa retraite pour des raisons médicales. L'intimée a refusé parce qu'elle voulait avoir la possibilité de retourner au travail quand elle en serait capable.

[9] En mars 1999, pendant que l'intimée était en congé sans solde depuis deux ans, la compagnie d'assurance-invalidité, la Sun Life, a demandé par écrit à l'employeur de faire enquête et de mettre fin au congé de l'intimée [TRADUCTION] « si opportun ». La lettre que la Sun Life a fait parvenir à l'employeur faisait suite à l'entente intervenue entre l'assureur et le Secrétariat du Conseil du Trésor en 1996, laquelle entente prévoyait que l'appelant appliquerait activement la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales. Selon la politique du CT, les cas de congé non rémunéré doivent être réglés dans les deux ans qui

[10] In May 1999, the appellant asked the respondent to choose medical retirement or return to work. The respondent requested a continuance of leave for another year. The appellant responded in June 1999 that if she did not provide medical evidence to show a good chance of a return to work within a reasonable period of time, take medical retirement or resign, she would be terminated for incapacity.

[11] The respondent filed a grievance, which was denied at the third level in December 1999. In February 2000, the respondent then requested a personal needs leave to give her time to recuperate and determine her subsequent ability to work. This request was denied by the appellant in early March 2000. The appellant then asked the respondent to attend a medical evaluation with Health Canada, to assess if she was capable of returning to work immediately or in the reasonably near future. The respondent declined the referral to Health Canada.

[12] Finally, in April 2000, the respondent applied for medical retirement, which was approved by Health Canada effective April 4, 2000. To qualify for medical retirement, the respondent provided a certificate from her personal physician stating that she was permanently incapable of pursuing regularly any substantially gainful employment. The respondent argues that her application for medical retirement occurred under duress, because it was the only option open to her.

[13] In November 2000, the respondent filed her two complaints with the CHRC.

### C. JUDICIAL HISTORY

#### 1. Decision of the Commission

[14] At least four different investigators worked on the respondent's two complaints. On June 21, 2002, 19

suivent la date du début du congé, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

[10] En mai 1999, l'appelant a demandé à l'intimée de choisir entre la retraite pour des raisons médicales et le retour au travail. L'intimée a demandé que son congé non rémunéré soit prolongé d'un an. En juin 1999, l'appelant a répondu que si l'intimée ne démontrait pas, au moyen d'une preuve médicale, qu'elle serait en mesure de retourner au travail dans un délai raisonnable ou si elle ne prenait pas sa retraite pour des raisons médicales ni ne donnait sa démission, elle serait congédiée pour incapacité.

[11] L'intimée a déposé un grief qui a été rejeté au troisième palier en décembre 1999. En février 2000, elle a sollicité un congé pour raisons personnelles afin de pouvoir récupérer et décider si elle serait en mesure de reprendre le travail par la suite. L'appelant a refusé ce congé au début du mois de mars 2000. Il a ensuite demandé à l'intimée de se soumettre à une évaluation médicale par Santé Canada afin de déterminer si elle était en mesure de reprendre le travail immédiatement ou dans un avenir raisonnable. L'intimée a refusé de subir cette évaluation.

[12] Enfin, en avril 2000, l'intimée a demandé de prendre sa retraite pour des raisons médicales, demande qui a été accordée par Santé Canada le 4 avril 2000. Pour être admissible à la retraite pour des raisons médicales, l'intimée a fourni une attestation de son médecin personnel indiquant qu'elle était incapable, de façon permanente, d'occuper un emploi véritablement rémunérateur. L'intimée prétend avoir demandé de prendre sa retraite pour des raisons médicales parce qu'on l'y a contrainte et qu'il s'agissait de la seule possibilité qui lui était offerte.

[13] En novembre 2000, l'intimée a déposé deux plaintes devant la CCDP.

### C. L'HISTORIQUE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES

#### 1. Décision de la Commission

[14] Au moins quatre enquêteurs différents ont examiné les deux plaintes de l'intimée. Le 21 juin 2002,

months after the complaints were filed, the last investigator to work on these complaints filed his reports with the Commission.

[15] On February 7, 2003, the CHRC issued a brief decision dismissing both complaints. With respect to the TB complaint, relating to the appellant's policy on leave without pay for medical reasons, the CHRC, quoting verbatim the recommendations from the report concerning this complaint, wrote as follows:

- the respondent's policy on termination makes provision for accommodating persons with disabilities; and
- the difference between those disabled employees who are able to provide a return date and those disabled employees who are not able to provide a date of return to work is not based on an enumerated ground of discrimination.

[16] With respect to the HRDC complaint, concerning the appellant's alleged failure to accommodate the respondent, the CHRC, again using the words of the report, wrote:

- the evidence does not support the complainant's allegation that the respondent did not accommodate her in employment; and
- the evidence indicates the complainant's physician certified she is incapable of occupying any gainful employment on a regular basis.

[17] The legal and factual substance upon which the Commission based its decision can be found in the investigator's reports. The applications Judge found that the Commission's reasons must be taken to include and be based on those of the investigator's reports. The appellant challenges this finding on appeal to this Court, which issue is discussed below. As the content of these reports is critical to resolution of this appeal, they are briefly summarized here.

## 2. The Investigator's Report - TB Complaint

[18] In this complaint, the respondent alleged that the TB policy on leave without pay for medical reasons is

19 mois après le dépôt des plaintes, le dernier enquêteur chargé de les examiner a présenté ses rapports à la Commission.

[15] Le 7 février 2003, la CCDP a rendu une brève décision dans laquelle elle a rejeté les deux plaintes. En ce qui concerne la plainte contre le CT visant la politique de l'appelant en matière de congés non rémunérés pour des raisons médicales, la CCDP, citant textuellement les recommandations tirées du rapport sur la plainte, a écrit :

[TRADUCTION]

- la politique du défendeur en matière de congédiement comporte des dispositions qui permettent de tenir compte des besoins des personnes atteintes d'une déficience;
- le traitement différent réservé aux employés atteints d'une déficience qui sont en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n'est pas fondé sur un motif de distinction illicite.

[16] Quant à la plainte relative à DRHC, au sujet de l'omission alléguée de l'appelant de tenir compte des besoins de l'intimée, la Commission a encore une fois repris les termes du rapport et a écrit :

[TRADUCTION]

- la preuve n'étaye pas l'allégation de la plaignante selon laquelle le défendeur n'a pas tenu compte de ses besoins dans le cadre de son travail;
- la preuve révèle que le médecin de la plaignante a attesté qu'elle n'était pas en mesure d'avoir un emploi régulier rémunérateur.

[17] Le fondement juridique et factuel sur lequel s'est appuyée la Commission pour rendre sa décision se trouve dans les rapports de l'enquêteur. Selon le juge des requêtes, il fallait conclure que les motifs de la Commission étaient ceux qui se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur. L'appelant conteste cette conclusion dans le présent appel et cette question est examinée plus loin. Le contenu des rapports est crucial en l'espèce. En voici donc un bref résumé.

## 2. Rapport de l'enquêteur - plainte concernant le CT

[18] Dans cette plainte, l'intimée a allégué que la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des

discriminatory against employees with disabilities, as it forces a resolution of the employment relationship within two years of the leave's commencement, and hence tends to deprive disabled individuals of employment opportunities on the basis of disability, contrary to section 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)] of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] (Act).

[19] The report refers to both the TB policy and the 1996 agreement with Sun Life Assurance Company of Canada, and notes that the respondent's allegation of discrimination applies to both. The respondent's allegation that employees on leave without pay for reasons other than illness are permitted a longer duration than allowed under the TB policy and Sun Life agreement is noted, and the report also states that the respondent takes issue with the policy requirement that the date of termination of leave should be decided within two years of the commencement of leave.

[20] The report summarizes the appellant's rebuttal submissions: that its policy reasonably accommodates disabled employees, that the policy complies with the requirements of the Act in that it permits flexibility in exceptional cases, and that the employer's legal obligation to accommodate an employee does not include maintaining the employment relationship when it has been established that the employee will not be able to return to work in a foreseeable future.

[21] The report cites the single case of *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 F.C. 365 (T.D.) (*Scheuneman No. 1*), affirmed by the Federal Court of Appeal (1999), 266 N.R. 154, to support its analysis that the TB policy is not *prima facie* discriminatory, noting that *Scheuneman No. 1* dealt with allegations similar to those set out by the respondent. (This case will be further discussed later in these reasons.)

[22] In the analysis section, the report begins by observing that "[t]he Federal Court has ruled [in

raisons médicales qui s'applique aux employés atteints d'une déficience est discriminatoire parce qu'elle impose une rupture de la relation employeur-employé deux ans après le début du congé et est susceptible d'annihiler les chances d'emploi de ces personnes à cause d'une déficience, ce qui contrevient à l'article 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] (Loi).

[19] Le rapport mentionne tant la politique du CT que l'entente de 1996 conclue avec la Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie et souligne que l'allégation de discrimination vise et la politique et l'entente. Le rapport mentionne l'allégation de l'intimée selon laquelle la limite de deux ans prévue par l'entente avec la Sun Life et la politique du CT ne s'applique pas aux employés qui bénéficient d'un congé non rémunéré pour des raisons autres que médicales; il mentionne également que l'intimée conteste la politique qui exige que l'employé soit en mesure de préciser la date à laquelle il pourra reprendre le travail, dans les deux ans à compter du début du congé.

[20] Le rapport résume les observations faites par l'appelant pour réfuter les allégations de l'intimée : sa politique tient raisonnablement compte des besoins des employés atteints d'une déficience, la politique respecte les exigences de la Loi en ce qu'elle permet une certaine souplesse dans les cas exceptionnels et l'employeur n'est plus légalement tenu de tenir compte des besoins de l'employé et de maintenir la relation employé-employeur quand il a été établi que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible.

[21] Le rapport cite une seule décision, *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 C.F. 365 (1<sup>re</sup> inst.) (*Scheuneman n° 1*), confirmée par la Cour d'appel fédérale [2000] A.C.F. n° 1997 (QL), à l'appui de son analyse selon laquelle la politique du CT n'est pas discriminatoire à première vue, et il souligne que *Scheuneman n° 1* visait des allégations semblables à celles avancées par l'intimée. (Cette décision sera examinée, plus loin dans les présents motifs.)

[22] Dans la section analyse du rapport, il est mentionné que [TRADUCTION] « [l]a Cour fédérale a

*Scheuneman No. 1*] that allegations similar to those set out by the complainant do not set out a *prima facie* case of discrimination” (at paragraph 16). The report then concludes that “the difference between disabled employees who are able to provide a return date and those disabled employees who are not able to provide a date of return to work is not based on an enumerated ground of discrimination. Rather, it is based on the fact that a return date cannot be provided” (at paragraph 17).

[23] The report goes on to state that the purpose of leave without pay is to allow employees to take a limited period off work while maintaining continuity of employment, and there is a requirement therefore that the period be time limited, and not indefinite. The report therefore concludes that “it is inconsistent with the purpose of unpaid leave to provide continuity of employment to employees who have no reasonable prospects of returning to the workplace” (at paragraph 18). Moreover, the report adds, the TB policy does not treat disabled employees who are on leave without pay differently than those on leave without pay for other reasons.

[24] The report ends by recommending dismissal of the complaint, providing a two-paragraph set of reasons which were reproduced verbatim in the Commission’s decision, in the language quoted in paragraph 15 above.

### 3. The Investigator’s Report - HRDC Complaint

[25] In this complaint, the respondent alleged that her employer, HRDC, discriminated against her by failing to accommodate her disability and by refusing to continue her employment, contrary to section 7 of the Act.

[26] The report provides the history of the respondent’s dealings with the appellant from the time her medical problems began. It then restates the specific complaints of the applicant [respondent in the present case]: first, that HRDC made no attempt to

statué [dans *Scheuneman n° 1*] que des allégations semblables à celles avancées par la plaignante n’établissent pas un cas de discrimination à première vue » (au paragraphe 16). Le rapport conclut ensuite que [TRADUCTION] « le traitement différent réservé aux employés atteints d’une déficience qui sont en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n’est pas fondé sur un motif de distinction illicite. Au contraire, il repose sur le fait qu’il est impossible de préciser la date de retour au travail » (au paragraphe 17).

[23] Le rapport poursuit en disant qu’un congé non rémunéré a pour but de permettre aux employés de s’absenter du travail pendant une certaine période de temps tout en préservant leur emploi et qu’il faut donc que cette période de temps soit limitée plutôt qu’indéfinie. Le rapport conclut donc que [TRADUCTION] « il est contraire à l’objectif du congé non rémunéré de préserver l’emploi d’une personne qui n’a aucune possibilité raisonnable de reprendre le travail » (au paragraphe 18). En outre, le rapport ajoute que la politique du CT ne traite pas d’une manière différente les employés atteints d’une déficience qui sont en congé non rémunéré et les personnes qui sont en congé non rémunéré pour d’autres motifs.

[24] Le rapport conclut en recommandant le congédiement de la plaignante. Les motifs sont exposés dans deux paragraphes qui ont été reproduits textuellement dans la décision de la Commission et qui sont cités au paragraphe 15 des présents motifs.

### 3. Rapport de l’enquêteur - plainte concernant DRHC

[25] Dans cette plainte, l’intimée a allégué que son employeur, DRHC, a fait preuve de discrimination à son égard en ne tenant pas compte de sa déficience et en refusant de continuer de l’employer, en contravention de l’article 7 de la Loi.

[26] La rapport contient un exposé des relations entre l’intimée et l’appelant depuis l’apparition des problèmes de santé. Il reprend ensuite les plaintes spécifiques de la demanderesse [intimée en l’espèce] : premièrement, DRHC n’a pas du tout essayé de tenir compte de ses

accommodate her once she was on leave without pay, and made no attempt to facilitate her return to work, but instead pressured her to take medical retirement, thereby delaying her recovery and the possibility of her returning to work; and second, that the appellant applied the TB policy on leave without pay for medical reasons in an adverse differential manner in her case, since other employees were allowed to remain for periods longer than two years on leave without pay for reasons of illness or disability.

[27] The report summarizes the appellant's response to these allegations, highlighting in particular the accommodation provided before the respondent took leave without pay, and the medical evidence from the respondent's physician certifying her permanent incapacity for substantially gainful employment. With respect to the respondent's allegation of differential application of the TB policy in her case, the report repeats the respondent's [appellant in the present case] statement that while some employees on leave have been continued beyond two years, a program was now in place to review if these employees could return to work, and if not to assist them in coming to terms with medical retirement.

[28] In the brief analysis section, the report notes that the respondent has been receiving disability insurance benefits since 1995, that the appellant attempted to accommodate her before she went on full-time leave in 1997 on the advice of her physician, and that her physician in April 2000 declared her medically unable to perform any gainful occupation. The report therefore concludes that "the investigation does not support the complainant's allegation that the respondent [now appellant before this Court] applies the Treasury Board policy in a discriminatory manner" (at paragraph 30).

[29] The report ends by recommending dismissal, providing a two-paragraph set of reasons which mirrors exactly that provided by the Commission in its decision on this complaint, as quoted above in paragraph 16.

besoins à partir du congé non rémunéré ni de faciliter son retour au travail; au contraire, il a insisté pour qu'elle prenne sa retraite pour des raisons médicales, retardant ainsi son rétablissement et la possibilité de son retour au travail; deuxièmement, l'appelant a appliqué la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales d'une manière discriminatoire à son égard puisque d'autres employés ont bénéficié d'un congé non rémunéré pour maladie ou invalidité pendant plus de deux ans.

[27] Le rapport résume la réponse de l'appelant à ces allégations, soulignant en particulier les mesures prises par l'appelant avant le congé non rémunéré de l'intimée, ainsi que la preuve médicale obtenue du médecin de l'intimée attestant son incapacité permanente d'occuper un emploi véritablement rémunérateur. Au sujet de l'allégation de l'intimée concernant l'application différente de la politique du CT à son égard, le rapport reprend les propos du défendeur [appelant en l'espèce] qui a reconnu que certains employés en congé avaient pu conserver leur poste pendant plus de deux ans, mais qu'il existait maintenant un programme qui permettait de déterminer si des employés pouvaient retourner au travail et, en cas contraire, de les aider à accepter de prendre leur retraite pour des raisons médicales.

[28] Dans la brève section du rapport qui porte sur l'analyse, il est dit que l'intimée touche des prestations d'assurance-invalidité depuis 1995, que l'appelant a tenté de tenir compte de ses besoins avant qu'elle prenne, sur l'avis de son médecin, un congé à temps plein en 1997 et qu'en avril 2000, son médecin a déclaré qu'elle était incapable pour des raisons de santé d'occuper un emploi rémunérateur. Le rapport conclut donc que [TRADUCTION] « la preuve recueillie au cours de l'enquête n'étaye pas l'allégation de la plaignante selon laquelle le défendeur [appelant devant la Cour] applique la politique du Conseil du Trésor d'une manière discriminatoire » (au paragraphe 30).

[29] Le rapport termine en recommandant le congédiement de l'intimée dans des motifs comportant deux paragraphes qui sont identiques aux motifs de décision de la Commission relativement à la présente plainte, tels que cités plus haut, au paragraphe 16.

[30] As the applications Judge noted (at paragraph 16 of his reasons), the report makes no mention of any investigation as to the application of the TB policy to other employees on leave without pay. The only source of information on this question mentioned in the report is the appellant. In addition, no mention is made of the fact that, once the respondent was on leave without pay, no attempt was made by her employer to try to accommodate and facilitate her return to work.

#### 4. Federal Court Decision

[31] The applications Judge's analysis is predicated upon his finding that the Commission adopted the reasoning of the investigator: "Given the brevity of the [Commission] decision", the applications Judge writes, "its reasons must be taken to be those of the investigator's reports, whose recommendations and reasoning are reflected in the decision" (at paragraph 12).

[32] The applications Judge examines two issues in his reasons, one corresponding to each of the complaints: first, concerning the TB complaint, whether "the Commission err[ed] in law by finding that, in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work, termination does not constitute *prima facie* discrimination"; and second, concerning the HRDC complaint, whether "the Commission breach[ed] the principles of natural justice or procedural fairness by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the applicant's allegations of discrimination" (at paragraph 3). He concludes that both questions should be answered in the affirmative.

[33] With respect to *prima facie* discrimination, the applications Judge concludes that the TB policy is discriminatory, as it differentiates on two bases: first, between those who take leave without pay because of medical disability and those who take such leave for other reasons; and second, on the basis of the degree of disability, between those who can at the two-year point confirm their date of return to work, and those who cannot. The applications Judge also observes that the investigator did not properly apply the requisite undue

[30] Comme l'a souligné le juge des requêtes (au paragraphe 16 de ses motifs), le rapport ne mentionne aucune enquête concernant l'application de la politique du CT aux autres employés en congé non rémunéré. Selon le rapport, la seule source de renseignements sur ce point serait l'appelant. En outre, il n'est pas mentionné que, pendant que l'intimée était en congé non rémunéré, son employeur n'a rien fait pour trouver un moyen de lui permettre de retourner au travail.

#### 4. Décision de la Cour fédérale

[31] L'analyse du juge des requêtes repose sur sa conclusion selon laquelle la Commission a adopté le raisonnement de l'enquêteur : « La décision est brève; il faut donc en déduire que les motifs de la Commission sont ceux qui se trouvent dans les rapports de l'enquêteur dont la recommandation et le raisonnement se reflètent dans la décision » (au paragraphe 12).

[32] Dans ses motifs, le juge des requêtes examine deux questions, chacune correspondant à une plainte : premièrement, concernant la plainte relative au CT : « La Commission a-t-elle commis une erreur de droit quand elle a conclu que, lorsqu'il s'agit d'un employé atteint d'une incapacité qui n'est pas en mesure de préciser la date de son retour au travail, son congédiement n'est pas, à première vue, un acte discriminatoire? »; et deuxièmement, concernant la plainte relative à DRHC : « La Commission a-t-elle violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale quand elle n'a pas effectué une analyse et un examen complets des allégations de discrimination de la demanderesse? » (au paragraphe 3). Le juge a conclu qu'il fallait répondre par l'affirmative aux deux questions.

[33] En ce qui concerne la discrimination à première vue, le juge des requêtes a conclu que la politique du CT est discriminatoire puisqu'elle prévoit un traitement différent pour deux motifs : premièrement, entre les personnes en congé non rémunéré pour des raisons médicales et les personnes en congé pour d'autres motifs; deuxièmement, compte tenu du degré d'invalidité, entre les personnes qui peuvent préciser leur date de retour au travail après deux ans et celles qui ne le peuvent pas. Le juge des requêtes souligne

hardship analysis, as he erroneously treated the provision of accommodation as a defence capable of completely negating a *prima facie* discriminatory practice. The applications Judge therefore concludes that the Commission made an error of law on this question which fatally flaws its decision.

[34] With respect to procedural fairness, the applications Judge notes with respect to the HRDC complaint that the investigator “did not address at all the substance of the complaint, which was that once leave without pay had been granted, there was no further discussion of accommodation” (at paragraph 52). Instead, the investigator seemed to accept the respondent’s [appellant in the present case] position that it had accommodated [Ms. Sketchley] to the fullest extent possible. The applications Judge observes that the report concerning the HRDC complaint provides no evidence that accommodation alternatives were considered after the respondent went on leave, and also no evidence that the investigator attempted to verify how the TB policy was enforced for other individuals on leave without pay for medical reasons. The “serious allegations” raised by the respondent were “dismissed perfunctorily” by the investigator (at paragraph 58). The applications Judge concluded therefore that the Commission’s decision was flawed procedurally as a result of the lack of thoroughness of the investigation and the investigator’s failure to properly analyse the respondent’s allegations.

[35] In the result, the applications Judge allowed the application for judicial review, set aside the Commission’s decision with respect to both complaints, and referred the matter back to the Commission to be reviewed by a new investigator.

#### D. ANALYSIS

1. The Treatment of the Investigator’s Report as the Commission’s Reasons for its Decision

[36] The applications Judge treated the analysis in the investigator’s reports as representing the Commission’s

également que l’enquêteur n’a pas fait correctement l’analyse requise quant aux difficultés excessives puisqu’il a estimé, à tort, que les mesures d’accommodement prises par l’appelant constituaient un moyen de défense empêchant de conclure à l’existence de discrimination à première vue. Par voie de conséquence, le juge des requêtes a conclu que la Commission avait commis une erreur de droit qui entachait irrémédiablement sa décision.

[34] Quant à l’équité procédurale, le juge des requêtes souligne, relativement à la plainte qui vise DRHC, que l’enquêteur « ne s’est pas penché sur le fond de la plainte, qui était que lorsque le congé non rémunéré avait été accordé, il n’avait plus été question d’accommodement » (au paragraphe 52). Au contraire, l’enquêteur semble avoir accepté la position du défendeur [appellant en l’espèce] selon laquelle il avait pris toutes les mesures d’accommodement possibles. Le juge des requêtes fait remarquer que le rapport concernant la plainte qui vise DRHC ne fournit aucune preuve que d’autres solutions ont été envisagées après le départ en congé de l’intimée, ni aucune preuve que l’enquêteur a tenté de vérifier comment la politique du CT avait été appliquée à d’autres employés en congé non rémunéré pour des raisons médicales. Les « allégations [. . .] graves » soulevées par l’intimée ont été « rejetées du revers de la main » par l’enquêteur (au paragraphe 58). Le juge des requêtes a donc conclu que la décision de la Commission était erronée sur le plan de la procédure parce que l’affaire n’avait pas été examinée avec suffisamment de rigueur et parce que l’enquêteur n’avait pas analysé correctement les allégations de l’intimée.

[35] En conséquence, le juge des requêtes a accueilli la demande de contrôle judiciaire, annulé la décision de la Commission relativement aux deux plaintes et renvoyé la question à la Commission pour nouvel examen par un autre enquêteur.

#### D. ANALYSE

1. Les motifs de la Commission étaient ceux du rapport d’enquête

[36] Le juge des requêtes a dit qu’il considérait que l’analyse faite dans les rapports d’enquête représentait



reasoning for its decision, citing the brevity of the Commission's decision as a factor necessitating this approach (at paragraph 12). The appellant argues that this treatment constitutes an error of law, as such treatment is said to negate the separate and distinct roles of the investigator and the Commission.

[37] In my view, the appellant's argument on this issue must fail. While it is true that the investigator and Commission do have "mostly separate identities", (*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), at paragraph 21, *per* MacGuigan J.A., (Décary J.A. concurring)), it is also well established that, for the purpose of a screening decision by the Commission pursuant to subsection 44(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; 1998, c. 9, s. 24] of the Act, the investigator cannot be regarded as a mere independent witness before the Commission (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at page 898 (*SEPQA*)). The investigator's report is prepared for the Commission, and hence for the purposes of the investigation, the investigator is considered to be an extension of the Commission (*SEPQA*, at page 898). When the Commission adopts an investigator's recommendations and provides no reasons or only brief reasons, the courts have rightly treated the investigator's report as constituting the Commission's reasoning for the purpose of the screening decision under subsection 44(3) of the Act (*SEPQA*, at pages 902-903; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.), at paragraph 30 (*Bell Canada*); *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul* (2001), 198 D.L.R. (4th) 633 (F.C.A.), at paragraph 43).

[38] This approach is not, as the appellant claims, incompatible with the well accepted notion that flaws in the investigator's report will not vitiate a Commission's decision, so long as such flaws are not so fundamental that they cannot be remedied by further responding submissions by the parties (*Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.), affirmed (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.) (*Slattery*)). A reviewing court's focus under this approach ultimately remains

les motifs de la décision de la Commission et il a invoqué, comme facteur justifiant cette conclusion, la brièveté de la décision de la Commission (au paragraphe 12). L'appelant prétend qu'il s'agit d'une erreur de droit, puisqu'une telle conclusion ne reconnaîtrait pas les rôles distincts et séparés de l'enquêteur et de la Commission.

[37] Selon moi, l'argument de l'appelant à cet égard doit être rejeté. Il est vrai que l'enquêteur et la Commission sont deux entités « à bien des égards distinctes » (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), au paragraphe 21, le juge MacGuigan (avec l'appui du juge Décary)), mais il est également bien établi qu'aux fins d'une décision de la Commission en conformité avec le paragraphe 44(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; 1998, ch. 9, art. 24] de la Loi, l'enquêteur n'est pas qu'un simple témoin indépendant devant la Commission (*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la page 898 (*SEPQA*)). L'enquêteur établit son rapport à l'intention de la Commission et, par conséquent, il mène l'enquête en tant que prolongement de la Commission (*SEPQA*, à la page 898). Lorsque la Commission adopte les recommandations de l'enquêteur et qu'elle ne présente aucun motif ou qu'elle fournit des motifs très succincts, les cours ont, à juste titre, décidé que le rapport d'enquête constituait les motifs de la Commission aux fins de la prise de décision en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi (*SEPQA*, aux pages 902 et 903; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), au paragraphe 30 (*Bell Canada*); *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, au paragraphe 43).

[38] Cette approche n'est pas, comme le prétend l'appelant, incompatible avec le principe bien établi selon lequel les lacunes dont serait entaché le rapport de l'enquêteur ne vicieront pas la décision de la Commission, pourvu que lesdites lacunes ne soient pas à ce point fondamentales que les observations complémentaires présentées par les parties ne suffisent pas à y remédier (*Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1<sup>re</sup> inst.),

upon the Commission's screening decision, which is reviewed with a high degree of deference with respect to fact-finding activities: only errors evincing an error of law, patent unreasonableness in fact-finding, or a breach of procedural fairness will justify the intervention of a court on review (*Bell Canada*, at paragraph 38; *Connolly v. Canada Post Corp.*, 2002 FCT 185, at paragraph 28, affirmed 2003 FCA 47 (*Connolly*)). Such errors belong, virtually by definition, to the category of investigative flaws that are so fundamental that they cannot be remedied by the parties' further responding submissions. The applicable standard for reviewing investigative thoroughness is therefore equivalent to that which applies on review of the Commission's decision under subsection 44(3). As a result, there is no necessary inconsistency if, in appropriate circumstances like those of the case at bar, the investigator's report is treated as constituting the Commission's reasoning.

[39] In my opinion, therefore, the applications Judge did not err in finding that the reasoning of the Commission to support its decision under subsection 44(3) could be found by reference to the investigator's reports.

## 2. The Standard of Review Generally

[40] The applications Judge notes at the outset of his analysis that "[b]oth parties agree that the standard of review to be applied in such a case [a decision of the Commission to dismiss a complaint] is reasonableness *simpliciter*" (at paragraph 32). On this basis, he concluded that "the standard to be applied is whether the decision of the Commission would withstand a 'somewhat probing examination' of its reasons" (at paragraph 32).

[41] Before this Court, the parties agreed that deference was due to the Commission in the exercise of its screening powers under subsection 44(3). The appellant argued, however, that the applications Judge

confirmée par [1996] A.C.F. n° 385 (C.A.) (QL) (*Slattery*). En vertu de cette approche, une cour de révision doit, en fin de compte, se pencher sur l'examen de la Commission et faire preuve de beaucoup de déférence à l'égard de l'appréciation des faits; ce n'est que si la Commission a commis une erreur de droit, a apprécié les faits d'une manière manifestement déraisonnable ou a contrevenu aux principes d'équité procédurale qu'il sera justifié d'intervenir lors d'un contrôle (*Bell Canada*, au paragraphe 38; *Connolly c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 185, au paragraphe 28, confirmée par 2003 CAF 47 (*Connolly*)). Presque par définition, ces erreurs appartiennent à la catégorie des erreurs d'enquête qui sont à ce point fondamentales que les observations complémentaires des parties ne peuvent y remédier. La norme qui s'applique dans le cadre du contrôle de la rigueur d'une enquête est donc équivalente à celle qui s'applique au contrôle d'une décision de la Commission prise en vertu du paragraphe 44(3). Par conséquent, il n'y a donc pas nécessairement incohérence si, dans des circonstances appropriées comme celles dont il s'agit en l'espèce, le rapport de l'enquêteur est présumé constituer les motifs de la Commission.

[39] Par conséquent, j'estime que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en concluant que les motifs de la Commission à l'appui de sa décision en vertu du paragraphe 44(3) se trouvaient dans les rapports de l'enquêteur.

## 2. La norme de contrôle

[40] Au début de son analyse, le juge des requêtes mentionne que « [l]es deux parties conviennent que la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce [une décision de la Commission de rejeter une plainte] est celle de la décision raisonnable *simpliciter* » (au paragraphe 32). C'est pourquoi il a conclu que « la norme qui s'applique est de savoir si la décision de la Commission résisterait à "un examen assez poussé" de ses motifs » (au paragraphe 32).

[41] À l'audience, les parties ont convenu que la Cour devait faire preuve de beaucoup de déférence relativement au pouvoir d'examen conféré à la Commission par le paragraphe 44(3). Toutefois,

exercised insufficient “deferential self-discipline” in reviewing the Commission’s decision, and seized upon perceived flaws in the investigator’s report without asking himself whether the Commission’s decision, taken as a whole, was reasonable. The respondent disagreed, arguing that the applications Judge applied the appropriate level of curial deference, but found that the Commission’s decision was unreasonable.

[42] A careful reading of the applications Judge’s reasons reveals that, although he mentioned the standard of review of reasonableness *simpliciter* at the start of his reasons, this was not the standard he actually applied in his subsequent analysis of the Commission’s two decisions. Instead, he expressly treated the Commission’s decision on the TB complaint as a question of law, and the decision on the HRDC complaint as one of procedural fairness. For both of these issues, the applications Judge, without engaging in the pragmatic and functional analysis, appears ultimately to have applied the standard of correctness, although he does not fully explain this.

[43] In my view, the standards of review impliedly adopted by the applications Judge in his reasons were unimpeachable. In other words, the applications Judge applied the correct standards of review in his reasons, although the general standard of review he enunciated at the beginning of his analysis (reasonableness *simpliciter*) was not the appropriate one in the particular circumstances of this case. However, as the applications Judge mentioned a different standard than the one he rightly applied ultimately, and since this issue was the subject of lengthy argument before this Court, and because the pragmatic and functional analysis was not done by the applications Judge on the first issue, it is important to return to the basic principles governing the determination of the standard of review in this context to consider the approach to be adopted in a case such as this one.

[44] Counsel referred the Court to seemingly contradictory decisions by this Court concerning the

l’appelant soutient que le juge des requêtes n’a pas fait preuve d’une [TRADUCTION] «autodiscipline» suffisante dans l’examen de la décision de la Commission et qu’il s’est fondé sur les lacunes qui, selon lui, existaient dans le rapport de l’enquêteur, sans se demander si la décision de la Commission était, dans l’ensemble, raisonnable. L’intimée a manifesté son désaccord en soutenant que le juge des requêtes avait fait preuve de la déférence appropriée, mais qu’il avait conclu que la décision de la Commission était déraisonnable.

[42] Une lecture attentive des motifs du juge des requêtes révèle que, même s’il a mentionné, au début de ses motifs, la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, il n’a pas appliqué cette norme dans son analyse subséquente des deux décisions de la Commission. Au contraire, il a traité expressément la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT comme une question de droit, et la décision relative à la plainte concernant DRHC comme une question d’équité procédurale. À l’égard de ces deux questions, il semble en fin de compte que le juge des requêtes a appliqué, sans avoir fait l’analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de la décision correcte, même s’il n’explique pas en détail son choix.

[43] Selon moi, les normes de contrôle qu’auraient implicitement adoptées le juge des requêtes dans ses motifs sont inattaquables. Autrement dit, le juge des requêtes a appliqué les normes de contrôle pertinentes dans ses motifs, même si la norme générale de contrôle qu’il a énoncée au début de son analyse (celle de la décision raisonnable *simpliciter*) n’était pas celle à appliquer en l’espèce. Toutefois, comme le juge des requêtes a mentionné une norme différente de celle qu’il a finalement appliquée, à bon droit, et comme cette question a été longuement débattue devant la Cour et que le juge des requêtes n’a pas effectué l’analyse fonctionnelle et pragmatique relativement à la première question en litige, il est important de rappeler les principes de base qui régissent la détermination de la norme de contrôle dans le présent contexte pour décider de l’approche qu’il convient d’adopter dans un cas comme celui-ci.

[44] Les avocats ont attiré l’attention de la Cour d’appel sur des décisions apparemment contradictoires

appropriate standard of review to be applied with respect to a decision of the Commission under subsection 44(3) of the Act regarding whether or not to refer a complaint to a Tribunal. While some of the jurisprudence has applied the standard of reasonableness *simpliciter* (*Bradley v. Canada (Attorney General)* (1999), 238 N.R. 76 (F.C.A.) at paragraph 9; *Gee v. Canada (Minister of National Revenue)* (2002), 284 N.R. 321 (F.C.A.), at paragraph 13; *Singh v. Canada (Attorney General)* (2002), 291 N.R. 365 (F.C.A.), at paragraph 7 (*Singh*); *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)* (2005), 27 Admin. L.R. (4th) 315 (F.C.A.), at paragraph 6 (*Tahmourpour*); *Gardner v. Canada (Attorney General)* (2005), 339 N.B. 91 (F.C.A.), at paragraph 21), a sizeable number of cases have used patent unreasonableness (*Bell Canada*, at paragraph 37; *St-Onge v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 1523 (C.A.) (QL), at paragraph 1; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2003 FCA 222, at paragraph 4 (*Murray*); *Elkayam v. Canada (Attorney General)*, 2005 CAF 101, at paragraph 4). This apparent inconsistency is a predictable result of the application of the pragmatic and functional approach.

[45] Since different decisions call for different levels of deference, it is unsurprising that the Federal Court of Appeal has applied various standards of review to various decisions taken under subsection 44(3) of the *Canadian Human Rights Act*. Indeed, what would be surprising would be unanimity on the appropriate standard of review. Such a consensus might indicate slavish deference to precedent, as opposed to careful and nuanced applications of the pragmatic and functional approach on a case-by-case basis. Indeed, regardless of the standard adopted in these proceedings, future courts reviewing subsection 44(3) decisions must apply the pragmatic and functional approach anew.

[46] A review of the principles underlying the determination of the standard of review in this context may assist in clarifying this matter. As I explain in the remainder of this section, the pragmatic and functional analysis must be undertaken anew by the reviewing court with respect to each decision of an administrative

qu'elle a rendues concernant la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de renvoyer ou non une plainte à un tribunal conformément au paragraphe 44(3) de la Loi. La norme de la décision raisonnable *simpliciter* a été appliquée dans certaines décisions (*Bradley c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 370 (C.A.) (QL), au paragraphe 9; *Gee c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2002 CAF 4, au paragraphe 13; *Singh c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 247, au paragraphe 7 (*Singh*); *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, au paragraphe 6 (*Tahmourpour*); et *Gardner c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 284, au paragraphe 21), mais la norme de la décision manifestement déraisonnable a été appliquée dans un grand nombre d'autres décisions (*Bell Canada*, au paragraphe 37; *St-Onge c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1523 (C.A.) (QL), au paragraphe 1; *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2003 CAF 222, au paragraphe 4 (*Murray*); *Elkayam c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 101, au paragraphe 4). Cette apparente incohérence est un résultat prévisible de l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[45] Puisque des décisions différentes commandent un niveau de déférence différent, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel fédérale ait appliqué diverses normes de contrôle à diverses décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. D'ailleurs, c'est l'unanimité sur la norme à appliquer qui serait étonnante. Si la même norme avait toujours été appliquée, cela pourrait indiquer une application servile des précédents, plutôt qu'une application réfléchie et nuancée de l'approche pragmatique et fonctionnelle, cas par cas. D'ailleurs, quelle que soit la norme adoptée en l'espèce, les cours de révision qui auront dans l'avenir à examiner des décisions prises en vertu du paragraphe 44(3) devront, à chaque fois, reprendre l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[46] Un examen des principes qui sous-tendent la détermination de la norme de contrôle dans ce contexte pourrait clarifier la question. Comme je l'explique un peu plus loin dans la présente section, la cour de révision doit effectuer de nouveau l'analyse pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'une instance adminis-

decision maker, not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular provision. The pragmatic and functional analysis does not apply, however, to allegations concerning procedural fairness, which are always reviewed as questions of law.

[47] Typically, a screening decision of the Commission under subsection 44(3) of the Act involves a determination of a question of fact or of mixed fact and law. In such cases, the heavily fact-specific nature of the decision at issue creates little precedential value. The standard of review of patent unreasonableness or reasonableness *simpliciter* will, all else being equal, likely be the appropriate outcome of the pragmatic and functional analysis in such cases. However, if as in this case, the screening decision of the Commission engages a question of law with general precedential value, and/or raises an issue of procedural fairness, the appropriate standard of review might be correctness. I now turn to this exercise.

(a) The primacy of the pragmatic and functional approach

[48] The Supreme Court of Canada has clearly stated that the pragmatic and functional approach must be undertaken by a reviewing judge “[i]n every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker” (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21 (*Dr Q*)). It must be recalled that the “overall aim [of the pragmatic and functional approach] is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law” (*Dr. Q*, at paragraph 26). The pragmatic and functional analysis, therefore, is undertaken to determine the core issue of the proper degree of curial deference owed to administrative decision makers by the courts.

[49] I note that in none of the decisions relied upon by the parties to determine the applicable standard of

trative rend une décision et non seulement pour chaque type de décision que rend un décideur en particulier en vertu d’une disposition précise. L’analyse pragmatique et fonctionnelle ne s’applique toutefois pas aux allégations concernant l’équité procédurale qui font toujours l’objet d’un contrôle à titre de question de droit.

[47] En règle générale, lorsqu’elle est appelée à prendre une décision en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi, la Commission doit trancher une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Comme la décision dépend énormément, dans de tels cas, des faits de l’espèce, elle n’aura qu’une faible valeur jurisprudentielle. Toutes choses étant égales par ailleurs, l’analyse pragmatique et fonctionnelle entraînera probablement dans de tels cas l’application de la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable ou celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, si, comme en l’espèce, la décision de la Commission soulève une question de droit qui a une valeur jurisprudentielle générale ou si elle soulève une question d’équité procédurale, la norme appropriée pourrait bien être celle de la décision correcte. Je vais maintenant effectuer cette analyse.

a) La primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle

[48] La Cour suprême du Canada a clairement dit que le juge de révision doit effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle « [c]haque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle » (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21 (*Dr Q*)). Il convient de rappeler que l’« objectif global [de l’approche pragmatique et fonctionnelle] est de cerner l’intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité » (*Dr Q*, au paragraphe 26). L’analyse pragmatique et fonctionnelle doit donc avoir pour objet de trancher la question fondamentale qu’est le degré de déférence dont les tribunaux doivent faire preuve à l’égard d’une instance administrative décisionnelle.

[49] Je souligne que, dans aucune des décisions invoquées par les parties pour déterminer la norme de

review (including this one) did the reviewing court go through the process of applying the pragmatic and functional approach, which is now required.

(b) The importance of identifying the particular question at issue in the decision under review

[50] First, the requirement that a pragmatic and functional analysis be undertaken in every case emphasizes the importance of identifying the particular question at issue in the decision under review in any given case. As Bastarache, J. emphasized in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (*Pushpanathan*), “the focus of the inquiry is . . . on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal” (at paragraph 28, underlining mine). The factors included within the pragmatic and functional approach are case-specific in nature, and the Supreme Court of Canada has stressed the importance of not applying the approach “mechanically” or as “an empty ritual” (*Dr. Q*, at paragraph 26). Therefore, as complex as it may be, this analysis must be applied anew with respect to each decision, and not merely each general type of decision of a particular decision maker under a particular legislative provision. Even where it may appear that the issue has been settled in the jurisprudence, “[t]here is no shortcut past the components of the pragmatic and functional approach” (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 21 (*Ryan*)).

[51] As a result, one cannot conclude that because a particular standard was found in a previous case to apply to a decision of the Commission under subsection 44(3), this same standard can be assumed necessarily to apply when reviewing another decision of the Commission under the same legislative provision. Similarly, one cannot conclude that the same standard of review will necessarily apply to all aspects of a Commission’s decision, especially if (as in this case) the Commission is dealing with multiple complaints at once. It is the particularities of the decision at issue in a given case that govern the standard of review to be employed by the reviewing Court.

contrôle applicable (y compris celle-ci), la cour de révision n’a appliqué l’approche pragmatique et fonctionnelle qui doit l’être en l’espèce.

b) L’importance de préciser la question en litige dans la décision visée par le contrôle

[50] Premièrement, l’obligation d’effectuer une analyse pragmatique et fonctionnelle dans tous les cas fait ressortir l’importance de préciser la question en litige dans la décision visée par le contrôle. Comme l’a dit le juge Bastarache dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 (*Pushpanathan*), « l’accent est [. . .] mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal » (au paragraphe 28, non souligné dans l’original). Les facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle sont spécifiques à l’affaire en cause et la Cour suprême du Canada a insisté sur l’importance de ne pas y voir un « rite vide de sens » ou « machinal » (*Dr. Q*, au paragraphe 26). Par conséquent, aussi complexe soit-elle, l’analyse doit être effectuée de nouveau pour chaque décision et non seulement pour chaque type général de décision d’un décideur en particulier en vertu d’une disposition législative précise. Même lorsque la décision semble avoir été réglée dans la jurisprudence « [les cours] ne doivent sauter aucune étape de l’analyse pragmatique et fonctionnelle » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 21 (*Ryan*)).

[51] Impossible donc de conclure qu’étant donné que, dans une affaire antérieure, une norme a été appliquée à une décision prise par la Commission en vertu du paragraphe 44(3), la même norme doit nécessairement s’appliquer lors de l’examen d’une autre décision de la Commission en vertu de la même disposition législative. Dans le même ordre d’idées, on ne saurait conclure que la même norme de contrôle s’appliquera nécessairement à tous les aspects d’une décision de la Commission, surtout si (comme en l’espèce) elle est saisie de plusieurs plaintes à la fois. Ce sont les caractéristiques propres à la décision en cause, dans une affaire donnée, qui régissent la norme de contrôle que doit appliquer la cour de révision.

## (c) The distinction between procedural fairness analysis and the standard of review analysis

[52] Second, the distinction between judicial review on the grounds of breach of procedural fairness, and the standard of review in other cases of substantive judicial review, must be recognized, as the pragmatic and functional approach properly applies only to the latter. Although *Dr. Q* appears to have implied that the pragmatic and functional analysis must be applied in every case of judicial review, this is not so; the Supreme Court's comments in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539 (*CUPE*), released shortly after *Dr. Q*, clarifies the matter. In *CUPE*, Justice Binnie explained as follows the interaction between procedural fairness and the pragmatic and functional standard of review analysis (at paragraphs 100, 102-103):

It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the "pragmatic and functional" analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we call the "standard of review".

...

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same "factors" that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are also looked at in considering the "standard of review" of the discretionary decision itself. . . . The point is that, while there are some common "factors", the object of the court's inquiry in each case is different. [Emphasis in original.]

(See also Bastarache J.'s dissenting opinion in *CUPE*, at paragraph 5, in which he agreed with the majority that procedural fairness and standard of review analysis are

## c) Distinction entre l'analyse de l'équité procédurale et l'analyse de la norme de contrôle

[52] Deuxièmement, il faut faire une distinction entre le contrôle judiciaire découlant d'un manquement aux principes d'équité procédurale et la norme de contrôle qui s'applique dans d'autres types de contrôle sur le fond puisque l'approche pragmatique et fonctionnelle ne s'applique que dans le deuxième type de situation. Il est vrai que l'arrêt *Dr Q* semble dire que l'analyse pragmatique et fonctionnelle doit être effectuée chaque fois qu'il y a contrôle judiciaire; cependant, il n'en est rien. Les observations de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539 (*SCFP*), rendu peu après *Dr Q*, clarifient la question. Dans *SCFP*, le juge Binnie a expliqué en ces termes l'interaction entre l'équité procédurale et l'analyse pragmatique et fonctionnelle (aux paragraphes 100, 102, 103) :

Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui vise à déterminer le degré de déférence dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l'égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu'on appelle la « norme de contrôle ».

[. . .]

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l'équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même [. . .] Il reste que, même s'il existe certains « facteurs » communs, l'objet de l'examen du tribunal judiciaire diffère d'un cas à l'autre. [Souligné dans l'original.]

(Voir également les motifs dissidents du juge Bastarache dans *SCFP*, au paragraphe 5, où il convient avec les juges de la majorité que l'examen relatif de l'équité

different inquiries which “proceed separately and serve different objectives,” and that with respect to procedural fairness, “there is no need to determine a degree of deference”.)

[53] *CUPE* directs a court, when reviewing a decision challenged on the grounds of procedural fairness, to isolate any act or omission relevant to procedural fairness (at paragraph 100). This procedural fairness element is reviewed as a question of law. No deference is due. The decision maker has either complied with the content of the duty of fairness appropriate for the particular circumstances, or has breached this duty.

[54] *CUPE* thus makes clear that a given decision may be reviewed both in terms of procedural fairness and according to the pragmatic and functional standard of review, with respect to different aspects of the decision (the procedural decision making versus the substantive final decision). Procedural fairness concerns the manner in which the decision is made. The duty applicable in a given context will be determined according to the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28 (*Baker*) and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 115 (*Suresh*), amongst other cases. If the duty of fairness is breached in the process of decision making, the decision in question must be set aside. By contrast, the normal standard of review analysis concerns only the final substantive decision, and this standard of review is determined according to the pragmatic and functional analysis.

[55] This approach of separating procedural fairness from the standard of review inquiry accords with several of this Court’s judgments in the context of the Commission’s decisions under subsection 44(3). These decisions have emphasized precisely this distinction between procedural fairness and standard of review. For example, in *Tahmourpour*, Evans J.A. explained the standard of review as follows (at paragraphs 6-7):

procédurale et l’examen de la norme de contrôle sont différents et « sont [. . .] effectués séparément et visent des objectifs différents » et ajoute que, pour ce qui concerne l’obligation d’équité procédurale, « il n’est pas nécessaire d’établir un degré de déférence ».)

[53] Selon l’arrêt *SCFP*, la cour de révision doit, lorsqu’elle examine une décision contestée pour des motifs d’équité procédurale, isoler les actes ou omissions qui touchent à l’équité procédurale (au paragraphe 100). La question de l’équité procédurale est une question de droit. Aucune déférence n’est nécessaire. Soit le décideur a respecté l’obligation d’équité dans les circonstances propres à l’affaire, soit il a manqué à cette obligation.

[54] Il ressort clairement de l’arrêt *SCFP* qu’une décision peut faire l’objet d’un contrôle tant à l’égard de l’équité procédurale que selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle, relativement à divers aspects de la décision (le processus décisionnel par rapport à la décision définitive sur le fond). L’équité procédurale concerne la manière dont une décision est prise. L’obligation qui incombe au décideur dans un contexte en particulier sera déterminée en fonction des facteurs établis notamment dans les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28 (*Baker*), et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 115 (*Suresh*). Si l’obligation d’équité a été violée dans le cadre du processus décisionnel, la décision en cause doit être annulée. Par contre, l’analyse de la norme usuelle de contrôle ne concerne que la décision définitive sur le fond et cette norme de contrôle est déterminée selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle.

[55] La distinction entre l’analyse de l’équité procédurale et l’analyse de la norme de contrôle s’inscrit dans la logique de plusieurs arrêts de la Cour concernant des décisions de la Commission en vertu du paragraphe 44(3). Ces décisions insistaient précisément sur la distinction entre l’équité procédurale et la norme de contrôle. Par exemple, dans *Tahmourpour*, le juge Evans a expliqué la norme de contrôle en ces termes (aux paragraphes 6 et 7) :



... The Court will only intervene if the Commission's conclusion is unreasonable, absent a breach of the duty of fairness or other errors of law. ...

A reviewing court owes no deference in determining the fairness of an administrative agency's process. . . . Nonetheless, the court will not second guess procedural choices made in the exercise of the agency's discretion which comply with the duty of fairness.

Similar reasoning has been enunciated by this Court in *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. No. 1655 (C.A.) (QL), at paragraph 3; *Connolly*, at paragraph 5, and *Murray*, at paragraph 4.

- (d) The different review roles of a secondary appellate court as compared to a lower court

[56] Third, the distinct review roles of secondary appellate courts as compared to lower courts must be borne in mind. *Dr. Q*, at paragraphs 43-44 clearly establishes that the standard of review at the secondary appellate level proceeds according to different principles than the pragmatic and functional analysis employed at the lower court level: as this Court is dealing with the appellate review of a lower court, not the judicial review of an administrative decision maker, the rules outlined in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 apply.

[57] The question of the proper standard of review is a question of law, and therefore must be answered correctly by a lower court reviewing judge. This Court must therefore determine on a correctness standard whether the reviewing judge has chosen and applied the proper standard of review. If the reviewing judge has erred in choosing or applying the standard of review, this Court must correct the error, substitute the appropriate standard, and assess or remit the administrative decision-maker's decision on that basis.

[...] la Cour n'interviendra que si la conclusion de la Commission est jugée déraisonnable, lorsqu'il n'y a pas eu violation de l'obligation d'équité ou d'autres erreurs de droit [...]

Une cour de révision n'a pas à faire preuve de déférence dans la détermination de l'équité procédurale d'un organisme administratif [...]. Pourtant, la cour ne remettra pas en question les choix en matière de procédure qui sont faits dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme et qui respectent l'obligation d'équité.

La Cour a tenu un raisonnement semblable dans *Bourgeois c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.) (QL), au paragraphe 3, dans *Connolly*, au paragraphe 5, et dans *Murray*, au paragraphe 4.

- d) Les rôles différents d'un deuxième niveau d'appel et d'un tribunal inférieur en matière de contrôle

[56] Troisièmement, il faut tenir compte des rôles distincts d'un deuxième niveau d'appel et d'un tribunal inférieur en matière de contrôle. Aux paragraphes 43 et 44 de l'arrêt *Dr Q*, il est dit clairement que le critère approprié au deuxième niveau d'appel s'applique selon des principes différents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle effectuée par un tribunal inférieur : puisque, en l'espèce, la Cour examine le contrôle effectué en appel d'une décision d'un tribunal inférieur, et non le contrôle d'une décision d'une instance administrative décisionnelle, les règles de l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, s'appliquent.

[57] La question de la norme de contrôle applicable est une question de droit et c'est donc un juge de révision d'un tribunal inférieur qui doit trancher cette question. La Cour doit ensuite déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le juge de révision a choisi et appliqué la norme de contrôle pertinente. Si le juge de révision a commis une erreur dans le choix ou l'application de la norme de contrôle, la Cour doit corriger l'erreur, appliquer la norme pertinente et évaluer ou renvoyer sur ce fondement la décision de l'instance administrative.

### 3. The Standard of Review in this Case

#### (a) The TB complaint

[58] In this complaint, the respondent alleged that the TB policy on leave without pay for medical reasons is discriminatory against employees with disabilities. The respondent's appeal before the Federal Court with respect to this complaint concerned the final decision of the Commission—the conclusion that no *prima facie* discrimination had been shown—and not the manner in which the decision was made. The Commission's decision in respect of the TB complaint must therefore be reviewed according to the standard of review determined by the pragmatic and functional analysis.

[59] Before undertaking the pragmatic and functional analysis, the particular question at issue in respect of the TB decision must be identified. I have already noted that the applications Judge analysed the Commission's decision concerning the TB complaint as hinging on a question of law, namely whether the TB complaint established a *prima facie* case of discrimination. In my view, the applications Judge correctly identified this question of law as the question at issue for review purposes in respect of the TB complaint as one of law. The determination as to whether *prima facie* discrimination has been established in a particular complaint will in some cases be a question of mixed fact and law, and in others a question of law. The distinction between these categories of questions is perhaps inherently elusive (*Pushpanathan*, at paragraph 37; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 35), yet at the same time proper identification of the type of question at issue is an important step in determining the appropriate standard of review.

[60] In this case, a number of factors point towards the purely legal nature of the question at issue. The Commission's analysis of the TB complaint as a whole was predicated upon its answer to the question of whether *prima facie* discrimination had been established, and its consideration of this key question was based solely upon an abstract analysis of the TB policy. The Commission's reasoning (as gleaned from the analysis in the investigator's report) demonstrates

### 3. La norme de contrôle en l'espèce

#### a) La plainte concernant le CT

[58] Dans la plainte susmentionnée, l'intimée a allégué que la politique du CT sur les congés non rémunérés pour des raisons médicales est discriminatoire à l'endroit des employés atteints d'une déficience. L'appel interjeté par l'intimée devant la Cour fédérale relativement à cette plainte concernait la décision finale de la Commission, à savoir qu'il n'y avait aucune discrimination à première vue, et non la façon dont la décision avait été prise. Il faut donc appliquer dans l'examen de la décision de la Commission sur la plainte concernant le CT la norme de contrôle établie par l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[59] Avant d'entreprendre l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la Cour doit préciser la question qui se pose relativement à la décision concernant le CT. J'ai déjà mentionné que le juge des requêtes a analysé la décision de la Commission sur la plainte concernant le CT et a précisé qu'il s'agissait d'une question de droit, soit celle de savoir si la plainte établissait l'existence de discrimination à première vue. À mon avis, le juge des requêtes a conclu à juste titre que la question en litige aux fins du contrôle de la plainte concernant le CT était une question de droit. La question de savoir si la discrimination à première vue a été établie dans une plainte sera, dans certains cas, une question mixte de fait et de droit et, dans d'autres, une question de droit. Il peut s'avérer quelquefois très difficile de faire une distinction entre ces deux types de questions (*Pushpanathan*, au paragraphe 37; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 35), mais il faut néanmoins préciser le type de question en cause pour pouvoir déterminer la norme de contrôle appropriée.

[60] En l'espèce, plusieurs facteurs permettent d'affirmer que la question en cause est une pure question de droit. L'analyse effectuée par la Commission au sujet de la plainte concernant le CT reposait sur la réponse à la question de savoir si la discrimination à première vue avait été établie et son examen de cette question essentielle était fondé uniquement sur une analyse abstraite de la politique du CT. Le raisonnement de la Commission (tiré, par déduction, du rapport de

that its decision was entirely dependent upon its legal conclusions as to the determinative precedential value of *Scheuneman No. 1* and whether the difference between disabled employees who are able to provide a return date and those who are not can ever amount to differentiation on the basis of an enumerated ground of discrimination. The Commission's analysis in this regard did not engage with the particularities of the respondent's specific circumstances, nor was it "intricately bound to . . . factual findings and inferences" concerning a unique situation (*Ryan*, at paragraph 41). In this case, in deciding whether the respondent's TB complaint had made out a *prima facie* case of discrimination, the Commission was not applying a legal principle involving a multi-factored balancing test, and it ultimately did not even consider "whether the facts satisfy the legal tests" (*Southam*, at paragraph 35). Rather, the Commission determined that the policy in question, in the abstract, could not disclose a *prima facie* case of discrimination on an enumerated ground.

[61] The particular question at issue in reviewing the Commission's decision in this case on the TB complaint has thus been identified as the legal question of whether the TB policy was *prima facie* discriminatory. In making its determination in this case, pursuant to its screening function under subsection 44(3) of the Act, the Commission effectively only decided the legal question concerning *prima facie* discrimination. I will now examine the four factors of the pragmatic and functional approach applicable to this particular question in this particular context, as the applications Judge did not do this.

- (i) Presence or absence of privative clause or statutory right of appeal

[62] The first factor directs the Court's attention to the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal. In this case, the *Canadian Human Rights Act* provision governing the decision at issue states:

44. . . .

l'enquêteur) révèle que sa décision dépendait essentiellement de ses conclusions de droit relatives à la valeur déterminante, à titre de précédent, de l'arrêt *Scheuneman n° 1* et de la question de savoir si le traitement différent réservé aux employés atteints d'une déficience qui étaient en mesure de préciser la date de leur retour au travail et à ceux qui ne le pouvaient pas, était fondé sur un motif de distinction illicite. L'analyse de la Commission à cet égard n'a pas porté sur les détails de la situation de l'intimée et n'était pas non plus « liée étroitement à [des] conclusions de fait et inférences » concernant une situation exceptionnelle (*Ryan*, au paragraphe 41). En l'espèce, en décidant si la plainte formulée par l'intimée à l'endroit du CT avait établi la discrimination à première vue, la Commission n'appliquait pas un principe de droit faisant intervenir un critère de pondération comptant de multiples facteurs et, en fin de compte, elle n'a même pas examiné « si les faits satisfont au critère juridique » (*Southam*, au paragraphe 35). Au contraire, la Commission a décidé que, dans l'absolu, la politique en cause ne saurait révéler l'existence de discrimination à première vue pour un motif de distinction illicite.

[61] Il a donc été déterminé que la question en cause dans l'examen de la décision de la Commission en l'espèce concernant la plainte relative au CT était une question de droit, à savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue. En effectuant l'examen préalable prévu au paragraphe 44(3) de la Loi, la Commission n'a, en fait, tranché que la question de droit concernant la discrimination à première vue. Je vais maintenant examiner les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle applicables à la question en cause dans ce contexte particulier, puisque le juge des requêtes ne l'a pas fait.

- i) Présence ou absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi

[62] Le premier facteur que doit considérer la Cour est la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel prévu par la loi. En l'espèce, la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui régit la décision en cause porte :

44. [. . .]

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

[63] The Act thus contains no legislative guidance as to appeals or reviews of this type of decision. As noted in *Dr. Q* at paragraph 27, “silence is neutral, and ‘does not imply a high standard of scrutiny’” (quoting *Pushpanathan*, at paragraph 30).

[64] However, the legislative provision granting this Court jurisdiction to review Commission decisions—sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]—is also relevant. Subsection 18.1(4) reads:

#### 18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(3) Sur réception du rapport d’enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :

a) peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l’article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :

(i) d’une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l’examen de celle-ci est justifié,

(ii) d’autre part, qu’il n’y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue :

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l’examen de celle-ci n’est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l’un des motifs énoncés aux alinéas 41(c) à (e).

[63] La Loi ne donne donc aucune directive concernant l’appel ou le contrôle de ce type de décision. Comme il a été souligné dans *Dr Q*, au paragraphe 27, « le silence est neutre et “n’implique pas une norme élevée de contrôle” » (citant *Pushpanathan*, au paragraphe 30).

[64] Toutefois, les dispositions législatives qui habilite la Cour à contrôler les décisions de la Commission—à savoir les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]—sont également pertinentes. Le paragraphe 18.1(4) prévoit :

#### 18.1 [. . .]

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l’office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[65] It should be noted that although six grounds of review are listed, the standards of review to be employed are not specified, except in respect of errors of fact (paragraph 18.1(4)(d)) which are reviewable if the findings are made in a perverse or capricious manner, a standard of review that is akin to patent unreasonableness. Historically, the other grounds listed—notably including an error of law—were generally considered to be reviewable on a correctness standard. However, contemporary Canadian administrative law is now founded on a recognition—as reflected in the pragmatic and functional approach—that curial deference will in some circumstances be due to administrative decision-makers' interpretations of particular types of legal questions (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Pushpanathan*).

[66] In *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, a recent case concerning the review under the *Federal Court Act* [now *Federal Courts Act*] of a decision of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division) in which the Board was required to interpret provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], the Supreme Court of Canada, without any analysis of the prior jurisprudence, appears to indicate a new readiness to consider the language of Parliament in the *Federal Court Act* as influential, if not conclusive, in determining the applicable standard of review with

[65] Il convient de souligner que, même s'il existe six motifs de contrôle, les normes de contrôle à appliquer ne sont pas précisées, sauf en ce qui concerne les conclusions de fait erronées (alinéa 18.1(4)d)) qui font l'objet d'un contrôle si elles ont été tirées de façon abusive ou arbitraire. Il s'agit d'une norme de preuve qui s'apparente à celle de la décision manifestement déraisonnable. On a toujours considéré que les autres motifs énumérés, y compris notamment l'erreur de droit, étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Toutefois, le droit administratif canadien contemporain est fondé sur la reconnaissance—comme l'indique l'approche pragmatique et fonctionnelle—que la déférence judiciaire sera nécessaire, dans certaines circonstances, relativement à l'interprétation de certaines questions de droit faite par un tribunal administratif (*Société canadienne de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan*).

[66] Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, un arrêt récent concernant le contrôle, sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* [maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*], d'une décision dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) devait interpréter des dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], la Cour suprême du Canada, sans avoir analysé la jurisprudence antérieure, semble indiquer qu'elle est maintenant disposée à prêter une certaine influence, sinon une influence déterminante, aux termes utilisés par le

respect to questions of law. It wrote (at paragraph 37):

Applications for judicial review of administrative decisions rendered pursuant to the *Immigration Act* are subject to s. 18.1 of the *Federal Court Act*. Paragraphs (c) and (d) of s. 18.1(4), in particular, allow the Court to grant relief if the federal commission erred in law or based its decision on an erroneous finding of fact. Under these provisions, questions of law are reviewable on a standard of correctness. [Emphasis mine.]

[67] Despite the unqualified and seemingly unequivocal tenor of this passage from *Mugesera*, in my view it would nevertheless be wise, at least until this matter is clarified, to continue to use the pragmatic and functional analysis to determine the standard of review of legal issues in cases of judicial review under the *Federal Courts Act*. This is so, because of the Supreme Court's clear direction in *Dr. Q*, that it remains necessary to apply the pragmatic and functional approach in every case in which the standard of review falls to be determined.

[68] However, paragraph 37 of *Mugesera*, does suggest that in cases such as this one in which the *Federal Courts Act* governs, the provisions of this Act should, at the least, be considered within the pragmatic and functional analysis. Clearly, the Act conferring jurisdiction is surely relevant in relation to the ultimate concerns of judicial review—that is, legislative intent and the rule of law (*Dr. Q*, at paragraph 21).

[69] Therefore, in cases governed by subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, to the extent that the decision at issue is a question of law, the first factor of the pragmatic and functional analysis points towards the standard of correctness. However, that standard may not automatically apply to the review of all such questions of law, as the other pragmatic and functional factors—such as relative expertise—may in some cases predominate.

législateur dans la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle applicable aux questions de droit. La Cour suprême a écrit (au paragraphe 37) :

L'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit la demande de contrôle judiciaire visant une décision administrative rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Les alinéas 18.1(4)c) et d) disposent plus particulièrement que les mesures prévues ne peuvent être prises que si l'office fédéral a commis une erreur de droit ou fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée. Pour les besoins de ces dispositions, la norme de révision de la décision correcte s'applique à l'égard des questions de droit. [Non souligné dans l'original.]

[67] Malgré ce passage péremptoire et apparemment sans équivoque tiré de l'arrêt *Mugesera*, j'estime qu'il serait néanmoins sage, du moins jusqu'à ce que la question soit clarifiée, de continuer d'appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux questions de droit lors d'un contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il en est ainsi à cause des directives claires données par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dr. Q*, selon lesquelles il faut appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle chaque fois qu'il faut déterminer la norme de contrôle.

[68] Toutefois, le paragraphe 37 de l'arrêt *Mugesera*, permet de penser que, lorsque la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, comme en l'espèce, il faudrait, à tout le moins, examiner les dispositions de cette loi dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Il est clair que la loi qui confère compétence est pertinente en rapport avec les questions que soulève, en fin de compte, le contrôle judiciaire, c'est-à-dire, l'intention du législateur et la légalité (*Dr. Q*, au paragraphe 21).

[69] Par conséquent, lorsque le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, dans la mesure où la décision en cause est une question de droit, le premier facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle donne à penser que la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, cette norme ne s'applique peut-être pas automatiquement au contrôle de toutes les questions de droit, puisque d'autres facteurs pragmatiques et fonctionnels, notamment l'expertise relative, pourraient, dans certains cas, l'emporter.

[70] In this case, given the abstract nature of the Commission's reasoning, the question of whether *prima facie* discrimination had been established is clearly a question of law. Since this review is pursuant to subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, in my view the first factor leans towards the standard of correctness.

(ii) Relative expertise

[71] Evaluation of the second factor, relative expertise, requires analysis of "three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise" (*Pushpanathan*, at paragraph 33, quoted in *Dr. Q*, at paragraph 28).

[72] The specific issue before the Commission with respect to the TB complaint was a pure question of law—namely whether the TB policy was a *prima facie* discriminatory. While this determination is certainly closely connected to the Commission's core area of expertise, in that the legal issue arises directly from the Commission's enabling statute, the Commission has no greater expertise than the courts in the area of basic human rights law. As La Forest, J. explained in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 585:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law. . . . These are ultimately matters within the province of the judiciary, and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. [Emphasis mine.]

(See also *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at paragraphs 23-29.) These comments were made with respect to a decision by the

[70] En l'espèce, compte tenu de la nature abstraite du raisonnement de la Commission, la question de savoir si la preuve a établi une discrimination à première vue est très certainement une question de droit. Le présent contrôle relève du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales* et c'est pourquoi, à mon avis, le premier facteur favorise l'application de la norme de la décision correcte.

ii) Expertise relative

[71] L'évaluation du deuxième facteur, l'expertise relative, exige une analyse qui « comporte trois dimensions : la cour doit qualifier l'expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise » (*Pushpanathan*, au paragraphe 33, cité dans *Dr Q*, au paragraphe 28).

[72] La question précise dont était saisie la Commission relativement à la plainte contre le CT était une pure question de droit, à savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue. Cette détermination est très étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale de la Commission puisque la question découle directement de sa loi habilitante, mais la Commission n'a pas une expertise plus grande que les tribunaux dans le domaine des droits fondamentaux de la personne. Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 585 :

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit [ . . . ] Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. [Non souligné dans l'original.]

(Voir également *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, aux paragraphes 23 à 29.) Ces commentaires visaient une

Tribunal following an inquiry, but the same reasoning applies, with even greater force, in the case of a decision by the Commission to dismiss a complaint at the screening phase.

[73] This factor therefore also favours a standard of correctness.

(iii) Purpose of the statute as a whole, and the provision in particular

[74] The purpose of the Act, as set out in section 2 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9], is essentially to prevent discriminatory practices based on a series of enumerated grounds. The protection of human and individual rights is a fundamental value in Canada and any institution, organization or person given the mandate by law to delve into human rights issues should be subjected to some control by judicial authorities.

[75] The particular decision at issue with respect to the TB complaint occurred in the course of the Commission's screening function under subsection 44(3) of the Act. For any given complaint, the decision taken by the Commission pursuant to section 44 constitutes an important threshold in accessing the remedial powers of the Tribunal under section 54 [as am. *idem*, s. 28]: a decision at this stage by the Commission not to deal with a complaint is a decision which effectively denies the complainant the possibility of obtaining relief under the Act. The Commission's activities with respect to the investigation of individual complaints and their selective referral to a Tribunal directly engages the individual rights and entitlements of the parties to a particular complaint. This aspect suggests a less deferential standard.

[76] At the same time, it is common knowledge that the number of complaints received far exceeds the number that the Commission may be able, due to practical and monetary considerations, to refer to a tribunal for further inquiries. As Décary, J.A. observed in *Bell Canada*, at paragraph 38:

décision rendue par le Tribunal à la suite d'une enquête, mais le même raisonnement s'applique d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une décision de la Commission de rejeter une plainte à l'étape de l'examen.

[73] Ce facteur favorise donc également l'application de la norme de la décision correcte.

iii) Objet de la Loi en général et de la disposition en particulier

[74] L'objet de la Loi, décrit à l'article 2 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9], est essentiellement d'empêcher les pratiques discriminatoires fondées sur une série de motifs de distinction illicite. La protection des droits humains et individuels est une valeur fondamentale au Canada et les institutions, organismes ou personnes qui ont reçu le mandat, en vertu de la loi, d'examiner ces questions sont assujettis à un certain contrôle de la part des autorités judiciaires.

[75] La décision en cause relativement à la plainte concernant le CT a été prise dans l'exercice par la Commission de sa fonction d'examen en vertu du paragraphe 44(3) de la Loi. Pour une plainte donnée, la décision prise par la Commission en vertu de l'article 44 constitue un seuil important pour avoir accès aux pouvoirs de redressement du Tribunal en vertu de l'article 54 [mod., *idem*, art. 28] : à cette étape, la décision de la Commission de ne pas traiter une plainte a pour effet de refuser au plaignant la possibilité d'obtenir une mesure de redressement en vertu de la Loi. Les activités de la Commission relativement à l'enquête concernant des plaintes individuelles ainsi que leur renvoi sélectif devant un tribunal touchent directement les droits individuels des parties relativement à une plainte en particulier. Cet aspect laisse à penser qu'il convient d'appliquer une norme qui commande une moins grande déférence.

[76] Dans le même ordre d'idées, il est notoire que le nombre de plaintes que reçoit la Commission dépasse de loin le nombre de plaintes qu'elle peut, pour des raisons pratiques et pécuniaires, renvoyer devant un tribunal pour enquête supplémentaire. Comme l'a dit le juge Décary dans *Bell Canada*, au paragraphe 38 :



The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. . . . The grounds set out for referral to another authority (subsection 44(2)), for referral to the President of the Human Rights Tribunal Panel (paragraph 44(3)(a)) or for an outright dismissal (paragraph 44(3)(b)) involve in varying degrees questions of fact, law and opinion (see *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.), at page 698, Le Dain J.A.), but it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission. [Emphasis mine.]

In general, at least in the assessment of practical and monetary matters, the Commission is in a better position than the Federal Court to assess whether any given complaint should go further. This consideration thus leans in favour of greater deference.

#### (iv) Nature of the problem

[77] As noted by Sopinka J. in *SEPQA*, at page 899, the question to be decided by the Commission at the conclusion of the screening process is whether there was “a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage.” The investigator is essentially engaged in a fact-finding mission but the Commission itself, when it takes action on the basis of the investigator’s report, is nevertheless applying the facts in the context of the legal requirements of the *Canadian Human Rights Act*. The resulting decision will in general be one of mixed fact and law, calling “for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive” (*Dr. Q*, at paragraph 34).

[78] In a case such as this one, however, the Commission’s ultimate decision is wholly dependent on its conclusion concerning a particular and discrete question of law. This prior question of law is one of general importance, and apt to be of interest to others in the future. The nature of the question thus points towards a strict standard of review with respect to the prior question of law.

[79] It is also important in this context to distinguish between screening decisions of the Commission to

La Loi confère à la Commission un degré remarquable de latitude dans l’exécution de sa fonction d’examen préalable au moment de la réception d’un rapport d’enquête [. . .] Les motifs de renvoi à une autre autorité (paragraphe 44(2)), de renvoi au président du Comité du tribunal des droits de la personne (alinéa 44(3)a)) ou, carrément, de rejet (alinéa 44(3)b)) comporte, à divers degrés, des questions de fait, de droit et d’opinion (voir *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 698, le juge Le Dain), mais on peut dire sans risque de se tromper qu’en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape. [Non souligné dans l’original.]

En règle générale, du moins lorsqu’il s’agit de l’appréciation de questions pratiques et pécuniaires, la Commission est bien mieux placée que la Cour fédérale pour apprécier si une plainte en particulier devrait se rendre plus loin. Ce facteur penche donc en faveur d’une plus grande déférence.

#### iv) Nature du problème

[77] Comme l’a souligné le juge Sopinka dans *SEPQA*, à la page 899, à la fin du processus d’examen, la Commission doit déterminer si « la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante ». Pour l’essentiel, l’enquêteur a pour mission de découvrir les faits mais la Commission elle-même, lorsqu’elle prend une décision en se fondant sur le rapport de l’enquêteur, applique néanmoins les faits dans le contexte des exigences de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La décision qui en résulte sera, en règle générale, une question mixte de fait et de droit qui appelle « une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit » (*Dr. Q*, au paragraphe 34).

[78] Toutefois, dans une affaire comme la présente espèce, la décision finale de la Commission dépend entièrement de sa conclusion sur une question précise et distincte de droit. Cette question de droit préalable est d’importance générale et susceptible d’intéresser d’autres personnes à l’avenir. La nature de la question indique donc qu’il y a lieu d’appliquer une norme de contrôle stricte à la question de droit préalable.

[79] Dans ce contexte, il est également important de faire une distinction entre la décision de la Commission,

dismiss a complaint pursuant to paragraph 44(3)(b), and decisions to accept a complaint and refer it to a Tribunal pursuant to paragraph 44(3)(a). In decisions of the latter type, the Commission is not acting as an adjudicative body making conclusive determinations as to whether a complaint has been made out (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at paragraph 54). In these circumstances, the “legal assumptions made by the Commission in deciding to request the formation of a Tribunal do not amount to decisions as to the state of the law or its impact on those concerned” (*Zündel v. Canada (Attorney General)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 394 (F.C.A.), at paragraph 4).

[80] However, when the Commission decides to dismiss a complaint, its conclusion is “in a real sense determinative of rights” (*Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.) at page 697 (*Latif*)). Any legal assumptions made by the Commission in the course of a dismissal decision will be final with respect to its impact on the parties. Therefore, to the extent that the Commission decides to dismiss a complaint on the basis of its conclusion concerning a fundamental question of law, its decision should be subject to a less deferential standard of review.

[81] Applying the pragmatic and functional approach to the Commission’s particular decision in the TB complaint, the four factors lead on balance to a standard of review of correctness. For its decision with respect to this complaint to be upheld, the Commission was required to have decided correctly the legal question of whether the TB policy is *prima facie* discriminatory, a question which I consider below.

(b) The HRDC complaint

[82] In this complaint, the respondent alleged that HRDC discriminated against her by failing to accommodate her disability and by refusing to continue her employment. The respondent’s appeal before the

lors de l’examen, de rejeter une plainte en conformité avec l’alinéa 44(3)b), et la décision d’accueillir une plainte et de la renvoyer à un Tribunal en conformité avec l’alinéa 44(3)a). Dans ce dernier type de décision, la Commission n’est pas un organisme décisionnel qui se prononce sur la question de savoir si une plainte est fondée (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, au paragraphe 54). Dans ces circonstances, les « présomptions juridiques adoptées par la Commission pour décider de demander la constitution d’un tribunal n’équivalent pas à des décisions sur l’état du droit applicable ou ses effets sur les intéressés » (*Zündel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 2057 (C.A.) (QL), au paragraphe 4).

[80] Toutefois, lorsque la Commission décide de rejeter une plainte, sa conclusion est « à proprement parler une décision qui touche aux droits subjectifs » (*Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 697 (*Latif*)). Toutes les présomptions juridiques formulées par la Commission quand elle décide de rejeter une plainte seront définitives pour ce qui concerne leurs répercussions sur les parties. Par conséquent, dans la mesure où la Commission décide de rejeter une plainte en s’appuyant sur une conclusion qu’elle a tirée au sujet d’une question fondamentale de droit, le degré de déférence qui sera exercé dans le contrôle de la décision sera moins élevé.

[81] Si on applique l’approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT, les quatre facteurs favorisent, tout bien pesé, l’application de la norme de contrôle de la décision correcte. Pour que sa décision concernant cette plainte puisse être confirmée, il fallait que la Commission ait tranché correctement la question de savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue, une question que je vais examiner plus loin.

b) La plainte concernant DRHC

[82] Dans cette plainte, l’intimée a allégué que DRHC avait fait preuve de discrimination à son égard en omettant de tenir compte de sa déficience et en refusant de continuer de l’employer. L’appel interjeté par

Federal Court with respect to this complaint concerned the manner in which the Commission arrived at its decision, namely the thoroughness of the Commission's investigation. The Commission's decision in respect of the HRDC complaint is therefore to be reviewed by this Court as a matter of procedural fairness, to which the pragmatic and functional analysis does not apply.

[83] In his reasons [at paragraph 3], the applications Judge described the issue as "Did the Commission breach the principles of natural justice or procedural fairness by failing to conduct a thorough investigation and analysis of the applicant's [respondent's] allegations of discrimination?" It is clear from the applications Judge's reasons that he in fact, although not expressly, reviewed the decision regarding the HRDC complaint as a matter of procedural fairness, and not as a question to be decided by the application of the pragmatic and functional standard of review. He was right to do so.

[84] This Court must therefore review the Commission's decision with respect to the HRDC complaint as a question of procedural fairness: first, the content of the duty of fairness in this context must be determined, and second, it must be decided if the Commission's investigation breached this duty. If the duty was breached, the Commission's decision must be set aside.

[85] As the review of the Commission's decision with respect to the HRDC complaint does not require a pragmatic and functional analysis of the standard of review, I will return to this question later.

#### 4. The Application of the Correctness Standard of Review to the Finding concerning the *Prima Facie* Discriminatory Nature of the TB Policy

[86] At the outset, I must reiterate the overarching principles of the *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*) test, whereby human rights cases

l'intimée devant la Cour fédérale relativement à cette plainte concernait la manière dont la décision a été prise, c'est-à-dire la rigueur de l'enquête de la Commission. La Cour doit donc examiner la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale, une question à laquelle l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne s'applique pas.

[83] Dans ses motifs [au paragraphe 3], le juge des requêtes a dit que la question en litige était « La Commission a-t-elle violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale quand elle n'a pas effectué une analyse et un examen complets des allégations de discrimination de la demanderesse [intimée]? » Il ressort clairement des motifs du juge des requêtes qu'il a effectivement, mais non expressément, examiné la décision concernant la plainte relative au DRHC comme s'il s'agissait d'une question d'équité procédurale plutôt que d'une question qu'il fallait trancher par l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Il a eu raison de le faire.

[84] La Cour doit donc examiner la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC comme une question d'équité procédurale : elle doit donc, tout d'abord, établir en quoi consiste l'obligation d'équité procédurale dans le présent contexte pour ensuite décider si l'enquête de la Commission a violé cette obligation. S'il y a eu manquement à l'obligation, la décision de la Commission doit être annulée.

[85] Puisque l'examen de la décision de la Commission sur la plainte concernant DRHC n'exige pas une analyse fonctionnelle et pragmatique de la norme de contrôle, je reviendrai à cette question plus tard.

#### 4. L'application de la norme de contrôle de la décision correcte à la conclusion concernant la nature discriminatoire à première vue de la politique du CT

[86] Je dois commencer par rappeler les principes fondamentaux du critère établi dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, (*Meiorin*),

are determined. Initially, the onus lies on the complainant to prove *prima facie* discrimination. A *prima facie* case is one which “covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent-employer” (*Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 558). That being established, it is then incumbent on the employer to justify that discrimination as a *bona fide* occupational requirement (BFOR).

[87] A BFOR is not a “cleansing agent”, but a defence to a *prima facie* case that relieves the employer from liability. (See Robertson J.A. in *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205 (C.A.), at paragraph 130.) A BFOR is established by proof on a balance of probabilities of the requisite elements as set out in the *Meiorin* test: first, that the purpose is rationally connected to the performance of the job; second, that the standard was adopted in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of the legitimate work-related purpose; and third, that the standard is reasonably necessary to accomplish that purpose, in that accommodation is not possible short of undue hardship (*Meiorin*, at paragraph 54).

[88] In this case, the impugned standard—the Treasury Board policy on leave without pay—provides as follows (Federal Court reasons for order, at paragraph 33):

Leave without pay must be authorized in accordance with the relevant authority, that is, the collective agreement or the appropriate terms and conditions of employment.

For the following leave without pay situations, departments must adhere to the standards in Appendix A of this policy:

en vertu duquel les affaires concernant les droits de la personne doivent être tranchées. Au départ, il incombe au plaignant d’établir qu’il y a eu discrimination à première vue. Une preuve *prima facie* est celle qui « porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l’absence de réplique de l’employeur intimé » (*Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley) c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 558). La preuve ayant été faite, il incombe ensuite à l’employeur de démontrer que la discrimination est une exigence professionnelle justifiée (EPJ).

[87] Une EPJ n’a pas pour effet « d’éliminer » la discrimination, mais elle constitue un moyen de défense que peut invoquer l’employeur, lorsqu’il existe une preuve *prima facie* de discrimination, pour être relevé de sa responsabilité. (Voir le juge Robertson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.), au paragraphe 130.) Une EPJ est établie au moyen d’une preuve démontrant, selon la prépondérance des probabilités, l’existence des éléments décrits dans le critère *Meiorin* : premièrement, le but est rationnellement lié à l’exécution du travail en cause; deuxièmement, la norme particulière a été adoptée parce que l’employeur croyait sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail; troisièmement, la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail en ce que l’accommodement n’est pas possible sans que l’employeur subisse une contrainte excessive (*Meiorin*, au paragraphe 54).

[88] Dans la présente affaire, la norme en cause—la politique du Conseil du Trésor sur le congé non rémunéré—prévoit ce qui suit (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 33) :

Le congé non rémunéré ne peut être accordé qu’en vertu des documents habilitants, lesquels comprennent la convention collective et les conditions d’emploi appropriées.

Les ministères doivent se conformer à la norme figurant à l’Appendice A de la présente politique lorsque le congé non rémunéré est accordé pour les raisons suivantes :

- illness or injury;
- employment in the office of a minister
- Reserve Forces training.

- maladie ou blessure;
- emploi dans le cabinet d'un ministre;
- instruction au sein des Forces de réserve :

[89] Appendix A provides the following terms for leave without pay for reasons of illness or injury (Federal Court reasons for order, at paragraph 34):

When employees are unable to work due to illness or injury and have exhausted their sick leave credits or injury on duty leave, managers must consider granting leave without pay.

Where it is clear that the employee will not be able to return to duty within the foreseeable future, managers must consider granting such leave without pay for a period sufficient to enable the employees to make the necessary personal adjustments and preparations for separation from the Public Service on medical grounds.

Where management is satisfied that there is a good chance the employee will be able to return to duty within a reasonable period of time (the length of which will vary according to the circumstances of the case), leave without pay provides an option to bridge the employment gap. Management must regularly re-examine all such cases to ensure that continuation of leave without pay is warranted by current medical evidence.

Management must decide upon the termination date for such leave without pay two years of the leave's commencement, although it can, in some circumstances, be extended to accommodate exceptional cases.

The period of such leave without pay must be flexible enough to allow managers to accommodate the needs of employees with special recovery problems, including their retraining.

[90] The applications Judge held that, in concluding that the TB policy was not *prima facie* discriminatory, the Commission made "an error of law which fatally flaws its decision" (at paragraph 49). This finding was based on the application Judge's identification of two ways in which the TB policy differentiates on the basis of disability. As I discussed above, the standard of review is correctness for this finding concerning *prima facie* discrimination.

[89] L'appendice A prévoit les conditions suivantes applicables aux congés non rémunérés pour cause de blessure ou de maladie (motifs de l'ordonnance de la Cour fédérale, au paragraphe 34) :

Les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré aux employés qui ne peuvent travailler pour cause de blessure ou de maladie et qui ont épuisé leurs crédits de congé de maladie ou de congé d'accident du travail.

S'il est clair que l'employé ne sera pas en mesure de retourner au travail dans un avenir prévisible, les gestionnaires doivent envisager d'accorder un congé non rémunéré d'une durée suffisante pour permettre à l'employé de prendre les dispositions nécessaires en prévision de sa cessation d'emploi de la fonction publique pour raisons médicales.

Si la direction est convaincue qu'il y a de bonnes chances que l'employé retourne au travail dans un délai raisonnable (dont la durée variera selon les circonstances), un congé non rémunéré peut être considéré afin qu'il n'y ait pas d'interruption d'emploi. La direction doit réexaminer tous ces cas périodiquement afin de s'assurer que le congé non rémunéré n'est pas prolongé sans raisons médicales valables.

La direction doit régler les cas de congé non rémunéré dans les deux ans qui suivent la date du début du congé, mais cette période peut être prolongée si des circonstances exceptionnelles le justifient.

La période de congé non rémunéré doit être suffisamment souple pour permettre aux gestionnaires de tenir compte des besoins des employés ayant des problèmes particuliers de réadaptation, comme le besoin d'un recyclage.

[90] Le juge des requêtes a statué qu'en concluant que la politique du CT n'était pas à première vue discriminatoire, la Commission a « commis une erreur de droit qui lui est fatale » (au paragraphe 49). Cette conclusion reposait sur la détermination, par le juge des requêtes, de deux façons dont la politique du CT établissait une distinction fondée sur la déficience. Comme je l'ai mentionné plus haut, la norme de contrôle de cette conclusion relative à la discrimination à première vue est celle de la décision correcte.

[91] With respect to the first basis of differentiation, the applications Judge observed (at paragraphs 35-36, 38):

The obligation for managers to “resolve such leave without pay situations within two years of the leave’s commencement” applies only in the case of illness and injury. Thus, clearly, the policy differentiates between those who take leave without pay because of medical disability, and those who take leave without pay for other reasons.

This differentiation is the essence of discrimination. Discrimination is not defined in the Act, but in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1998] 1 S.C.R. 143, at p. 174, the Supreme Court of Canada defined it as follows:

[. . .] discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. [. . .]

[. . .]

The policy clearly mentions that for certain situations of leave without pay, managers must comply with the terms of Appendix A. The only situation where Treasury Board insists on the two-year term for leave without pay is illness and injury; other situations, presumably, are left to the discretion of departmental managers. [Emphasis in original.]

I agree with this analysis. The applications Judge was correct in holding that the relative inflexibility of the two-year deadline imposed by the TB policy on leave for medical reasons, in comparison with the absence of such deadlines in the policy applicable to leave without pay for other reasons, is sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination under section 10 of the Act.

[92] With respect to the second basis of differentiation, the applications Judge noted (at paragraphs 39-41) that

[91] Relativement au premier motif de distinction, le juge des requêtes a dit (aux paragraphes 35 et 36, 38) :

L’obligation pour la direction de « régler les cas de congé non rémunéré dans les deux ans qui suivent la date du début du congé » ne s’applique qu’en cas de blessure ou de maladie. Ainsi, il est clair que la politique prévoit un traitement différent entre les personnes en congé non rémunéré à cause d’une incapacité médicale et celles qui prennent un tel congé pour d’autres raisons.

Cette différence est l’essence même de la discrimination. La discrimination n’est pas définie dans la Loi, mais dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 174, la Cour suprême du Canada l’a définie en ces termes :

[. . .] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société [. . .]

[. . .]

La politique mentionne clairement que dans certaines situations de congé non rémunéré, la direction doit se conformer à la norme figurant à l’Appendice A. Ce n’est que lorsqu’il s’agit d’un congé pour des raisons de maladie ou de blessure que le Conseil du Trésor insiste pour dire qu’un congé non rémunéré doit prendre fin après une période de deux ans; on peut supposer que les autres situations relèvent du pouvoir discrétionnaire de la direction des ministères. [Souligné dans l’original.]

Je suis d’accord avec cette analyse. Le juge des requêtes a eu raison de dire que l’inflexibilité relative du délai de deux ans imposé par la politique du CT relative aux congés non rémunérés pour des raisons médicales, en comparaison avec l’absence de délai dans la politique applicable aux congés non rémunérés pour d’autres motifs, suffit à établir une discrimination à première vue en vertu de l’article 10 de la Loi.

[92] Quant au deuxième motif de distinction, le juge des requêtes a dit (aux paragraphes 39 à 41) :

Workers with disabilities who can confirm the date of their return to work are presumably less disabled in that point in time than workers who cannot yet state the date of return to work. The difference is based on the degree of disability, a prohibited ground of discrimination.

In *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, the Supreme Court of Canada clearly determined that establishing categories within a prohibited ground can itself lead to discrimination. . . .

In the case at bar, the investigator stated that since people with disabilities who could state their date of return would not be terminated, there was no discrimination against people with disabilities, ignoring that segment of people with disabilities who because of their disability, could not confirm their date of return. [Emphasis in original.]

I agree fully with this analysis as well.

[93] Having reached the erroneous conclusion that a *prima facie* case had not been established, the Commission did not consider the question of accommodation or whether the requisite elements of a BFOR were made out. As the applications Judge concluded (at paragraph 42), the Commission's incorrect conclusion with respect to the *prima facie* case appeared to render the BFOR analysis unnecessary:

It is clear that the investigator, having come to the conclusion that the policy was not discriminatory, never addressed the operational requirements or the undue hardship analysis. Because the policy provides for accommodation, and because the Federal Court of Appeal has ruled in *Scheuneman* that the policy in that case was not discriminatory, the investigator never admits the possibility of a *prima facie* violation, and the analysis is cut short.

[94] Counsel for the Crown conceded before this Court that the Commission's BFOR analysis was formally deficient, in that the report contained neither an express finding of *prima facie* discrimination nor an express consideration of the elements of the BFOR test. The Crown asserted, however, that the Commission's conclusion should nevertheless be upheld, as in its view the TB policy "necessarily" and "implicitly" reflects a

Les travailleurs qui souffrent d'une incapacité et qui peuvent confirmer la date de leur retour au travail seraient moins incapables à ce moment-là que les travailleurs qui ne peuvent pas encore préciser la date de leur retour au travail. La différence est fondée sur le degré d'incapacité, un motif de distinction illicite.

Dans l'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, la Cour suprême du Canada a dit, très clairement, que la création de catégories en rapport avec un motif illicite peut en soi constituer de la discrimination [. . .]

En l'espèce, l'enquêteur a dit que puisque les personnes souffrant d'une incapacité qui étaient en mesure de préciser la date de leur retour au travail n'étaient pas congédiées, il n'y avait aucune discrimination à l'égard des personnes atteintes d'une incapacité; il n'a pas tenu compte des personnes atteintes qui, à cause de leur incapacité, ne pouvaient pas confirmer la date de retour. [Souligné dans l'original.]

Encore une fois, je suis tout à fait d'accord avec cette analyse.

[93] Après avoir conclu à tort que la preuve n'avait pas établi une discrimination à première vue, la Commission n'a pas examiné la question de l'accommodement ni celle de savoir si les éléments essentiels d'une EPJ avaient été établis. Comme l'a dit le juge des requêtes (au paragraphe 42), la conclusion erronée de la Commission relativement à la discrimination à première vue semblait rendre inutile l'analyse de l'EPJ :

Il est clair que, lorsque l'enquêteur a conclu que la politique n'était pas discriminatoire, il ne s'est pas du tout penché sur les nécessités du service et les difficultés excessives. Parce que la politique permet un accommodement et que la Cour d'appel fédérale a dit, dans l'arrêt *Scheuneman*, que la politique n'était pas discriminatoire, l'enquêteur n'a pas du tout reconnu la possibilité d'une violation à première vue, et il a coupé court à son analyse.

[94] L'avocat de la Couronne a reconnu devant la Cour que l'analyse de l'EPJ faite par la Commission était purement et simplement insuffisante en ce que le rapport ne contenait ni une conclusion expresse de discrimination à première vue ni un examen exprès des éléments du critère relatif à l'EPJ. La Couronne a toutefois affirmé que la conclusion de la Commission devait néanmoins être maintenue puisqu'elle estimait

BFOR that accommodates to the point of undue hardship, namely the principle that “no employer should be expected to maintain an employment relationship with an employee who is permanently incapable of occupying any gainful employment on a regular basis” (notice of appeal, A.B., at page 3).

[95] The principle described by the Crown may be a correct statement of the law on this issue, and an implicit BFOR analysis may in some limited cases be possible—and I make no finding on either of these questions—but the interpretation advanced by the Crown is clearly an incorrect summation of the employment standard embodied by the TB policy. In this case, the impugned standard has a wider effect than suggested by the appellant: barring “exceptional” circumstances, it applies adversely to those employees on medical leave without pay who cannot, at the two-year point, demonstrate the ability to return to work within the foreseeable future. As the applications Judge rightly held, this distinction is *prima facie* discriminatory, in that the TB policy will foreseeably force the premature retirement of those disabled employees who, by reason of the nature of their disability, cannot at the two-year mark predict their date of return to work, yet at the same time, again by reason of the nature of their disability, cannot yet determine whether the disability has caused permanent incapacity for gainful employment on a regular basis. In making its screening decision in this case, the Commission clearly did not consider the BFOR test, and rendered no decision on this crucial question. In these circumstances, the requirements of the *Meiorin* BFOR test have not been established as required, and this Court will not impute them as urged by the appellant.

(a) *Scheuneman No. 1* and *Scheuneman No. 2*

[96] The appellant’s final argument on this issue was that the applications Judge erred in not following certain decisions of the Federal Court of Canada and this Court, that is, *Scheuneman No. 1* and *Scheuneman v. Canada (Attorney General)* (2004), 268 F.T.R. 1 (F.C.)

que la politique du CT est fondée « nécessairement » et « implicitement » sur une EPJ qui prévoit un accommodement qui n’impose pas à l’employeur de contraintes excessives. Il s’agit du principe selon lequel [TRADUCTION] « aucun employeur ne devrait être tenu de préserver un lien d’emploi avec un employé qui sera incapable, de façon permanente, d’occuper un emploi rémunérateur régulier » (avis d’appel, D.A., à la page 3).

[95] Le principe avancé par la Couronne pourrait représenter un énoncé exact du droit sur cette question et une analyse de l’EPJ pourrait, dans certains cas limités, être possible—et je ne tire aucune conclusion sur l’une ou l’autre de ces questions—cependant, l’interprétation proposée par la Couronne constitue manifestement un résumé erroné de la norme de travail qui ressort de la politique du CT. En l’espèce, la norme en cause a un effet plus large que celui que propose l’appelant : sauf en cas de circonstances « exceptionnelles », elle défavorise les employés qui sont en congé non rémunéré pour des raisons médicales et qui ne peuvent, après deux ans, confirmer leur retour au travail dans un avenir prévisible. Le juge des requêtes a conclu, à juste titre, que cette distinction est discriminatoire à première vue parce que la politique du CT forcera probablement la retraite prématurée d’employés atteints d’une déficience qui, à cause de la nature de cette déficience, ne peuvent pas, dans le délai de deux ans, préciser la date de leur retour au travail tout en n’étant pas encore en mesure, encore une fois à cause de la nature de leur déficience, de savoir si celle-ci les empêchera, de façon permanente, d’occuper un emploi rémunérateur régulier. En rendant sa décision préalable dans cette affaire, la Commission n’a certainement pas tenu compte du critère relatif à l’EPJ et elle ne s’est pas prononcée sur cette importante question. Dans ces circonstances, les exigences du critère *Meiorin* n’ont pas été établies tel que requis, et la Cour ne tiendra pas pour acquis qu’elles l’ont été comme le demande l’appelant.

a) *Scheuneman n° 1* et *Scheuneman n° 2*

[96] Le dernier argument de l’appelant sur cette question est que le juge des requêtes a commis une erreur en n’appliquant pas certaines décisions de la Cour fédérale du Canada et de la Cour d’appel, à savoir *Scheuneman n° 1* et *Scheuneman c. Canada (Procureur*



(*Scheuneman No. 2*). The appellant argues that these decisions bind this Court. Both of these decisions dealt, in part, with problems arising out of the same policy under attack in this case.

[97] In *Scheuneman No. 1*, there was a judicial review challenge to the decision of an adjudicator of the Public Service Staff Relations Board denying the applicant's grievance. The applicant, who suffered from chronic fatigue syndrome, was self-represented and the case was essentially decided on the written record, as the applicant requested, because an oral presentation was difficult for him due to his disabilities (see paragraph 2 of reasons in *Scheuneman No. 1*).

[98] The original applications Judge, the late Mr. Justice Cullen, carefully dealt with the many legal submissions, among them a Charter challenge pursuant to subsection 15(1) [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. He explained that, in the "fairly unique" circumstances, he did not "consider the question of . . . a subsection 15(1) Charter violation to be of much precedential value" and analysed the question as one of "mixed law and fact" (paragraph 52). The applications Judge in *Scheuneman No. 1* went on to hold that, in relation to the "stubborn" applicant, the policy was implemented in a "sympathetic and humane way" and was not discriminatory, considering that the applicant had had medical leave status for eight years and was unable to return to work in the foreseeable future. Mr. Justice Cullen wrote (at paragraph 58):

The policy in question is unlike others which, having been indifferently applied, were found to have an adverse effect on a small number of individuals; see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536. The policy is flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years. The policy, therefore, does not discriminate against the applicant.

*général*), 2004 CF 1157 (*Scheuneman n° 2*). L'appelant soutient que ces décisions lient la Cour. Ces deux décisions concernaient, en partie, des problèmes découlant de la politique attaquée en l'espèce.

[97] Dans *Scheuneman n° 1*, il s'agissait du contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre de la Commission des relations de travail dans la fonction publique a rejeté le grief présenté par le demandeur. Le demandeur, qui était atteint du syndrome de fatigue chronique, s'est représenté lui-même et l'affaire a, pour l'essentiel, été tranchée sur dossier, à la demande du demandeur qui, invoquant son invalidité, a sollicité l'autorisation de fournir des prétentions écrites en remplacement de sa plaidoirie orale (voir le paragraphe 2 des motifs de *Scheuneman n° 1*).

[98] Le juge des requêtes original, feu le juge Cullen, a soigneusement examiné les nombreux arguments de droit, notamment au sujet des droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Il a expliqué que, comme il s'agissait d'une affaire « assez exceptionnelle », il n'a pas « consid[éré] [. . .] que la question de [. . .] violation du paragraphe 15(1) de la Charte pourrait faire jurisprudence » et il a abordé la question comme une question « mixte de fait et de droit » (paragraphe 52). Le juge des requêtes dans *Scheuneman n° 1* a ajouté que, en rapport avec « l'entêtement » du demandeur, la politique a été mise en œuvre d'une manière « sympathique et humaine » et n'était pas discriminatoire puisque le demandeur avait été en congé sans solde pendant huit ans et qu'il était incapable de retourner travailler dans un avenir prévisible. Le juge Cullen a écrit (au paragraphe 58) :

La politique en cause ne ressemble pas à d'autres qui avaient été appliquées sans nuances au détriment d'un petit nombre de personnes; voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536. La politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée. Cette politique n'est donc pas discriminatoire à l'encontre du demandeur.

[99] On appeal to this Court, Justice Evans upheld this decision and wrote (at paragraph 7):

In my opinion these facts do not establish a breach of section 15. The appellant was dismissed because he was unable to perform any work and was unlikely to be able to do so in the foreseeable future. It is a basic requirement of the employment relationship that an employee must be able to undertake work for the employer or, if temporarily disabled by a medical condition from so doing, must be able to return to work within a reasonable period of time. Dismissing a person who cannot satisfy this requirement is not, in the constitutional sense, discrimination on the ground of disability.

[100] After Mr. Scheuneman tried several other avenues of appeal and failed, he filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, based on sections 7 and 10 of the Act. His complaint was dismissed by the Commission. Mr. Scheuneman sought judicial review in the Federal Court of Canada, which dismissed his application. The Federal Court Judge in *Scheuneman No. 2* explained (at paragraph 19):

With respect to the *prima facie* case, the Applicant did not suggest and I have not identified any material differences in the approach to be taken under the Charter and the CHRA. Accordingly, I have concluded that, once the Federal Court of Appeal upheld the Cullen decision and the Supreme Court of Canada refused leave in the Grievance Proceedings, the Court of Appeal's decision to the effect that the Applicant had not made out a *prima facie* case of discrimination arising from his termination was final. In reaching this conclusion, I have noted that the facts relating to the threshold issue of whether a *prima facie* case has been shown are the same in the Grievance and the Commission Proceedings and that the issue of a *prima facie* case was specifically addressed by Justice Cullen and by the Federal Court of Appeal in the manner described above in paragraph 9 and following. I consider the Court of Appeal's decision to be a binding authority which disposes of this issue. . . .

[101] On the basis of the *Scheuneman* decisions and others, the appellant now contends that this Court is in the case at bar bound to reverse the applications Judge's

[99] La question a été portée en appel devant la Cour et le juge Evans a maintenu la décision en ces termes (au paragraphe 7) :

Selon moi, ces faits n'établissent pas qu'il y a eu manquement à l'article 15. L'appellant a été congédié parce qu'il n'était capable d'accomplir aucun travail et qu'il était improbable qu'il puisse travailler dans un avenir prévisible. L'un des éléments fondamentaux de la relation employeur-employé est que l'employé soit capable d'accomplir un travail pour l'employeur ou de recommencer à travailler dans un délai raisonnable, s'il est temporairement invalide pour une cause médicale. Le congédiement d'une personne qui ne remplit pas cette condition ne constitue pas de la discrimination fondée sur une déficience physique au sens de la Constitution.

[100] M. Scheuneman a ensuite tenté, sans succès, d'avoir recours à d'autres voies d'appel puis il a déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne, en invoquant les articles 7 et 10 de la Loi. La Commission a rejeté sa plainte. M. Scheuneman a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale du Canada qui l'a rejetée. Le juge de la Cour fédérale dans *Scheuneman n° 2* a expliqué (au paragraphe 19) :

Quant à la preuve *prima facie*, le demandeur n'a pas laissé entendre et je n'ai relevé aucune différence importante entre la méthode à adopter en vertu de la Charte et celle à adopter en vertu de la LCDP. Par conséquent, j'ai conclu que, une fois que la Cour d'appel fédérale a eu maintenu la décision Cullen et que la Cour suprême du Canada a eu refusé l'autorisation d'interjeter un pourvoi dans la procédure de règlement des griefs, la décision de la Cour d'appel portant que le demandeur n'avait pas établi *prima facie* une preuve de discrimination découlant de son licenciement était finale. En tirant cette conclusion, j'ai souligné que les faits se rapportant à la question préliminaire de savoir si une preuve *prima facie* a été établie sont les mêmes dans la procédure de règlement des griefs que dans la procédure de la Commission et que la question de la preuve *prima facie* avait précisément été traitée par le juge Cullen et par la Cour d'appel fédérale de la manière décrite plus haut, au paragraphe 9 ainsi qu'aux paragraphes suivants. J'estime que la décision de la Cour d'appel est un arrêt de principe qui tranche la présente question [ . . . ]

[101] S'appuyant notamment sur les décisions *Scheuneman*, l'appellant prétend maintenant que la Cour est tenue en l'espèce d'annuler la décision du juge des

decision, as it would be “nonsensical” for a policy that was found to be non-discriminatory under section 15 of the Charter to be discriminatory under sections 10 and 15 of the Act.

[102] While one might expect a certain degree of consistency between decisions on similar facts under section 15 of the Charter and under sections 10 and 15 of the Act, the jurisprudence has not established that they need always be identical. I note that in none of its recent decisions with respect to human rights codes has the Supreme Court of Canada expressly stated that section 15 equality analysis and human rights discrimination analysis must always exactly mirror each other. We need not decide that issue in this case.

[103] In my view, the *Scheuneman No. 2* decision, which was issued on the same day as this decision under appeal, did not contain a full analysis of the issue of the relationship of section 15 of the Charter and the *Canadian Human Rights Act*, in part perhaps because the applicant was unrepresented, and hence, the arguments were not fully developed.

[104] In the case at bar, the applications Judge distinguished the *Scheuneman No. 1* case on other grounds beyond the fact that the case was decided under the Charter and not the Act, and these grounds are sufficient to dispose of the appellant’s argument in this regard. The applications Judge quoted the reasoning of Justice Cullen, the applications Judge in *Scheuneman No. 1*, who wrote at paragraph 59:

The actions of departmental employees in implementing the policy, therefore, cannot be characterized as discriminatory. As a result, the applicant’s treatment cannot be considered *prima facie* discriminatory pursuant to subsection 15(1) of the Charter. The Adjudicator was, therefore, correct on the question of whether there was sufficient evidence to found a claim of discrimination. [Underlining mine.]

[105] The applications Judge in the case at bar concluded as follows (at paragraph 48):

requêtes puisqu’il serait « insensé » qu’une politique qui a été jugée non discriminatoire en vertu de l’article 15 de la Charte puisse être discriminatoire en vertu des articles 10 et 15 de la Loi.

[102] On pourrait s’attendre à un certain degré de cohérence entre des décisions rendues sur des faits semblables en vertu de l’article 15 de la Charte et en vertu des articles 10 et 15 de la Loi, mais la jurisprudence n’a pas établi que de telles décisions doivent toujours être identiques. Je constate que, dans aucun de ses arrêts récents concernant les codes sur les droits de la personne, la Cour suprême du Canada n’a expressément dit que l’analyse de l’égalité fondée sur l’article 15 et l’analyse de la discrimination doivent toujours être identiques. Il n’est pas nécessaire de trancher cette question en l’espèce.

[103] Selon moi, la décision *Scheuneman n° 2*, qui a été publiée le même jour que la décision qui fait l’objet du présent appel, ne contenait pas une analyse complète du rapport entre l’article 15 de la Charte et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en partie peut-être parce que le demandeur n’était pas représenté par avocat et que, par conséquent, ses arguments n’étaient pas suffisamment détaillés.

[104] En l’espèce, le juge des requêtes a fait une distinction avec la décision *Scheuneman n° 1* en s’appuyant sur d’autres motifs que le fait que l’affaire avait été tranchée en vertu de la Charte et non en vertu de la Loi, et ces motifs sont suffisants pour rejeter l’argument de l’appelant à cet égard. Le juge des requêtes a cité l’analyse du juge Cullen qui était le juge des requêtes dans *Scheuneman n° 1* et a écrit au paragraphe 59 :

Les actions des fonctionnaires du Ministère dans la mise en œuvre de la politique ne peuvent donc être qualifiées de discriminatoires. En conséquence, on ne peut pas dire que le traitement accordé au demandeur est discriminatoire à première vue au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. L’arbitre avait donc raison de conclure comme il l’a fait sur la question de savoir s’il y avait une preuve suffisante pour étayer l’existence d’une discrimination. [Non souligné dans l’original.]

[105] Le juge des requêtes en l’espèce a conclu ce qui suit (au paragraphe 48) :

With respect, the policy as such is not addressed. When Justice Cullen writes, “The policy is flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years”, he is commenting on the implementation of the policy, not its content. [Underlining mine.]

[106] When *Scheuneman No. 1* was affirmed by this Court, in a brief two-page decision, the Court did not refer specifically to the policy being challenged and, hence, the decision cannot be taken as a binding precedent in that regard.

[107] In addition, this Court understood that Mr. Scheuneman was seeking to remain on leave without pay indefinitely, and decided the case on that basis. Counsel for the appellant in the case at bar sought to persuade this Court that the respondent in this case also wished to remain indefinitely on leave, but this was not the case; she merely wanted to maintain an employment linkage for one more year of medical leave, to keep open the chance of recovering and returning to work, as some of the evidence indicated that some sufferers of her disease did recover after 4-5 years.

[108] It should also be noted that the role of the Sun Life Assurance Company of Canada in strictly enforcing the two-year deadline of the TB policy, and thereby reducing the flexibility of the policy, was not considered at all in the *Scheuneman* cases, as the agreement with the company had not yet been finalized. This factor is a significant element in this case and must be considered as part of the distinguishing circumstances of this case, especially in the context of the BFOR analysis.

[109] For the above reasons, I conclude that the applications Judge was legally correct in his finding that the TB policy is *prima facie* discriminatory in the case of disabled employees who cannot provide a definite date for a return to work.

##### 5. Procedural Fairness in the Commission’s Investigation

[110] The applications Judge treated the review of the respondent’s HRDC complaint as a question of

Avec égards, la politique n’est pas mentionnée en tant que telle. Quand le juge Cullen écrit : « La politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d’une maladie prolongée », il parle de la mise en application de la politique et non de son contenu. [Non souligné dans l’original.]

[106] Lorsque la Cour a confirmé *Scheuneman n° 1* dans une brève décision de deux pages, elle n’a pas mentionné spécifiquement la politique contestée et, par conséquent, la décision ne saurait constituer un précédent d’application obligatoire à cet égard.

[107] En outre, la Cour a compris que M. Scheuneman voulait que le congé non rémunéré se poursuive indéfiniment et elle a rendu sa décision en tenant compte de ce fait. L’avocat de l’appelant en l’espèce a tenté de convaincre la Cour que l’intimée voulait, elle aussi, un congé indéfini, mais ce n’était pas le cas; elle voulait tout simplement conserver son emploi pendant une autre année et demeurer en congé pour des raisons médicales afin de pouvoir récupérer et de retourner travailler puisque, selon une certaine preuve, des personnes atteintes de la même maladie s’étaient rétablies après quatre ou cinq ans.

[108] Il faut également souligner que, dans les affaires *Scheuneman*, le rôle de la Sun Life du Canada compagnie d’assurance-vie dans l’application stricte du délai de deux ans prévu par la politique du CT, rendant ainsi la politique moins flexible, n’a pas du tout été examiné puisque l’entente avec la société n’avait pas encore été conclue. En l’espèce, il s’agit d’un élément important qui doit être examiné dans le cadre des circonstances distinctes en cause, particulièrement dans le contexte de l’analyse de l’EPJ.

[109] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que le juge des requêtes a eu raison, en droit, de conclure que la politique du CT est discriminatoire à première vue dans le cas des employés atteints d’une déficience qui ne peuvent pas préciser la date de leur retour au travail.

##### 5. L’équité procédurale dans le cadre de l’enquête de la Commission

[110] Le juge des requêtes a considéré l’examen de la plainte de l’intimée concernant DRHC comme une

procedural fairness, and held that the investigation with respect to this complaint was flawed for lack of thoroughness, as the investigator was found to have failed to “address at all the substance of the complaint” (at paragraph 52) and “dismissed perfunctorily” the “serious allegations” made by the respondent (at paragraph 58). In his reasons, the applications Judge highlights three areas of particular deficiency in the investigation: first, failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced (at paragraphs 52 and 57-58); second, failure to explore whether such leave should have been extended, according to the terms of the TB policy, to accommodate “special recovery problems” (at paragraphs 53-54 and 57-58); and third, failure to investigate the alleged individual discrimination by not interviewing other public servants who the respondent alleged were on leave without pay for medical reasons for periods longer than that granted to her (at paragraphs 55-58).

[111] As I explained above, the pragmatic and functional approach does not apply to questions of procedural fairness. This Court must therefore determine whether the applications Judge was correct in his determination that the investigation of the respondent’s HRDC complaint constituted a breach of the duty of fairness due in the circumstances.

[112] It is clear that a duty of procedural fairness applies to the Commission’s investigations of individual complaints, in that the question of “whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (*SEPQA*, at page 899) cannot be fairly considered if the investigation was fundamentally flawed. As the Supreme Court of Canada noted in *SEPQA*, “[i]n general, complainants look to the Commission to lead evidence before a tribunal appointed under s. 39 [now section 49], and therefore investigation of the complaint is essential if the Commission is to carry out this role” (at page 898). This same consideration—the indispensable nature of the investigation in the Commission’s handling of each individual complaint—applies equally to an investigation undertaken prior to dismissal of a complaint under paragraph 44(3)(b). Where a proper

question d’équité procédurale et a statué que l’enquête sur la plainte n’était pas valable parce qu’elle manquait de rigueur; en effet, il a été jugé que l’enquêteur ne s’était pas « penché sur le fond de la plainte » (au paragraphe 52) et que les « allégations graves » de l’intimée avaient été « rejetées du revers de la main » (au paragraphe 58). Dans ses motifs, le juge des requêtes souligne trois domaines dans lesquels l’enquête comporte des lacunes particulières : premièrement, il n’a plus été question d’accommodement lorsque le congé non rémunéré a été accordé (aux paragraphes 52, 57 et 58); deuxièmement, l’enquêteur n’a pas examiné la question de savoir s’il y avait lieu de prolonger le congé, conformément à la politique du CT, pour tenir compte des « besoins spéciaux de l’employé pour récupérer » (aux paragraphes 53 et 54; 57 et 58); troisièmement, il n’a pas interrogé d’autres fonctionnaires qui, selon l’intimée, avaient obtenu un congé sans solde pour des raisons médicales pour des périodes plus longues que celle qui lui avait été accordée (aux paragraphes 55 à 58).

[111] Comme je l’ai expliqué plus haut, l’approche pragmatique et fonctionnelle ne s’applique pas aux questions d’équité procédurale. La Cour doit donc déterminer si le juge des requêtes a eu raison de décider que l’enquête effectuée sur la plainte de l’intimée relative à DRHC constituait un manquement à l’obligation d’équité requise dans les circonstances.

[112] Il est clair que, dans ses enquêtes sur des plaintes individuelles, la Commission a une obligation d’équité procédurale puisque la question de savoir « si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante » (*SEPQA*, à la page 899) ne peut être examinée si l’enquête est viciée à la base. Comme l’a dit la Cour suprême du Canada dans *SEPQA*, « [d]’une manière générale, les plaignants comptent sur la Commission pour produire des preuves devant un tribunal constitué en vertu de l’article 39 [aujourd’hui, l’article 49]. Une enquête sur la plainte est donc indispensable pour permettre à la Commission de remplir ce rôle » (à la page 898). Le même facteur, à savoir la nature indispensable de l’enquête concernant le traitement de chaque plainte par la Commission, s’applique également à une enquête entreprise avant le rejet d’une plainte en vertu de l’alinéa 44(3)b).

inquiry into the substance of the complaint has not been undertaken, the Commission's decision based on that improper investigation cannot be relied upon, since a defect exists in the evidentiary foundation upon which the conclusion rests (*Singh*, at paragraph 7).

[113] The existence of the duty of fairness in this case does not, however, determine what requirements are applicable in this context, as the content of procedural fairness is variable and must be determined in the specific context of each case (*Baker*, at paragraph 21). In *Baker*, L'Heureux-Dubé, J. set out at paragraphs 22-28 a non-exhaustive list of factors to consider in determining the content of procedural fairness in any given context; these factors have been affirmed by the Supreme Court of Canada and this Court [[2000] 2 F.C. 592 (C.A.)] in *Suresh and Canada (Attorney General) v. Fetherston* (2005), 332 N.R. 113, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 239.

[114] The issue of the content of the duty of fairness in the context of a decision by the Commission to dismiss a complaint has been addressed in a number of cases, most notably *SEPQA*, *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407 (*Radulesco*) and *Latif*. In addition, the content of the duty in the particular context of an investigation leading to a dismissal under paragraph 44(3)(b) was carefully considered by the Federal Court of Canada in *Slattery*, in a decision which was recently cited by this Court as "the leading case on this issue" (*Tahmourpour*, at paragraph 8; see also *Singh*, at paragraph 4). These cases were all decided before the law concerning procedural fairness was summarized and restated by the Supreme Court in *Baker*. However, the conclusion in these cases, as to the content of the duty in this context, remains valid.

[115] In order to determine the degree of investigative thoroughness required in this context, the factors from *Baker* must be applied. First, how close is the administrative process to the judicial process? As the Supreme Court stated in *SEPQA*, at the screening phase under subsection 44(3) [then subsection 36(3)] "[i]t is

Lorsqu'une enquête appropriée n'a pas été faite pour examiner la plainte, une décision de la Commission fondée sur cette enquête ne peut être raisonnable puisque le défaut découle de la preuve même utilisée par la Commission pour prendre sa décision (*Singh*, au paragraphe 7).

[113] En l'espèce, l'existence de l'obligation d'équité ne détermine pas les exigences qui s'appliqueront dans ce contexte puisque la notion d'équité procédurale est variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas (*Baker*, au paragraphe 21). Dans *Baker*, la juge L'Heureux-Dubé a dressé, aux paragraphes 22 à 28, une liste non exhaustive de facteurs à examiner pour déterminer le contenu de l'équité procédurale dans un contexte donné. La Cour suprême du Canada et cette Cour [[2000] 2 C.F. 592 (C.A.)] ont toutes deux confirmé ces facteurs dans *Suresh et Canada (Procureur général) c. Fetherston*, 2005 CAF 111, autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 239.

[114] La question du contenu de l'obligation d'équité dans le contexte d'une décision de la Commission de rejeter une plainte a été examinée dans plusieurs affaires, plus particulièrement dans *SEPQA*; *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407 (*Radulesco*) et *Latif*. En outre, le contenu de l'obligation, dans le contexte particulier d'une enquête entraînant un congédiement en vertu de l'alinéa 44(3)(b), a fait l'objet d'un examen complet par la Cour fédérale du Canada dans *Slattery*, décision que la Cour a récemment qualifiée d'« arrêt-clé à l'égard de cette question » (*Tahmourpour*, au paragraphe 8; voir également *Singh*, au paragraphe 4). Ces affaires ont toutes été tranchées avant que la Cour suprême ne résume et ne réaffirme dans *Baker* les règles de droit applicables en matière d'équité procédurale. Toutefois, la conclusion dans ces affaires quant au contenu de l'obligation dans ce contexte reste valide.

[115] Pour déterminer le degré de rigueur que devait avoir l'enquête en l'espèce, il faut appliquer les facteurs de l'arrêt *Baker*. Premièrement, il s'agit de la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire. Comme l'a dit la Cour suprême dans *SEPQA*, à l'étape de l'examen en vertu du

not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding”; rather, the Commission must determine “whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage” (at page 899). In this context of the Commission’s screening function, the investigator must be considered “as an extension of the Commission” who “prepares a report for the Commission” (*SEPQA*, at page 898). The investigator’s recommendations are often adopted by the Commission at this stage. However, the parties are provided with a copy of the investigator’s report, and are entitled to make submissions in writing before a decision is made (*SEPQA*, at page 899; *Radulesco*, at page 410). This consideration thus points towards a weaker level of procedural protection.

[116] The second factor is the nature of the statutory scheme. In *Baker*, L’Heureux-Dubé, J. wrote (at paragraph 24) that greater procedural protection is appropriate when a decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted. In this case, there is no applicable privative clause and judicial review is available for the Commission’s screening decision. Moreover, the Act provides no legislative guidance concerning the general conduct of investigations or minimum duties of investigators; subsection 43(4) provides for the making of regulations in this regard by the Governor in Council, but none have been passed. At the same time, however, the investigation is a crucially important step in the processing of complaints by the Commission (*SEPQA*, at pages 897-898). This factor therefore pulls in contrary directions, and on balance implies neither strong nor weak procedural safeguards.

[117] The third factor is the importance of the decision to the individual affected. There can be no doubt that the Commission’s decision at the screening phase is of great importance to the individual complainant. A decision by the Commission to dismiss a complaint at the screening phase will effectively deny the complainant the possibility of obtaining relief under

paragraphe 44(3) [auparavant le paragraphe 36(3)], « [I]e but n’est pas d’en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires »; la Commission doit plutôt déterminer « si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante » (à la page 899). Dans le contexte de la fonction d’examen de la Commission, l’enquêteur doit être considéré comme le « prolongement de la Commission » qui « établit un rapport à l’intention de la Commission » (*SEPQA*, à la page 898). À cette étape, la Commission adopte très souvent les recommandations de l’enquêteur. Toutefois, les parties obtiennent une copie du rapport de l’enquêteur et elles peuvent présenter des observations par écrit avant qu’une décision soit prise (*SEPQA*, à la page 899; *Radulesco*, à la page 410). Ce facteur commande donc un degré moindre de protection procédurale.

[116] Le deuxième facteur est la nature du régime législatif. Dans *Baker*, la juge L’Heureux-Dubé a écrit (paragraphe 24) que des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes. En l’espèce, il n’y a aucune clause privative et la décision de la Commission peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. En outre, la Loi ne contient aucune disposition législative concernant le déroulement d’une enquête ou les obligations minimales des enquêteurs; le paragraphe 43(4) prévoit que des règlements peuvent être pris à cet égard par le gouverneur en conseil, mais aucun règlement n’a été pris. En même temps, toutefois, l’enquête est une étape très importante dans le traitement des plaintes par la Commission (*SEPQA*, aux pages 897 et 898). Ce facteur conduit donc à des solutions contradictoires et il ne donne en fin de compte aucune indication sur le degré de protection procédurale qui s’impose.

[117] Le troisième facteur est l’importance de la décision pour la personne visée. Il n’y a aucun doute que la décision de la Commission à l’étape de l’examen est très importante pour le plaignant. La décision de la Commission de rejeter une plainte à ce stade empêche, en effet, le plaignant d’obtenir réparation en vertu de la Loi et il s’agit donc « à proprement parler, [d’]une

the Act, and is therefore “in a real sense determinative of rights” (*Latif*, at page 697). Moreover, to the extent that a direct civil cause of action with respect to the alleged discrimination is precluded (*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181), the complainant has no alternative, other than a complaint to the Commission, to vindicate the rights and interests at stake. Given the “essential” role of the investigation in the Commission’s handling of complaints (*SEPQA*, at page 898), this consideration suggests increased requirements of procedural fairness.

[118] The fourth *Baker* factor is the legitimate expectations of the person challenging the decision, where undertakings were made concerning the procedure to be followed. In my view, sufficient representations are made by the Commission for complainants to legitimately expect that their complaints will be investigated in a sufficiently thorough manner to take account of and test the substantive allegations founding the complaint. The investigation by the Commission is the only mechanism within the process established by the Act by which the Commission can obtain the evidence it needs to pursue a complaint before a Tribunal, if it decides this is warranted, or alternatively dismiss the complaint. Under the Act, the Commission, and not the complainant, bears the primary responsibility for establishing the evidentiary record, as it is the Commission which ultimately presents complaints before the Tribunal. In this vein, the Commission’s standard letter to complainants following a dismissal decision at the screening phase states an assurance that “the Commissioners examined your complaints very carefully before arriving at these decisions” (see appeal book at Tab 4). This factor points towards a higher level of procedural protection.

[119] Finally, the choice of procedure made by the administrative decision maker must be considered, especially when—as in this case—the statute is silent on this issue. In *Baker*, L’Heureux-Dubé J. observed that while this factor “is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints” (at paragraph 27). The Commission receives many more

décision qui touche aux droits subjectifs » (*Latif*, à la page 697). En outre, dans la mesure où le plaignant est empêché d’intenter directement une action civile relativement à la discrimination alléguée (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181), le plaignant n’a d’autre choix que de soumettre une plainte à la Commission pour revendiquer ses droits. Compte tenu du rôle « indispensable » de l’enquête dans le traitement d’une plainte par la Commission (*SEPQA*, à la page 898), ce facteur indique qu’une plus grande protection procédurale s’impose.

[118] Le quatrième facteur énoncé dans *Baker* concerne les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des promesses ont été faites relativement à la procédure à suivre. Selon moi, la Commission présente suffisamment d’arguments pour que les plaignants s’attendent légitimement à ce que leur plainte fasse l’objet d’une enquête approfondie qui tient compte des allégations de fond sur lesquelles cette plainte est fondée. L’enquête est le seul mécanisme du processus établi par la Loi grâce auquel la Commission peut obtenir la preuve dont elle a besoin pour renvoyer une plainte à un tribunal, si elle décide que l’examen de celle-ci est justifié, ou pour rejeter la plainte. En vertu de la Loi, c’est à la Commission, et non au plaignant, qu’il appartient au premier titre de constituer le dossier de la preuve puisque c’est la Commission qui, en fin de compte, soumet la plainte au Tribunal. Dans le même ordre d’idées, la lettre habituelle que la Commission envoie au plaignant après le rejet de sa plainte à l’étape de l’examen préalable contient l’assurance selon laquelle [TRADUCTION] « les commissaires ont examiné votre plainte très soigneusement avant de prendre ces décisions » (voir le dossier d’appel, onglet 4). Ce facteur indique qu’un niveau plus élevé de protection procédurale s’impose.

[119] Finalement, le choix de procédure par l’instance administrative décisionnelle doit être pris en considération lorsque, comme en l’espèce, la loi est muette à l’égard de cette question. Dans *Baker*, la juge L’Heureux-Dubé a dit que, bien que ce facteur « ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l’organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles » (au paragraphe 27). La



complaints than it can, for both practical and budgetary reasons, refer to a tribunal for further inquiry. The Commission's procedural choices in this regard deserve respect, as it remains the master of its own procedure, so long as this procedure does not contravene the duty of fairness. This consideration thus points strongly towards a lesser degree of procedural protection.

[120] In *Slattery*, the applications Judge considered the degree of thoroughness of investigation required to satisfy the rules of procedural fairness in this context. He noted the "essential role that investigators play in determining the merits of particular complaints" (at page 599), and also the competing interests of individual complainants and the administrative apparatus as a whole (at page 600). He concluded as follows (at pages 600-601):

Deference must be given to administrative decision-makers to assess the probative value of evidence and to decide to further investigate or not to further investigate accordingly. It should only be where unreasonable omissions are made, for example where an investigator failed to investigate obviously crucial evidence, that judicial review is warranted . . .

In contexts where parties have the legal right to make submissions in response to an investigator's report, such as in the case at bar, parties may be able to compensate for more minor omissions by bringing such omissions to the attention of the decision-maker. Therefore, it should be only where complainants are unable to rectify such omissions that judicial review would be warranted. Although this is by no means an exhaustive list, it would seem to me that circumstances where further submissions cannot compensate for an investigator's omissions would include: (1) where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker's attention to the omission cannot compensate for it; or (2) where fundamental evidence is inaccessible to the decision-maker by virtue of the protected nature of the information or where the decision-maker explicitly disregards it. [Underlining mine.]

[121] Weighing the *Baker* factors, I agree that this is an appropriate description of the content of procedural fairness in this context.

[122] With respect to the HRDC complaint in the case at bar, the applications Judge described three areas of

Commission reçoit plus de plaintes qu'elle ne peut, pour des raisons pratiques et budgétaires, renvoyer à un tribunal pour nouvelle enquête. Une certaine déférence s'impose à l'égard des choix de la Commission en matière de procédure puisqu'elle reste maître de sa propre procédure tant et aussi longtemps que celle-ci ne contrevient pas à l'obligation d'équité. Ce facteur constitue donc une indication claire qu'un degré moindre de protection procédurale s'impose.

[120] Dans *Slattery*, le juge des requêtes a examiné le degré de rigueur requis pour que l'enquête satisfasse aux règles d'équité procédurale dans ce contexte. Il a souligné le « rôle essentiel que les enquêteurs sont appelés à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer le bien-fondé de chaque plainte » (à la page 599) et les intérêts respectifs du plaignant, de l'intimé et de l'appareil administratif dans son ensemble (à la page 600). Il a conclu en ces termes (aux pages 600 et 601) :

Il faut faire montre de retenue judiciaire à l'égard des organismes décisionnels administratifs qui doivent évaluer la valeur probante de la preuve et décider de poursuivre ou non les enquêtes. Ce n'est que lorsque des omissions déraisonnables se sont produites, par exemple lorsqu'un enquêteur n'a pas examiné une preuve manifestement importante, qu'un contrôle judiciaire s'impose [. . .]

Dans des situations où les parties ont le droit de présenter des observations en réponse au rapport de l'enquêteur, comme c'est le cas en l'espèce, les parties peuvent compenser les omissions moins graves en les portant à l'attention du décideur. Par conséquent, ce ne serait que lorsque les plaignants ne sont pas en mesure de corriger de telles omissions que le contrôle judiciaire devrait se justifier. Même s'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, il me semble que les circonstances où des observations supplémentaires ne sauraient compenser les omissions de l'enquêteur devraient comprendre : (1) les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier; ou (2) le cas où le décideur n'a pas accès à la preuve de fond en raison de la nature protégée de l'information ou encore du rejet explicite qu'il en a fait. [Non souligné dans l'original.]

[121] Eu égard aux facteurs de l'arrêt *Baker*, je conviens qu'il s'agit d'une description appropriée du contenu de l'équité procédurale en l'espèce.

[122] Pour ce qui est de la plainte concernant DRHC en l'espèce, le juge des requêtes a dit que l'enquête

particular deficiency in the investigation. For convenience, I will repeat these investigative omissions here: first, failure to investigate the question of accommodation once leave without pay had commenced (at paragraphs 52 and 57-58); second, failure to explore whether such leave should have been extended, according to the terms of the TB policy, to accommodate “special recovery problems” (at paragraphs 53-54 and 57-58); and third, failure to investigate the alleged individual discrimination by not interviewing other public servants who the respondent alleged were on leave without pay for medical reasons for periods longer than that granted to her (paragraphs 55-58). The applications Judge also found that the investigator had misapprehended the respondent’s request, by implying that the respondent sought indefinite leave without pay, when in fact she “never requested to be kept on indefinitely; she requested additional time for recovery and to consider her options” (at paragraph 61).

[123] In my view, these investigative omissions are sufficient to constitute a breach of the duty of fairness due in these circumstances, and therefore warrant the quashing of the Commission’s decision. With these investigative omissions, compounded by a fundamental misapprehension of the respondent’s request of her employer, the report could not form a fair foundation for the Commission’s screening decision.

[124] The identified investigative omissions are not, as the appellant argues, merely minor flaws that cannot upset the ultimate “reasonableness” of the Commission’s decision. Rather, the evidence omitted is so obviously crucial and of such a fundamental nature that the respondent could not conceivably compensate for its absence through her responding submissions, although her detailed submissions display a laudable effort to do so. For example, how could the respondent establish the alleged failure to accommodate after her leave commenced, when the investigator had not investigated this allegation at all? Similarly, how could the respondent prove her allegation that the TB policy was

comportait trois lacunes particulières. Par souci de commodité, je vais les répéter : premièrement, l’enquêteur ne s’est pas penché sur le fait que, lorsque le congé non rémunéré a été accordé, il n’a plus été question d’accommodement (aux paragraphes 52, 57 et 58); deuxièmement, il n’a pas examiné la question de savoir si le congé aurait dû être prolongé, conformément à la politique du CT, pour tenir compte « des besoins particuliers de réadaptation » de l’intimée (paragraphes 53 et 54; 57 et 58); troisièmement, il ne s’est pas interrogé sur la manière dont la politique avait été appliquée à l’intimée par rapport aux autres fonctionnaires en ne vérifiant pas auprès de ceux qui, selon l’intimée, avaient obtenu un congé non rémunéré pour des raisons médicales, pour des périodes plus longues que celle qui lui avait été accordée (paragraphes 55 à 58). Le juge des requêtes a également conclu que l’enquêteur avait mal compris la demande de l’intimée en laissant entendre que celle-ci avait demandé un congé sans solde indéfini alors qu’elle n’avait « jamais demandé qu’on la garde indéfiniment; elle a demandé plus de temps pour récupérer et pour examiner les solutions possibles » (au paragraphe 61).

[123] Selon moi, ces lacunes dans l’enquête sont suffisantes pour constituer un manquement à l’obligation d’équité applicable dans les circonstances et justifient donc l’annulation de la décision de la Commission. Puisque l’enquête comportait des lacunes et que l’employeur n’avait tout simplement pas compris la demande de l’intimée, le rapport ne pouvait constituer le fondement de la décision de la Commission au moment de l’examen préalable.

[124] Les lacunes de l’enquête ne sont pas, comme le prétend l’appelant, de simples erreurs peu importantes qui n’influent en rien sur le « caractère raisonnable » de la décision de la Commission. Au contraire, la preuve omise est à ce point cruciale et fondamentale que l’intimée ne pouvait d’aucune façon compenser son absence par ses observations en réponse, même si ces dernières représentent un effort louable pour ce faire. Par exemple, comment l’intimée pouvait-elle établir que l’appelant ne lui avait proposé aucun accommodement à compter du congé, comme elle l’alléguait, alors que l’enquêteur ne s’était aucunement penché sur cette allégation? De même, comment pouvait-elle étayer

applied in a discriminatively strict manner in her case, when the investigator had not investigated how the policy was applied in the case of other similarly situated employees?

[125] I conclude, therefore, that the applications Judge was correct in holding that the Commission's investigation of the respondent's HRDC complaint lacked thoroughness, and therefore, constituted a breach of procedural fairness. In these circumstances, the question of whether the Commission's ultimate decision was reasonable or not becomes immaterial because, once a breach of procedural fairness is established, the decision is normally set aside, subject to the Court's discretion not to grant a remedy where the same result would be inevitable. See: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228-229; *Gale v. Canada (Treasury Board)* (2004), 316 N.R. 395 (F.C.A.), at paragraph 13.

#### E. CONCLUSION

[126] For the above reasons, I would dismiss the appeal and refer the matter back to the Commission for the respondent's complaints to be reviewed by a different investigator, in a manner consistent with these reasons. Costs to the respondent.

DÉCARY J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

l'allégation selon laquelle la politique du CT avait été appliquée d'une manière rigide et discriminatoire à son endroit alors que l'enquêteur n'avait pas examiné comment cette politique avait été appliquée dans le cas d'autres employés dans une situation semblable?

[125] Je conclus donc que le juge des requêtes a eu raison de statuer que l'enquête de la Commission sur la plainte de l'intimée visant DRHC manquait de rigueur et, par conséquent, constituait un manquement à l'équité procédurale. Dans ces circonstances, la question de savoir si la décision finale de la Commission était raisonnable n'est plus pertinente, puisque, lorsqu'il est établi qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale, la décision est habituellement annulée, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas accorder de redressement lorsque le même résultat serait inévitable. Voir : *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, aux pages 228 et 229; *Gale c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2004 CAF 13, au paragraphe 13.

#### E. CONCLUSION

[126] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel et je renverrais l'affaire à la Commission pour que la plainte de l'intimée soit examinée par un enquêteur différent, en conformité avec les présents motifs. L'intimée a droit aux dépens.

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

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

T-1309-05  
2005 FC 1493

T-1309-05  
2005 CF 1493

**Canadian Human Rights Commission** (*Applicant*)

**La Commission canadienne des droits de la personne**  
(*requérante*)

v.

c.

**Tomasz Winnicki** (*Respondent*)

**Tomasz Winnicki** (*intimé*)

**INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. WINNICKI (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c. WINNICKI (C.F.)**

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, August 4 and November 28, 2005.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 4 août et 28 novembre 2005.

*Human Rights — Motion for interlocutory injunction to restrain respondent from communicating by means of Internet messages likely to expose persons to hatred or contempt by reason of race, national, ethnic origin, colour or religion contrary to Canadian Human Rights Act, s. 13(1) pending Canadian Human Rights Tribunal's (CHRT) final order — Elements required to establish violation of Act, s. 13(1) proven — Respondent admitting caused communication of material subject of complaint — Materials communicated through Internet explicitly within ambit of s. 13(2) — Likely to expose people of Jewish religion, ethnicity, people of black race to hatred, contempt — Motion allowed.*

*Droits de la personne — Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur ou de sa religion, en contravention à l'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les éléments nécessaires pour établir la violation de l'art. 13(1) de la Loi ont été démontrés — L'intimé a avoué avoir communiqué les messages visés par la plainte — Les propos communiqués par Internet sont expressément visés par l'art. 13(2) — Les messages étaient susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes de religion et d'origine juives, ainsi que des personnes de race noire — Requête accueillie.*

*Federal Court Jurisdiction — Whether Federal Court had jurisdiction to grant interim, interlocutory injunction restraining respondent from communicating, by means of Internet, messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt pending Canadian Human Rights Tribunal's (CHRT) final order — Preconditions to support finding of jurisdiction set out by Supreme Court of Canada (S.C.C.), met herein — Federal Courts Act, s. 44 source of jurisdiction to issue injunction — Canadian Human Rights Act, s. 13(1) nourishing statutory grant found in Federal Courts Act, s. 44 — S.C.C. decision in Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net applied — Court having jurisdiction to grant interlocutory injunction requested by applicant.*

*Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour accorder une injonction interlocutoire ou provisoire interdisant à l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne, de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes de foi hébraïque — Les conditions établies par la Cour suprême du Canada (C.S.C.) pour pouvoir conclure à l'existence de cette compétence étaient remplies en l'espèce — L'art. 44 de la Loi sur les Cours fédérales est une source du pouvoir d'accorder une injonction — L'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne sert de fondement de l'attribution législative de compétence à l'art. 44 de la Loi sur les Cours fédérales — L'arrêt de la Cour suprême du Canada (C.S.C.) Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net a été appliqué — La Cour avait compétence pour accorder l'injonction interlocutoire sollicitée par la requérante.*

*Injunctions — Test for granting interlocutory injunction in context of Canadian Human Rights Act (CHRA) — Defamation actions, complaints of hate speech distinguished — Injunctions to be granted only in clearest of cases as both actions seeking to limit right of freedom of expression — Hate messages more damaging than defamatory statements as affecting much larger group of persons — Truth, fair comment not defence in cases of hate messages — Focus of human rights inquiries on effects, not on intent — Interim injunction should issue only where words complained of manifestly contrary to CHRA, s. 13.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Motion for interlocutory injunction to restrain respondent from communicating messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt contrary to Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 13 pending Canadian Human Rights Tribunal (CHRT) final order — Defamation actions, complaints of hate speech seeking to limit right to freedom of expression — Activity described by CHRA, s. 13(1) clearly protected by Charter, s. 2(b) — Values underpinning hate propaganda fundamentally inimical to rationale underlying protection of freedom of expression, contradicting other values equally vindicated by Charter — Impugned messages likely to expose persons of Jewish faith to hatred, contempt — Motion allowed despite importance accorded to freedom of expression.*

This was a motion brought by the Canadian Human Rights Commission for an interlocutory injunction to restrain the respondent from communicating by means of the Internet messages that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of race, national or ethnic origin, colour or religion, contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) pending a final order of the Canadian Human Rights Tribunal. According to the affidavit of Mr. Richard Warman, who filed a complaint with the Commission, the respondent stated that black people were intellectually inferior and dangerous and that the Jewish-controlled government was to blame; that European girls were murdered by Jewish people because the latter hate European beauty and nobility; that persons of the black race are subhuman and inherently criminal, etc. In answer to Mr. Warman's complaint, the respondent did not deny communicating these messages and stated that the reason for doing so was to protect the White European civilization and the people who built it. Three issues were raised: (1) whether the Federal Court has jurisdiction to grant an interim or

*Injonctions — Critère applicable à l'octroi d'une injonction interlocutoire dans le cadre de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — La Cour a établi une distinction entre les actions en diffamation et les plaintes de propagande haineuse — Comme les deux recours visent à limiter la liberté d'expression, l'injonction ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes — Les messages haineux sont plus dommageables que les propos diffamatoires car ils touchent un groupe beaucoup plus étendu de personnes — Le caractère véridique ou pertinent n'est pas une défense en matière de messages haineux — Les analyses en matière de droits de la personne s'intéressent aux effets et non pas à l'intention — L'injonction provisoire n'est accordée que si les propos reprochés portent manifestement atteinte à l'art. 13 de la LCDP.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher à l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer des personnes de foi hébraïque à la haine ou au mépris en contravention à l'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Les actions en diffamation et les plaintes de propagande haineuse visent à limiter la liberté d'expression — L'activité décrite à l'art. 13(1) de la LCDP est clairement protégée par l'art. 2b) de la Charte — Les valeurs qui sous-tendent la propagande haineuse sont fondamentalement hostiles à la justification sous-jacente à la protection de la liberté d'expression et elles contredisent d'autres valeurs également consacrées par la Charte — Les messages en cause étaient susceptibles d'exposer des personnes de foi hébraïque à la haine et au mépris — La requête a été accueillie malgré l'importance accordée à la liberté d'expression.*

Il s'agissait d'une requête en injonction interlocutoire présentée par la Commission canadienne des droits de la personne afin d'empêcher l'intimé, jusqu'à l'ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne, de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur ou de sa religion, en contravention au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). Suivant l'affidavit de M. Richard Warman, qui a déposé une plainte auprès de la Commission, l'intimé avait déclaré que les Noirs étaient intellectuellement inférieurs et dangereux, que le gouvernement contrôlé par les Juifs était à blâmer, que les Juifs assassinaient des filles européennes par haine de la beauté et de la noblesse européennes, que les individus de race noire étaient des êtres sous-humains intrinsèquement criminels, etc. Dans sa réponse à la plainte de M. Warman, l'intimé n'a pas nié avoir communiqué ces messages et a affirmé qu'il l'avait fait pour protéger la civilisation blanche européenne et les gens qui l'ont bâtie.

interlocutory injunction restraining the respondent from communicating, by means of the Internet, the impugned messages, until the Canadian Human Rights Tribunal renders the final order in the proceedings; (2) what is the proper test for granting such an interlocutory injunction? and (3) has this test been met in the present circumstances?

*Held*, the motion should be allowed.

(1) The Federal Court must meet three requirements before it can exercise jurisdiction on any given matter. First, there must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, the Supreme Court of Canada held that section 44 of the *Federal Court Act*, read in the context of other sections of that Act and of the CHRA, could be considered as a source of jurisdiction to issue an injunction. The second and third requirements provide that there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction, and that the law on which the case is based must be “a law of Canada”. In *Canadian Liberty Net*, the Supreme Court found that subsection 13(1) of the CHRA nourished the statutory grant found in section 44 of the *Federal Court Act*, and that it was validly enacted since it is confined in its application to the “facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament”. Since the present case is not materially different from the situation examined by the Supreme Court in *Canadian Liberty Net*, the Court was bound to apply it and to rule that it did have jurisdiction to grant the interlocutory injunction requested by the applicant.

(2) The test enunciated by the Supreme Court of Canada for granting an interlocutory injunction is ill suited in the context of a dispute involving fundamental rights and freedoms such as in the present case. It was suggested that the test applied in granting injunctions against dissemination of defamatory statements might be more appropriate. In determining the necessary modifications to the test for injunctions in defamation cases in order to formulate a test for discriminatory hate speech, the similarities and differences between the two types of cases, as well as the nature of the fundamental rights involved were examined. Since both defamation actions and complaints of hate speech seek to limit the right to freedom of expression, injunctions should be granted only in the clearest of cases. A restriction on hate propaganda and hate mongering should not be assessed with the same stringent standards as limitations on defamatory speech. The values underpinning hate propaganda are fundamentally inimical, even antithetical, to the rationale

Trois questions ont été soulevées : 1) la Cour fédérale a-t-elle compétence pour accorder une injonction interlocutoire interdisant à l'intimé de communiquer par Internet les messages en cause jusqu'à ce que le Tribunal canadien des droits de la personne rende une ordonnance définitive? 2) quel est le critère applicable à l'octroi d'une telle injonction? 3) ce critère a-t-il été rempli en l'espèce?

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

1) Trois exigences doivent être remplies pour que la Cour fédérale puisse exercer sa compétence sur une matière donnée. Il doit d'abord y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. Dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, la Cour suprême du Canada a statué que l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* peut être considéré, lorsqu'il est interprété avec d'autres dispositions de la même Loi et de la LCDP, comme fondement du pouvoir d'accorder une injonction. Deuxièmement, il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et constituant le fondement de l'attribution légale de compétence et, troisièmement, la loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada ». Dans *Canadian Liberty Net*, la Cour suprême a conclu que le paragraphe 13(1) de la LCDP sert de fondement de l'attribution législative de compétence à l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et qu'il a été adopté régulièrement étant donné qu'il se limite aux « services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement ». Étant donné que la présente espèce ne diffère pas sensiblement de la situation dans l'affaire *Canadian Liberty Net*, la Cour était tenue d'appliquer cet arrêt et de conclure qu'elle était habilitée à décerner l'injonction interlocutoire sollicitée par la requérante.

2) Le critère formulé par la Cour suprême du Canada pour l'octroi d'une injonction interlocutoire convient mal à un différend comme la présente espèce, qui met en cause des droits et libertés fondamentaux. On a fait valoir qu'il conviendrait davantage de recourir au critère applicable en matière d'injonctions contre la dissémination de propos diffamatoires. Pour déterminer les modifications qui s'imposent à ce critère afin qu'il soit applicable à la propagande haineuse discriminatoire, on a examiné les similarités et les différences entre ces deux types de discours, ainsi que la nature des droits fondamentaux en cause. Comme les recours en diffamation et les plaintes en matière de propagande haineuse visent tous deux à limiter le droit à la liberté d'expression, il y a lieu de n'accorder l'injonction que dans les cas les plus manifestes. Une limitation de la propagande haineuse et de l'incitation à la haine ne devrait pas être évaluée au moyen de critères aussi rigoureux que ceux qui restreignent le discours diffamatoire. Les valeurs qui sous-

underlying the protection of freedom of expression, and directly contradict other values equally vindicated by the Charter. For those reasons, hate propaganda and defamatory comments should not be looked at from the same perspective when it comes to determining the prior restraints that can legitimately be placed on these two forms of expression. The damage caused by hate messages to the groups targeted is very often difficult to repair. It insidiously reinforces the prejudice that some people may have towards minorities identified by race, colour and religion, thus prompting and justifying discriminatory practices and even violence against these groups. Hate messages are much more reprehensible and devoid of any redeeming value than any other type of expression. *These messages are much more damaging than defamatory statements in that they affect a much larger group of persons. Additionally, truth or fair comment is not a defence in cases of hate messages. The focus of human rights inquiries is on the effects and not on the intent. Accordingly, there is no exception for truthful statements in the context of subsection 13(1) of the CHRA. Finally, the party seeking an injunction to restrain expression of the kind proscribed by section 13 of the CHRA will seldom, if ever, have any tangible, easily measurable interest, just as a speaker expressing his views. There is no commercial interest at stake, as is often the case when defamatory comments are being made, so that the cards are not stacked against the person professing the heinous views. It is also important that the test devised for granting an interim injunction not tie the hands of the Tribunal called upon to assess the complaint lodged by the Commission. Therefore, an interim injunction should issue only where the words complained of are so manifestly contrary to section 13 of the CHRA that any finding to the contrary would be considered highly suspect by a reviewing court. It should not issue where it is impossible to say that reasonable members of the Tribunal will most likely find the words to be in breach of section 13.*

(3) Three elements must be proven on a balance of probabilities to establish a violation of section 13 of the CHRA. First, the respondent must have communicated or caused to be communicated the material which was the subject of the complaint. He did not deny that. Moreover, it was clearly established by the complainant that all of the material which formed the subject of this complaint was authored and signed by the respondent, either as himself or as his pseudonym. Second, whether material communicated through

tendent la propagande haineuse sont fondamentalement hostiles, pour ne pas dire antithétiques, à la justification sous-jacente à la protection de la liberté d'expression et elles contredisent directement d'autres valeurs également consacrées par la Charte. C'est pourquoi la propagande haineuse et les commentaires diffamatoires ne doivent pas être envisagés du même point de vue lorsqu'il s'agit de déterminer les limitations préalables qu'on peut légitimement imposer à chacune de ces formes d'expression. *Le préjudice causé aux groupes ciblés par les messages haineux est très souvent difficile à réparer. Il renforce de manière insidieuse les préjugés qu'ont certains envers les minorités identifiées par la race, la couleur et la religion, incitant et justifiant par le fait même le recours aux pratiques discriminatoires, voire à la violence, contre ces groupes. Les messages haineux sont beaucoup plus répréhensibles que tout autre type d'expression et ne possèdent aucune valeur intrinsèque susceptible de les racheter. Ils sont beaucoup plus dommageables que les propos diffamatoires dans la mesure où ils touchent un groupe beaucoup plus étendu de personnes. En outre, les messages haineux ne peuvent se justifier par leur caractère véridique ou pertinent. Les analyses en matière de droits de la personne s'intéressent aux effets et non pas à l'intention. Par conséquent, aucune exception n'est prévue pour les déclarations vraies dans le contexte du paragraphe 13(1) de la LCDP. Enfin, la partie qui demande l'injonction pour interdire le type d'expression proscrié par l'article 13 de la LCDP dispose rarement, sinon jamais, d'un intérêt tangible ou facilement mesurable comme dans le cas d'une personne exprimant son point de vue. Aucun intérêt commercial n'est en cause, comme c'est fréquemment le cas lorsqu'il s'agit de propos diffamatoires; la situation ne joue donc pas contre l'auteur de propos haineux. Il importe aussi de se garder de formuler un critère pour l'octroi d'une injonction provisoire qui lierait les mains du Tribunal appelé à se prononcer sur une plainte déposée par la Commission. L'injonction provisoire ne devrait donc être accordée que si les propos reprochés portent si manifestement atteinte à l'article 13 de la LCDP que toute conclusion à l'effet contraire serait considérée hautement suspecte par une cour de révision. Elle ne devrait pas être accordée s'il est impossible d'affirmer qu'en toute probabilité, des membres raisonnables du Tribunal concluront à une atteinte à l'article 13.*

3) Trois éléments doivent être établis suivant la prépondérance de la preuve pour démontrer qu'il y a eu atteinte à l'article 13 de la LCDP. Premièrement, l'intimé doit avoir transmis ou fait transmettre les propos qui font l'objet de la plainte. L'intimé n'a pas nié l'avoir fait. De plus, le plaignant a clairement démontré que l'intimé, sous son nom ou sous un pseudonyme, a bien écrit et signé les propos faisant l'objet de la plainte. Deuxièmement, la question de l'applicabilité de l'article 13 de la LCDP à des propos communiqués au moyen

the Internet falls within the ambit of section 13 of the CHRA is no longer an issue. As a result of the amendment effected by the proclamation of the *Anti-terrorism Act* on December 24, 2001, subsection 13(2) was amended to deal explicitly and clearly with Internet communications. Third, the materials which were posted on the Web sites were likely to expose people of Jewish religion and ethnicity as well as people of the black race to hatred or contempt. There were several messages in the respondent's postings that discriminated against persons of the Jewish faith and were in fact threatening. The themes that permeated the impugned messages were the same as those found in most anti-Semitic propaganda: Jews are criminals, thugs and liars; they seek a disproportionate degree of power and control in the media and government and they are a menace to the Aryan race. The words complained of are so manifestly contrary to the letter and the spirit of section 13 of the CHRA that any finding to the contrary would be considered highly suspect. A reasonable panel of the Tribunal will most likely find the words to be in breach of section 13. The second and third leg of the test for granting an interim injunction (irreparable harm and balance of convenience) were met in the circumstances. Considering the abject nature of the messages and their likely impact on individuals and groups that are in a minority situation and that have historically suffered from precisely the kind of bias underpinning these vile attacks, it could be assumed that the harm suffered will have a long-term impact and may be extremely difficult to repair. As for the balance of convenience, a delay of a few months before being able to utter such nonsense, in the event the Tribunal was to find otherwise, would be a small price to pay compared to the dramatic consequences that these messages could have on the dignity and self-esteem of those being targeted. Despite the cardinal importance to be accorded to freedom of expression in our democracy, the interlocutory injunction restraining the respondent from communicating the impugned messages was granted.

de l'Internet ne se pose plus. Par suite des modifications apportées par la promulgation de la *Loi antiterroriste* le 24 décembre 2001, le paragraphe 13(2) a été modifié pour viser explicitement et clairement les communications Internet. Troisièmement, les propos qui ont été affichés sur les sites Web sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes de religion et d'origine juive, ainsi que des personnes de race noire. Plusieurs messages affichés par l'intimé étaient discriminatoires à l'endroit des personnes de foi hébraïque et constituaient en fait des menaces. Les thèmes qui sous-tendaient les messages contestés étaient identiques à ceux que l'on trouve pour l'essentiel dans la propagande antisémite, à savoir que les Juifs sont des criminels, des voleurs et des menteurs; qu'ils cherchent à obtenir un degré disproportionné de pouvoir et de contrôle sur les médias et sur l'État; et qu'ils constituent une menace pour la race aryenne. Les propos reprochés sont si manifestement contraires à la lettre et à l'esprit de l'article 13 de la LCDP qu'une conclusion à l'effet contraire serait considérée hautement suspecte. Une formation raisonnable du Tribunal conclura en toute probabilité que les propos reprochés portent atteinte à l'article 13. Les deuxième et troisième volets du critère applicable à l'octroi d'une injonction provisoire (le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients) étaient remplis en l'espèce. Compte tenu du caractère abject de ces messages et de leurs conséquences probables sur les personnes et les groupes minoritaires ayant précisément souffert du genre de préjugés sous-tendant ces viles attaques, on peut supposer que le préjudice subi entraînera des conséquences à long terme et pourrait être extrêmement difficile à réparer. Quant à la prépondérance des inconvénients, contraindre l'intimé à interrompre ses inepties pendant quelques mois—au cas où le Tribunal conclurait autrement—serait un bien modeste prix à payer comparativement aux conséquences dramatiques que ces messages pourraient avoir sur la dignité et l'estime de soi de ceux et celles qu'ils visent. Malgré l'importance fondamentale qu'il convient d'accorder à la liberté d'expression dans notre démocratie, l'injonction interlocutoire interdisant à l'intimé de communiquer les messages en cause par Internet a été accordée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*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. 2(b).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 13 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 88), 14, 14.1 (as enacted by S.C. 1998, c.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS 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. 2b).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 13 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 88), 14, 14.1 (édicte



9, s. 14), 44(3)(a) (as am. *idem*, s. 24), 57, 58(1).  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 68(F)), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 44.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 44 (as am. *idem*, s. 41).

par L.C. 1998, ch. 9, art. 14), 44(3)a) (mod., *idem*, art. 24), 57, 58(1).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68(F)), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 44.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 44 (mod., *idem*, art. 41).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116.

## CONSIDERED:

*Rapp v. McLelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452; 128 D.L.R. (3d) 650; 19 C.C.L.T. 68 (H.C.J.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 F.C. 155; (1992), 90 D.L.R. (4th) 190; 14 Admin. L.R. (2d) 294; 9 C.R.R. (2d) 330; 48 F.T.R. 285 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; (1989), 57 D.L.R. (4th) 197; [1989] 3 W.W.R. 117; 35 B.C.L.R. (2d) 1; [1989] 2 C.N.L.R. 146; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; 3 R.P.R. (2d) 1; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *American Cyanamid*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rapp v. McLelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452; 128 D.L.R. (3d) 650; 19 C.C.L.T. 68 (H.C.J.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 C.F. 155 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; 239 D.L.R. (4th) 577; 187 O.A.C. 238; 23 C.C.L.T. (3d) 273 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536;

*Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; 239 D.L.R. (4th) 577; 187 O.A.C. 238; 23 C.C.L.T. (3d) 273 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Payzant v. Tony McAleer, Canadian Liberty Net and Harry Voccaro* (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (C.H.R.T.); *affd sub. nom McAleer v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 2 F.C. 345; (1996), 132 D.L.R. (4th) 672; 67 C.R.R. (2d) 44; 108 F.T.R. 256 (T.D.); *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (C.H.R.T.).

## AUTHORS CITED

Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Lidsky, Lyrisa Barnett. "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace" (2000), 49 *Duke L.J.* 855.

MOTION for an interlocutory injunction to restrain the respondent from communicating by means of the Internet messages that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of race, national or ethnic origin, colour or religion, contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*Monette Maillet and Ikram Warsame* for applicant.

Tomasz Winnicki on his own behalf.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for applicant.

*Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Payzant c. Tony McAleer, Canadian Liberty Net et Harry Voccaro*, [1994] D.C.D.P. n° 4 (T.C.D.P.) (QL); *conf. par sub. nom McAleer c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 2 C.F. 345 (1<sup>re</sup> inst.); *Nealy c. Johnston*, [1989] D.C.D.P. n° 10 (T.C.D.P.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.

Lidsky, Lyrisa Barnett. « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855.

REQUÊTE en injonction interlocutoire visant à empêcher l'intimé de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur ou de sa religion, en contravention au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Requête accueillie.

## ONT COMPARU :

*Monette Maillet et Ikram Warsame* pour la requérante.

Tomasz Winnicki pour son propre compte.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la requérante.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This motion, made on behalf of the Canadian Human Rights Commission, is most interesting in its object as it raises especially difficult issues going to the heart of our democratic values and, more particularly, to the difficult reconciliation between freedom of expression on the one hand, and equality rights as well as the inherent dignity of all human beings on the other hand. While the courts, including the Supreme Court of Canada, have had to deal with these issues on a number of occasions, the particular context in which these values clash and the remedy being sought in the present case bring us into uncharted territory.

[2] The applicant, the Canadian Human Rights Commission, brought a motion for an interlocutory injunction to restrain the respondent, Tomasz Winnicki, pending a final order by the Canadian Human Rights Tribunal in proceedings now before it, from communicating by means of the Internet messages that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of race, national or ethnic origin, colour or religion, contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] (CHRA). Despite having been duly served with the notice of motion, the respondent did not appear at the hearing of this motion.

[3] Just as was the case in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 F.C. 155 (T.D.), this is a free-standing motion for an interlocutory injunction, there being no other relief sought in this Court by the applicant against the respondent. Indeed, it is my understanding that this complaint was heard by the Canadian Human Rights Tribunal in the week of August 8, 2005.

[4] It was represented to this Court that, at the two most recent hearings under section 13 [s. 13(2)] (as am.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La présente requête déposée par la Commission canadienne des droits de la personne est des plus intéressantes, en ce qu'elle soulève des questions très délicates touchant aux fondements mêmes de nos valeurs démocratiques et, en particulier, à la difficulté qu'il y a à réconcilier la liberté d'expression, d'une part, avec les droits à l'égalité et la dignité inhérente de tous les êtres humains, d'autre part. Bien que les tribunaux—Cour suprême du Canada comprise—aient déjà été saisis de ces questions à plusieurs reprises, le contexte particulier du conflit entre ces valeurs et la mesure de réparation recherchée en l'espèce nous amènent en terrain inconnu.

[2] La requérante, c'est-à-dire la Commission canadienne des droits de la personne, a déposé une requête en injonction interlocutoire pour que, dans l'attente d'une ordonnance définitive du Tribunal canadien des droits de la personne dans une instance dont celui-ci est actuellement saisi, il soit interdit à l'intimé Tomasz Winnicki de communiquer par Internet des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable en raison de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur ou de sa religion, en contravention aux dispositions du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6] (LCDP). L'intimé n'a pas comparu à l'audition de la présente requête, bien que l'avis de requête lui ait été signifié régulièrement.

[3] À l'instar de l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1992] 3 C.F. 155 (1<sup>re</sup> inst.), il s'agit ici d'une requête en injonction interlocutoire autonome étant donné que la requérante n'a sollicité aucune autre mesure de réparation contre l'intimé. En effet, je crois savoir que la plainte a été entendue par le Tribunal canadien des droits de la personne au cours de la semaine du 8 août 2005.

[4] Il a été déclaré à la Cour que lors de chacune des deux dernières audiences devant le Tribunal canadien

by S.C. 2001, c. 41, s. 88]) of the CHRA before the Canadian Human Rights Tribunal, the Commission and the complainant, Mr. Warman, were advised each time that a decision of the Tribunal would likely take five or six months to be rendered. Hence this application for an interlocutory injunction.

## BACKGROUND

[5] On September 7, 2003, Mr. Richard Warman filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that Tomasz Winnicki and Bell Canada were discriminating against persons or groups of persons on the basis of religion, by repeatedly communicating messages through an Internet Web site, that would likely expose persons of the Jewish faith to hatred and/or contempt, contrary to subsection 13(1) of the CHRA.

[6] In his affidavit, Mr. Richard Warman reproduced some of the worst examples of the messages that he found on the Internet. Mr. Winnicki apparently stated that black people were intellectually inferior and dangerous and that the Jewish-controlled government was to blame; that European girls were murdered by Jewish people because the latter hate European beauty and nobility; that persons of the black race are subhuman and inherently criminal; and so on.

[7] While the language used is quite offensive and debasing, to say the least, it may be relevant for the issues to be resolved to quote from some of the messages found on the Internet, as appended to Mr. Warman's affidavit:

- Jews hate European [*sic*] beauty and nobility. All these girls were brutally murdered by savage commie Jews. We're coming for you, you Jew bastards, and there will be hell to pay.
- Does a Negro really need a well based motive to shoot you? I mean, a Nigger will try to kill you just for a slice of pizza...or a piece of chicken. (...) by Aryan standards, Negroes are dangerous animals and don't belong in White civilization. SEGREGATION NOW!!!

des droits de la personne sous le régime de l'article 13 [art. 13(2) (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 88)] de la LCDP, la Commission et le plaignant, M. Warman, ont été avisés que la décision du Tribunal ne serait probablement rendue que dans cinq ou six mois. D'où la présente requête en injonction interlocutoire.

## FAITS

[5] Le 7 septembre 2003, M. Richard Warman a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne selon laquelle Tomasz Winnicki et Bell Canada exerçaient une discrimination à l'encontre d'individus ou de groupes d'individus sur le fondement de la religion en communiquant constamment, par l'entremise d'un site Web sur Internet, des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des individus de religion juive, en contravention au paragraphe 13(1) de la LCDP.

[6] Dans son affidavit, M. Richard Warman a reproduit certains des pires messages qu'il a trouvés sur l'Internet. Apparemment, M. Winnicki a déclaré que les Noirs étaient intellectuellement inférieurs et dangereux, que le gouvernement contrôlé par les Juifs était à blâmer, que les Juifs assassinaient des filles européennes par haine de la beauté et de la noblesse européennes, que les individus de race noire étaient des êtres sous-humains intrinsèquement criminels, etc.

[7] Bien que le langage employé soit fort offensant et humiliant, pour dire le moins, il peut être utile en l'espèce de citer des passages de certains messages trouvés sur Internet, lesquels passages sont joints à l'affidavit de M. Warman :

- [TRADUCTION]—Les Juifs haïssent la beauté et la noblesse européennes [*sic*]. Toutes ces filles ont été assassinées brutalement par des sauvages de Juifs communistes. Nous venons vous chercher, vous les bâtards juifs, et vous le paierez cher.
- Un nègre a-t-il besoin d'une bonne raison pour vous abattre? Je veux dire qu'un nègre essaiera de vous tuer simplement pour un morceau de pizza [. . .] ou pour un morceau de poulet [. . .] Selon les normes aryennes, les nègres sont des animaux dangereux et n'appartiennent pas à la civilisation blanche. SÉGRÉGATION MAINTENANT!!!

- Message to all you coloreds: Get out (if you're already here), stay out and never come back to my city. Don't even come near it, you civilization wrecking muds. Go to multi-culti Toronto . . . better yet, go back to Africa.
- NIGGERS AND EAST INDIANS ARE SHIT!!! GET OUT OF OUR CIVILIZATION YOU FUCKING MUDS!!! Any young White Torontonians reading this? You MUST band together on racial grounds Band together or DIE. Those attacks will only get worse and more of them as Canadian ZOG floods in more niggers and muds. Not to mention the fact that ZOG is giving the muds all the incentives (welfare, subsidized housing, employment equity=affirmative action if you're white you don't get the job...) to breed us out of existence while taxing us to death to support those savage races.
- '18 year old Mwangi Gethiga—known as Kuggy to his friends [Yeah, a.k.a. FUCKING SUBHUMAN, a.k.a. FUCKING MUD, a.k.a. FUCKING COCKROACH, a.k.a. FUCKING COON, a.k.a. FUCKING NIGGER]—was charged yesterday with second-degree murder.' . . .when it comes to negroes I think presumption of guilt is more appropriate than the presumption of innocence.
- While I still can. . .FUCK YOU JEWS! YOU FUCKING HEEBES YOU FUCKING KIKES YOU FUCKING YIDS YOU FUCKING ZHIDS YOU FUCKING SHEENIES YOU FUCKING (what's the best word for jews?) JEWS!!!
- Un message à vous tous les gens de couleur : partez (si vous êtes déjà ici), restez en dehors et ne revenez jamais dans ma ville. Ne vous en approchez même pas, vous les bâtards qui ne voulez que la destruction de notre civilisation. Allez à Toronto la multi-culti [. . .] Mieux encore, retournez donc en Afrique.
- LES NÈGRES ET LES INDIENS SONT DE LA MERDE!!! SORTEZ DE NOTRE CIVILISATION, MAUDITS BÂTARDS!!! Avis aux jeunes Blancs de Toronto : vous devez vous rassembler sur des bases raciales, ou MOURIR. Ces attaques vont seulement empirer et il y en aura encore plus alors que le gouvernement d'occupation juive canadien fait rentrer à flot plus de nègres et de bâtards. Sans compter le fait que le gouvernement d'occupation juive leur donne tous les incitatifs (bien-être social, logement subventionné, équité en matière d'emploi—action positive : si vous êtes un Blanc vous n'aurez pas le poste [. . .] pour nous réduire à néant tout en nous imposant à mort pour subventionner ces races sauvages.
- Mwangi Gethiga, âgé de 18 ans, connu par ses amis sous le nom de Kuggy [oui, connu aussi sous le nom de MERDE DE SOUS-HUMAIN, aussi connu sous le nom de MAUDIT BÂTARD, aussi connu sous le nom de ENCULÉE DE COQUERELLE, aussi connu sous le nom de ENCULÉ DE NÈGRE, aussi connu sous le nom de SALE NÈGRE], a été accusé hier de meurtre au deuxième degré [. . .] En ce qui concerne les nègres, je crois que la présomption de culpabilité est plus appropriée que la présomption d'innocence.
- Pendant que j'y suis [. . .] ENCULÉS DE JUIFS! ENCULÉS DE YOUPINS! ENCULÉS DE YOUTRES! ENCULÉS DE (quel est le meilleur mot pour Juifs ?) JUIFS!!!

[8] This is obviously more than enough to get a flavour of the messages found on the Internet and apparently authored by the respondent. Most of these messages were found on the following two Web sites: [www.northernalliance.ca](http://www.northernalliance.ca) and [www.vanguardnewsnetwork.com](http://www.vanguardnewsnetwork.com). Some of the messages are signed under a pseudonym, but it appears that the respondent has used his own name in more recent postings.

[8] Ces extraits suffisent sans doute amplement à donner une petite idée de la nature des messages trouvés sur l'Internet et que le défendeur aurait écrits. La plupart de ces messages ont été trouvés sur les deux sites Web suivants : [www.northernalliance.ca](http://www.northernalliance.ca) et [www.vanguardnewsnetwork.com](http://www.vanguardnewsnetwork.com). Certains messages sont signés par un pseudonyme, mais il semble que le défendeur ait utilisé son propre nom dans des messages plus récents.

[9] On June 1, 2004, Mr. Richard Warman filed a retaliation complaint against Mr. Winnicki with the Canadian Human Rights Commission alleging a breach

[9] Le 1<sup>er</sup> juin 2004, M. Richard Warman a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte contre M. Winnicki pour

of section 14.1 [as enacted by S.C. 1998, c. 9, s. 14] of the CHRA, as a result of messages targeting Mr. Warman which were posted after the filing of the human rights complaint. This is borne out by the exhibits appended to the affidavit of Mr. Richard Warman in support of the present application.

[10] After considering the complaint at its division meeting of December 20, 2004, the Commission decided, pursuant to paragraph 44(3)(a) [as am. *idem*, s. 24] of the CHRA, to request the Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal to inquire into the complaints. The hearing took place the week after the hearing of this application, during the week of August 8 to August 12, 2005.

[11] In answer to the complaint of Mr. Warman, in his statement of particulars, Mr. Winnicki does not deny communicating these messages and states that at the hearing, he intends to explain why he is communicating them and that “in brief, the reason is simple, to protect the White European civilization and the people who built it”. Another topic he states he will address is the connection between the government’s plan to “replace and/or mix Canada’s White European ancestry population with an enormous number of 3<sup>rd</sup> world immigrants, the growing crime rate, the growing national, provincial and local deficits/debts, the growing disenfranchisement of Canadians of White European ancestry, the declining national morals, etc.” He also wishes to address the continued persecution and demonization of political dissidents by the government, the Canadian Human Rights Commission, etc. As well, he will address “The constant meddling of Jewish groups and individuals in Canadian affairs and their quest to destroy our European culture, values and freedoms, . . . the great peril that non-White immigration poses to White societies and why it’s right and moral for Canadians to oppose it.”

[12] In his statement of particulars, he also states: “In my opinion Jews are not a race nor a religion but rather

représailles, fondée sur l’article 14.1 [édicte par L.C. 1998, ch. 9, art. 14] de la LCDP, à la suite de messages affichés après le dépôt de la plainte en matière de droits de la personne. C’est ce qui ressort des pièces jointes à l’affidavit de M. Richard Warman à l’appui de la présente demande.

[10] Après avoir examiné la plainte lors de sa réunion de division du 20 décembre 2004, la Commission a décidé, en application de l’alinéa 44(3)a) [mod., *idem*, art. 24] de la LCDP, de demander au président du Tribunal canadien des droits de la personne d’instruire les plaintes. L’audience s’est tenue durant la semaine suivant l’audition de la présente demande, soit du 8 au 12 août 2005.

[11] En réponse à la plainte de M. Warman, M. Winnicki ne nie pas avoir communiqué ces messages dans son exposé de précisions; il déclare qu’il a l’intention d’expliquer à l’audience les raisons pour lesquelles il le fait et que [TRADUCTION] « essentiellement, la raison est simple, soit protéger la civilisation blanche européenne et les gens qui l’ont bâtie ». Il déclare qu’il s’exprimera également sur un autre sujet, c’est-à-dire le lien entre le plan du gouvernement de [TRADUCTION] « [r]emplacer et/ou diluer la population du Canada de souche blanche européenne par un nombre considérable d’immigrants du tiers monde, une augmentation du taux de criminalité, une augmentation des déficits/des dettes nationale, provinciales et locales, la perte progressive des droits des Canadiens de souche blanche européenne, le déclin de la moralité au pays, etc. ». Il souhaite également se prononcer sur la persécution et la démonisation des dissidents politiques qu’exercent encore le gouvernement, la Commission canadienne des droits de la personne, etc. Il veut aussi aborder la question de [TRADUCTION] « l’immixtion constante des Juifs et des groupes juifs dans les affaires canadiennes et de leur quête pour détruire notre culture, nos valeurs et nos libertés européennes [. . .], du grand péril que pose l’immigration non blanche pour les sociétés blanches et pourquoi il est juste et moral que les Canadiens s’y opposent ».

[12] Dans son exposé de précisions, il déclare également : [TRADUCTION] « À mon avis, les Juifs ne

a special interests Zionist political group, many of them atheists. It is well known that Jews intermarry into wealthy European families in order to blend in and improve their political and financial standing. For one example, the president of Poland, Mr. Kwasniewski's real surname is Stolzman. . . . The deep concern many Canadians, especially of White European ancestry have with the above issues and why the only way I see of rectifying the racial tensions (which I believe were specifically engineered by the government) is by peaceful and willing segregation. I'll state right now that it is immoral and out right criminal to force two or more incompatible groups of people, without their consent, to live together."

[13] Also in answer to the complaint, Mr. Winnicki states that "Mr. Richard Warman and CHRC investigators 'handpicked' only a few of my VNN [vanguardnewsnetwork] forum postings to try to prove my discrimination against protected minority groups. Given all of my VNN posts I will prove that my goal is not to incite hatred toward minorities but rather awaken Whites as to what is happening and why and also why Whites should band together on racial grounds to protect their group interests."

[14] Finally, although Mr. Winnicki is a respondent in the matter before the Tribunal, he seeks the following remedy as outlined in his statement of particulars: "Pursuant to section 16 of the Canadian Human Rights Act I demand that Canadians of White European Ancestry who hold White Nationalist views be granted special reserves, much like Indian reserves all accross [sic] Canada, where they can live and govern themselves as they see fit, with total autonomy and without government or outsider groups interference."

sont pas une race ni une religion, mais plutôt un groupe d'intérêts particuliers sionistes dont bon nombre sont athées. Il est bien connu que les Juifs se marient dans des familles européennes riches afin de se fondre dans celles-ci et d'améliorer leur situation politique et financière. À titre d'exemple, le véritable nom de famille du président de la Pologne, M. Kwasniewski, est Stolzman [. . .] À mon avis, c'est uniquement en procédant à une ségrégation paisible et volontaire que nous arriverons à dissiper les tensions raciales (que j'estime avoir été spécifiquement ourdies par le gouvernement) et la profonde inquiétude que bon nombre de Canadiens—tout particulièrement ceux de souche blanche européenne—ressentent à l'égard de ces questions. Je déclare d'entrée de jeu qu'il est immoral et carrément criminel d'obliger deux ou plusieurs groupes d'individus incompatibles à vivre ensemble sans leur consentement ».

[13] Également en réponse à la plainte, M. Winnicki déclare que [TRADUCTION] « M. Richard Warman et les enquêteurs de la CCDP ont "trié sur le volet" seulement quelques-uns de mes messages affichés sur le forum du VNN [vanguardnewsnetwork] pour tenter de démontrer que je discrimine contre des groupes minoritaires protégés. En référant à l'ensemble de mes messages sur VNN, je démontrerai que mon but n'est pas d'inciter à la haine envers les minorités, mais plutôt de conscientiser les Blancs sur ce qui se passe et pourquoi nous en sommes là, et aussi pourquoi les Blancs devraient se rassembler sur des bases raciales pour protéger les intérêts de leur groupe ».

[14] Enfin, bien qu'il soit constitué défendeur dans l'instance dont le Tribunal est saisi, M. Winnicki sollicite la réparation suivante dans son exposé de précisions : [TRADUCTION] « en application de l'article 16 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, je demande que les Canadiens de souche blanche européenne épousant la cause nationaliste blanche obtiennent des réserves spéciales semblables aux réserves indiennes, partout au Canada, où ils pourront vivre et se gouverner comme ils l'entendent, avec une autonomie totale et sans immixtion aucune du gouvernement ou des groupes de l'extérieur ».

[15] At the conclusion of the hearing, I took the matter under reserve. After having carefully considered the applicant's submissions and the record, I came to the conclusion that an interlocutory injunction should be granted in the present case and ordered accordingly on October 4, 2005. The following are my reasons for that order.

## ISSUES

[16] The questions to be decided in the context of the present application are as follows:

(a) Does the Federal Court have the jurisdiction to grant an interim or interlocutory injunction restraining the respondent and others having knowledge of the order from communicating, by means of the Internet, messages of the kind described in Exhibits "A", "B", and "E" to "O" of Mr. Richard Warman's affidavit, until the Tribunal renders the final order in the proceedings?

(b) What is the proper test for granting such an interlocutory injunction?

(c) Has this test been met in the present circumstances?

## RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

*Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 44 (as am. *idem*, s. 41)]

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas*

[15] Au terme de l'audience, j'ai pris l'affaire en délibéré. Après avoir examiné attentivement les prétentions de la requérante ainsi que la preuve au dossier, j'ai conclu qu'une injonction interlocutoire devait être accordée en l'espèce et j'ai rendu une ordonnance en conséquence le 4 octobre 2005. Voici les motifs de cette ordonnance.

## QUESTIONS EN LITIGE

[16] Voici les questions à trancher dans le cadre de la présente demande :

a) La Cour fédérale est-elle compétente pour accorder une injonction provisoire ou interlocutoire interdisant au défendeur, ainsi qu'aux tiers ayant connaissance de la présente ordonnance, de communiquer par Internet des messages de la nature de ceux décrits aux pièces A, B, E à O de l'affidavit de M. Richard Warman, jusqu'à ce que le Tribunal rende l'ordonnance définitive dans l'instance?

b) Quel critère convient-il d'appliquer dans l'octroi d'une telle injonction interlocutoire?

c) Ce critère a-t-il été rempli en l'espèce?

## DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

*Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 44 (mod., *idem*, art. 41)]

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces



*corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

...

44. In addition to any other relief that the Federal Court of Appeal or the Federal Court may grant or award, a *mandamus*, an injunction or an order for specific performance may be granted or a receiver appointed by that court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so. The order may be made either unconditionally or on any terms and conditions that the court considers just.

*Canadian Human Rights Act* [s. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9)]

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

...

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

(2) For greater certainty, subsection (1) applies in respect of a matter that is communicated by means of a computer or a group of interconnected or related computers, including the Internet, or any similar means of communication, but does not apply in respect of a matter that is communicated in whole or

canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

[...]

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu'elle peut accorder, la Cour d'appel fédérale ou la Cour fédérale peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition, soit selon les modalités qu'elle juge équitables.

*Loi canadienne sur les droits de la personne* [art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9)]

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

[...]

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

(2) Il demeure entendu que le paragraphe (1) s'applique à l'utilisation d'un ordinateur, d'un ensemble d'ordinateurs connectés ou reliés les uns aux autres, notamment d'Internet, ou de tout autre moyen de communication semblable mais qu'il ne s'applique pas dans les cas où les services d'une

in part by means of the facilities of a broadcasting undertaking.

(3) For the purposes of this section, no owner or operator of a telecommunication undertaking communicates or causes to be communicated any matter described in subsection (1) by reason only that the facilities of a telecommunication undertaking owned or operated by that person are used by other persons for the transmission of that matter.

**14. (1)** It is a discriminatory practice,

(a) in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public,

(b) in the provision of commercial premises or residential accommodation, or

(c) in matters related to employment,

to harass an individual on a prohibited ground of discrimination.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), sexual harassment shall, for the purposes of that subsection, be deemed to be harassment on a prohibited ground of discrimination.

## ANALYSIS

(A) Jurisdiction of the Federal Court to issue an interlocutory injunction

[17] The Federal Court having been established under the authority of section 101 of the *Constitution Act*, 1867 [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act*, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], a certain number of requirements have to be met before it can exercise jurisdiction on any given matter. These requirements are now well established, as a result of a number of authoritative decisions emanating from the Supreme Court of Canada. Drawing from its previous decisions in *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054 and *McNamara Constuction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, the Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida*

entreprise de radiodiffusion sont utilisés.

(3) Pour l'application du présent article, le propriétaire ou exploitant d'une entreprise de télécommunication ne commet pas un acte discriminatoire du seul fait que des tiers ont utilisé ses installations pour aborder des questions visées au paragraphe (1).

**14. (1)** Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de harceler un individu :

a) lors de la fourniture de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public;

b) lors de la fourniture de locaux commerciaux ou de logements;

c) en matière d'emploi.

(2) Pour l'application du paragraphe (1) et sans qu'en soit limitée la portée générale, le harcèlement sexuel est réputé être un harcèlement fondé sur un motif de distinction illicite.

## ANALYSE

A) La compétence de la Cour fédérale pour décerner une injonction interlocutoire

[17] La Cour fédérale ayant été constituée en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], elle ne peut exercer sa compétence sur une matière donnée que si certaines exigences ont d'abord été remplies. Ces exigences sont maintenant bien établies par suite d'un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada faisant autorité. À la page 766 de son arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, et en s'appuyant sur ses arrêts antérieurs *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et

*Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, summarized the preconditions to support a finding of jurisdiction in the following way:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

(See also, to the same effect, *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322.)

[18] I am somewhat relieved of undertaking a thorough analysis of the first question, as the Supreme Court of Canada ruled on that very same issue in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626. The issue in that case was whether the Federal Court could grant an interlocutory injunction prohibiting the respondents from offering telephone messages constituting discriminatory practice under subsection 13(1) of the CHRA until the Tribunal had made a final ruling on the complaints. As in this case, the relief sought was a free-standing injunction, to the extent that there was no action pending before the Court as to the final resolution of the merits of the claim. Equally of significance was the fact that the injunction granted by this Court had the effect of stifling the freedom of expression of the respondent.

[19] Applying the three requirements set out in the *ITO* case, Mr. Justice Bastarache (writing for the majority of the Court), came to the conclusion that section 44 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], read in the context of other sections of the same Act (sections 3 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 68(F)], 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3], 18 [as am. *idem*, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5]) and of the CHRA

*McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, la Cour suprême a résumé ainsi les conditions préalables devant être réunies pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(Voir également, à cet égard, l’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.)

[18] D’une certaine manière, comme la Cour suprême du Canada a déjà statué sur cette même question dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, je n’ai pas à procéder à une analyse approfondie de la première question en litige. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour décerner une injonction interlocutoire interdisant aux intimés d’offrir des messages téléphoniques constituant l’acte discriminatoire prévu au paragraphe 13(1) de la LCDP jusqu’à ce que le Tribunal ait statué définitivement sur les plaintes. Comme en l’espèce, la mesure de réparation recherchée était une injonction autonome, dans la mesure où la Cour n’était saisie d’aucune action à l’égard de laquelle elle était appelée à trancher définitivement quant au fond. Il importe également de noter que l’injonction accordée par la Cour a eu pour effet de réprimer la liberté d’expression du défendeur.

[19] Après avoir appliqué les trois critères énoncés dans l’arrêt *ITO*, le juge Bastarache a conclu au nom de la majorité que l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] pouvait être considéré, lorsqu’il était interprété de concert avec d’autres dispositions de la même Loi (les articles 3 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68(F)], 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3], 18 [mod., *idem*, art. 4] et 18.1 [édicte,

(section 2, subsection 13(1), section 57 and subsection 58(1)), could be considered as a source of jurisdiction to issue an injunction.

[20] Contrary to what the respondent had argued, he found that the words “in addition to” in section 44 of the *Federal Court Act* were not to be read as a clause of limitation, creating an injunctive power that is purely ancillary to other remedies which the Court could award (and none can be issued by the Court at the interlocutory stage), but had to be interpreted as meaning “separate and apart from” any other relief which the Court could grant. He was driven to this conclusion by a liberal reading of section 44, as interpreted in the context of the various sections of the CHRA granting the Federal Court a high degree of supervision of the Human Rights Tribunal (judicial review over decisions of the Tribunal, power to issue injunctions against the Tribunal, jurisdiction to order disclosure of information required in the course of an investigation or Tribunal hearing, filing of an order of the Tribunal to transform it into an order of the Federal Court: *Federal Court Act*, section 18.1, subsection 18(1); CHRA, subsection 58(1), section 57). In his view, the inherent jurisdiction of provincial superior courts was no reason to narrowly construe federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court.

[21] The gist of Mr. Justice Bastarache’s reasoning transpires from paragraphs 36 and 37 of his reasons:

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the

*idem*, art. 5]) et de la LCDP (l’article 2, le paragraphe 13(1), l’article 57 et le paragraphe 58(1)), comme fondement du pouvoir d’accorder une injonction.

[20] Contrairement aux prétentions de l’intimé dans cette affaire, le juge a conclu que le mot « indépendamment », dans le libellé de l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ne devait pas être interprété comme une disposition limitative créant le pouvoir de prononcer des injonctions, uniquement à titre « accessoire » aux autres redressements que la Cour peut accorder (et la Cour ne peut accorder aucun autre redressement au stade interlocutoire), mais plutôt comme signifiant « indépendamment » des autres redressements que la Cour peut accorder. Sa conclusion est fondée sur une interprétation large de l’article 44 à la lumière des diverses dispositions de la LCDP habilitant la Cour fédérale à exercer une surveillance importante sur le Tribunal des droits de la personne (contrôle judiciaire des décisions du Tribunal, pouvoir de décerner des injonctions contre le Tribunal, pouvoir d’obtenir la communication de renseignements nécessaires aux fins d’une enquête ou d’une audience du Tribunal, dépôt d’une ordonnance du Tribunal pour équivaloir à une ordonnance de la Cour fédérale : article 18.1, paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*; paragraphe 58(1) et article 57 de la LCDP). De l’avis du juge, la compétence inhérente des cours supérieures provinciales ne justifiait pas d’interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

[21] L’essence même du raisonnement du juge Bastarache transparait dans les paragraphes 36 et 37 de ses motifs :

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur les droits de la personne*, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu’il s’agit d’une question relevant clairement de son rôle de surveillance d’un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont

Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

In this case, I believe it is within the obvious intentment of the *Federal Court Act* and the *Human Rights Act* that s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction in support of the latter. I reach this conclusion on the basis that the Federal Court does have the power to grant “other relief” in matters before the Human Rights Tribunal, and that fact is not altered merely because Parliament has conferred determination of the merits to an expert administrative decision-maker. As I have noted above, the decisions and operation of the Tribunal are subject to the close scrutiny and control of the Federal Court, including the transformation of the order of the Tribunal into an order of the Federal Court. These powers amount to “other relief” for the purposes of s. 44.

[22] As to the second and third requirements, which go hand in hand, Mr. Justice Bastarache had no difficulty finding that subsection 13(1) of the CHRA nourished the statutory grant found in section 44 of the *Federal Court Act*, and that it was validly enacted since it is confined in its application to the “facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament” [at paragraph 52]. As a result, he concluded that the Federal Court clearly had concurrent jurisdiction with the provincial superior courts to grant the interlocutory injunction that was being sought by the Commission. Since the present case is not materially different from the situation examined by the Supreme Court in *Canadian Liberty Net*, I am bound to apply it and to rule that this Court does have jurisdiction to grant the interlocutory injunction requested by the applicant.

(B) What is the test for granting an interlocutory injunction in the context of the CHRA?

[23] Having established the jurisdiction of the Federal Court to grant an interlocutory injunction to ensure compliance with section 13 of the CHRA while the Tribunal is seized of the complaint by the Commission,

l’issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

En l’espèce, je suis d’avis qu’il ressort clairement de l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les droits de la personne* que l’art. 44 confère à la Cour fédérale la compétence d’accorder une injonction dans le cadre de l’application de la *Loi sur les droits de la personne*. Je fonde cette conclusion sur le fait que la Cour fédérale a le pouvoir d’accorder toute « autre forme de réparation » dans les affaires soumises au Tribunal des droits de la personne, et que ce pouvoir n’est pas altéré du seul fait que le Parlement a confié à un décideur administratif spécialisé le rôle de statuer sur le fond de ces affaires. Comme je l’ai souligné plus tôt, les décisions et le fonctionnement du Tribunal sont assujettis de façon étroite aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale, y compris son pouvoir de transformer les ordonnances du tribunal en ordonnances de la cour. Ces pouvoirs équivalent à une « autre forme de réparation » pour l’application de l’art. 44.

[22] En ce qui concerne les deuxième et troisième critères, qui sont indissociables, le juge Bastarache n’a eu aucune difficulté à conclure que le paragraphe 13(1) de la LCDP servait de fondement de l’attribution législative de compétence à l’article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et que cette disposition législative a été adoptée régulièrement étant donné qu’elle se limite aux « services d’une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement » [au paragraphe 52]. Il a donc conclu que la Cour fédérale exerçait une compétence concurrente à celle des cours supérieures des provinces pour accorder l’injonction interlocutoire demandée par la Commission. Étant donné que la présente affaire ne diffère pas sensiblement de la situation analysée par la Cour suprême dans l’arrêt *Canadian Liberty Net*, je suis tenu d’appliquer cet arrêt et de conclure que la Cour est habilitée à décerner l’injonction interlocutoire sollicitée par la requérante.

B) Quel critère convient-il d’appliquer dans l’octroi d’une injonction interlocutoire dans le cadre de la LCDP?

[23] Une fois établie la compétence de la Cour fédérale pour accorder une injonction interlocutoire afin d’assurer la conformité avec l’article 13 de la LCDP pendant que le Tribunal est saisi de la plainte de la

the more difficult question that remains to be solved has to do with the test to be applied in the exercise of the Court's discretion. The approach generally followed by a court faced with a request for such a remedy is well established, as a result of two decisions emanating from the Supreme Court of Canada, *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 and *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. In the latter decision, the Court summarized the test to be applied in the following way [at page 334]:

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

[24] This test, which can be traced back to the decision reached by the House of Lords in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), is manifestly ill suited in the context of a dispute involving fundamental rights and freedoms such as in the present case. In a commercial context, the "balance of convenience" and the "irreparable harm" are easily ascertainable to the extent that they are measurable. This is obviously not the case when the interest asserted by the speaker has nothing to do with any commercial purpose and has no value beyond the message he wishes to convey. Not only is it difficult to ascribe any monetary value to such a message, but it will also have the effect of undermining the fundamental nature of freedom of expression if the party requesting the injunction does have a commercial interest at stake. This was readily accepted by Mr. Justice Bastarache in *Canadian Liberty Net*, at paragraph 47 of his reasons.

[25] For that reason, it was suggested that the test applied in granting injunctions against dissemination of defamatory statements might be more appropriate. As an illustration of this test, Mr. Justice Bastarache quoted the following excerpt from the decision of Griffiths J. in *Rapp v. McLelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d)

Commission, il reste encore la question plus difficile de déterminer le critère qu'il convient d'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour. La méthode que suit généralement la Cour saisie d'une demande pour une telle réparation est bien établie grâce à deux décisions rendues par la Cour suprême du Canada, soit : *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême a résumé en ces termes le critère qu'il convient d'appliquer [à la page 334] :

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

[24] Ce critère, qui remonte à l'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), ne convient manifestement pas à un différend qui, comme en l'espèce, met en cause des droits et libertés fondamentaux. Dans un cadre commercial, la « prépondérance des inconvénients » et le « préjudice irréparable » sont faciles à vérifier dans la mesure où ils sont mesurables. Tel n'est évidemment pas le cas lorsque l'intérêt revendiqué par la personne qui s'exprime n'est pas rattaché à une fin commerciale et n'a aucune valeur au-delà du message qu'elle souhaite transmettre. La tâche d'imputer une valeur pécuniaire à ce message est non seulement difficile, mais elle aura en outre pour effet de saper le caractère fondamental de la liberté d'expression si la partie qui sollicite l'injonction a un intérêt commercial en jeu. Le juge Bastarache a volontiers accepté cet argument au paragraphe 47 de ses motifs dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*.

[25] Pour cette raison, on a proposé qu'il conviendrait davantage de recourir au critère applicable en matière d'injonctions contre la dissémination de propos diffamatoires. Pour illustrer ce critère, le juge Bastarache a cité le passage suivant des motifs du juge Griffiths aux pages 455 et 456 de l'arrêt *Rapp v.*

452 (H.C.J.), at pages 455-456:

The guiding principle then is, that the injunction should only issue where the words complained of are so manifestly defamatory that any jury verdict to the contrary would be considered perverse by the Court of Appeal. To put it another way where it is impossible to say that a reasonable jury must inevitably find the words defamatory the injunction should not be issued.

. . . American Cyanamid . . . had not affected the well established principle in cases of libel that an interim injunction should not be granted unless the jury would inevitably come to the conclusion that the words were defamatory.

[26] This question being moot when the case reached the Supreme Court (the Tribunal having by then rendered its decision), Mr. Justice Bastarache stopped short of endorsing this test for the purposes of delineating the circumstances where the granting of an interlocutory injunction could be appropriate to restrain a violation of section 13 of the CHRA. But he nevertheless went so far as to say that “[t]he same tests discussed here with respect to restraining potentially defamatory speech should be applied in cases of restraint of potential hate-speech, subject to modification which may prove necessary given the particular nature of bigotry as opposed to defamation” (*Canadian Liberty Net*, paragraph 49). There has been no further decision by the courts which has attempted to formulate such a test.

[27] In determining the necessary modifications to the test for injunctions in defamation cases in order to formulate a test for discriminatory hate speech, we must examine the similarities and differences between the two types of cases, as well as the nature of the fundamental rights involved.

[28] Both defamation actions and complaints of hate speech seek to limit the right to freedom of expression and therefore injunctions should only be granted in the clearest of cases. Having said that, and despite the fact that the activity described by subsection 13(1) of the

*McLelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452 (H.C.J.) :

[TRADUCTION] Par conséquent, le principe directeur est que l’injonction ne devrait être accordée que lorsque les propos reprochés sont si manifestement diffamatoires que tout verdict à l’effet contraire d’un jury serait considéré abusif par la Cour d’appel. Autrement dit, lorsqu’il est impossible d’affirmer qu’un jury raisonnable conclura inévitablement que les propos sont diffamatoires, l’injonction ne doit pas être accordée.

[. . .] l’arrêt *American Cyanamid* [. . .] n’a pas modifié le principe bien établi en matière de libelle selon lequel une injonction interlocutoire ne doit pas être accordée à moins que le jury conclurait inévitablement que les propos sont diffamatoires.

[26] Étant donné que cette question était devenue théorique lorsque la Cour suprême a été saisie du dossier—parce que le Tribunal avait alors rendu sa décision—le juge Bastarache s’est abstenu d’endosser ce critère pour déterminer les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié d’accorder une injonction interlocutoire en vue d’empêcher une contravention à l’article 13 de la LCDP. Le juge est néanmoins allé jusqu’à écrire que « [l]es critères examinés en l’espèce en matière de limitation de propos potentiellement diffamatoires devraient être appliqués aux propos potentiellement intolérants, sous réserve des modifications susceptibles d’être nécessaires compte tenu de la nature particulière de l’intolérance par rapport à la diffamation » (*Canadian Liberty Net*, paragraphe 49). Aucun autre tribunal n’a tenté par la suite de formuler un tel critère.

[27] Pour relever les modifications qui s’imposent à l’égard du critère applicable aux injonctions en matière de diffamation, et ce en vue de formuler un critère applicable à la propagande haineuse discriminatoire, nous devons nous pencher sur les similarités et les différences entre ces deux types de discours, ainsi que sur la nature des droits fondamentaux en cause.

[28] Tant les recours en diffamation que les plaintes en matière de propagande haineuse visent à limiter la liberté d’expression et, partant, des injonctions ne devraient être accordées que dans les cas les plus manifestes. Cela dit, et malgré la protection clairement

CHRA is clearly protected by paragraph 2(b) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] as an activity that conveys or attempts to convey a meaning, it must also be recognized that this type of expression lies at the outer margins of the values that are at the core of this fundamental freedom. As a result, expression of this nature can more easily be restrained by the state, as acknowledged by the Supreme Court both in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 and in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. In this latter case, Chief Justice Dickson said, for the majority, at pages 916-917, 922-923:

In applying the *Oakes* approach to legislation restricting hate propaganda, a meaningful consideration of the principles central to a free and democratic society requires reference to the international community's acceptance of the need to protect minority groups from the intolerance and psychological pain caused by such expression. Such a consideration should also give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particular ss. 15 and 27 (dealing with equality rights and multiculturalism). Finally, the nature of the association between the expression at stake in the appeal and the rationales underlying s. 2(b) will be instrumental in assessing whether a particular legislative effort to eradicate hate propaganda is a reasonable limit justified in a free and democratic society.

...

... it is important to recognize that expressive activities advocating unpopular or discredited positions are not to be accorded reduced constitutional protection as a matter of routine: content-neutrality is still an influential part of free expression doctrine when weighing competing interests under s. 1 of the *Charter*. The unusually extreme extent to which the expression at stake in this appeal attacks the s. 2(b) rationale, however, requires that the proportionality analysis be carried out with the recognition that the suppression of hate propaganda does not severely abridge free expression values.

accordée par l'alinéa 2b) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] à l'activité décrite au paragraphe 13(1) de la LCDP—qui transmet ou tente de transmettre une signification—, on doit également reconnaître que ce genre d'expression se situe en périphérie des valeurs qui constituent le noyau de cette liberté fondamentale. Ainsi, une expression de cette nature peut être plus facilement limitée par l'État, comme la Cour suprême l'a reconnu tant dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, que dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Dans ce dernier arrêt, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit, aux pages 916 et 917, 922 et 923 :

En appliquant à la législation restreignant la propagande haineuse la méthode de l'arrêt *Oakes*, on ne peut faire une étude valable des principes essentiels à une société libre et démocratique sans mentionner l'acceptation par la communauté internationale de la nécessité de protéger les groupes minoritaires contre l'intolérance et la peine psychologique causée par une telle expression. Cette étude devrait en outre tenir pleinement compte d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 (portant sur les droits à l'égalité et sur le multiculturalisme). En dernier lieu, la nature du lien entre l'expression en cause dans le pourvoi et les justifications sous-jacentes à l'al. 2b) est pertinente pour décider si des mesures législatives données visant à éliminer la propagande haineuse constituent une limite raisonnable qui est justifiée dans une société libre et démocratique.

[. . .]

J'espère que ce passage montre assez clairement l'importance de reconnaître qu'on ne doit pas systématiquement réduire la protection constitutionnelle des activités expressives préconisant des positions impopulaires ou discréditées : la neutralité quant au contenu représente toujours une partie importante du principe de la liberté d'expression lorsqu'il s'agit de soupeser en vertu de l'article premier de la *Charte*, des intérêts concurrents. Le fait que l'expression en cause dans le présent pourvoi est aux antipodes de la raison d'être de l'al. 2b), exige toutefois que l'analyse de la proportionnalité se fasse avec la reconnaissance que la suppression de la propagande haineuse n'impose pas d'importantes restrictions aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.



[29] As a result, I am inclined to think that a restriction on hate propaganda and hate mongering should not be assessed with the same stringent standards as limitations on defamatory speech. Even if both of these kinds of expression deserve, *prima facie*, the same kind of protection as any other message, the values underpinning hate propaganda are fundamentally inimical, even antithetical, to the rationale underlying the protection of freedom of expression, and directly contradict other values equally vindicated by the Charter. For those reasons, hate propaganda and defamatory comments should not be looked at from the same perspective when it comes to determining the prior restraints that can legitimately be placed on these two forms of expression.

[30] The damage caused by hate messages to the groups targeted is very often difficult to repair. It insidiously reinforces the prejudice that some people may have towards minorities identified by race, colour and religion, thus prompting and justifying discriminatory practices and even violence against these groups. At the same time, these messages are most likely to affect the perception and self-esteem of all members of these groups, thus precluding their full participation in Canadian society and the achievement of their full potential as human beings. This was most clearly and compellingly enunciated by the Cohen Committee in its report on hate propaganda [*Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, 1966]. As noted by the Supreme Court in *Taylor*, (at pages 918-919):

Parliament's concern that the dissemination of hate propaganda is antithetical to the general aim of the *Canadian Human Rights Act* is not misplaced. The serious harm caused by messages of hatred was identified by the Special Committee on Hate Propaganda in Canada, commonly known as the Cohen Committee, in 1966. The Cohen Committee noted that individuals subjected to racial or religious hatred may suffer substantial psychological distress, the damaging consequences including a loss of self-esteem, feelings of anger and outrage and strong pressure to renounce cultural differences that mark them as distinct. This intensely painful reaction undoubtedly detracts from an individual's ability to,

[29] En conséquence, je suis porté à croire qu'une limitation de la propagande haineuse et de l'incitation à la haine ne devrait pas être évaluée au moyen de critères aussi rigoureux que ceux qui restreignent le discours diffamatoire. Même si les deux catégories d'expression méritent, à première vue, le même type de protection que tout autre message, les valeurs qui sous-tendent la propagande haineuse sont fondamentalement hostiles, pour ne pas dire antithétiques, à la justification sous-jacente à la protection de la liberté d'expression et elles contredisent directement d'autres valeurs également consacrées par la Charte. Pour ces motifs, la propagande haineuse et les commentaires diffamatoires ne doivent pas être envisagés du même point de vue lorsqu'il s'agit de déterminer les limitations préalables qu'on peut légitimement imposer à chacune de ces formes d'expression.

[30] Le préjudice causé aux groupes ciblés par les messages haineux est très souvent difficile à réparer. Il renforce de manière insidieuse les préjugés qu'ont certains envers les minorités identifiées par la race, la couleur et la religion, incitant et justifiant par le fait même le recours aux pratiques discriminatoires, voire à la violence, contre ces groupes. En même temps, ces messages sont très susceptibles d'influencer la perception et l'estime de soi de tous les membres des groupes visés, les empêchant ainsi de participer pleinement à la société canadienne et de réaliser leur plein potentiel comme êtres humains. C'est ce qui ressort de façon claire et convaincante du rapport du comité Cohen sur la propagande haineuse [*Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, 1966]. Comme l'a noté la Cour suprême, aux pages 918 et 919 de l'arrêt *Taylor* :

La crainte du Parlement que la diffusion de la propagande haineuse n'aille à l'encontre de l'objet général de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas sans fondement. La gravité du préjudice occasionné par des messages haineux a été reconnue par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (communément appelé le comité Cohen) en 1966. Le comité Cohen a fait remarquer que les individus soumis à la haine raciale ou religieuse risquent d'en subir une profonde détresse psychologique, les conséquences préjudiciables pouvant comprendre la perte de l'estime de soi, des sentiments de colère et d'indignation et une forte incitation à renoncer aux caractéristiques culturelles

in the words of s. 2 of the Act, “make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have”. As well, the committee observed that hate propaganda can operate to convince listeners, even if subtly, that members of certain racial or religious groups are inferior. The result may be an increase in acts of discrimination, including the denial of equal opportunity in the provision of goods, services and facilities, and even incidents of violence.

[31] In that respect, hate messages are much more reprehensible and devoid of any redeeming value than any other type of expression. Equally relevant is the fact that these messages are much more damaging than defamatory statements in that they affect a much larger group of persons. By their very nature, hate messages aim at debasing and undermining the self-worth of a whole group of people, whereas defamatory comments target a single individual. In *Canadian Liberty Net*, the Supreme Court nevertheless equated the two types of messages in terms of the urgency requirement by counterbalancing this finding with the fact that defamatory messages have a widespread circulation compared with “the slow, insidious effect of a relatively isolated bigoted commentary” (at paragraph 48).

[32] One must remember, however, that the hate messages considered in that case were communicated through telephone hot lines, and not by way of the Internet as in the present case. Consequently, the “relatively isolated bigoted commentary” has now changed and is able to have widespread circulation. This new form of communication is much more easily accessible and pervasive than any previous telecommunication medium. The content of a Web site can also easily be mirrored and replicated *ad infinitum*, with virtually no control by the originator. This potential of the Internet for wreaking havoc has been well captured by Lyrissa Barnett Lidsky in her article “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 *Duke L.J.* 855, at pages 863-864:

qui les distinguent des autres. Cette réaction extrêmement douloureuse nuit assurément à la capacité d’une personne de réaliser son propre « épanouissement », pour reprendre le terme employé à l’art. 2 de la Loi. Le comité indique en outre que la propagande haineuse peut parvenir à convaincre les auditeurs, fût-ce subtilement, de l’infériorité de certains groupes raciaux ou religieux. Cela peut entraîner un accroissement des actes de discrimination, se manifestant notamment par le refus de respecter l’égalité des chances dans la fourniture de biens, de services et de locaux, et même par le recours à la violence.

[31] À cet égard, les messages haineux sont beaucoup plus répréhensibles que tout autre type d’expression et ne possèdent aucune valeur intrinsèque susceptible de les racheter. Fait également pertinent, ces messages sont beaucoup plus dommageables que les propos diffamatoires dans la mesure où ils touchent un groupe beaucoup plus étendu de personnes. De par leur nature même, les messages haineux visent à déprécier et à miner l’estime de soi de tout un groupe d’individus, alors que les propos diffamatoires ne visent qu’un seul individu. Or, dans l’arrêt *Canadian Liberty Net*, la Cour suprême a néanmoins mis sur le même pied les deux types de messages du point de vue du critère de l’urgence, en opposant à cette conclusion le fait que les propos diffamatoires jouissent d’une large diffusion par rapport à « l’effet lent et pernicieux de commentaires intolérants relativement isolés » (paragraphe 48).

[32] Il convient toutefois de se rappeler que les messages haineux en cause dans cet arrêt étaient communiqués au moyen de lignes téléphoniques et non pas par Internet, comme en l’occurrence. Par conséquent, le « commentaire intolérant relativement isolé » s’est maintenant transformé et peut faire l’objet d’une large diffusion. Cette nouvelle forme de communication est beaucoup plus facilement accessible et beaucoup plus répandue que toute autre forme antérieure de télécommunication. En outre, le contenu d’un site Web peut facilement être dupliqué et copié à l’infini, procédure à l’égard de laquelle son auteur n’a à peu près aucun contrôle. Lyrissa Barnett Lidsky a bien décrit les ravages que peut causer l’Internet dans son article intitulé « Silencing John Doe : Defamation & Discourse in Cyberspace » (2000), 49 *Duke L.J.* 855, aux pages 863 et 864 :

Although Internet communications may have the ephemeral qualities of gossip with regard to accuracy, they are communicated through a medium more pervasive than print, and for this reason they have tremendous power to harm reputation. Once a message enters cyberspace, millions of people worldwide can gain access to it. Even if the message is posted in a discussion forum frequented by only a handful of people, any one of them can republish the message by printing it or, as is more likely, by forwarding it instantly to a different discussion forum. And if the message is sufficiently provocative, it may be republished again and again. The extraordinary capacity of the Internet to replicate almost endlessly any defamatory message lends credence to the notion that “the truth rarely catches up with a lie”.

(Quoted with approbation in *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at paragraph 32.)

[33] Another factor to be taken into consideration is the fact that truth or fair comment is not a defence in cases of hate messages. It is now well established that the focus of human rights inquiries is on the effects and not on the intent (*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561). Accordingly, there is no exception for truthful statements in the context of subsection 13(1) of the CHRA, as found by Chief Justice Dickson in *Taylor* (at page 935). This is obviously another factor to be taken into account in framing an appropriate test for granting an interim injunction to restrain hate messages.

[34] Two last points need be made before suggesting such a test. First, the party seeking an injunction to restrain expression of the kind proscribed by section 13 of the CHRA will seldom, if ever, have any tangible, easily measurable interest, just as a speaker expressing his views. There is no commercial interest at stake, as is often the case when defamatory comments are being made, so that the cards are not stacked against the person professing the heinous views. Secondly, one

[TRADUCTION] Bien que du point de vue de l'exactitude elles puissent avoir les qualités éphémères du commérage, les communications par Internet sont transmises au moyen d'un médium beaucoup plus répandu que la presse écrite, et c'est ce qui leur confère l'énorme pouvoir de porter atteinte à la réputation d'autrui. Lorsqu'un message franchit le cyberspace, des millions d'individus dans le monde entier peuvent y accéder. Même si le message est affiché dans un forum de discussion qui n'est fréquenté que par un nombre restreint de personnes, chacune d'elles peut publier à nouveau le message en l'imprimant ou—ce qui est plus probable—en le transmettant instantanément à un autre forum de discussion. Et si ce message est suffisamment provocateur, il peut être publié à nouveau, et ainsi de suite. La capacité extraordinaire de l'Internet de répliquer presque à l'infini tout message diffamatoire vient renforcer la notion selon laquelle « la vérité rattrape rarement le mensonge ».

(Cité avec approbation au paragraphe 32 de l'arrêt *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.).)

[33] Il convient également de tenir compte du fait que les messages haineux ne peuvent se justifier par leur caractère véridique ou pertinent. Il est maintenant bien établi que les analyses en matière de droits de la personne s'intéressent aux effets et non pas à l'intention (*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley Ltd. c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561). Par conséquent, comme l'a conclu le juge en chef Dickson à la page 935 de l'arrêt *Taylor*, aucune exception n'est prévue pour les déclarations vraies dans le contexte du paragraphe 13(1) de la LCDP. Il s'agit là d'un autre critère dont il faut évidemment tenir compte dans la formulation d'un critère approprié pour l'octroi d'une injonction provisoire visant à interdire les messages haineux.

[34] Avant de formuler un tel critère, il convient de souligner deux derniers points. En premier lieu, la partie qui demande l'injonction pour interdire le type d'expression proscrié par l'article 13 de la LCDP dispose rarement, sinon jamais, d'un intérêt tangible ou facilement mesurable comme dans le cas d'une personne exprimant son point de vue. Aucun intérêt commercial n'est en cause, comme c'est fréquemment le cas avec des propos diffamatoires; la situation ne joue donc pas

must be cautious not to devise a test for granting an interim injunction that would for all intent and purposes tie the hands of the Tribunal called upon to assess the complaint lodged by the Commission. If the test puts the bar too high, and requires the party seeking the interim injunction to establish almost with absolute certainty an infringement of section 13 of the CHRA, this Court would find itself in the position of pre-empting, practically speaking, the jurisdiction vested in the specialized tribunal to enforce the CHRA.

[35] It is with all these considerations in mind that an appropriate test has to be developed. Having carefully weighed these factors, I am of the view that the threshold defined in *Rapp*, for the granting of an injunction in the context of defamatory comments must be calibrated to accommodate the special nature of hate speech. Therefore, an interim injunction should issue only where the words complained of are so manifestly contrary to section 13 of the CHRA that any finding to the contrary would be considered highly suspect by a reviewing court. In other words, and to adapt what was said in *Rapp*, where it is impossible to say that reasonable members of the Tribunal will most likely find the words to be in breach of section 13, the injunction should not issue.

(C) Has this test been met in the circumstances of the present case?

[36] Three elements must be proven on a balance of probabilities to establish a violation of section 13 of the CHRA: (1) Did the respondent, as a person acting alone or in concert with others, communicate or cause to be communicated, the material which is the subject of this complaint? (2) Was the material communicated telephonically or by Internet? (3) Is the material likely to expose persons to hatred, based on those persons being identifiable on a prohibited ground? (*Payzant v. Tony McAleer, Canadian Liberty Net and Harry Voccaro* (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (C.H.R.T.); aff'd [*sub. nom McAleer v. Canada (Human Rights Commission)*] [1996] 2 F.C. 345 (T.D.).)

contre l'auteur de propos haineux. En second lieu, il faut se garder de formuler un critère pour l'octroi d'une injonction provisoire qui, à toutes fins utiles, lierait les mains du Tribunal appelé à se prononcer sur une plainte déposée par la Commission. Si le critère est trop rigoureux et oblige la partie sollicitant l'injonction provisoire à démontrer, avec une certitude quasi absolue, une atteinte à l'article 13 de la LCDP, la Cour pourrait à toutes fins utiles devoir substituer sa compétence à celle du tribunal spécialisé chargé de la mise en œuvre de la LCDP.

[35] C'est fort de ces éléments qu'il faut développer un critère approprié. Après avoir soupesé soigneusement ces facteurs, je suis d'avis que le seuil établi dans l'arrêt *Rapp*, pour l'octroi d'une injonction interdisant des propos diffamatoires doit être adapté de manière à tenir compte des caractéristiques propres à la propagande haineuse. Par conséquent, l'injonction provisoire ne devrait être accordée que si les propos reprochés portent si manifestement atteinte à l'article 13 de la LCDP que toute conclusion à l'effet contraire serait considérée hautement suspecte par une cour de révision. Autrement dit, et en adaptant le raisonnement de l'arrêt *Rapp*, l'injonction ne devrait pas être accordée s'il est impossible d'affirmer qu'en toute probabilité, des membres raisonnables du Tribunal concluront à une atteinte à l'article 13.

C) Ce critère a-t-il été rempli en l'espèce?

[36] Trois éléments doivent être établis suivant la prépondérance de la preuve pour démontrer qu'il y a eu atteinte à l'article 13 de la LCDP : 1) l'intimé, seul ou agissant d'un commun accord avec des tiers, a-t-il transmis ou fait transmettre les propos qui font l'objet de la plainte? 2) les propos ont-ils été communiqués par téléphone ou par Internet? 3) les propos sont-ils susceptibles d'exposer à la haine des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite? (*Payzant c. Tony McAleer, Canadian Liberty Net et Harry Voccaro*, [1994] D.C.D.P. n° 4 (T.C.D.P.) (QL)); conf. par [*sub. nom McAleer c. Canada (Commission des droits de la personne)*] [1996] 2 C.F. 345 (1<sup>re</sup> inst.).)

[37] I must say from the outset that I fundamentally agree with the applicant, for the reasons spelled out in its written and oral arguments. First of all, the respondent does not deny that he communicated the material which is the subject of this complaint. In fact, in his statement of particulars, he indicates that he will explain why he does so. It is also clearly established by Mr. Warman, the complainant, that all of the material which forms the subject of this complaint is authored and signed by Mr. Winnicki, either as himself, or as his pseudonym (see affidavit of Richard Warman and Exhibit “H” appended to it).

[38] If it may have been debated at some point whether material communicated through the Internet fell within the ambit of section 13 of the CHRA, this is no longer an issue. As a result of the amendment effected by the proclamation of the *Anti-terrorism Act* on December 24, 2001 (S.C. 2001, c. 41, s. 88), subsection 13(2) was amended to deal explicitly and clearly with Internet communications.

[39] As to the third element to be proven, I think it is fair to say that the materials which were posted on the Web sites referred to earlier, and of which I have reproduced only a sample earlier on in these reasons, are likely to expose people of Jewish religion and ethnicity as well as people of the black race to hatred or contempt. The operative words of section 13 were defined in the following way in *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (C.H.R.T.), at page D/6469, cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Taylor* [at pages 927-928]:

With “hatred” the focus is a set of emotions and feelings which involve extreme ill will towards another person or group of persons. To say that one “hates” another means in effect that one finds no redeeming qualities in the latter. It is a term, however, which does not necessarily involve the mental process of “looking down” on another or others. It is quite possible to “hate” someone who one feels is superior to one in intelligence, wealth or power. None of the synonyms used in the dictionary definition for “hatred” give any clues to the motivation for ill will. “Contempt” is by contrast a term which suggests a mental process of “looking down” upon or treating as inferior the object of one’s feelings.

[37] D’emblée, je dois dire que je suis tout à fait d’accord avec la requérante, et ce pour les motifs qu’elle a énoncés par écrit et de vive voix. En premier lieu, l’intimé n’a pas nié avoir communiqué les propos reprochés. En fait, ce dernier indique dans son exposé de précisions qu’il expliquera les motifs pour lesquels il a agi comme il l’a fait. Le plaignant, M. Warman, a lui aussi clairement démontré que M. Winnicki—lui-même ou empruntant un pseudonyme—a bel et bien écrit et signé les propos faisant l’objet de la plainte (voir l’affidavit de Richard Warman ainsi que la pièce H jointe à celui-ci).

[38] Si on a pu débattre de l’applicabilité de l’article 13 de la LCDP à des propos communiqués au moyen de l’Internet, la question ne se pose plus. Par suite des modifications apportées par la promulgation de la *Loi antiterroriste* le 24 décembre 2001 (L.C. 2001, ch. 41, art. 88), le paragraphe 13(2) a été modifié à la LCDP pour viser explicitement et clairement les communications transmises par Internet.

[39] En ce qui concerne le troisième élément à prouver, je pense qu’il est juste de dire que les propos affichés sur les sites Web susmentionnés—et dont je n’ai reproduit qu’un échantillon au début des présents motifs—sont susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris des personnes de religion et d’origine juive, ainsi que des personnes de race noire. Les mots clés de l’article 13 ont été définis comme suit dans l’arrêt *Nealy c. Johnston*, [1989] D.C.D.P. n° 10 (T.C.D.P.) (QL) [à la page 53], et cités avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Taylor* [aux pages 927 et 928] :

Le terme « hatred » connote un ensemble d’émotions et de sentiments comportant une malice extrême envers une autre personne ou un autre groupe de personnes. Quand on dit qu’on « hait » quelqu’un, c’est que l’on ne trouve aucune qualité qui rachète ses défauts. Toutefois, il s’agit d’un terme qui ne fait pas appel nécessairement au processus mental de « regarder quelqu’un de haut ». Il est fort possible de « haïr » quelqu’un que l’on estime supérieur à soi en intelligence, en richesse ou en pouvoir. Aucun des synonymes utilisés dans le dictionnaire pour le terme « hatred » ne donne d’indice sur les motifs de la malice. Par contraste, « contempt » est un terme qui suggère le processus mental consistant à « regarder quelqu’un de haut » ou à le traiter comme inférieur.

[40] There are several messages in Mr. Winnicki's postings that discriminate against persons of the Jewish faith, and are in fact threatening. He states that Jewish people hate European beauty and nobility and are murderers. He uses large letters to print part of his messages, thus conveying an impression of anger in his communication. His messages reinforce the myth that persons of the Jewish faith control the government and all of our important institutions. His messages also insinuate that Jews have a disproportionate degree of power and control in the media, and that Jews pose a menace to the civilized world by allowing blacks to be here. He repeatedly states that Jewish groups and individuals aim to destroy European culture, values and freedoms. The choice of vocabulary, in and of itself, is quite offensive and leaves no doubt as to the author's belief that people of Jewish religion have no redeeming value and are a threat to Western civilization. In summary, the themes that permeate the impugned messages are the same as those found in most anti-Semitic propaganda: Jews are criminals, thugs and liars; and they seek a disproportionate degree of power and control in the media and government; they are a menace to the Aryan race.

[41] Having looked at these messages in their entirety and in context, I have no doubt that they are likely to expose persons of the Jewish faith to hatred or contempt, as these concepts have been defined in *Nealy*, and approved in *Taylor*. And the same can be said of the messages which target persons of the black race. They are undoubtedly as vile as one can imagine and are not only discriminatory but threatening to the victims they target. An underlying theme of Mr. Winnicki's messages is that blacks and other non-whites are destroying the country and that they should be segregated. They are a threat to our civilization and are not welcome in a white society. They are animals, criminals, and subhuman. They are also intellectually inferior and dangerous.

[40] Plusieurs messages affichés par M. Winnicki sont discriminatoires à l'endroit des personnes de foi hébraïque; ce sont en fait des menaces qu'il profère. M. Winnicki déclare que les Juifs haïssent la beauté et la noblesse européennes et qu'ils sont des assassins. Il utilise des lettres de grande taille dans certains de ses messages, donnant ainsi l'impression qu'il est en colère. Ses messages renforcent le mythe selon lequel des personnes de foi hébraïque contrôlent l'État et toutes nos institutions importantes. Il insinue également que les Juifs disposent d'un pouvoir et d'un contrôle disproportionnés dans les médias, et que les Juifs menacent le monde civilisé en autorisant les Noirs à y être. Il déclare à plusieurs reprises que les Juifs et les groupes juifs visent à détruire la culture, les valeurs et les libertés européennes. Le vocabulaire choisi est en soi fort offensant et ne laisse aucun doute quant à la conviction de l'auteur que les gens de foi hébraïque ne peuvent se racheter et qu'ils sont une menace pour la civilisation occidentale. En résumé, les thèmes qui sous-tendent les messages contestés sont identiques à ceux que l'on trouve pour l'essentiel dans la propagande antisémite, à savoir que les Juifs sont des criminels, des voleurs et des menteurs; qu'ils cherchent à obtenir un degré disproportionné de pouvoir et de contrôle sur les médias et sur l'État; et qu'ils constituent une menace pour la race aryenne.

[41] Après avoir pris connaissance de l'ensemble de ces messages et de leur contexte, je n'ai pas le moindre doute qu'ils sont susceptibles d'exposer les personnes de foi hébraïque à la haine et au mépris, telles que ces notions ont été définies dans l'arrêt *Nealy*, et approuvées dans l'arrêt *Taylor*. Il en va de même pour les messages visant les personnes de race noire. Ces messages sont sans doute aussi vils qu'on peut l'imaginer; ils sont non seulement discriminatoires envers les victimes qu'ils visent, mais constituent également des menaces à leur endroit. L'un des thèmes sous-jacents des messages de M. Winnicki est que les Noirs et les autres non-Blancs sont en train de détruire le pays et qu'ils devraient être ségrégués. Ils constituent une menace pour notre civilisation et ne sont pas les bienvenus dans une société blanche. Ce sont des animaux, des criminels, des sous-humains. Ils sont également inférieurs sur le plan intellectuel, et ils sont dangereux.

[42] In conclusion, I have no hesitation in holding that the words complained of are so manifestly contrary to the letter and the spirit of section 13 of the CHRA that any finding to the contrary would be considered highly suspect. Clearly, this is not a case where it is impossible to say that reasonable members of the Tribunal will most likely find the words to be in breach of section 13. Indeed, I am prepared to affirm that a reasonable panel of the Tribunal will most likely find the words to be in breach of section 13.

[43] I venture to add, before putting an end to these reasons, that the second and third leg of the test for granting an interim injunction (irreparable harm and balance of convenience) are not worth much of a discussion as they are easily met in the circumstances. Considering the abject nature of the messages and their likely impact on individuals and groups that are in a minority situation and that have historically suffered from precisely the kind of bias underpinning these vile attacks, it can safely be assumed that the harm suffered will have a long-term impact and may be extremely difficult to repair. As for the balance of convenience, a delay of a few months before being able to utter such nonsense, in the event the Tribunal was to find otherwise, would be a small price to pay compared to the dramatic consequences that these messages could have on the dignity and self-esteem of those being targeted. As Muldoon J. said in his reasons for granting the interlocutory injunction in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, at pages 189-190, “It is surely more terrible than a mere inconvenience to be disparaged and ridiculed just for drawing breath, but it is not terrible at all for the respondents to be silenced for a time.”

[44] These are the reasons why, despite the cardinal importance to be accorded to freedom of expression in our democracy, I have decided to grant the interlocutory injunction restraining the respondent from

[42] En guise de conclusion, je n’ai aucune hésitation à conclure que les propos reprochés sont si manifestement contraires à la lettre et à l’esprit de l’article 13 de la LCDP qu’une conclusion à l’effet contraire serait considérée hautement suspecte. Il est clair qu’il ne s’agit pas ici d’une situation dans laquelle il est impossible d’affirmer que des membres raisonnables du Tribunal concluront, en toute probabilité, à une atteinte à l’article 13. En fait, je suis prêt à affirmer qu’une formation raisonnable du Tribunal conclura en toute probabilité que les propos reprochés portent atteinte à l’article 13.

[43] Avant de clore les présents motifs, j’ajouterais que les deuxième et troisième volets du critère applicable à l’octroi d’une injonction provisoire (le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients) sont si facilement remplis en l’espèce qu’il n’est même pas nécessaire d’en débattre. Compte tenu du caractère abject de ces messages et de leurs conséquences probables sur les personnes et les groupes minoritaires ayant précisément souffert—l’histoire le démontre—du genre de préjugés sous-tendant ces viles attaques, on peut supposer sans se tromper que le préjudice subi entraînera des conséquences à long terme et pourrait être extrêmement difficile à réparer. Quant à la prépondérance des inconvénients, contraindre l’intimé à interrompre ses inepties pendant quelques mois—au cas où le Tribunal conclurait autrement—serait un bien modeste prix à payer comparativement aux conséquences dramatiques que ces messages pourraient avoir sur la dignité et l’estime de soi de ceux et celles qu’ils visent. Comme l’a dit le juge Muldoon dans les motifs de son jugement faisant droit à une injonction interlocutoire dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, aux pages 189 et 190 : « [à] n’en pas douter, le fait d’être dénigré et tourné en dérision simplement parce qu’on respire représente davantage qu’un simple inconvénient alors qu’il n’est pas terrible du tout pour les intimés d’être contraints pour un temps au silence ».

[44] Tels sont les motifs pour lesquels, en dépit de l’importance fondamentale qu’il convient d’accorder à la liberté d’expression dans notre démocratie, j’ai décidé d’accorder l’injonction interlocutoire interdisant à

communicating, by means of the Internet, messages of the kind found in the material filed in support of this application.

l'intimé de communiquer au moyen de l'Internet des messages analogues à ceux qui se trouvent dans les documents déposés à l'appui de la présente demande.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of Minister's decision to disclose information concerning applicant's supplementary new drug submission (SNDS) for "Losec" tablets used as dyspepsia treatment—Applicant argues: (1) decision nullity as made without authority; (2) information exempt from disclosure under *Access to Information Act*, s. 20(1)(b) or (c) or because irrelevant or previously severed—"Losec" is brand name for omeprazole magnesium which blocks gastric acid secretion, gives relief from upper abdominal discomfort—Records sought: two parts of SNDS (1) Comprehensive Summary (methodologies, results, conclusions, evaluations of each evaluation study) and (2) Product Monograph (concise summary of data in NDS which, in final version, is released to any health care provider upon request)—Applicant submits information is unique compilation, should be maintained as confidential—Also that information reveals how regulatory approval obtained, would be advantage to competitor—As to nullity argument, suggests no evidence Coordinator made release decision—In reality, decision made by officer in Proprietary and Scientific Information Assessment (PSIA) section of Health Canada—Coordinator had power delegated from Minister to make release decision; Assistant Coordinator lacked authority to decide to release records—Impugned letter decision signed by Assistant Coordinator—Applicant submitting this official lacked both delegated power, scientific background to assess records at issue—PSIA staffers do have relevant scientific backgrounds—PSIA reviewed records, recommended disclosure of some—Assistant Coordinator reviewed recommendation, concurred, forwarded documentation to Coordinator for release approval—Coordinator made first disclosure decision, subject to third party representations—Applicant was notified, made representations following which second decision was made, this one signed by Assistant Coordinator—Coordinator has retired and no evidence from this official was filed—Assistant lacked recollection of particular decision, but in accordance with usual practice would have received oral decision from Coordinator—That evidence is sufficient, on balance of probabilities, to establish release decision made by Coordinator—Nothing in Act prevented decision maker from obtaining recommendations

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

from staff—Given technical, detailed analysis involved in access requests, to prevent this would shut down operation of Act—*Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 390 (F.C.A.) held common sense dictates decision maker would be guided by officials having direct knowledge of issues so long as decision maker takes ultimate decision—Impugned decision not nullity—Applicant admits much of information on clinical trials is in public domain but submitting way information compiled is confidential—But third party cannot repackage publicly available information, thereby creating confidentiality cloak—Regulatory process not basis for confidentiality claim any more than is nature of relationship between applicant, regulator—No evidence this type of information kept confidential following product approval—No comparative evidence from countries having similar regimes—Information as to dates, page numbers purely administrative, not technical, scientific, financial or commercial information—Applicant not establishing material harm if information disclosed—"Losec" important product to applicant, but no "materiality" harm threshold established—Harm alleged speculative, not of nature Act designed to protect—Knowledge of regulatory process, how applicant managed to secure approval is not third party's information—Suggestion would permit competitor to more easily secure approval disregards facts each applicant, drug different, dealt with by regulator according to specific case—"Head start" argument rejected in *Cyanamid* case—While applicant submitting disclosure causing adverse publicity, information discloses nothing about actual clinical test results—Potential public relations problems at best speculative—Nor had applicant satisfied Court selected information from reviewer's comments confidential or, if disclosed, will cause material harm—As to irrelevancy, unsevered documents, Court in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2005 FC 189, (*AstraZeneca No. 1*) distinguished *Cistel Technology Inc. v. Canada (Correction Service)*, 2002 FCT 253, referred to *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. M.N.R.*, 2003 FC 1037; relevancy objection herein rejected for same reasons—As for argument Minister may not change mind regarding disclosure; *Matol*

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

*Botanical International Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 84 F.T.R. 168, distinguishable—Facts herein similar to those in *AstraZeneca No. 1*, objection to unsevering denied for reasons given in Supplemental Reasons—Application dismissed—*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1)(b),(c).

ASTRAZENECA CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1633-01, 2005 FC 645, Phelan J., order dated 9/5/05, 14 pp.)

**ADMINISTRATIVE LAW****JUDICIAL REVIEW**

Appeal from Federal Court decision (2003 FC 827) allowing judicial review of adjudicator's decision cancelling respondent's authority to practice as accredited veterinarian under *Health of Animals Act*—Respondent's work for Canadian Food Inspection Agency extended to certification of horses exported to U.S.A.—Certified inspection of "Yankee Leader" near Windsor on July 3, 2001—That was false, horse having been taken to Michigan on July 2, not returned until July 16—Certificate issued without inspection—Respondent was advised accreditation was suspended and Agency proposed to cancel accreditation; hearing to be held at which he would be heard—Hearing conducted by Dr. Wilson, immediate supervisor of Dr. Clark who had suspended respondent—Dr. Wilson ordered cancellation of accreditation—Federal Court allowed judicial review application based on reasonable apprehension of bias—Also found reasons so deficient as to constitute reviewable error, Dr. Wilson not explaining why preferring evidence against respondent to that in his favour—Issues confined to fairness of adjudication procedure—As to questions of fact, Federal Court considered that upon "pragmatic and functional" analysis reasonableness *simpliciter* appropriate review standard—But questions of procedural fairness not subject to pragmatic, functional analysis—Courts must give legal answers to such questions: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539—Whether Judge erred in finding reasonable apprehension of bias and, if not, were there other defects in adjudication procedure—Whether duty of procedural fairness required decision to be made by independent tribunal—Content of procedural fairness determined in specific context of each case: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 wherein L'Heureux-Dubé J. set out non-exhaustive list of factors useful in determining requirements of common-law duty of procedural fairness in particular case—(1) The closer administrative process is to judicial process, the more likely procedural protections closer to trial model required—Considerations herein implied neither strong nor weak procedural protection—(2) As to nature of statutory scheme, adjudication arising out of alleged breach of contract, not pursuant to statutory provision—Judicial review

**ADMINISTRATIVE LAW—Continued**

available, statute containing no privative clause—This factor pointed to weaker safeguards—(3) As to importance of decision to individual, accreditation cancellation in itself not precluding respondent from working as veterinarian unless Ontario College of Veterinarians taking action in that regard but no evidence as to what it might do—No indication College would consider impugned decision as conclusive of respondent's right to practice profession—This factor pointing to increased requirements of procedural fairness—(4) No evidence adjudication process contravened respondent's legitimate expectation—(5) Choice of procedure—In *ad hoc* proceeding such as this, no requirement for independent tribunal—Respondent's complaint based on proximity of relationship between Drs. Wilson and Clark—Dr. Wilson ignorant of facts prior to hearing—Not Dr. Clark who cancelled respondent's accreditation—Dr. Wilson not responsible to Dr. Clark, would not be perceived as beholden to Dr. Clark for future consideration—Informed person viewing matter realistically and practically would not think Dr. Wilson would decide matter unfairly—Federal Court erred in reaching conclusion to contrary—Further erred in application of *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.) by failure to recognize differences between process of appointing tribunals under *Canadian Human Rights Act* and selection of adjudicator herein—Procedural requirements of former resemble formality of court procedures, human rights legislation being considered "quasi-constitutional"—Asking one's superior (as here) to adjudicate matter quite different from Human Rights Commission's Chief Commissioner appointing tribunal member who might be perceived as wanting to please Commissioner in hope of future favours—As to other concerns raised by respondent, absence of statutory or regulatory framework for cancellation process not *per se* indicating unfair process—Open to Parliament to opt for less formal process—Nor was failure to make list of exhibits, witnesses fatal, although to do so is good practice—Absence of recording not indication of unfairness where what happened at hearing undisputed—More serious was finding investigator, Dr. Small, made no presentation to adjudicator so respondent's counsel had no chance to cross-examine her—But such finding not borne out by evidence—While Dr. Small did not give *viva voce* evidence, she attended adjudication and Dr. Wilson received copy of her report—Dr. Small thus available for questioning but counsel chose not to do so—Turning to Judge's finding case for urgency not compelling, Dr. Wilson's reasons reveal significant policy considerations including Agency's international reputation for integrity in livestock certification in order to preserve access to foreign markets—Fairness requirements in cases such as this satisfied—Judge's conclusion impugned reasons provided "no explanation whatever" for preferring Dr. Small's version to that of respondent, disagreed with—Reasons recounted respondent's explanation export certificate signed due to

**ADMINISTRATIVE LAW—Continued**

clerical error—In circumstances, open to Dr. Wilson to rely on Dr. Small's unimpeached evidence—Respondent is recorded in Dr. Small's report as having admitted did not see "Yankee Leader" on July 3—Respondent told Dr. Small prepared Export Health Certificate as needed to return horse to Canada and never mentioned clerical error—Appeal allowed—*Health of Animals Act*, S.C. 1990, c. 21—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.

FETHERSTON V. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY) (A-437-03, 2005 FCA 111, Rothstein J.A., judgment dated 5/4/05, 22 pp.)

*Remedies*

Application under *Federal Courts Act*, s. 18.1(3)(a) for order requiring Minister of Citizenship and Immigration (M.C.I.) to complete processing permanent residence application, filed in autumn of 2000—At hearing, M.C.I. sought adjournment to review "rediscovered" documents—Court not satisfied material of sufficient evidentiary value to justify adjournment—Applicant, Iranian, obtained refugee status in September 2000—In March 2001 Canadian Security Intelligence Service (CSIS) check, valid for 18 months, completed—By letter dated November 19, 2001, applicant notified had to submit certified translation of identity card—Had taken M.C.I. 9 1/2 months to advise applicant of this deficiency in application—Certified translation filed within weeks—In March 2004 applicant was told M.C.I. awaiting updated CSIS clearance—During these years of delay, applicant has not seen family, who live in Pakistan under dangerous conditions—As of February 2005 still no indication when CSIS will report—Issue whether applicant entitled to order of *mandamus* for excessive delay in dealing with application—Under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 21(2), M.C.I. has statutory duty to process permanent resident status application, make decision—While new Act not saying decision to be made "as soon as possible", F.C.A. upheld obligation to decide "without unreasonable delay" in *Khalil v. Canada (Secretary of State)*, [1999] 4 F.C. 661 (C.A.)—M.C.I. suggesting that, given importance of security concerns, three-year delay in updating CSIS clearance not unreasonable—*Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.), setting out three considerations as to whether delay unreasonable: (1) delay longer than required, *prima facie*; (2) applicant, counsel not to blame for delay; (3) satisfactory justification not provided—M.C.I. had given estimate of 18 months from completion of filing requirements and this, though estimate only, indicates nature of process—This was *prima facie* evidence of time required—Minister submitting applicant responsible for 11 months of delay in not filing certified translation but that delay attributable, in part, to delay in advising applicant of deficiency—Even if all blame were put on applicant, would

**ADMINISTRATIVE LAW—Continued**

not justify 4 1/2 year delay—File review reveals file "bounced" within Department, between other government agencies—Such internal "scurrying about" with no progress not satisfactory justification—Not open to M.C.I. to avoid responsibility by blaming some other governmental organization—Important to keep in mind CSIS check lapsed due to respondent's inaction—At close of argument, counsel to Minister advised Court further 6 months reasonable time to obtain decision yet added caveats in attempt to avoid making commitment—Application allowed—To ensure order will have practical effect, continuity, Judge remaining seized of matter—Minister allowed 6 months to decide and, should extension be sought, must be done well in advance of deadline, with onerous burden of justification—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(a) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 21(2).

HAMALJPOOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4953-04, 2005 FC 803, Phelan J., order dated 3/6/05, 8 pp.)

*Standard of Review*

Judicial review of report by Public Service Integrity Officer (PSIO) regarding allegations of Health Canada wrongdoing—Four applicants were doctors employed by Health Canada's Veterinary Drugs Directorate—PSIO was created under Treasury Board policy (Policy) in accordance with *Financial Administration Act*—Dr. Keyserlingk appointed PSIO by order in council—Policy objective to protect federal public service "whistleblowers" from reprisal—PSIO's mandate: act as neutral entity on matters of internal disclosure of wrongdoing—Dr. Lambert, one of applicants, expressed concerns about approval of new drug submission (NDS) for certain veterinary drugs without required human safety data—Chief of Human Safety Division had earlier determined review of drug unnecessary—Due to Dr. Lambert's concerns, human safety review carried out after which management confirmed issuance of notice of compliance (NOC)—Applicants complained to PSIO being pressured by supervisors to "tow [sic] the management line to favour the pharmaceutical lobby or face departmental punishment(s)"—PSIO decided to examine drug approval, decision-making process, as this aspect of internal disclosure had no alternative recourse and was of great public interest—Declined to consider other issues for which alternative recourse such as grievance procedure—PSIO determined allegations unfounded though finding instance of reprisal against Dr. Lambert—PSIO concluded many aspects of decision-making process, information required in NDS provided for by regulatory framework and, while New Drug Submissions Guidelines appear not to provide discretion to allow manufacturer to omit

**ADMINISTRATIVE LAW—Continued**

human safety data, they lack Regulations' obligatory force—NOCs at issue granted in accordance with Act, Regulations—Complainants failed to give specific examples of being pressured to approve drugs contrary to their scientific opinion—Disciplinary actions related to conduct not directly related to role as drug evaluators—No evidence disciplinary actions were for refusal to favour pharmaceutical lobby—Still, Dr. Lambert was subject of reprisal for expressing good faith concerns and such is expressly prohibited—Issues: (1) review standard; (2) whether PSIO's investigation in accordance with mandate; (3) whether procedural fairness requirements observed—Applicants argue for correctness standard—No privative clause—PSIO considers broad range of legal issues on *ad hoc* basis—Favours no deference on judicial review—PSIO lacking expertise in legal, scientific matters called on to consider—Given importance of issues PSIO required to investigate, protect, imperative its jurisdiction be exercised correctly and close judicial scrutiny necessary—Given scope of work of federal public servants, inevitable issues will arise concerning wrongdoing which, if undetected, could have serious adverse impact on safety, well-being of Canadians—Applicants suggest PSIO failed to properly analyse issue whether Ministerial discretion properly applied herein—Applicants allege gross mismanagement, failure to have proper regard for objective scientific concerns—Submit that, in March, 1998, manufacturer was advised, contrary to Act, Regulations, departmental policy, human safety data need not be submitted and NOCs were later issued—Applicants further say were subjected to harassment, negative performance appraisals, even during PSIO investigation, but PSIO refused to examine whether punishments justified—While maintained there is Departmental culture of indirect pressure to approve drugs of questionable safety, PSIO did not inquire into systemic practices, as is done in human rights cases—Applicants argue that, in not knowing or being able to respond to employer's submissions, employees were denied right to procedural fairness—Respondent suggested Parliament, in creating PSIO, contemplated centre of expertise so that high degree of deference appropriate—Purpose of Policy not to determine rights, adjudicate between litigation parties—Highly discretionary, fact-based nature of PSIO's work favours deference—Role of PSIO not to conduct free-ranging inquiry into everything that happened in Department during indeterminate period which might amount to pressure on someone—Lower level of procedural fairness required as PSIO not adjudicating rights in adversarial context—To require PSIO to furnish employees copies of material reviewed during investigation would create procedural formalism inconsistent with purpose of Policy—Applying pragmatic, functional analysis, Court deciding appropriate review standard herein (except as to procedural fairness) is reasonableness *simpliciter*—While PSIO merits no deference in interpreting Act, Regulations, entitled to higher deference

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

level as to discretionary complaint screening, fact-intensive investigation and some deference owed as to questions of mixed fact, law—As for purpose of Policy, while process fact driven, might involve issues of wider public interest and some deference due PSIO—Problem both public, private in nature so some deference owed PSIO—Correctness standard always applies to question of procedural fairness—PSIO must undertake complete investigation of issues raised by applicants—At meeting, applicants informed PSIO “Component with Tylan” but one example of problems with drug approval process, two other drugs mentioned—At series of meetings, applicants provided PSIO with detailed information on drugs “Revalor H”, “Synergistin Injectable Suspension”, “Baytril”, “rBST”, “Carbodex”, “Baycox”, “Component with Tylan” and “Eugenol”—Dr. Chopra swore affidavit that at meeting with Dr. Keyserlingk it was agreed investigation would initially include “Component with Tylan” and “Baytril” but would expand to other files—Upon review of e-mails between applicants, PSIO, Court persuaded report to deal with more than just five NDS for “Component with Tylan”—But report reveals PSIO's analysis extended only to “Component with Tylan”—Once PSIO determines matter falls within his jurisdiction, he must investigate it—Issue of other drugs referred to in correspondence was before PSIO and had to be dealt with—Had he done so, could have impacted on allegation as to pressure to approve possibly unsafe drugs—PSIO erred in law in failing to conduct investigation in accordance with mandate—Application allowed—*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

CHOPRA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-624-03, 2005 FC 595, O'Keefe J., order dated 29/4/05, 30 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Permanent resident seeks judicial review of decision first son excluded from “family class” by *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d)—Son born in China, out of wedlock when applicant 18—In permanent residence application, applicant disclosed only second son (born during marriage later ended by divorce) on basis lacked custody of first son so that not a dependant—Did not declare existence of first son to officials at port of entry—Application to sponsor him denied on basis of s. 117(9)(d) (excluded from family class as not declared when permanent residence application made)—Immigration and Refugee Board, Appeal Division dismissed appeal, concluding s. 117(9)(d) unequivocal in precluding sponsorship of family members excluded from examination, not declared when permanent residence application made—Whether s. 117(9)(d) correctly applied to facts herein question of mixed fact, law, reviewable on

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

reasonableness *simpliciter* standard—Application dismissed—Regulation clear that, regardless of motive, failure to disclose which prevents examination of dependant precludes future sponsorship of person as family class member—Applicant chose not to include first son as dependant on her application but even if choice innocent, misinformed, it was deliberate—Arguing fairness principle breached when not counselled as to meaning of “dependent child” by respondent’s officers—Accepting this argument could result in every statutory, regulatory provision having to be explained—Open to first son to seek permanent residence, other than as family class member—Can also apply for humanitarian and compassionate consideration—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8979-04, 2005 FC 678, Mosley J., order dated 12/5/05, 7 pp.)

*Removal of Permanent Residents*

Respondent, chronic paranoid schizophrenic, is danger to public—Held in immigration detention between 1999 and 2004—Immigration Division, Immigration and Refugee Board (IAD) ordered unconditional release in August, 2004—Minister seeking judicial review, arguing Board erred in failing to give compelling reasons for departure from decisions in prior detention reviews, finding detention had become indefinite— Submitting Board decision not to attach conditions perverse— Born in Jamaica, respondent came here as child but never became Canadian citizen—Developed mental illness symptoms when teenager—Has lengthy criminal record—In April, 1999 after disposition of certain charges, was put into immigration detention, ordered deported—Appeal wended way to S.C.C. but that leave to appeal denied—IAD granted new hearing and respondent lost again but Russell J. ordered new hearing, decision following which remains under reserve —Respondent has also sought ministerial relief on humanitarian and compassionate grounds and applied for relief to United Nations Human Rights Committee (UNHRC)—Currently incarcerated at Penetanguishene Mental Health Centre—His mental condition has deteriorated to extent that deemed unfit to attend most recent detention review— Presiding member concluded respondent probably ongoing public danger but noted statutory authority to continue detention restricted to securing removal from Canada—*Immigration and Refugee Protection Act* not authorizing detention to compel medical treatment— While removal arrangements made in summer 2001, respondent remained here three years later—As to whether continued detention contravened Charter, s. 7 fundamental justice principles, Board referred to *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.),

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

considered reasons for detention, length of time, whether any delay by respondent, alternatives to detention—Even though danger to public, Charter breached if detention indefinite— Detained over five years, case far from resolved—Minister undertaking not to remove respondent until UNHRC dealt with case—In ordering release, Board declined to impose conditions as they would be disobeyed—Due to public safety concerns, respondent’s detention continued under Ontario’s *Mental Health Act*—Preliminary argument: application moot as respondent now detained under Ontario statute and receiving treatment on involuntary basis so nothing gained by remitting matter to Board—Case not moot since continuing dispute between parties as to immigration authorities’ control over respondent—By unconditional release, immigration authorities lost control over respondent who, had he been capable of understanding implications of Board ruling, could have left Penetanguishene during 48 hours it took to arrange for him to be held under *Mental Health Act*—No assurance immigration authorities will be notified in event detention under Act terminated—In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, [2004] 3 F.C.R. 572, Federal Court of Appeal held that, while Board not bound by prior detention decisions, if deviating therefrom compelling reasons must be given, i.e. member should expressly explain what gave rise to changed opinion—Reasons herein were lengthy, careful, met standard mandated by F.C.A.—That no new evidence, no change in respondent’s circumstances point of decision—Despite passage of more than five years, no end to legal proceedings in sight—In *Sahin*, Rothstein J. said immigration detention could not be indefinite—When numerous steps remain to be taken prior to removal and time this will take is unknown, lengthy detention may be considered “indefinite”—According to Rothstein J., lengthy immigration detention could amount to deprivation of liberty not in accordance with Charter, s. 7—In *Sahin*, period of detention only 14 months—Whether detention has become indefinite is question of mixed fact, law—Patent unreasonableness appropriate review standard considering unusual facts herein—Board’s conclusion on this issue would withstand scrutiny even under more exacting reasonableness standard— Board member weighed danger to public against nearly five and a half years’ detention with no end to litigation in sight— Conclusion time for release had come reasonably open to member—But reasons given for non-imposition of conditions were brief to point of terseness: “In view of his mental condition, I impose no conditions on him at this time”—As noted by Russell J. at hearing of review of Immigration Appeal Division decision herein, “provincial laws should have been used long ago to ensure [respondent] gets the treatment he needs for his illness and to ensure that he is detained in an appropriate institution until he ceases to be a danger to himself and the public”—In deciding not to impose any conditions on release, member’s reasoning was perverse—Respondent’s

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

mental health condition, danger poses to public precise reasons stringent conditions should have been imposed—At minimum, release should have been conditional on receiving evidence respondent cared for as involuntary patient in secure facility—This aspect of Board decision could not stand as patently unreasonable—Application allowed in part—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—*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—*Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. ROMANS (IMM-7277-04, 2005 FC 435, Mactavish J., order dated 1/4/05, 25 pp.)

Appeal on questions certified by Gibson J. (2004 FC 1120) dismissing judicial review application of deportation order—Appellant had been found inadmissible for serious criminality—Question 1: whether issuance of deportation order under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 45(d) against permanent resident convicted of criminal offences punished by two years or more, IRPA removal scheme engaging Charter, s. 7; question 2: if so, whether statutory scheme, on facts of this case, complying with s. 7—Appellant arriving in Canada from Jamaica in 1987, become permanent resident in 1993—In 1997, convicted of entering Canada by false means—In 1998, given two years less day for possession of narcotics for purpose of trafficking, possession of proceeds of crime—In 2001, given ten years and six months on seven counts of cocaine trafficking—Arguing that, under s. 7, as permanent resident has right to have interest in remaining weighed against society's interest in removal—Submitting failure of s. 45(d) to provide for balancing constitutes violation of s. 7 fundamental justice requirements—Assuming appellant's liberty interests engaged by removal, Court turning to fundamental justice question—Appellant conceding test whether remedy of removal grossly disproportional to harm to individual—Whether fundamental justice requires mandatory free-standing balancing or whether balancing considered only when construing content, scope of fundamental justice principles under s. 7 themselves—Assuming, without deciding, balancing test required to satisfy fundamental justice, process under IRPA not violating those principles—Under IRPA, s. 25(1), appellant can request removal exemption on humanitarian and compassionate (H&C) grounds and that involves balancing said to be required—If H&C decision not issued in time, removals officer can be asked to have regard to personal circumstances—If deportee of view removals officer failed to exercise discretion in accordance with law, judicial review, stay of removal may be sought—If Federal Court satisfied as to serious issue, irreparable harm, balance of convenience,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

stay may be granted pending judicial review—Thus, no denial of individual interests against those of government—Certified questions answered as follows: (1) for purposes of this appeal, unnecessary to decide whether removal engages appellant's Charter, s. 7 liberty interest; (2) for purposes of this appeal, IRPA scheme not violating fundamental justice principles—Appeal dismissed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 45(d)—*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.

POWELL v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-549-04, 2006 FCA 202, Rothstein J.A., judgment dated 27/5/05, 5 pp.)

*Removal of Refugees*

Applicant, Convention refugee, became permanent resident in 1999—Now inadmissible for serious criminality under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 36—Issue whether opinion of Minister's delegate that applicant public danger discloses error in law—Not Minister's position applicant no longer Convention refugee—As such, cannot be removed unless concluded applicant danger to public: IRPA, s. 115(1), (2)(a), which implement Canada's obligations under Art. 33 of *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*—Determination made applicant "danger to the public in Canada"—Removal of person having Convention refugee status exception to non-refoulement principle enshrined in Convention Art. 33, IRPA, s. 115(1)—Danger opinion is *sine qua non* to removal—Danger opinion to be made on basis of criminality, without regard to risk factors refugee may face if returned to country from which refuge sought—Fact that criminal record found to justify danger opinion, of itself not allowing for removal—*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, holding Charter, s. 7 demands balancing of risks to deportee against adverse effects of refugee remaining here—Delegate must develop "clear, distinct and separate rationale" as to whether applicant danger to public in Canada—This initial determination must be made independently of balancing of competing interests—Convicted of attempted theft, applicant given 20 days plus 18 months' probation and while on probation convicted of aggravated assault, sentenced to three years with one year concurrent for weapon possession—While not for Court to dictate how danger opinion to be structured, concerned that opinion beginning with risk assessment before providing clear, distinct rationale refugee in fact danger will lead to confusion—Delegate rated danger high, noting serious nature of crimes, not first-time offender, on probation when most recent crime committed—This does not constitute clear determination applicant present, future danger to public—

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Found need to protect Canadian society outweighed humanitarian aspects and therefore determined applicant danger to public—Phrase “considering and balancing all facets of this case” understood as referring to danger to public if applicant remains and risk to him if deported—“Humanitarian aspects” seemingly including deportation risk factors—But until danger determination made, applicant’s return to Sri Lanka not at issue—Minister’s delegate not appreciating necessity for providing separate, distinct danger rationale, unrelated to balancing of competing interests, which becomes relevant at a later stage—Danger opinion set aside for error of law on face of record, matter referred to different delegate for redetermination—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 36, 115(1),(2)(a)—*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33—*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.

RAGUPATHY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3377-04, 2005 FC 834, Lutfy C.J., order dated 13/6/05, 9 pp.)

**JUDICIAL REVIEW***Federal Court Jurisdiction*

Appeal by Minister against stay of departure order—Application for leave, judicial review of unfavourable pre-removal risk assessment not perfected when stay motion heard—Stay order to expire November 5, 2004 unless by then (1) leave application perfected, (2) permanent residence application, sponsored by spouse, Canadian resident, completed—If both (1), (2) occurred by deadline, stay extended until permanent residence application determined—Minister relying on *Federal Courts Act*, s. 27 giving Federal Court of Appeal jurisdiction over all final, interlocutory Federal Court judgments—But order was interlocutory judgment in relation to application, under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) s. 72(1), for leave—Generally, appeals of such orders barred by Act, s. 72(2)(e)—When impugned order made, there was pending, but unperfected, leave application—S. 18.2 of *Federal Courts Act* gave judge jurisdiction to entertain stay motion—Order presenting numerous legal issues on its face—But inappropriate to express opinion on any of these issues in that, even if order discloses error of law, error would be in context of judgment to which IRPA, s. 72(2)(e) applies and Parliament has legislated such order immune to appeal—Indeed, appeal of such order impossible even had judge certified question—Minister argued appeal should be entertained as order made outside Court’s statutory jurisdiction—But to accept that argument would deprive s. 72(2)(e) of all meaning—No doubt

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

stay motion herein properly before Judge—S. 72(2)(e) precludes Court from entertaining Minister’s appeal, which must be quashed for want of jurisdiction—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 72(1), (2)(e)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 27 (as am. *idem*, s. 34).

EDWARDS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-253-04, 2005 FCA 176, Sharlow J.A., judgment dated 11/5/05, 6 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision denying reopening of Convention refugee claim declared abandoned—Applicant, Peruvian citizen, arrived October 25, 2003 at age 19, immediately indicated intention to make refugee claim—Under detention, wrote in native language explanation supporting claim—Notified of duty to provide RPD Canadian address, personal information form (PIF) within limited time—Deadline passed without information being furnished—Refugee claim declared abandoned November 27, 2003 with no notice to applicant—Gave RPD address December 24, 2003; on January 8, 2004 presented PIF for filing and it was accepted—Later that month, applicant retained lawyer, who advised RPD that retained—RPD never informed applicant, directly or through counsel, claim declared abandoned—Minister only advised applicant claim abandoned when sought work permit—Under *Refugee Protection Division Rules*, s. 58(1), claim can be declared abandoned without affording claimant opportunity to explain why claim should not be declared abandoned for failure to supply PIF, contact information within 28 days after claimant received form and if Minister, claimant’s counsel, if any, do not have contact information—RPD could not have notified applicant of abandonment decision (requirement of Rules, s. 61(1)) on date decision made as had no address for him, but notice requirement never met herein—Decision not to reopen based on absence of denial of natural justice—Under Rules, s. 55(4), RPD must allow reopening if failure to observe natural justice principle established—Reviewable error committed by RPD—Fact RPD unable to comply with Rules, s. 61(1) on date abandonment decision made not fully relieving it of obligation under Rule—Such decisions can have fatal implications for one in applicant’s situation—Given age, other circumstances, Court prepared to assume applicant vulnerable, disoriented yet managed to advise of address within month of impugned decision—In effect, RPD denied applicant, in his special circumstances, opportunity to try to convince RPD claim should not have been declared abandoned or, alternatively, denied opportunity to seek judicial review of decision—Right to notice of decision substantially affecting rights at heart of right to be heard—On

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

particular facts of this matter, RPD failed to fulfill Rules, s. 55(4) obligation due to natural justice breach—Failure to give notice might not constitute natural justice breach in fact situation less sympathetic than that at bar—*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, rr. 55, 58, 61.

GUTIERREZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5302-04, 2005 FC 841, Gibson J., order dated 15/6/05, 9 pp.)

**STATUS IN CANADA***Citizens*

Judicial review of Citizenship Registrar's decision cancelling citizenship under *Citizenship Regulations, 1993*, s. 26(3)—Applicant born in Russia, to Russian mother who was married to Canadian citizen who was not applicant's biological father—Identity, nationality of biological father unknown—At time of birth, husband believed he was applicant's father but soon realized that was not the case, thereafter did not treat applicant as own son—Applicant's mother applied, from outside Canada, for child's citizenship, indicating husband was "Natural Father"—Certificate issued—Mother, child returned to Canada but marriage disintegrated, divorce proceedings commenced on ground of cruelty—Court's order declared applicant not child of marriage, and not ordering child support, applicant not having been treated by mother's ex-husband as his own family—Mother's ex-husband informed Citizenship and Immigration that applicant not his offspring and office determined applicant living in Canada without status—Sent mother self-addressed envelope for return of son's citizenship certificate—No case law on meaning of "parent" in Act, s. 3(1)(b)—*Citizenship Regulations, 1993*, s. 2 defines "parent" as child's father or mother, whether or not child born in wedlock—Court agreeing with Minister that "parent", unless otherwise defined, means biological or natural parent—Consideration of word "parent" starting with proposition relationship between person and country must be by birth within country, or by blood relationship with citizen of that country, or by some other relationship clearly defined by laws of country—Ordinary meaning of "parent" to be taken in same way as Supreme Court of Canada has defined "child": legitimate offspring of parent, but definition expanded by legislation to include illegitimate offspring, adopted children—Act, Regulations modify ordinary meaning of "parent" to extent of including adoptive parent, but not otherwise—Departure from certainty of blood relationship to establish who is "parent" would require clear legislation to that effect—S. 5(4) does, however, allow for granting of citizenship in "cases of special and unusual hardship"—Application denied—*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

ss. 2 "child", 3(1)(b), 5(4)—*Citizenship Regulations, 1993*, SOR/93-246, s. 2 "parent", 26(3).

VALOIS-D'ORLEANS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-2174-04, 2005 FC 1009, Hughes J., order dated 20/7/05, 8 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of determination applicant not Convention refugee as person referred to in *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(a)—Applicant, Iranian citizen claims to fear serious harm, including torture, death for imputed political opinion, alleged membership in certain social group—Came from politically active family, opposes current Islamic regime—Suffers mental disabilities—Unable to afford psychiatrist, but doctor, member of Mujahedem-e-Khalq (MKO) (group seeking secularization of Iran) gave applicant medical prescriptions, asked him to make video recordings of MKO broadcasts using satellite dish—These are illegal in Iran, so taping done covertly—Applicant ordered to appear before Islamic Revolutionary court but went into hiding—House searched, satellite dish discovered—Applicant fled Iran—Refugee protection claim in Australia denied—Came to Canada with aid of smuggling agent—Questioned by Canadian officials, gave false name, detained, later told truth, claimed refugee protection—Panel determined applicant member of MKO, terrorist organization guilty of crimes against humanity, not credible in professing ignorance of MKO's terrorist activities, complicit in such activities—Inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 98—Held by F.C.A. in *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 511, question whether terrorist organization "member" is legal matter over which Immigration and Refugee Board should be given some deference, reviewable upon standard of reasonableness—Same standard applies to finding MKO terrorist organization—As panel specialized tribunal, credibility findings accorded exceptional deference—Panel had ample evidence to determine MKO terrorist organization, so designated by number of countries including U.S.A., Australia—Case law stands for proposition membership to be broadly interpreted, does not require direct participation in terrorist activities—Panel satisfied applicant's activities sufficient to make him *de facto* MKO member, complicit in its activities—By videotaping, he learned, or was wilfully blind to, crimes being committed by MKO—Panel failed to explain why found applicant lacked credibility on key aspects of claim—On facts, not reasonable to find applicant complicit in MKO's activities—Important fact that doctor, while active MKO member, was applicant's doctor, so special relationship existed which may have given doctor level of control over applicant—This issue was not explored by panel—In view of above conclusions, unnecessary to consider panel's



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

interpretation of Convention, Art. 1F(a)—Application granted; matter sent back for redetermination—*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 98.

ATABAKI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-8000-04, 2005 FC 969, Noël J., order dated 11/7/05, 16 pp.)

*Permanent Residents*

Applicant's application to sponsor spouse rejected for failure to disclose married 11 days earlier when landed in Canada as permanent resident in 1992—Immigration Appeal Division (IAD) sustained visa officer's decision—Applicant and her mother applied from Philippines for permanent resident status—Visas issued in August 1992—Applicant married at Manila October 12, arriving in Canada October 23—On landing card, answered "no" to question "Have you any dependants?"—Within meaning of law at time, dependant was person possibly sponsorable as family member, did not mean one financially dependent on you—Panicked, wrote "single" for Marital Status—In long-distance relationship but gave birth in 1994—In 2002, applied to sponsor husband as family class member—Citizenship and Immigration Canada (CIC) "locked in" application as of January 30, 2002—CIC interviewed applicant, Deputy Minister decided not to have her removed, she was declared eligible to sponsor husband—Was sent forms, covering letter advising had two years to send completed application to visa office—But, just two months later, *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR), came in force and IRPR, s. 117(9)(d) excluded from family class foreign national if sponsor previously applied for permanent residence, became permanent resident and, at time of application, foreigner was non-accompanying family member of sponsor and not examined—Canadian Embassy at Manila advised husband not family class member as not examined—IAD upheld sponsorship refusal, though admitting application "locked-in" January 30, 2002, prior to coming into force of new Regulations but explaining administrative "lock-in" of no effect in view of IRPA, s. 190 (every application under former Act pending immediately prior to coming into force of this section shall be governed by IRPA)—IAD cited *De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 F.C.R. 162 (F.C.)—Court concluding, not without hesitation, application should have been dealt with under former regime—Furthermore, spousal relationship not precluded under s. 117(9) since husband, at time of applicant's permanent residence application, not family member, only fiancé—Had it not been for applicant's interview by CIC, letter she received, Court would have held IRPR apply—Decision based on doctrine of legitimate expectations—In telling her she had

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

two years to complete forms, not telling her husband might fall within excluded class in two and one-half months, applicant entitled to assume old regime would apply—Legitimate expectation is part of procedural fairness—Transitional IRPA, s. 190 inapplicable as application ought not have been pending when IRPA came into force—To be kept in mind applicant single when applied for permanent residence, received visa—Meaning of "made an application" in IRPR, s. 117(9)(d)—At very latest, application process completed when visa issued, accordingly "at the time of that application," husband not a non-accompanying family member, so not excluded by IRPR, s. 117(9)(d)—Minister's argument process completed only when applicant landed, at which time husband not declared and therefore non-accompanying family member, excluded by IRPR—*De Guzman* distinguishable as permanent resident applicant therein already married, had children—*Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 510 disagreed with—Although on point and preferable judge follow previous decision of judge of same court, not bound by decision if cannot agree with reasoning—Applicant could have been removed under former Act for misrepresentation, so "mischief" could have been avoided by not forgiving her—Her husband could have been removed as sponsored by inadmissible person—French version of regulation supporting conclusion residence application, status upon landing are separate, distinct—Application granted, matter referred back for reconsideration—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 190—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d) (as am. by SOR/2004-167, s. 41).

DELA FUENTE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-78-05, 2005 FC 992, Harrington J., order dated 15/7/05, 12 pp.)

*Humanitarian and Compassionate Considerations*

Judicial review of denial of *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 25(1) application for exemption, on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, of requirement to obtain immigrant visa outside Canada—Applicant, 35-year-old Costa Rican citizen, arrived in Canada as visitor June 21, 1999, claimed refugee protection August 4, 1999—Departure ordered in May 2000—Refugee application later denied—Meanwhile, married woman who had helped prepare refugee application—Since June 2001 applicant caring stepfather to woman's daughter, father to daughter born to him, wife in 2002—When refugee application rejected, applicant filed for pre-removal risk assessment (PRRA), applied for admission on H&C grounds—PRRA application refused, applicant ordered to report for removal February 11, 2003 and arrest warrant issued as order disobeyed—Moved in with brother-in-law, failed to notify immigration officials of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

address change so letter requesting information for H&C application came back to immigration officials marked “moved”—Moved again in January 2004—Later that month, when official phoned place of work, asked for new address, phone number, applicant stated did not know—By letter dated January 13, 2004 to workplace, applicant notified H&C exemption request rejected—No reason for rejection given in letter—Record includes “Decision and Rationale” indicating Minister’s representative not satisfied couple residing together in *bona fide* relationship, finding it odd person would not know where resides, forming opinion applicant wished to withhold this information—Issues: (1) whether officer erred in considering evidence as to genuine nature of marriage; (2) whether officer failed to consider best interests of children—Officer mistaken as to when spouses met, married—Conclusion marriage “hastily” entered ground for finding marriage not *bona fide*, entered into for immigration purposes—Failure to provide new address when phoned at work irrelevant to genuine nature of marriage—Ministerial guidelines provide applicant, sponsor be afforded opportunity to respond to any concerns and failure to do so herein resulted in lack of fairness in process—While guidelines not law, may assist Court in determining whether unreasonable exercise of H&C power—Applicant urging rationale’s brief reference to children not satisfying obligation to be alert, sensitive to their best interests, as required by *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and now by IRPA, s. 25(1)—Minister citing *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 2 F.C.R. 635 (F.C.A.), arguing onus on applicant to adduce evidence regarding best interests of child but he only said he loved them—At time of *Owusu*, Act not imposing obligation on officer to consider interests of child when deciding H&C application but, under IRPA, s. 25(1), Minister must take into account best interests of a child directly affected—In *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555, C.A. affirmed careful, sympathetic consideration had to be given to best interests of children and not enough just to refer to those interests—Applicant bearing burden of establishing relies on that factor and of establishing that their best interests would be adversely affected if application denied—While s. 25(1) may be seen as merely codification of *Baker* requirements and as not imposing more detailed assessment, it does establish statutory duty to consider those interests—Applicant submitting officer made aware he was working full time, was sole financial supporter of family—Statement in rationale “I recognize and acknowledge that the couple have a child together and that Mr. Dias Fonseca has played some role in the raising of Ms. Cardenas’ daughter from a previous relationship” demonstrating no consideration of best interests of children and that constitutes error of law under both requirements set out by S.C.C. in *Baker*, IRPA—Application allowed, H&C

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

application referred for reconsideration by different Ministerial representative—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1).

FONSECA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1172-04, 2005 FC 709, MacKay D.J., order dated 17/5/05, 11 pp.)

**CULTURAL PROPERTY**

Judicial review of Heritage Canada decision Fort Saskatchewan Historical Society ineligible for designation as Category “B” institution under *Cultural Property Export and Import Act* (CPEIA), s. 32(2)—Applicant donated historically significant property to Society before Society acquiring designation under s. 32(2)—S. 32(2) interpreted by Heritage Canada policy manual such that institution must be designated before donation made with result donor not entitled to tax benefit for “certified cultural property” gift under *Income Tax Act* (ITA)—Standard of review of interpretation of law correctness—Concept of CPEIA described in reasons of Rothstein J. in *Art Gallery of Ontario v. Canada (Cultural Property Export Review Board)*, [1994] 3 F.C. 691 (T.D.)—Purpose of Act, ITA amendments, to provide for national heritage preservation through combination of export controls, preferential purchase rights for designated cultural institutions, income tax incentives for cultural property donors to such institutions—It also created limited right of expropriation when Canadian cultural property offered for sale—When donation made to s. 32(2) designated institution, donor may apply to Review Board for determination whether donation cultural property under CPEIA, fair market value determination—If Board finds CPEIA criteria met, Cultural Property Income Tax Certificate is issued—Donor receives tax break for capital gains, tax credit or deduction—Context demanding s. 32 be read as whole—Subsections 32(2), (3) not independent, but meant to be employed in context of tax benefits under s. 32(1)—Principal purpose of designation to create tax benefits—S. 32(1) refers to institution “designated”, not “designated or to be designated”—Furthermore, wording of ITA provisions cross-referenced in CPEIA, s. 32(1) make it clear institution must have been designated at time of donation—While plight of smaller institutions such as Society may have been in Minister’s mind when policy explained upon introduction of Bill, this was not reflected in legislation—Application denied—*Cultural Property Export and Import Act*, R.S.C., 1985, c. C-51, s. 32 (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 218)—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

WILLIAMSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1214-02, 2005 FC 954, von Finckenstein J., order dated 6/7/05, 12 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Ss. 81.24, 81.28 *Excise Tax Act* appeal against Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision denying refund of excise tax overpayment—Plaintiff imports vehicles damaged beyond repair, removes salvageable parts, sells remainder to scrap metal shredders—Goods at issue air conditioning systems—Paid \$100 excise tax on each air conditioner—Plaintiff's argument components either so badly damaged cannot function as air conditioner or not economically feasible to salvage, sell—Claimed \$129,042 excise tax refund but claim denied on basis vehicles imported potentially roadworthy or useful for sale of parts under tariff items in *Customs Tariff*—Plaintiff filed notice of objection—Salvage certificate of State from which vehicle imported stamped "for parts only. Vehicle cannot be re-titled"—Before CITT, plaintiff argued conditions for taxation under Act, Sch. 1, s. 7 not met as (1) goods not air conditioners as described in s. 7; (2) goods not permanently installed as required by s. 7(b); (3) goods in which "air conditioners" found at time of importation not "automobiles"—Tribunal ruled did not matter whether air conditioners functional, actually in use, but on whether designed for that use—Crucial that were designed for use in vehicles, unsuitable for any other application—Found them "permanently installed"—Were designed, installed for life of vehicle—Host items remain vehicles, even if disabled, can no longer serve as conveyances—Appropriate review standard reasonableness *simpliciter*—Since Act not defining "vehicle", interpretation principles set forth in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, approving of text author Driedger's teaching that words of Act to be read in entire context, in grammatical, ordinary sense harmoniously with scheme of Act, its object and Parliamentary intent, applied—All dictionary definitions of "vehicle" include notion vehicle meant to carry persons or goods—Case law, defendant's own administrative policy to same effect—Given CITT's finding of fact "vehicles" at issue can no longer serve as means of conveyance, not "vehicles" within ordinary meaning of word—CITT's view automobiles lose characterization as such only when no longer recognizable, as when compressed into box-like form for shredding, disagreed with—Had "vehicles" imported by plaintiff been dismantled in U.S.A. prior to export, no one would consider salvageable parts as vehicles—That dismantling done here not material for tax purposes—In fact, air conditioners imported under tariff item relating to parts, not vehicles—Plaintiff's argument air conditioners not permanently installed at time of importation as always intended would not be sold as whole but if salvageable would be removed for parts, accepted—Even if designed for permanent installation, once vehicle's life had run course, importer's intention could be only to sell pieces—Clear from reading parliamentary debates when tax on air conditioners enacted, purpose to promote

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

energy conservation—Purchaser of air conditioner part for repair purposes has already paid excise tax on vehicle's air conditioner—While defendant notes plaintiff unable to prove none of air conditioners were sold as a whole, not as parts, ambit of Act could not be expanded with only objective to prevent fraud—Taxation system based on self-assessment, presumes taxpayers act in good faith and should Minister suspect fraud, Act contains enforcement provisions—Appeal allowed—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 81.24 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52; 2002, c. 8, s. 183), 81.28 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th sup.), c. 47, s. 52; 2002, c. 8, s. 137), Sch. 1, s. 7—*Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, Sch., s. 87.

PIÈCES D'AUTO USAGÉES RTA (1986) INC. V. CANADA (T-816-04, 2005 FC 771, de Montigny J., order dated 31/5/05, 16 pp.)

**EVIDENCE**

Judicial review of Adjudicator's decision applicant unjustly dismissed by First Nation from job as Special Constable—Applicant off sick for significant periods, took two weeks off for honeymoon—Terminated for abandonment of position—Case spanning four years before Adjudicator; final decision rendered six years after Adjudicator's appointment—Both sides to blame for delays—Adjudicator eventually held First Nation failed to discharge onus of proving, on balance of probabilities, had just cause for termination—Whether Adjudicator's failure to draw adverse inference from respondent's failure to testify patently unreasonable error in law or excess of jurisdiction—First Nation suggested Adjudicator came to dubious, wrong conclusions on critical matters which "cried out for complainant's testimony and employer's opportunity to cross-examine her"—Applicant cited *Norway House Indian Band v. Canada (Adjudicator, Labour Code)*, [1994] 3 F.C. 376 (T.D.) in which Muldoon J., in a case similar to this, said that, complainant having declined to testify, Adjudicator ought to have drawn all adverse inferences open to him and this may well have resulted in dismissal of complaint—Judge added that Adjudicator's failure to do so gave appearance of bias; revealed indifference to employer's loss of opportunity to cross-examine—Court unable to accept argument based on *Norway House*—While respondent would not testify voluntarily, under provisions of *Canada Labour Code*, could have been subpoenaed by First Nation and this was not done—Party cannot, after negative decision, raise complainant's non-appearance as issue unless did everything possible during proceeding to cause complainant's appearance—If *Norway House* places legal obligation on Adjudicator to draw adverse inference, that is not correct statement of law—As stated in *Sopinka &*

**EVIDENCE—Concluded**

Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, failure by defendant to testify, once *prima facie* case made out, may be subject of adverse inference but such failure will not, in itself, fill gap in case of party having burden of proof—No obligation for decision maker to draw adverse inference from failure to testify—Decision maker should look not only at whether defendant failed to testify but also whether failed to call any witness—No obligation herein on Adjudicator to draw adverse inference—First Nation had neither made out *prima facie* case nor produced sufficient evidence to discharge burden of proof—Furthermore, adverse inference inappropriate, respondent having called witness on fundamental issues of sick leaves, days taken off work—Unclear as to what adverse inferences Adjudicator could have been obliged to make—If involved shifting burden of proof, that secondary burden satisfied by testimony of respondent's witness—If involved assumption First Nation correct in all assertions against respondent, effect would be to discharge it of obligation to prove case on balance of probabilities—On facts, Adjudicator not erring by not drawing adverse inference from respondent's failure to testify—Application denied—*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, L-2, ss. 16 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 5), 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16; S.C. 1998, c. 26, s. 58).

CHIPPEWAS OF KETTLE & STONY POINT FIRST NATION V. SHAWKENCE (T-1822-03, 2005 FC 823, Snider J., order dated 10/6/05, 21 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Motions to strike statement of claim for damages—Plaintiff, operating stolen RCMP vehicle, lost control, hit power pole, was struck by another RCMP vehicle and badly injured—Action as against Crown, police officers struck out as no amendment of statement of claim could assist plaintiff against them; defendant, RCMP Commissioner, unrepresented and remaining a defendant—Plaintiff asserting amputation of injured leg necessitated by delay in receiving medical treatment and due to being dragged through dirt by police resulting in dirt getting into open wounds—Incident took place at municipality of Penticton, where policing is provided by RCMP under contract between Canada and British Columbia, as authorized by *Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 20(1) and *Police Act*, s. 14(1)—Under *Police Act*, RCMP member discharging duties of provincial constable deemed to be provincial constable, protected by s. 21, which provides that no action claiming damages lies against police officer for anything done or omitted to be done in line of duty but, under s. 21(3), officer not afforded statutory immunity in case of gross negligence, malicious or wilful misconduct—Federal Court lacks jurisdiction to entertain claim against individual officers—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752,

**FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded**

established three conditions for F.C. jurisdiction, second of which that there must be existing body of federal law essential to disposition of case and which nourishes statutory grant of jurisdiction—Here, cause of action negligence—In *Arsenault v. Canada* (1995), 131 D.L.R. (4th) 105 (F.C.T.D.), Wetston J. held that, while *Crown Liability and Proceedings Act* constituting body of existing federal law for actions against Crown, it stopped short of providing right of action against Crown servants—For them to be personally liable, they would have to be so under provincial law—Nor should amendment to pleadings be allowed to add Charter claim: Charter inapplicable as no act of government at issue—Plaintiff not pleading vicarious liability of Crown in Right of Canada for officers' actions but *Crown Liability and Proceedings Act*, s. 3(a) provides for statutory liability of Crown for servants' torts—But Crown liability depends on liability of servant: *White v. Canada* (1998), 152 F.T.R. 39 (F.C.T.D.)—Statement of claim not disclosing cause of action against Crown, in Federal Court, no negligence claim lying against officers—Plaintiff should have litigated in B.C. court—*Police Act*, R.S.B.C. 1996, c. 367, ss. 14, 21 (as am. by S.B.C. 1997, c. 37, s. 22)—*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 20(1)—*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3(a), 10—*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].

BRAYBROOK V. CANADA (T-2139-03, 2005 FC 417, Hargrave P., order dated 24/3/05, 14 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Appeal, cross-appeal from order (2003 FC 1373), setting aside Tribunal decision Canadian Armed Forces (CAF) guilty of age discrimination in not promoting soldier—Federal Court held: (1) Tribunal used wrong legal test to determine whether Commission made out *prima facie* case; (2) CAF not establishing Tribunal's rejection of its explanation unsupported by evidence—Attorney General cross-appealing as to (2)—Commission's appeal allowed; cross-appeal denied—Soldier joined CAF at 19 as Private, reached rank of Warrant Officer at 37—Completed Master Warrant Officer course when 46 but not rated high enough on National Merit List for promotion—While having positive recommendations, achieving high score on Performance Evaluation Report (PER), rating for "potential" steadily decreased—Soldier submitting "potential" assessment subjective, disadvantages older candidates—As to test for *prima facie* case of discrimination, Tribunal relied on *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (*O'Malley*) but also considered *Florence*

**HUMAN RIGHTS—Continued**

*Shakes v. Rex Pax Ltd.* (1981), 3 C.H.H.R. D/1001 (Ont. Bd. Inq.)—*Shakes* test modified by Tribunal in *Israeli v. Canadian Human Rights Commission* (1983), 4 C.H.H.R. D/1616 (C.H.R.T.), wherein no appointment made but employer kept seeking applicants after rejecting qualified complainant—Argued before Tribunal herein Commission not establishing *prima facie* case as not adducing evidence as to age, qualifications of Warrant Officers promoted during period soldier passed over—Tribunal rejected argument, distinguishing *Shakes, Israeli* as discrimination here alleged regarding promotion, not hiring—Also found Commission could establish *prima facie* case without comparative evidence of kind identified in *Shakes*, if other evidence discrimination was factor in denying complainant employment opportunity—Citing *Chander v. Canada (Department of National Health and Welfare)*, [1995] C.H.R.D. No. 16 (C.H.R.T.) (QL), Tribunal held if evidence shows discrimination a factor in denying employment opportunity, *prima facie* case made out, irrespective of successful candidates' qualifications—Tribunal found, if believed, not explained, evidence sufficient to support complaint—Considered non-age-related explanations for low "potential" scores: extra-curricular activities directed to post-military career; weaknesses in French, communication, leadership; unwillingness to accept posting outside southwestern Ontario; non-deployment on operational missions—Though Tribunal had directed disclosure of relevant documents, CAF not disclosing performance reports of Warrant Officers promoted—This was found to undermine all explanations of soldier's low "potential" score—Federal Court held Tribunal erred in reliance on *Chander* for proposition *prima facie* case could be established in absence of comparative evidence as in that case there were no other candidates with whom to compare complainant—Still, Judge concluded, if comparative evidence had not been available, evidence would have constituted *prima facie* proof of discrimination—Judge concluded, if *prima facie* case established, reasonable for Tribunal to reject explanations absent comparative data—Under *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 3(1), age is prohibited ground of discrimination—Under s. 7(b), it is discriminatory practice, directly or indirectly, in course of employment, to differentiate adversely on prohibited ground of discrimination—Whether Tribunal selected appropriate test of *prima facie* case is question of law reviewable on correctness standard—Attorney General's argument Tribunal must apply *Shakes* unless no other candidate or comparative information unavailable and, since such information was available, Tribunal erred in not applying *Shakes*, rejected—In *Lincoln v. Bay Ferries Ltd.*, 2004 FCA 204 (decided after impugned decision rendered) Court holding *Shakes, Israeli* tests but illustrations of application of guidance provided in *O'Malley* to establish *prima facie* discrimination—Legal test remains *O'Malley*

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

case—Commission need not adduce any particular type of evidence—Question of mixed fact, law whether evidence in case, if believed, not explained proves adverse differentiation on prohibited ground—Flexible legal test for *prima facie* case better able than more precise tests to advance broad purpose underlying CHRA as discrimination takes on new, subtle forms—Comparative evidence comes in many more forms than that identified in *Shakes*—To make *prima facie* case test more precise, detailed in attempt to cover every discriminatory practice would unduly "legalize" decision making, delay complaint resolution, encourage judicial review applications—Preferable to leave kind of evidence necessary up to specialist Tribunal—Variations in fact patterns infinite in employment discrimination—Increasing number, specificity of legal rules may not enhance certainty in administration of law—Whether there was sufficient evidence of *prima facie* case involves application of legal rule to facts, is therefore question of mixed fact, law, reviewable on unreasonableness *simpliciter* standard: *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1999] 3 F.C. 653 (T.D.)—CAF suggested Judge erred in indicating Tribunal entitled to draw adverse inference from CAF's failure to produce PERs of soldiers in competition for promotion—Submitted Commission did not submit PERs should have been disclosed prior to closing argument to Tribunal—PERs contain confidential information, ought not be ordered disclosed until privacy interests considered—But view of Federal Court of Appeal that Tribunal did not draw adverse inference, just performed factual exercise of weighing evidence before it—Attorney General attempting to elevate to level of questions of law what are merely questions of evidence—Tribunal's decision restored—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 4 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 11), 7(b).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (A-588-03, 2005 FCA 154, Evans J.A., judgment date 3/5/05, 14 pp.)

**INCOME TAX**

Crown appealing Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions allowing taxpayer's appeal from reassessment under *Income Tax Act*, s. 160(1)—Under s. 160(1), if taxpayer transfers property to spouse or common-law partner both jointly, severally liable to pay amounts transferor liable to pay under Act, to extent fair market value of property when transferred exceeds value at time consideration given for property—Taxpayer's common-law partner liable under Act for \$500,000—Minister assessed taxpayer as result of payments by partner on mortgage against house taxpayer owned—Before T.C.C., M.N.R. assumed partner transferred \$61,878 to taxpayer, as had made all mortgage payments over five-year period—Upon

**INCOME TAX—Continued**

this appeal, Crown conceded claim should be reduced by \$25,452, representing payout of prior mortgage from funds originating from new mortgage, not from partner—T.C.C. allowing appeal, finding taxpayer “gave more consideration than she got”—Appeals dismissed but for different reasons—Mortgage payments of about \$500 monthly paid by partner but he resided at mortgaged premises—T.C.J. found rent for equivalent house was \$1,200 to \$1,500 per month—Reasonable inference: taxpayer gave partner use of house in consideration for mortgage payments—Amounts paid were well under fair market rental so could not be said “rent” partner paid as mortgage payments exceeded fair market value of consideration given by taxpayer—Thus, partner received consideration equivalent to or greater than amounts transferred to taxpayer—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160(1) (as am. by S.C. 2000, c. 12, Sch. 2, s. 1).

CANADA V. DUCHARME (A-346-04, A-435-04, 2005 FCA 137, Rothstein J.A., judgment dated 29/4/05, 4 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2004 TCC 595) denying appeal against reassessments—Issue deductibility of expenses of \$1,651,766 paid by taxpayer to fraudulent agent in sale of gems—T.C.C. found expenses not incurred for purpose of earning income from business under *Income Tax Act* (ITA), s. 18(1)(a), expenses not reasonable in circumstances, not deductible under s. 67—In 1987, taxpayer, co-owner of clothing factory in Guelph, began buying gems for resale from Toronto area company—When contact moved to another company, taxpayer continued to buy gems from new company until July, 1992—By 1994, taxpayer had gems worth \$529,926—When advised contact time to sell, contacted by Premier Group Investments, allegedly as result of referral by contact—Over next few years, taxpayer had contact with Premier representatives—Taxpayer confirmed their advice with other gem investors, consultants—Premier, presented taxpayer offer from offshore purchaser, terms of which would generate substantial profit but large up-front fee would have to be paid—Sale did not close and process was repeated four more times—All five offers were fraudulent but taxpayer paid Premier, or as directed by Premier, \$1,651,766—In 1996, taxpayer went to RCMP, which raided Premier, arrested representative, who fled when released on bail, apparently with taxpayer’s gems—Respondent allowed taxpayer business loss with respect to theft but denied prepaid expense deduction with respect to payments made to or as directed by Premier—According to agreed statement of facts, this was business as adventure in nature of trade—Amounts paid verified by RCMP—Gems never insured—Taxpayer

**INCOME TAX—Continued**

made substantial payments in respect of five “offers of purchase” without questioning legitimacy, did not demand receipts—Failed to explain to T.C.C. why paid out money time and again—In confirming reassessments, M.N.R. found expenses not reasonable in circumstances—T.C.C. concluding taxpayer not involved in business as victim of fraud from beginning to end, did not do his homework, motivated by greed—T.C.C. held ITA, s. 67 stands for proposition that for expenses to be deductible, must be reasonable—Uncontested fact finding of T.C.C. appellant fraud victim from outset and that certificates as to value of gem inventory insufficient to establish fair market value, fatal to appellant on issue whether expenses incurred to earn income from business—Not case where Court had to consider taxpayer’s state of mind nor was it defalcation case where business defrauded by employee or third party so that issue whether loss incidental to income-earning activities—Scheme fraudulent from outset cannot give rise to source of income from standpoint of victim, thus cannot be considered business under any definition—But, says appellant, not open to T.C.C. to hold expenses not deductible on that basis, Minister having conceded taxpayer engaged in adventure in nature of trade—Argued T.C.C. bound by facts as admitted, even if contrary evidence adduced at trial—But taxpayer chose not to have appeal disposed of on agreed statement of facts, placed extensive evidence before Court as to nature, extent of scam—Civil litigation cited by appellant inapplicable to tax case, public funds being involved so that case does not belong to parties—They cannot, by agreement, dictate outcome of tax appeal—T.C.C. could not turn blind eye to evidence before it—Nor was there any basis for submission finding not open to T.C.C., statutory period for reassessment having expired when made—Decision of T.C.C. confirmed reassessments on primary basis on which issued—Appellant called, as expert witness, RCMP constable who investigated this fraud—Appellant’s name would have been “sold” to Premier—There is no secondary market for precious gems and appellant’s initial purchases may have been at early stages of scam—Victim having no market, can only turn to seller—Victim is promised enormous profits but up-front payments required—On this evidence, open to T.C.C. to conclude taxpayer fraud victim throughout—Sufficient to support conclusion expenses not incurred to earn income from business—Appellant pointed to pair of 1995 sales to arm’s length purchasers with 25% profit made on each—Yet these were not reported until 1996, after taxpayer devised strategy for claiming \$1,651,766 “selling” expenses, \$529,926 “inventory costs” lost due to scam—Taxpayer first disclosed was in gem business in 1996 tax return, declared proceeds of two sales which, if they ever happened, ought to have been reported previous year—Odd that transactions unsupported by documentation if sales to *bona fide* purchasers—Also no indication as to where inventory of gems underlying these two

**INCOME TAX—Continued**

sales came from as agreed statement of facts disclosing crooks had absconded with all gems—Furthermore, at dates of these sales, taxpayer still believed could recover ten times his cost of gems so unclear why would have made sales for mere 25% advance—Also, sales at odds with expert testimony no secondary market for taxpayer’s gems—While sufficient to dispose of appeal, Court commenting on scope of s. 67, application herein—To date courts have said “reasonable” in s. 67 relates to amount of deductions claimed, not type of expense; purpose to prevent taxpayers from artificially reducing income by deducting inordinately high expenses but, in *Stewart*, S.C.C. suggested s. 67 might have broader application—*Stewart* eliminated “reasonable expectation of profit” test as lacking statutory foundation, creating more problems than it solved—S.C.C. said if expense unreasonable in relation to income source, s. 67 provides mechanism to reduce or eliminate amount of expense—Thus S.C.C. recognized s. 67 as means of testing reasonableness of expense once business found to exist—S. 67 could be used to deny total amount of expense, if shown to be unreasonable—Here, it was open to T.C.C. to find taxpayer’s entire expenditures unreasonable—Appeal dismissed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 18(1)(a), 67, 248(1) “business” (as am. by S.C. 1995, c. 21, s. 47).

HAMMILL V. CANADA (A-507-04, 2005 FCA 252, Noël J.A., judgment dated 7/7/05, 24 pp.)

**NON-RESIDENTS**

Canada Customs and Revenue Agency (CCRA), in assessing taxpayer’s income tax liability, served it with *Income Tax Act* (ITA), s. 231.6(2) notice of requirement to produce for inspection all corporate records for fiscal years ending July 31, 1999 and 2000—Whether requirement so broad as to be unreasonable, can be set aside under ITA, s. 231.6(5)—Taxpayer, Luxembourg corporation, contracted to employ one of its vessels in installation of jackets, topsides for Sable Offshore Energy Project under contract with related UK company which had contract with project owner, Mobil Oil Canada Properties—Work done over 53-day period in September, October, 1998—Further work done in Canadian waters between August 15, September 16, 1999 though contract therefor dated December 14, 1998—This explains why requirement covered two fiscal years—Under Canada-Luxembourg Tax Convention, resident of one contracting state not liable to pay tax on business income earned in other contracting state, unless business carried out with permanent establishment—Minister wanting to make independent determination whether appellant had permanent establishment in Canada during relevant period—Not content just to see appellant’s documents relevant to Canadian operations, taking position this makes appellant judge of relevance of

**INCOME TAX—Continued**

documents—Considering it necessary to conduct general audit of appellant’s affairs for 1999, 2000—Appellant offered to have Tax Court of Canada (T.C.C.) decide whether had permanent establishment here—Under ITA, s. 173, T.C.C. authorized to decide any question of fact, law, mixed fact and law as preliminary proceeding—CCRA rejected suggestion as lacking facts needed to submit question to Court—Under ITA, s. 231.6(5), Federal Court Judge empowered, upon application of person served with requirement, to set it aside if found unreasonable—Such application denied by Rouleau J.: *Saipem Luxembourg S.A. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FC 113, in reliance on *Merko v. M.N.R.*, [1991] 1 F.C. 239 (T.D.)—*Merko*, found Parliament intended to give M.N.R. far-reaching powers under s. 231.6 to secure information outside Canada and need only show it to be relevant to administration or enforcement of ITA—Statutory context—Under s. 230(1) every person carrying on business in Canada must maintain books, records at place of business—CCRA can take advantage of this obligation by attending at taxpayer’s premises to inspect books, records and thereby verify income, expenses, income tax liability—Where non-resident taxpayer carries on business here, M.N.R. may require production of documents located outside Canada—Should s. 231.2 requirement be disobeyed, M.N.R. may apply to judge under s. 231.7 for compliance order and non-compliance with that could give rise to contempt proceedings—Statute itself defines review standard as reasonableness so F.C.A. may intervene only if judge below committed palpable, overriding error—Case law on s. 231.6(5) limited, provides little guidance as to basis on which Court might find requirement unreasonable—In *Merko*, Cullen J. held serving notice of requirement after taxpayer filed notice of objection was neither abuse of process nor unreasonable—But Cullen J. misunderstood the provision, was of view it did not compel information production—S. 231.6(2) clearly empowers M.N.R. to demand production of foreign-based documents—Also, contrary to what was written by Cullen J., notice of requirement recipient not free to choose which documents to produce—Should taxpayer partially comply with requirement, Court may order none of material covered by notice can be tendered, not even those documents produced—Thus, broader the demand, more drastic the consequences of non-compliance—*Merko* apparently applying case law on notice of requirement under s. 231.2, holding notice of requirement for information relevant to tax liability of specific person(s) whose liability under investigation is purpose related to administration or enforcement of ITA—S. 231.6 differs from s. 231.2 in allowing for judicial review on ground of unreasonableness—Such review lacking substance if notice reasonable just because information may be relevant to enforcement of ITA—Parliament must have intended requirement not be unreasonable—Test applied in lower Court

**INCOME TAX—Continued**

herein that applied in s. 231.2 cases and reasonableness issue not addressed—If Judge meant to say notice of requirement reasonable if not otherwise abuse of process, he conflated two issues in *Merko* into single issue, failed to appreciate applicable test under s. 231.6(5) and, as result, fell into palpable, overriding error—As to what is “reasonable”, appropriate test found in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247: asking, after somewhat probing examination, can reasons given, taken as a whole, support decision—To apply that standard herein, need to understand extent of demand, reasons for which made—In *Merko*, notices demanded production of records relating to specific transaction for which taxpayer claiming tax benefit, so link obvious, reasonable—Here, taxpayer required to produce all corporate documentation for two fiscal years—Link more remote but CCRA’s position all books, records relevant to audit even if some, upon examination, merely verify do not impact upon Canadian tax liability—Issue not reasonableness of CCRA’s intention to conduct audit but reasonableness of notice of requirement—Appellant’s argument CCRA could have obtained documents sought by issuing notice for specific classes of documents would question reasonableness of conducting audit, something outside Court’s mandate under s. 231.6(5)—Whether one can truly conduct audit solely on basis of material provided by person audited, without verification no further records exist—Likely that most businesses confronted with requirement notice accept CCRA’s offer to treat consent to on-site audit as sufficient compliance—CCRA has prerogative whether to conduct audit, form audit to take—Given records outside Canada, CCRA can only issue notice and, if audit result not up to CCRA’s usual standards, that is best it can do—Determination to conduct audit supports scope of notice served herein—Appeal dismissed, notice of requirement confirmed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 173, 230(1), 231.2 (as am. by S.C. 2000, c. 30, s. 176), 231.6 (as am. *idem*, s. 177), 231.7 (as enacted by S.C. 2001, c. 17, s. 183).

SAIPEM LUXEMBOURG S.V. V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (A-46-04, 2005 FCA 218, Pelletier J.A., judgment dated 9/6/05, 19 pp.)

**PARTNERSHIPS**

Appeals, cross-appeals from T.C.C. decisions in cases arising from taxpayers’ resort to “convertible hedging” investment strategy—Taxpayers sought to deduct losses, expenses incurred due to strategy—M.N.R.’s reassessments disallowed number of deductions—Description of strategy necessary to understanding of issues—Common shares of publicly traded companies are “sold short” and at same time, another security carrying right to acquire same number of shares is purchased, these may be preferred shares or

**INCOME TAX—Continued**

debentures convertible to common shares or warrant to acquire them—Selling short means sale of shares not owned but “borrowed” by arrangement with broker who permits sale of shares belonging to another (broker or customer)—Sale proceeds, net of broker’s fees, are credited to short seller’s account—Taxpayers herein paid “rental fee” to brokers plus amount (“compensatory dividends”) equal to dividends paid on shares between time borrowed, returned—Profit or loss on short sale is determined when “closed out” (when short seller replaces borrowed shares) by having broker purchase equivalent number of identical shares for lender with purchase cost (including fees) debited to short seller’s account—If cost of replacement shares less than short sale proceeds (value of shares having declined), short seller makes profit—“Hedging” is technique for mitigating risk of loss—To mitigate risk on short sale, seller may acquire security carrying right to acquire same number, kind of common shares (such as right of conversion attached to convertible share, debenture)—To extent value of convertible security includes value of common shares into which may be converted, its value increases as value of common shares increases—Holding convertible security to hedge loss on short sale is termed “convertible hedge”—Opportunity to earn income during hedge, since convertible preferred shares yield greater dividends than common shares—Also chance of profit or loss on spread between value of common shares sold short and value of warrant conferring right to acquire common shares for limited time period at specified price—Said to be potential tax benefits from strategy regardless of whether market rises or falls so it was win/win proposition—Promotion for scheme touted it as offering “countless permutations of potential tax games to be played with a hedge of this nature . . . this is a game only suitable for taxpayers with the best of professional assistance”—Taxpayers herein claimed deductions as result of coordinated transactions between spouses or daughter—M.N.R. reassessed taxpayers on basis acting in partnership or principal-agent relationship and could not isolate transactions that created losses deducted from income—M.N.R. relied on *Schultz v. Canada*, [1996] 1 F.C. 423 (C.A.), wherein partnership found to exist between spouses engaged in convertible hedge strategy—In cases at bar, T.C.C. found no partnership, convertible hedging was adventure in nature of trade with spouses co-adventurers—Each convertible hedge separate identifiable property consisting of both acquired convertible securities and short sale of common shares (the long position and short position)—Any loss on one position could not be isolated or tax deduction—Only deductible amounts were losses on premiums, expenses during hedge period—Appellants submit T.C.C. erred in finding convertible hedge was separate identifiable property, they were not partners and *Schultz* was distinguishable—Intervener, Canadian Bankers Association, argued T.C.C. erred in



**INCOME TAX—Continued**

concluding convertible hedge separate identifiable property—T.C.C. relied on *Income Tax Act* (ITA), s. 248(1) definition of “property”, broadest of definitions, inviting non-restrictive approach—Right implicit in convertible hedge was “right to rely on one component of the convertible hedge to satisfy the margin requirements of the other component”—Upon taxpayers’ evidence, T.C.C. concluded common view that investment was convertible hedge itself, this was consistent with finding it was property and that property was subject of adventure—T.C.C. recognized difficulty in reaching conclusion, for in introduction to reasons explained tax laws had not kept pace with financial community’s ingenuity and that Court ought not be precluded from equally innovative approach to tax law application so that “round hole of taxation principles” might “expand to accommodate square peg of financial innovation” with result economic, legal reality meshed—T.C.C. admitted having approached issues “with both an eye to the true legal nature and an eye to adaptability of tax laws to the moving target of financial innovation”—T.C.C. erred in approach to interpretation, application of Act—Role of Court to find facts, interpret law, apply law to facts—T.C.C. saw Court’s role to restrict innovative tax avoidance measures—Such approach wrong in law—Not Court’s role to act as protector of public revenue: up to Parliament to enact legislation for that purpose—Absent specific statutory bar, taxpayer entitled to arrange affairs so as to reduce tax payable—T.C.C.’s elastic approach inconsistent with Court’s role, which is not to expand taxation principles depending upon taxpayers’ innovation—Error to synthesize components of hedge into single identifiable property—Term “convertible hedging” shorthand description of individual transactions taking place at approximately same time—Each transaction concerned with certain identifiable property—That transactions involve same investor(s) in related security transactions, not justifying collapsing results of separate transactions into single property—Theory of T.C.C. based on financing of convertible hedge—T.C.C. pointed to right to rely on one component of hedge to satisfy margin requirements of other component—Necessary to understand margin arrangements referred to by T.C.C.—Since value of shares could decrease, broker requires customer to maintain margin (cash or securities) in account—In case of non-hedged transactions, 50% of price at which convertible securities acquired or common shares sold short must be in customer’s account—But, under convertible hedge strategy, brokers waived 50% margin requirement as of view convertible security purchased, proceeds from short sale of common shares each hedged loss that might be incurred from the other—Only amount at risk was premium and that amount had to be put up, in cash—In result, minimal financing required to engage in convertible hedge strategy—Brokers’ willingness to forego usual 50% margin

**INCOME TAX—Continued**

requirement convinced T.C.C. convertible hedge separate identifiable property—T.C.C. erred in thinking right to rely on one component of hedge to satisfy other component’s margin requirements was right that gave convertible hedge separate identifiable property status—ITA not commercial code—Application of ITA relies on general law of property—Reference to broader commercial law to give meaning to words well defined outside Act—Convertible security used to satisfy margin requirements separate identifiable property belonging to investor, whose ownership rights not altered because part of convertible hedge—Rights existing in respect of short sale independent of convertible hedge involving short sale—Strategy of minimizing risk not transforming separate properties into single property—Margin arrangements might be seen as contractual overlay on each convertible hedge component, reflecting how taxpayers, brokers dealt with their property—While ITA definition indeed broad, does not grant licence to courts to create, for income tax purposes, new type of property not recognized outside Act—Nothing in record supported T.C.C.’s view brokers’ practice of waiving usual margin requirements gave taxpayers “legally enforceable claim”—This was mere accommodation which could be cancelled at broker’s option—Under customer agreements, brokers have discretion as to margin required, could demand additional margin at any time—Furthermore, synthesizing acquisition of convertible securities with short sale of common shares constitutes re-characterization of effect of transactions and that, says S.C.C., is permissible only if label attached by taxpayer does not properly reflect transaction’s actual legal effect—Ordinary market transactions may not be re-characterized for tax purposes—Convertible hedge as separate identifiable property constituted new assessment basis created by T.C.C. in 2003, Minister’s limitation period for assessing having expired by 1998—Turning to issue of partnership, primary basis of reassessments, T.C.C. concluded taxpayers involved in adventures in nature of trade prior to considering whether might be in partnership, finally determined they were not—Under *Partnerships Act*, s. 2 no partnership unless there is business carried on in common with view to profit—Trading herein was a business—T.C.C. found, while business existed, was not being carried on as of understanding adventure in nature of trade is not carrying on business and, that being requirement for partnership, there was here no partnership—T.C.C. relied on *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 DTC 6370 (Ex. Ct.) in which Jockett P. concluded “with considerable hesitation” “carried on” did not go with word “adventure”—But *Tara* did not involve partnership and no authority for proposition adventure in nature of trade cannot be business for *Partnerships Act* purposes—S.C.C. has held partnership may be created for single transaction—*Lindley & Banks on Partnership*, 18th ed., 2002, stating “virtually any activity or

**INCOME TAX—Continued**

venture of a commercial nature, including a ‘one off’ trading venture, will be regarded as business for this purpose” (determination of existence of partnership)—That statement of law preferred to *Tara*—To illustrate no business being carried on, T.C.C. pointed to lack of business cards, advertisements, telephone lines—But doubtful partnership formed for single transaction needed these—In *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, Major J. noted adventure in nature of trade is not defined in ITA, is judicial creation to determine which purchase and sale transactions are of business nature, which of capital nature—This was important prior to 1972, when capital transactions were tax exempt—Wrong for T.C.C. to have adapted tax concept to separate issue of partnership—Court of view appellants were carrying on businesses in convertible hedging—Questions if, when parties begin carrying on business in common with view to profit is objective test determined by parties’ conduct—Trading activity not required—Setting up of accounts by each spouse, execution of cross-guarantees made it possible to maintain hedges, while triggering loss in one account—T.C.C. ignored evidence of marketing of win-win strategy, appellants’ motivation for engaging in strategy—Profits, tax deductions part of strategy, therefore part of same business—By setting up accounts, cross-guarantees, spouses began to carry on business in common with view to profit—That spouses denied were in partnership carries no weight—Nor is absence, existence of partnership agreement decisive—To suggest spouses established independent accounts would ignore convertible hedge strategy—Nor is finding of partnership dependent on equal profit sharing—Necessary only to ascertain profit-sharing agreement—Income splitting not requirement for partnership—Given margin requirements were minimal, cross-guarantees were of greater significance than source of contributions to satisfy margin requirements—T.C.C. mistaken in distinguishing binding authority *Schultz*, similarities between it, case at bar being overwhelming—That account opening documents represented appellants not in partnership not conclusive of legal effect of conduct—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 248(1) “property”—*Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, ss. 1(1) “business”, 2.

REZEK V. CANADA (A-463-03, A-462-03, A-465-03, A-464-03, A-466-03, 2005 FCA 227, Rothstein J.A., judgment dated 17/6/05, 46 pp.)

**PENALTIES**

Appeals from denial of judicial review applications seeking to set aside refusal by Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) to waive interest, penalties regarding income tax, GST liability—Under *Income Tax Act*, *Excise Tax Act* Minister having broad discretion to waive interest,

**INCOME TAX—Continued**

penalties—Minister issued guidelines setting out non-exhaustive list of factors considered in exercising statutory discretion, including taxpayer’s compliance record, whether causing undue financial hardship to demand payment—Exercise of discretion reviewable on unreasonableness *simpliciter* standard—Minister’s reasons for waiver refusal not withstanding somewhat probing examination—Appellants request on undue financial hardship—Fairness determination requiring calculation of taxpayers’ indebtedness to CCRA, assets available to discharge debts—Serious errors in CCRA’s calculations—Official considered amount of interest, penalties but not tax owing—Cannot determine hardship without considering taxpayer’s total indebtedness to CCRA—Calculation based on equity in property acquired in peak year in real estate market, ignored fact market sharply declined shortly after purchase—Purchase price not proving current value, amount for which property could now be sold, mortgaged—Appeals allowed, matters remitted to Minister for redetermination—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; Sch. VIII, s. 127)—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-13, s. 281.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 27, s. 127).

NAIL CENTRE AND ESTHETICS SALON V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (A-391-04, A-392-04, A-393-04, A-493-04, 2005 FCA 166, Evans J.A., judgment dated 5/5/05, 5 pp.)

**REASSESSMENT**

Appeal from decision (2004 FC 932), dismissing application for judicial review of tax official’s decision not to exercise discretion under *Income Tax Act* (ITA), s. 152(4.2) to permit reassessment for 1993, 1994, 1995 tax years outside normal reassessment period—S. 152(4.2) part of statutory scheme (referred to as “fairness package”) giving officials discretion to grant relief against certain ITA provisions, including deadlines for reassessing returns to reduce tax payable—Federal Court of Appeal to determine whether Judge chose, applied appropriate review standard—Determination of appropriate standard involves pragmatic and functional analysis, taking into account purpose of statutory scheme, scope of any privative clause, relative expertise of tribunal, reviewing Court, nature of question in dispute, with view to determining whether impugned decision reviewable on standard of correctness, reasonableness or patent unreasonableness—Judge applied patent unreasonableness standard, not having been referred to *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 197, in which F.C.A. applied reasonableness standard to tax official’s decision regarding discretionary relief under another part of “fairness package”—No relevant factor suggests review standard more deferential than reasonableness and Federal Court decisions in *Sharma v. Canada Customs and Revenue Agency*, 2001 FCT 584 and *Cheng v. Canada*, 2001 FCT 1114 disagreed with—Taxpayer one of many investors in real estate project, claimed

**INCOME TAX—Concluded**

investment losses for 1993, 1994, 1995 but, on April 8, 1997 losses disallowed upon reassessment on basis had no reasonable expectation of profit—Failed to object to reassessments within 90 days because mistakenly believed investors' accounting firm would do so—Evidence established accounting firm had undertaken to so file—Taxpayer contributed \$500 to fund to cover accountant's fees—Accounting firm not filing notice of objection for taxpayer because not having copies of reassessment notices—Taxpayer mistakenly supposed CCRA would have sent copies to accounting firm, as aware he was represented by them—Only in February, 2002 did taxpayer learn objection never filed—Taxpayer's evidence was that, due to dubious strategy, accounting firm did not apply for taxpayer's relief under s. 152(4.2) until December 6, 2002—On May 23, 2002, *Stewart v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 645, dealing fatal blow to "reasonable expectation of profit" theory, basis of impugned reassessments—Had taxpayer objected in time, would have benefited from *Stewart* but, as it was, only hope for relief was ITA, s. 152(4.2)—In denying relief, official relied on policy in Information Circular 75-7R3, para. 4(e): reassessment creating refund will be made although objection notice filed out of time provided refund application not based solely upon successful court appeal—Sound policy as CCRA must avoid flood of reassessment applications whenever court decision impacts on taxpayers' liability—But, on June 10, 2003, accounting firm requested reconsideration of decision as application not based solely on *Stewart*—There had been misunderstanding of procedural requirements, mistaken belief reassessments properly challenged—Official replied that there were no circumstances beyond accounting firm's control that prevented filing of objection, CCRA not responsible for errors of taxpayer's representative—Taxpayer requested further reconsideration, pointing out differential treatment accorded three others similarly situated—Official rejected request in November 4, 2003 letter, there being no error by CCRA, circumstances not beyond taxpayer's control—Letter wrongly stated fairness provisions unavailable to extend objection notice filing deadline—Appears official concluded relief precluded by fact refund application based solely upon *Stewart*—That reveals misapprehension of facts—Failed to address differential treatment of taxpayers, a relevant consideration—Denial of relief not reasonable—Appeal allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(4.2) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 125).

LANNO V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY)  
(A-478-04, 2005 FCA 153, Sharlow J.A., judgment dated 2/5/05, 11 pp.)

**PRACTICE****APPEALS AND NEW TRIALS**

Motion under *Federal Courts Rules*, rr. 54, 343 for determination of appeal book content as result of appeal,

**PRACTICE—Continued**

cross-appeal from Federal Court decision appellant infringed "Hilfiger Flag Logo" trade-mark, contrary to *Trade-marks Act*, s. 20—Appellant seeking order respondents pay for costs of appeal book on *pro rata* basis to requirements for inclusion of material, or order each party produce own appeal book, bear costs—Under r. 343(5), appeal book to be prepared by appellant unless Court ordering Administrator to prepare it—No cost-sharing provision in Rules—R. 400(6)(a) empowering Court to award costs in respect of particular issue or step in proceeding—Perhaps r. 400(6)(a) could be used to achieve result sought by appellant at preparation stage or when appeal disposed of—In case of abuse by respondent regarding appeal book content, Court can intervene to preserve right of appeal, prevent abuse of process—Intervention could take form of costs or costs-sharing order—Appellant alleging respondents intransigent, uncooperative so as to bring financial pressure to bear on appellant—Upon being served with motion, respondents reviewing material, admitted prior all-inclusive demands not tenable—Appellant challenging many findings of Trial Judge including intention to use "Explore Canada Design" as trade-mark—Evidence at trial, while not conclusive or not even revealing appellant's intent at first sight, should be included in appeal books—Number of appeal books filed bewildering, but parties must think it preferable to have documents at hand, even if ultimately not needed—But, in order to minimize unfairness, reduce costs, respondents directed to again review material to ascertain what should be discarded—Direction not ruling on intransigence allegations—Respondents allowed 20 days to report to Court result of review at which time content of appeal books to be finalized, motion disposed of—Order will reserve to panel hearing appeal right to adjudicate costs of appeal books irrespective of decision on merits—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196)—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 54, 343, 400(6)(a).

QUALITY GOODS IMD INC. V. TOMMY HILFIGER LICENSING INC. (A-45-05, 2005 FCA 145, Létourneau J.A., order dated 21/4/05, 6 pp.)

**COSTS**

Plaintiff's expungement claim dismissed with costs as was counterclaim for passing off, trade-mark infringement, depreciation of goodwill—Plaintiff seeking order directing assessment officer to award it costs until date of settlement offer, double costs thereafter—Also seeking order for assessment of costs at high end of Column IV, Tariff B—*Federal Court Rules*, 1998, r. 420(1) imposing two conditions to awarding double costs to party that made settlement offer: in writing and not revoked—These were met—Question whether offer was truly offer to settle as contemplated by rule—Defendant says it lacked element of compromise—If

**PRACTICE—Continued**

benefits of offer entirely one-sided, not offer within Rules—“Offer” inviting other side to capitulate while making no concession, is one-sided and double costs will not be awarded—But, unless benefits of offer are wholly one-sided, rule 420 is satisfied if offer clear, unequivocal, leaving other side only to decide whether to accept or reject it—Double costs should be awarded herein—Benefits not one-sided: in return for defendant discontinuing infringement, passing-off counterclaim, plaintiff would abandon trade-marks expungement efforts—Not fatal that offer not including concession as to costs—Court may vary costs order providing special directions under Rules, s. 403 not inconsistent with original order—Under r. 400, costs primarily matter of discretion—But Court not of view defendant’s costs should be reduced—While defendant did delay two years before withdrawing counterclaim for injunctive, other relief, it did suggest going to trial on counterclaim alone, thereby narrowing issues for determination, saving time, expense—Plaintiff’s reliance on r. 399, *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.) misplaced as offer to settle not something discovered after judgment necessitating variation of order—Under r. 422, offers may not be disclosed to Court prior to judgment, are outside type of unexpected circumstance to which r. 399 applicable—In seeking costs at high end of Column IV, Tariff B, plaintiff says case raised numerous issues as to trade-mark rights, relationship to domain names, novel evidentiary issues regarding Internet use at trial—Defendant argued Court may not adjust costs scale from column III to IV upon r. 403 motion for special directions: comments of O’Keefe J. in *Caricline Ventures Ltd. v. ZZTY Holdings Ltd.*, 2002 FCT 566—Court not in agreement with restrictive view of jurisdiction expressed in that case—While departure from Column III is exceptional, basic principle that Court has full discretionary power—For a summary of principles applicable on r. 403 motion, see opinion of Rothstein J.A. in *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 F.C. 451 (C.A.)—In *Conorzio*, while appeal was dismissed “with costs”, F.C.A. ordered lump-sum increase—Argument Court lacks jurisdiction to entertain costs increase motion once costs order made rejected in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 FCA 278—On this point, see also: *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 450—Logic of *CCH*, *Ludco* applicable herein: so long as moving costs from column III to IV not “inconsistent” with order appeal dismissed “with costs”, Court has jurisdiction to entertain motion—Increasing costs to certain extent, whether as lump sum or by resort to different tariff column, in line with r. 403—In *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2004 FC 1582, Lemieux J. went so far as to say no jurisdictional bar to awarding costs on solicitor-client scale after application denied with costs even though such awards reserved for rarest circumstances—

**PRACTICE—Continued**

Increased costs could not be granted where Court constrained by order “costs to be taxed on the ordinary scale”—In instant case, questions of law, evidentiary issues relating to Internet were novel, complex—Costs of both sides to be assessed under Column IV—*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 399, 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)), 403, 420(1), 422, Tariff B, Column III, IV.

ITV TECHNOLOGIES, INC. v. WIC TELEVISION LTD.  
(T-1459-97, 2005 FC 744, Tremblay-Lamer J., order dated 25/5/05, 16 pp.)

Appellant had sought judicial review of refusal to designate donated property pursuant to *Cultural Property Export and Import Act*, s. 32(2)—Court made interlocutory ruling deponents of affidavits filed by Minister need not answer certain questions upon cross-examination due to solicitor-client privilege—Appeal against ruling dismissed with costs—Appellant argues, absent extraordinary circumstances, costs awarded in respect of interlocutory proceedings not assessed until action concluded so premature to now assess these costs—Respondent’s submission that appeal to Federal Court of Appeal (F.C.A.) separate from Federal Court (F.C.) judicial review and F.C.A. judgment final, so those costs immediately assessable—Further argued judge hearing judicial review lacking jurisdiction as to F.C.A. costs award—At time of F.C.A. judgment, substantive issues of judicial review remained outstanding so F.C.A. judgment was, in broadest sense, interlocutory as not determinative of judicial review—Authorities referred to by appellant stand for sensible proposition single costs assessment should occur in given proceeding, including any interlocutory costs award—Still, doubtful F.C.A. final judgment disposing of appeal from F.C. interlocutory ruling falling within appellant’s authorities—F.C.A., considering hierarchy of courts, is beyond, outside bounds of any trial court proceeding—According to notion of “substantive right” in hierarchy of courts, F.C. interlocutory costs award is proceeding within, incidental to main proceeding, but F.C.A. costs award is not proceeding within main proceeding, notwithstanding its effect, in broadest sense, incidental to outcome of judicial review—Minister may proceed with costs assessment—Bill of costs for fees, disbursements modest, should be allowed as presented—*Cultural Property Export and Import Act*, R.S.C., 1985, c. C-51, s. 32(2) (as am. by S.C. 1991, c. 49, s. 218).

WILLIAMSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(A-322-04, 2005 FCA 219, Stinson A.O., assessment dated 8/6/05, 6 pp.)

Appeal from Federal Court order declining to hear motion for directions as to costs under *Federal Courts Rules*, r. 403 on ground *functus*—R. 403 motion must be considered statutorily sanctioned procedure for amendment or variation

**PRACTICE—Continued**

of judgment: *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 F.C. 451 (C.A.)—R. 403 overriding more general requirements for judgment reconsideration in rule 397—Statement in *AB Hassle v. Genpharm Inc.*, 2004 FC 892, that r. 403 not providing avenue to vary order that specifies costs to be awarded, wrong—Based on misconception of facts in *Consorzio* in which judgment included order for costs, and on decision in *Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, 2002 FCA 98, which was distinguishable in that party sought under r. 403 costs in other courts, proceedings—*Res judicata, functus officio* doctrines not applicable—Judge seized with motion must entertain, dispose of it—Motion can be denied if considered vexatious—Brief discussion of costs recorded in transcripts not supporting submission counsel for Apotex waived right to claim elevated costs—In agreeing to costs “in the cause”, counsel only agreeing on party to bear costs, not quantum—Appeal allowed with costs—*Federal Courts Rules*, SOR/198-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 397, 403.

APOTEX INC. V. CANADA (A-381-04, 2005 FCA 128, Décaré J.A., judgment dated 12/4/05, 4 pp.)

**PARTIES***Standing*

Issue whether deceased claimant’s estate can continue outstanding Canada Pension Plan (CPP) claim based on allegation CPP provision violates *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 equality rights—Ethel, Reginald Vincent lived common-law from 1974 to 1986—In 1996, Ms. Vincent applied for Division of Unadjusted Pensionable Earnings under CPP—At that time, credit-splitting provisions applied to common-law partners who separated in 1987 or later—She took position January 1, 1987 cut-off date violated Charter equality guarantee—Minister rejected application and Ms. Vincent died before appeal to Review Tribunal heard—Minister moved for dismissal, arguing estate lacked standing to maintain Charter application but Tribunal distinguished authorities cited as ones where attempts made to commence litigation after death while here estate just continuing existing proceeding—MacKay J. denied Minister’s judicial review application: *Canada (Attorney General) v. Vincent Estate*, 2004 FC 1016, agreeing that no authority cited by Minister stood for proposition Charter claim commenced by claimant terminates upon claimant’s death and may not be carried forward by estate—Parties agreed that should Charter attack on legislation prevail, financial benefits at stake as grandchild would have survivor benefits increase—Framing dismissal motion as matter of standing served Minister poorly as focussed attention on status, procedure rather than on nature of rights estate seeking to enforce and when Minister’s authorities reviewed from substantive rights perspective, they

**PRACTICE—Continued**

fail to support conclusion urged upon Court by Minister—Meaning of word “standing”—CPP contemplates estate may apply for credit-splitting (s. 53.3(1)) so estate may bring and, by extension, continue credit-splitting application and thus has standing in sense of capacity—Also has sufficient interest as only entity capable of pursuing claim—Nor can question of justiciability arise, given statutory basis for credit-splitting—Only questionable “standing” issue is estate’s entitlement on merits—Question raised by this appeal is whether constitutional rights can be crystallized during lifetime so can be pursued after death—Minister arguing estate not person, so cannot claim benefit of s. 15, which begins “Every individual . . .”—Careful reading of cases cited by Minister revealing that, while employing language of standing in dismissing claims, underlying rationale that remedy estate seeks can be invoked only by one whose rights infringed—Minister further argued Charter rights, being personal to individual, do not survive death—Question whether estate’s right to initiate proceedings in respect of constitutional rights is matter of provincial survival of actions legislation i.e. whether constitutional rights so inherently personal that exist outside survival of actions legislative framework—Would appear Ontario Court of Appeal (O.C.A.) of opinion issue not one of survival of actions: *Hislop v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 641 (C.A.), case concerning benefits cut-off date for same-sex couples—In *Hislop*, O.C.A. applied British Columbia Court of Appeal decision holding s. 15 rights personal, die with person, cannot be enforced by estate, separate, artificial entity—But such authorities do not preclude possibility constitutional rights could be crystallized by appropriate action during person’s lifetime—This issue not argued and Court unwilling to decide without benefit of argument by counsel—Matter returned to Review Tribunal for full hearing and, should appeal be taken therefrom, Court will have before it full record, Tribunal’s analysis of issues—Appeal dismissed—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985 (Appendix II, No. 44)], ss. 15, 24—*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5, s. 53.3 (as enacted by S.C. 1986, c. 38, s. 23).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. VINCENT ESTATE (A-403-04, 2005 FCA 272, Pelletier J.A., judgment dated 15/8/05, 14 pp.)

*Federal Courts Rules*, r. 369 motion by City of Ottawa to dismiss appeal from Federal Court decision granting City’s application to quash Canadian Human Rights Tribunal decision appellant fired by City contrary to *Canadian Human Rights Act*—Though named as respondent in judicial review application, appellant not filing notice of appearance pursuant to r. 305 and, while at hearing, neither addressing Court nor

**PRACTICE—Concluded**

questioned by Judge—CHRC not appealing—Not to be inferred from failure to file notice of appearance appellant not intending to contest City's application, waived rights as party—Instead appellant left it to Commission counsel to represent her interest, public interest—Grave step to deprive respondent in proceeding below of right of appeal on technical ground advanced by City—Rules not saying only parties filing notice of appearance may appeal—Only consequence of failure to file is disentitlement to be served documents, unless Court orders otherwise: r. 145—City arguing gap in rules ought be filled, under r. 4, by analogy to *Ontario Rules of Civil Procedure*, r. 61.04(1.1)—Arguing Ontario rule precluding party not filing notice of appearance from appealing—No gap in *Federal Courts Rules*—That prescribe fewer consequences for failure to file notice of appearance than provincial rules not constituting gap—Even Ontario rule cited not saying only respondent filing notice of appearance may appeal—No judicial authority supporting proposition urged by City—Motion denied with costs to appellant in any event of cause—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 145, 369—*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 61.04(1.1) (am by O. Reg. 14/04, s. 31)—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.

OTTAWA (CITY) v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (A-25-05, 2005 FCA 110, Evans J.A., order dated 31/3/05, 4 pp.)

**TRADE-MARKS****INFRINGEMENT**

Since 1987 A&W selling "Chicken Grill" sandwich—Trade-mark for product registered in 1988—McDonald's selling "Chicken McGrill" sandwich since 2001—A&W alleges trade-mark infringement, says mark confusingly similar, defendant preyed upon marketplace goodwill—Defendant arguing A&W's mark invalid as lacking distinctiveness—A&W's "Chicken Grill" sells for \$3.89, generates \$8-10 million in revenue per year—McDonald's product sells for \$3.49, generates \$30 million per year—Prevailing view of Canadian case law that *Trade-marks Act*, s. 19 prohibits only use of identical mark: *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 F.C. 91 (C.A.)—Nor was there any clear support in English cases for argument use of mark encompassing another's trade-mark amounts to infringement—Few English cases, courts holding "identical" could extend to situations where defendant used another's mark in combination with other words—In one such case, English Court of Appeal questioned proposition here urged for A&W, noted issue soon to be addressed by European Court of Justice—That Court held no infringement unless two elements compared same in all respects—Evidence not demonstrating prefix "Mc" so insignificant would go unnoticed by average

**TRADE-MARKS—Continued**

consumer—Principal issue whether defendant's use of "Chicken McGrill" causing confusion with A&W's mark, contrary to Act, s. 20(1)—A&W submitting case of "reverse confusion" in that customers caused to suppose plaintiff's goods originating with defendant—While novel argument in Canadian law, arguing reverse confusion implicitly recognized by Act, s. 6—Concept recognized in American law whereunder, according to law text author J.T. McCarthy, considered highly fact-specific situation, arising where junior user with greater financial resources saturates market with advertising of confusingly similar mark thereby overwhelming marketplace power, value of senior user's mark—But leading American case *A&H Sportswear Co., Inc. v. Victoria's Secret Stores, Inc.*, 167 F. Supp. 2d 770 (E.D. Pa. 2001) not insisting on proof of factual scenario described by McCarthy—Court explaining that, as with more typical direct confusion claim, likelihood of confusion key—Court referring to 10 factors to be considered in any confusion case, all of which to be weighed since no single one dispositive—Canadian Act sufficiently broad to cover both forward and reverse confusion, both being actionable and same criteria being applicable—No necessity for reliance on American legislation, case law or text authority—Evidence of actual confusion on part of A&W customers very weak—Survey evidence suggesting McDonald's more likely than any other restaurant to be misperceived as "Chicken Grill" source but defendant's expert disputed reasoning—Survey evidence not demonstrating confusion—Evidence revealed vast majority not associating "Chicken Grill" with any restaurant—Statistical evidence not proving confusion—Conflicting linguistic expert evidence suggesting "Mc" prefix meaningful, significantly reducing likelihood of confusion as to product source—A&W's "Chicken Grill" mark neither well-known nor associated with plaintiff while "Chicken McGrill" strongly associated with McDonald's—Wares virtually identical, sold in environment affording purchasers little opportunity for reflection on their choices—Substantial advertising needed to establish brand awareness for such products and plaintiff not marketing its product aggressively since 1997—Defendant spent \$1.2 million advertising "Chicken McGrill" in 2002—Considering nature of trade, most unlikely purchaser of "Chicken Grill" would think it came from McDonald's even though product's name somewhat similar to McDonald's sandwich—Competitive nature of industry militating against potential for either forward or reverse confusion—Use of "Mc" prefix minimized likelihood of forward confusion—As for reverse confusion, nothing inherent in words "chicken", "grill" pointing to defendant—Plaintiff's reverse confusion allegation not established—As to depreciation of goodwill, little evidence consumers making connection between two marks or that plaintiff's reputation damaged—Nor did claim based on loss of control of registered trade-mark arise from these circumstances—Plaintiff free to use its mark as it sees fit; defendant not using A&W's mark—No basis for claim of

**TRADE-MARKS—Continued**

loss of goodwill—McDonald's counterclaim, that "Chicken Grill" invalid mark for lack of distinctiveness rejected—That "Chicken Grill" neither widely known nor readily associated with A&W not sufficient for Act, s. 18(1)(b) purposes—Not showing A&W's mark so devoid of distinctiveness that it failed to distinguish A&W sandwich from wares of other

**TRADE-MARKS—Concluded**

restaurants—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 18(1)(b), 20(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196).

A&W FOOD SERVICES OF CANADA INC. v. MCDONALD'S RESTAURANTS OF CANADA LTD. (T-2023-01, 2005 FC 406, O'Reilly J., judgment dated 23/3/05, 43 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-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffé de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire de la décision du ministre de divulguer des renseignements liés à une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (PSND) par la demanderesse relative à des comprimés de « Losec », utilisés dans le traitement de la dyspepsie—La demanderesse soutient 1) que la décision était nulle puisque la personne qui l'a prise n'avait pas compétence; 2) que les renseignements font l'objet d'une dispense de communication en vertu des art. 20(1)b) ou c) de la *Loi sur l'accès à l'information* ou parce qu'ils ne sont pas pertinents ou qu'ils ont été précédemment prélevés—« Losec » est le nom du magnésium d'oméprazole, qui bloque la sécrétion d'acide gastrique et soulage les douleurs dans le haut de l'abdomen—La demande d'accès à l'information vise deux parties de la PSDN : 1) la synthèse globale (méthodes, résultats, conclusions, évaluations de chaque étude) et 2) la monographie du produit (résumé des données dans une PDN qui, dans sa version définitive, est divulguée sur demande à tous les fournisseurs de soins de santé)—La demanderesse fait valoir que les renseignements représentent une compilation unique et devraient rester confidentiels—Elle avance aussi que les renseignements indiquent comment elle a obtenu son approbation réglementaire et que les connaissances ainsi acquises avantageraient un concurrent—S'agissant de l'argument touchant la nullité, aucun élément de preuve n'établit que le coordonnateur a pris la décision de divulguer les renseignements—En réalité, c'est un agent de la Section de l'évaluation de l'information scientifique et de propriété (SEISP) de Santé Canada qui a pris la décision—Le coordonnateur était habilité, en vertu du pouvoir délégué par le ministre, à décider de divulguer des renseignements; quant à la coordinatrice adjointe, elle n'avait pas le pouvoir de décider de divulguer des renseignements—La lettre communi-quant la décision contestée a été signée par la coordinatrice adjointe—La demanderesse fait valoir que le pouvoir de décider de divulguer des renseignements ne lui avait pas été délégué, et qu'elle n'avait pas les connaissances scientifiques requises pour évaluer les documents demandés—Le personnel de la SEISP possède quant à lui une excellente formation scientifique—La SEISP a examiné les documents

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

et recommandé que certains d'entre eux soient divulgués—La coordinatrice adjointe a examiné la recommandation, l'a adoptée et a transmis les documents au coordonnateur pour approbation—Le coordonnateur a pris la première décision de divulguer les renseignements sous réserve de l'obtention des observations de tiers—La demanderesse a été avisée et a présenté des observations, à la suite de quoi une deuxième décision a été rendue, cette fois signée par la coordinatrice adjointe—Le coordonnateur a pris sa retraite et aucun élément de preuve n'a été présenté par lui—La coordinatrice adjointe ne se souvenait pas de cette décision en particulier, mais suivant le processus habituel elle aurait obtenu une décision verbale du coordonnateur—Ce témoignage est suffisant, selon la prépondérance de la preuve, pour établir que le coordonnateur a pris la décision de divulguer les documents—Rien dans la Loi n'empêche le décideur de demander au personnel du ministère de formuler des recommandations—Vu l'analyse technique approfondie que commandent les demandes d'accès, restreindre ce processus paralyserait le fonctionnement de la Loi—Selon l'arrêt *Cyanamid Canada Inc. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 390 (C.A.F.), le bon sens dicte que le décideur soit guidé par des fonctionnaires ayant une connaissance de première main des questions, pour autant que le décideur prenne, en fin de compte, la décision—La décision contestée n'est pas nulle—La demanderesse admet que les renseignements sur les essais cliniques sont en grande partie du domaine public mais elle soutient que c'est le mode de compilation qui est confidentiel—Mais un tiers ne peut pas prendre des renseignements auxquels le public a accès, les emballer différemment et créer ainsi un voile de confidentialité—Ni le processus réglementaire ni la nature de la relation entre un demandeur et l'organisme de réglementation ne justifient de réclamer la confidentialité—Aucun élément de preuve ne démontre que les renseignements de cette nature sont gardés confidentiels une fois le produit approuvé—Aucun élément de preuve comparatif n'a été fourni concernant d'autres pays ayant des régimes similaires—Les renseignements sur les dates et les numéros de page sont purement administratifs, et non

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

techniques, scientifiques, financiers ou commerciaux—La demanderesse n'a pas établi que la divulgation de ces renseignements lui causerait un important préjudice—Bien que le « Losec » soit un produit important pour la demanderesse, celle-ci n'a pas établi l'existence d'un préjudice minimal « important »—Le préjudice invoqué est hypothétique et n'est pas du type que la Loi vise à éviter—La connaissance du processus réglementaire et de la façon dont un demandeur a pu obtenir l'approbation gouvernementale n'est pas un renseignement de tiers—L'argument voulant qu'un concurrent obtienne plus facilement l'approbation réglementaire ne tient pas compte du fait que chaque demandeur et chaque drogue sont différents et sont traités par les organismes de réglementation selon leurs propres caractéristiques—L'argument dit de la « longueur d'avance » a été rejeté dans l'arrêt *Cyanamid*—La demanderesse soutient que la divulgation est susceptible de générer de la publicité négative à son endroit, mais les renseignements ne divulguent rien sur les résultats des essais cliniques—Les problèmes potentiels de relations publiques sont au mieux hypothétiques—La demanderesse n'a pas convaincu la Cour que la partie des observations de l'examineur que le ministre a choisie de divulguer représente des renseignements confidentiels ou que la divulgation de ces renseignements causera un préjudice important—S'agissant des documents non pertinents ou non prélevés, la Cour, dans *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2005 CF 189 (*AstraZeneca #1*) a fait une distinction d'avec la décision *Cistel Technology Inc. c. Canada (Service correctionnel)*, 2002 CFPI 253, et a renvoyé à *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. M.R.N.*, 2003 CF 1037; l'opposition fondée sur des motifs de pertinence en l'espèce est rejetée pour les mêmes motifs—En ce qui concerne l'argument que le ministre ne peut changer d'idée une fois qu'il a pris sa décision concernant la divulgation, une distinction peut-être faite d'avec la décision *Matol Botanique International Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 860 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—Les circonstances en l'espèce sont similaires à celles de l'affaire *AstraZeneca #1*, et pour les motifs formulés dans les motifs additionnels l'opposition à la divulgation des renseignements non prélevés est rejetée—Demande rejetée—*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)b),c).

ASTRAZENECA CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1633-01, 2005 CF 645, juge Phelan, ordonnance en date du 9-5-05, 14 p.)

**BIENS CULTURELS**

Contrôle judiciaire d'une décision du ministre du Patrimoine canadien selon laquelle la Fort Saskatchewan Historical Society (FSHS) ne remplissait pas les conditions

**BIENS CULTURELS—Fin**

requis pour être désignée comme établissement de catégorie B sous le régime de l'art. 32(2) de la *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels* (LEIBC)—La demanderesse a fait don de biens d'intérêt historique à la FSHS avant que celle-ci n'obtienne la désignation visée à l'art. 32(2)—Le ministre du Patrimoine canadien a interprété l'art. 32(2) suivant un guide de politique qui porte que l'établissement doit être désigné avant que le don ne soit fait, de sorte que, une fois celui-ci effectué, le donateur n'est plus admissible au bénéfice des avantages fiscaux applicables aux dons de « biens culturels attestés » sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR)—La norme de contrôle judiciaire applicable est celle de la décision correcte, étant donné qu'il s'agit d'interprétation du droit—L'objet et l'économie de la LEIBC ont été résumés par le juge Rothstein dans *Art Gallery of Ontario c. Canada (Commission d'examen des exportations de biens culturels)*, [1994] 3 C.F. 691 (1<sup>re</sup> inst.)—La LEIBC et les modifications de la LIR ont pour objet d'assurer la conservation au Canada du patrimoine national par l'action combinée de contrôles à l'exportation, de droits préférentiels d'acquisition pour certains établissements culturels désignés et de dégrèvements fiscaux pour les personnes souhaitant faire don de biens culturels à ces établissements—La LEIBC et les modifications de la LIR ont aussi créé un droit limité d'expropriation dans le cas où des biens canadiens sont mis en vente—La personne qui fait un don à un établissement désigné sous le régime de l'art. 32(2) peut demander à la Commission canadienne d'examen des exportations de biens culturels d'établir si l'objet en question est un bien culturel pour l'application de la LEIBC et de fixer sa juste valeur marchande—Si la Commission conclut que le don remplit les critères de la LEIBC, il est délivré au donateur un certificat fiscal visant des biens culturels—Le donateur jouit alors d'avantages fiscaux relativement à ses gains en capital, ainsi que d'un crédit ou d'une déduction d'impôt—Le contexte exige que l'art. 32 soit interprété comme formant un tout—Les art. 32(2) et (3) ne sont pas indépendants, mais conçus pour être appliqués dans le contexte des avantages fiscaux que prévoit l'art. 32(1)—L'objet principal de la désignation est la création des avantages fiscaux—L'art. 32(1) porte « désigné », et non « désigné ou devant être désigné »—En outre, le libellé des dispositions de la LIR auxquelles renvoie l'art. 32(1) de la LEIBC montre à l'évidence que l'établissement doit avoir été désigné au moment où le don est effectué—Le ministre songeait peut-être à la situation difficile des petits établissements lorsqu'il a expliqué sa politique au moment de la présentation du projet de la LEIBC, mais il n'est pas resté trace de cette préoccupation dans le texte promulgué—Demande rejetée—*Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, L.R.C. (1985), ch. C-51, art. 32—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

WILLIAMSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1214-02, 2005 CF 954, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 6-7-05, 12 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

*Compétence de la Cour fédérale*

Le ministre a interjeté appel de la suspension d'une mesure d'interdiction de séjour—La demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue relativement à l'examen des risques avant renvoi n'était pas en état lorsque la requête en suspension a été entendue—La suspension devait expirer le 5 novembre 2004, sauf si à cette date, 1) la demande d'autorisation était en état, 2) la demande de résidence permanente de l'intimé, parrainée par sa femme qui était une résidente du Canada, était parachevée—Si ces deux événements survenaient avant l'échéance, la suspension était alors prolongée jusqu'à la décision sur la demande de résidence permanente—Le ministre se fonde sur l'art. 27 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui confère à la Cour d'appel la compétence pour connaître des appels interjetés des jugements définitifs et des jugements interlocutoires de la Cour fédérale—Toutefois, l'ordonnance est un jugement interlocutoire rendu relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'art. 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Habituellement les appels relatifs à ces ordonnances sont irrecevables en vertu de l'art. 72(2)e—Lorsque l'ordonnance portée en appel a été rendue, une demande d'autorisation était en instance, même si elle n'était pas encore mise en état—L'art. 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales* habitait le juge à connaître de la requête en suspension—L'ordonnance soulève à première vue un certain nombre de questions de droit—Toutefois, il ne serait pas approprié d'exprimer une opinion sur ces questions parce que, même si l'ordonnance comporte une erreur de droit, il s'agirait d'une erreur de droit commise dans le cadre d'un jugement auquel l'art. 72(2)e de la LIPR s'applique, et le législateur a établi que ce genre d'ordonnance n'est pas susceptible d'appel—En effet, un appel d'une telle ordonnance n'est pas possible, même si le juge a certifié une question—Le ministre a soutenu que l'appel doit être examiné parce que l'ordonnance était une ordonnance qui échappait à la compétence conférée à la Cour fédérale par la loi—Accepter cet argument retirerait tout son sens à l'art. 72(2)e—Il n'y a aucun doute que la requête en suspension a été dûment présentée au juge—L'art. 72(2)e empêche la Cour de connaître de l'appel du ministre, lequel doit être annulé pour défaut de compétence—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), (2)e—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 27 (mod., *idem*, art. 34).

EDWARDS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-253-04, 2005 CAF 176, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 11-5-05, 6 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## EXCLUSION ET RENVOI

*Personnes interdites de territoire*

Une résidente permanente demande le contrôle judiciaire de la décision portant que son premier fils est exclu de la catégorie du « regroupement familial » en raison de l'application de l'art. 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le fils est né en Chine hors des liens du mariage quand la demanderesse avait 18 ans—Dans sa demande de résidence permanente, la demanderesse n'a inscrit que son deuxième fils (né d'un mariage qui s'est plus tard terminé par un divorce) parce qu'étant donné qu'elle n'en avait pas la garde, son premier fils n'était pas une personne à charge—Elle n'a pas déclaré l'existence de son premier fils aux agents d'immigration au point d'entrée—La demande de parrainage du premier fils a été refusée sur le fondement de l'art. 117(9)d) (fils exclu de la catégorie du regroupement familial parce que son existence n'a pas été déclarée dans la demande de résidence permanente)—La Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel en concluant que l'art. 117(9)d) ne laisse aucun doute qu'il ne peut y avoir parrainage des membres de la famille n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle et dont l'existence n'a pas été révélée au moment de la demande de résidence permanente—La question de savoir si l'art. 117(9)d) a été correctement appliqué aux faits est une question mixte de fait et de droit à laquelle s'applique la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—Demande rejetée—Le Règlement est clair: peu importe le motif, la non-divulgaration qui empêche qu'une personne à charge fasse l'objet d'un contrôle exclut le parrainage futur de cette personne comme membre de la catégorie du regroupement familial—La demanderesse a choisi de ne pas inclure son premier fils comme enfant à charge dans sa demande, mais même si elle a été mal conseillée ou si elle a agi pour des motifs innocents, ce choix était délibéré—La demanderesse a soutenu qu'il y a eu manquement au principe de l'équité lorsque les agents du défendeur ne l'ont pas informée du sens de l'expression « enfant à charge »—Il pourrait être nécessaire, si cet argument était retenu, d'expliquer chacune des dispositions législatives et réglementaires—Le premier fils a la possibilité de demander la résidence permanente autrement qu'à titre de membre de la catégorie du regroupement familial—Il peut aussi présenter une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-8979-04, 2005 CF 678, juge Mosley, ordonnance en date du 12-5-05, 8 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Renvoi de réfugiés*

Le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, est devenu résident permanent en 1999—Il est maintenant interdit de territoire pour grande criminalité au sens de l'art. 36 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—La question en litige est celle de savoir si l'avis de la représentante du ministre, selon lequel le demandeur constitue un danger pour le public, renferme une erreur de droit—Rien dans la position du ministre n'indique que le demandeur n'est plus un réfugié—En sa qualité de réfugié, le demandeur ne peut pas être renvoyé à moins qu'il ne soit conclu qu'il constitue un danger pour le public: art. 115(1), (2)a) de la LIPR qui donnent effet aux obligations qui incombent au Canada en vertu de l'art. 33 de la *Convention de 1951 des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Il a été déterminé que le demandeur constitue « un danger pour le public au Canada »—Le renvoi d'une personne qui a qualité de réfugié est une exception au principe de non-refoulement prévu à l'art. 33 de la Convention et à l'art. 115(1) de la LIPR—L'avis de danger est une condition *sine qua non* au renvoi—L'avis de danger doit être donné sur la base de la criminalité, sans qu'il soit tenu compte des risques auxquels le réfugié peut s'exposer s'il est renvoyé dans le pays à l'égard duquel il a demandé l'asile—La conclusion que les antécédents judiciaires justifient l'avis de danger ne permet pas en soi le renvoi—L'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, porte que l'art. 7 de la Charte exige une pondération entre les risques auxquels s'expose la personne par suite de son expulsion et les effets préjudiciables si cette personne reste au Canada—Le représentant doit établir des « motifs clairs et distincts » quant à la question de savoir si le demandeur constitue un danger pour le public au Canada—Cette conclusion initiale doit être tirée indépendamment de toute pondération des intérêts opposés—Déclaré coupable d'une tentative de vol, le demandeur a été condamné à 20 jours d'emprisonnement et à une période de probation de 18 mois; pendant qu'il était en probation, il a été déclaré coupable de voies de fait graves et condamné à trois ans d'emprisonnement plus une peine d'emprisonnement concurrente d'un an pour possession d'une arme—Bien qu'il ne lui appartienne pas de dicter la façon de structurer l'avis de danger, la Cour craignait qu'un avis de danger qui commence par une évaluation des risques avant que des motifs clairs et distincts soient donnés au sujet du fait que le demandeur constitue effectivement un danger ne prête à confusion—La représentante a considéré que le danger était élevé, en soulignant la gravité des infractions et en précisant que ce n'était pas la première infraction du demandeur et qu'il était en probation lorsqu'il a commis la dernière infraction—Cela ne constitue pas une conclusion claire que le demandeur constitue un danger présent ou futur pour le public—La représentante a jugé que la nécessité de protéger la société

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

canadienne l'emportait sur les questions d'ordre humanitaire et elle a donc conclu que le demandeur constituait un danger pour le public—On a considéré que les mots « examiné et soupesé tous les aspects de l'affaire » faisaient allusion au danger qui existerait pour le public si le demandeur restait au Canada ainsi qu'aux risques auxquels il s'exposerait s'il était expulsé—Il semble que les « questions d'ordre humanitaire » comprennent les risques liés à l'expulsion—Cependant, tant qu'une conclusion n'avait pas été tirée sur le danger, il ne pouvait être question de renvoyer le demandeur au Sri Lanka—La représentante du ministre n'a pas apprécié la nécessité de fournir des motifs clairs et distincts quant à la question du danger, indépendamment de la pondération des intérêts opposés qui ne devient pertinente qu'à un stade ultérieur—L'avis de danger a été annulé à cause de l'erreur de droit qui ressortait à la lecture du dossier et l'affaire a été renvoyée pour nouvelle décision par un autre représentant du ministre—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36, 115(1),(2)a)—*Convention de 1951 des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, art. 33, 28 juillet 1951, [1969] R.T.Can. n° 6—*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.

RAGUPATHY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3377-04, 2005 CF 834, juge en chef Lutfy, ordonnance en date du 13-6-05, 9 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Le défendeur, atteint de schizophrénie paranoïde chronique, constitue un danger pour la sécurité publique—Il a été sous la garde de l'Immigration de 1999 à 2004—La Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SAI) a ordonné sa mise en liberté sans conditions en août 2004—Le ministre demande le contrôle judiciaire de cette décision, soutenant que le tribunal a commis une erreur en omettant de fournir des motifs impérieux de s'écarter des décisions rendues lors des précédents examens des motifs de détention, et en concluant que la détention était devenue indéterminée—Le ministre prétend que la décision du tribunal de ne pas rattacher de condition à la mise en liberté était abusive—Né en Jamaïque, le défendeur est arrivé enfant au Canada mais n'a jamais acquis la citoyenneté canadienne—Les premiers symptômes de maladie mentale se sont manifestés à l'adolescence—Le défendeur a un lourd casier judiciaire—En avril 1999, à la suite du règlement de certaines accusations, il a été mis sous la garde de l'Immigration et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui—L'appel de cette mesure s'est retrouvé devant la C.S.C. mais l'autorisation d'interjeter appel a été refusée—La SAI a accordé une

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

nouvelle audience et le défendeur a encore été débouté mais le juge Russell a ordonné la tenue d'une nouvelle audience, au terme de laquelle la SAI a réservé sa décision—Le défendeur a également demandé une dispense ministérielle fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, et a aussi déposé une demande de redressement auprès du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDHNU)—Il est présentement détenu au Centre de santé mentale de Penetanguishene—Son état mental s'était détérioré au point qu'on l'a jugé inapte à assister au dernier contrôle des motifs de détention—La présidente de l'audience a conclu que le défendeur resterait vraisemblablement un danger pour la sécurité publique mais a signalé que le pouvoir de maintenir la détention existe uniquement aux fins d'assurer le renvoi du Canada—La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'autorise pas la détention en vue d'imposer un traitement médical—Des dispositions ont été prises à l'été 2001 en vue du renvoi mais, trois ans plus tard, le défendeur était toujours au pays—Quant à savoir si le maintien de la détention était conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la Charte, le tribunal s'est reporté à *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.), examinant les motifs de la détention, la durée de cette détention, les retards imputables au défendeur, ainsi que les solutions de rechange à la détention—Même si le défendeur demeure un danger pour la sécurité publique, il y a violation de la Charte si la détention est de nature indéterminée—Bien que la détention dure depuis plus de cinq ans, la cause est loin d'être réglée—Le ministre s'est engagé à ne pas renvoyer le défendeur tant que le CDHNU ne se sera pas penché sur le dossier—En ordonnant la mise en liberté, le tribunal a refusé d'imposer des conditions, estimant que le défendeur ne s'y conformerait pas—En raison des préoccupations liées à la sécurité du public, la détention du défendeur a été maintenue sous le régime de la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario—Argument préliminaire: la demande est théorique étant donné que le défendeur est présentement détenu en vertu d'une loi ontarienne et qu'il suit un traitement dans cet établissement à titre de malade en placement non volontaire, de sorte qu'il n'y a rien à gagner à renvoyer l'affaire au tribunal—L'affaire n'est pas théorique étant donné qu'il subsiste un litige entre les parties concernant le contrôle que peuvent exercer les autorités de l'Immigration sur le défendeur—En le mettant en liberté sans conditions, les autorités de l'Immigration ont perdu le contrôle sur le défendeur qui, s'il avait été en mesure de comprendre les répercussions de la décision du tribunal, aurait pu quitter Penetanguishene durant la période de 48 heures qu'il a fallu pour le détenir aux termes de la *Loi sur la santé mentale*—Aucune assurance n'existe que les autorités de l'Immigration seront avisées si la détention aux termes de la Loi prend fin—Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, [2004] 3 R.C.F. 572, la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Cour d'appel fédérale a statué que bien que le tribunal ne soit pas lié par les décisions antérieures, le commissaire qui choisit d'aller à l'encontre de ces décisions doit fournir des motifs impérieux pour justifier sa décision, à savoir expliquer expressément ce qui l'a mené à ce nouvel avis—En l'espèce, les motifs ont été exposés soigneusement et en détail, conformément à la norme imposée par la C.A.F.—Aucune nouvelle preuve n'a été présentée et la situation du défendeur n'a pas changé, ce qui constitue le point essentiel de la décision—Malgré que cinq années se soient écoulées, il n'y avait pas de fin prévisible aux procédures judiciaires—Dans *Sahin*, le juge Rothstein a signalé que la détention aux fins d'immigration ne peut pas durer indéfiniment—Lorsqu'il reste un certain nombre d'étapes à accomplir avant le renvoi, et qu'on ne sait pas combien de temps il faudra pour mener à bien ces étapes, une détention de longue durée peut être considérée comme « indéterminée »—Selon le juge Rothstein, la détention pendant une longue période peut constituer une privation de liberté qui n'est pas conforme à l'art. 7 de la Charte—La période de détention examinée dans l'affaire *Sahin* était de seulement 14 mois—La question de savoir si la détention est devenue indéterminée est une question mixte de fait et de droit—Vu les faits inhabituels en l'espèce, la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable—La conclusion du tribunal sur cette question tiendrait si on lui appliquait la norme plus exigeante de la décision raisonnable—La commissaire a mis en balance le danger pour la sécurité publique et les quelque cinq années et demie passées en détention, sans qu'il n'y ait de fin prévisible du litige—La conclusion que le moment de la mise en liberté était venu était une conclusion que la commissaire pouvait tirer raisonnablement—En revanche, les motifs pour n'attacher aucune condition à la mise en liberté sont brefs et même laconiques : « Compte tenu de son état mental, je ne lui impose aucune condition pour le moment »—Comme le juge Russell l'a souligné dans le cadre du contrôle de la décision de la Section d'appel de l'immigration en l'espèce, « les lois provinciales applicables auraient dû être utilisées depuis longtemps pour lui assurer [au défendeur] le traitement dont il a besoin pour sa maladie et le maintenir sous garde dans une institution appropriée jusqu'à ce qu'il cesse d'être un danger pour lui-même et pour le public »—En décidant de ne pas rattacher de condition à la mise en liberté, la commissaire a suivi un raisonnement abusif—C'est précisément à cause de l'état de santé mentale du défendeur et du danger qu'il constitue pour la sécurité publique qu'il aurait fallu rattacher des conditions strictes—À tout le moins, la mise en liberté aurait dû être subordonnée à la preuve que le défendeur recevait des soins médicaux appropriés à titre de malade en placement non volontaire dans un établissement sûr—Cet élément de la décision du tribunal ne saurait être confirmé car il est manifestement déraisonnable—Demande accueillie en partie—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

L.C. 2001, ch. 27—*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7—*Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. ROMANS (IMM-7277-04, 2005 CF 435, juge Mactavish, ordonnance en date du 1-4-05, 26 p.)

Appel des questions certifiées par le juge Gibson dans une décision (2004 CF 1120) dans laquelle il a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion—L'appelant était interdit de territoire pour grande criminalité—Question 1 : la prise d'une mesure d'expulsion en vertu de l'art. 45*d*) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) contre un résident permanent reconnu coupable d'infractions criminelles punies par un emprisonnement de deux ans ou plus ainsi que le régime mis en place par la LIPR mettent-ils en cause l'art. 7 de la Charte?; question 2 : le cas échéant, le régime mis en place par la loi est-il, compte tenu des faits particuliers de l'affaire, conforme aux exigences de l'art. 7?—L'appelant est arrivé au Canada de la Jamaïque en 1987 et est devenu résident permanent en 1993—En 1997, il a été reconnu coupable d'être entré au Canada par des moyens frauduleux—En 1998, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour pour possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et possession de produits de la criminalité—En 2001, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 10 ans et six mois relativement à sept chefs de trafic de cocaïne—Il soutient que, en vertu de l'art. 7, un résident permanent a le droit de demander qu'on soupèse son droit de rester au Canada par rapport à l'intérêt de la société canadienne de l'expulser—Il prétend qu'étant donné qu'il ne prévoit pas une telle pondération, l'art. 45*d*) contrevient aux exigences de justice fondamentale prévues à l'art. 7—Ayant présumé que le droit de l'appelant à la liberté est mis en cause par son renvoi, la Cour a ensuite examiné la question de la justice fondamentale—L'appelant a reconnu que le critère consiste à déterminer si la réparation, c'est-à-dire le renvoi, est exagérément disproportionné par rapport au préjudice subi par la personne—La justice fondamentale exige-t-elle la pondération distincte qui est obligatoire ou procède-t-on à la pondération uniquement quand il s'agit de déduire ou d'interpréter le contenu et la portée des principes mêmes de la justice fondamentale en vertu de l'art. 7?—Présumant sans trancher la question que, pour respecter les principes de justice fondamentale, il faut appliquer le critère de pondération, la Cour a conclu que le processus prévu par la LIPR ne porte pas atteinte à ces principes—En vertu de l'art. 25(1) de la LIPR, l'appelant peut demander une exemption de renvoi fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, ce qui signifie que la pondération qui est

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

obligatoire a été effectuée—Si la décision d'ordre humanitaire n'est pas rendue à temps, l'appelant peut demander à l'agent de renvoi de tenir compte de sa situation personnelle—Si la personne expulsée croit que l'agent de renvoi a omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la loi, elle peut demander un contrôle judiciaire et un sursis de renvoi—Si la Cour fédérale est convaincue qu'il existe une question sérieuse à trancher, que la personne subira un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients favorise celle-ci, un sursis peut être accordé en attendant le contrôle judiciaire—L'appelant n'est donc pas privé d'une pondération de ses droits et des intérêts de l'État—Les réponses aux questions certifiées sont les suivantes : 1) aux fins du présent appel, il n'est pas nécessaire de déterminer si le renvoi met en cause le droit à la liberté de l'appelant en vertu de l'art. 7 de la Charte; 2) aux fins du présent appel, le régime mis en place par la LIPR ne porte pas atteinte aux principes de la justice fondamentale—Appel rejeté—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 45*d*)—*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.

POWELL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-549-04, 2006 CAF 202, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 27-5-05, 6 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) a refusé de rouvrir une demande d'asile après que le désistement eut été prononcé—Le demandeur, un citoyen péruvien, est arrivé au Canada le 25 octobre 2003 à l'âge de 19 ans et a immédiatement déclaré son intention de demander l'asile—Pendant sa période de détention, il a rédigé dans sa langue maternelle un exposé dans lequel il expliquait sa demande d'asile—Il a été avisé de son obligation de donner à la SPR son adresse au Canada et de déposer son formulaire de renseignements personnels (FRP) dans un délai donné—Ce délai a expiré sans que les renseignements soient fournis—Le désistement de la demande d'asile a été prononcé le 27 novembre 2003 sans qu'aucun avis soit signifié au demandeur—Le demandeur a fourni son adresse à la SPR le 24 décembre 2003; le 8 janvier 2004, il a présenté son FRP pour dépôt et celui-ci a été accepté—Plus tard ce même mois, le demandeur a retenu les services d'un avocat qui en a avisé la SPR—La SPR n'a jamais informé le demandeur, que ce soit directement ou par l'entremise de son conseil, que le désistement de sa demande avait été prononcé—Le ministre n'a informé le demandeur que le désistement de sa demande avait été prononcé que lorsqu'il a demandé un permis de travail—Suivant l'art. 58(1) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, la Section peut prononcer le désistement d'une demande d'asile sans donner

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

au demandeur d'asile la possibilité d'expliquer pourquoi le désistement ne devrait pas être prononcé s'il n'a pas fourni ses coordonnées ni son FRP dans les 28 jours suivant la date à laquelle il a reçu le formulaire et si ni le ministre ni le conseil du demandeur d'asile, le cas échéant, ne connaissent ces coordonnées—La SPR n'aurait pas pu aviser le demandeur de sa décision sur le désistement (exigence des Règles, art. 61(1)) à la date où elle a rendu cette décision parce qu'elle n'avait pas son adresse, mais l'avis requis n'a jamais été donné—La décision de ne pas rouvrir la demande d'asile était fondée sur l'absence d'un déni de justice naturelle—Suivant l'art. 55(4) des Règles, la SPR accueille la demande visant à faire rouvrir l'affaire sur preuve du manquement à un principe de justice naturelle—La SPR a commis une erreur susceptible d'examen—Même si la SPR n'a pas pu, à la date du désistement, se conformer à l'art. 61(1) des Règles, elle n'était pas complètement libérée de l'obligation qui lui incombait en vertu de cette disposition—Le prononcé du désistement peut avoir des répercussions fatales pour des personnes comme le demandeur—Compte tenu de l'âge du demandeur et d'autres circonstances, la Cour était prête à supposer que le demandeur était vulnérable et désorienté, mais qu'il avait toutefois fourni son adresse moins d'un mois après le prononcé de la décision contestée—En fait, la SPR a refusé au demandeur, dans ces circonstances spéciales, la possibilité de tenter de la convaincre qu'aucun désistement n'aurait dû être prononcé ou elle lui a par ailleurs refusé la possibilité de demander le contrôle judiciaire du prononcé de désistement—Le droit d'une personne d'être avisée d'une décision qui influe énormément sur ses droits est au cœur du droit d'être entendu—Compte tenu des faits particuliers de l'affaire, la SPR ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'art. 55(4) des Règles parce qu'elle n'a pas observé un principe de justice naturelle—L'omission de donner un avis pourrait ne pas constituer un manquement aux principes de justice naturelle dans des cas qui suscitent moins de compassion qu'en l'espèce—*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règles 55, 58, 61.

GUTIERREZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5302-04, 2005 CF 841, juge Gibson, ordonnance en date du 15-6-05, 10 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le greffier de la citoyenneté canadienne par laquelle celui-ci a annulé le certificat de citoyenneté canadienne émis au demandeur en vertu de l'art. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*, 1993—Le demandeur est né en Russie d'une mère russe mariée à un citoyen canadien qui n'était pas le père biologique du demandeur—On ne sait pas qui est le père biologique du demandeur et on ne connaît pas sa

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

nationalité—Au moment de la naissance du demandeur, le mari croyait qu'il était le père biologique du demandeur et a cessé d'y croire peu de temps après, puis il a cessé de traiter l'enfant comme étant le sien—La mère du demandeur a présenté depuis l'étranger une demande d'obtention d'un certificat de citoyenneté canadienne pour l'enfant dans laquelle elle a mentionné que le mari était le « père naturel »—Le certificat a été délivré—La mère est retournée au Canada avec son enfant mais le mariage n'a pas tenu, la mère a demandé le divorce en alléguant la cruauté—La Cour supérieure de l'Ontario a rendu une ordonnance dans laquelle elle a déclaré que le demandeur n'est pas un enfant né du mariage et comme l'ex-mari de la mère du demandeur n'a pas traité le demandeur comme faisant partie de sa famille, elle n'a pas ordonné le paiement d'une pension alimentaire—L'ex-mari a communiqué avec le bureau de Citoyenneté et Immigration (le Bureau) et l'a informé que le demandeur n'était pas son enfant biologique et le Bureau a jugé que le demandeur vivait au Canada sans statut—Le Bureau a envoyé à la mère une enveloppe-réponse pour que celle-ci retourne le certificat de citoyenneté de son fils—Il n'existe aucune jurisprudence sur la signification du mot « parent » à l'art. 3 (1b) de la *Loi sur la citoyenneté*—L'art. 2 du *Règlement sur la citoyenneté*, 1993, définit « parent » comme le père ou la mère d'un enfant, que l'enfant soit ou non né dans le mariage—La Cour était d'accord avec le ministre que le mot « parent », sauf s'il est défini autrement, signifie parent biologique ou naturel—Lorsque l'on examine le mot « parent », on commence par la proposition que le lien entre une personne et un pays doit résulter de la naissance dans le pays ou d'un lien de sang avec un citoyen de ce pays, ou d'une autre relation clairement définie par le droit de ce pays—Le sens ordinaire du mot « parent » doit être défini de la même manière que la Cour suprême du Canada a défini le sens « ordinaire » du mot « enfant », c'est-à-dire, la progéniture légitime d'un parent, définition qui a grandement été élargie par la loi aux enfants illégitimes ainsi qu'aux enfants adoptés—La *Loi sur la citoyenneté* et le *Règlement sur la citoyenneté* modifient le sens ordinaire du mot « parent » au point d'englober un parent adoptif, mais seulement dans ce cas—Une dérogation au principe sûr du lien du sang dans le but d'établir qui est un « parent » exigerait l'existence d'une disposition législative claire à cet effet—Toutefois, l'art. 5(4) de la *Loi* prévoit l'attribution de la citoyenneté dans une « situation particulière et inhabituelle de détresse »—Demande rejetée—*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2 « enfant », 3(1b), 5(4)—*Règlement sur la citoyenneté*, 1993, DORS/93-246, art. 2 « parent », 26(3).

VALOIS-D'ORLEANS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-2174-04, 2005 CF 1009, juge Hughes, ordonnance en date du 20-7-05, 8 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision suivant laquelle le demandeur n'était pas réfugié au sens de la Convention parce qu'il était visé à l'art. 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*—Le demandeur, un citoyen iranien, affirme craindre de subir un préjudice grave, notamment d'être torturé et tué, en raison des opinions politiques qui lui sont imputées et de sa présumée appartenance à un groupe social particulier—Il vient d'une famille active en politique et il s'oppose au régime islamique actuel—Il est atteint de déficiences mentales—Le demandeur n'avait pas les moyens de consulter un psychiatre, mais un médecin, membre du Mujahedeen-e-Khalq (le MKO) (un groupe qui cherche à séculariser l'Iran), a rédigé des ordonnances médicales pour lui et lui a demandé de faire des enregistrements vidéo d'émissions du MKO en se servant d'une antenne parabolique—Étant donné que les antennes paraboliques sont illégales en Iran, l'enregistrement a été fait en cachette—Il a été ordonné au demandeur de comparaître devant le tribunal révolutionnaire islamique, mais le demandeur s'est caché—Sa maison a été fouillée et l'antenne parabolique a été découverte—Le demandeur s'est enfui de l'Iran—Sa demande d'asile en Australie a été rejetée—Le demandeur est venu au Canada avec l'aide d'un passeur—Interrogé par les autorités canadiennes, le demandeur leur a donné un faux nom, il a été détenu, il a plus tard dit la vérité et il a présenté une demande d'asile—La formation a conclu que le demandeur était membre du MKO, une organisation terroriste ayant commis des crimes contre l'humanité, qu'il n'était pas crédible lorsqu'il affirmait ne pas être au courant des activités terroristes du MKO et qu'il était complice de ces activités—Le demandeur était interdit de territoire en vertu de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Dans *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 511, la C.A.F. a statué que la question de savoir si une personne est « membre » d'une organisation terroriste est une question de droit à l'égard de laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié doit se voir accorder une certaine autonomie et que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable—La même norme s'applique à la conclusion selon laquelle le MKO est une organisation terroriste—Comme la formation est un tribunal spécialisé, ses conclusions quant à la crédibilité doivent être traitées avec une très grande retenue—La formation disposait d'éléments de preuve plus que suffisants pour conclure que le MKO est une organisation terroriste, de nombreux pays dont les É.-U. et l'Australie étant déjà arrivés à cette conclusion—Selon la jurisprudence, la notion d'appartenance doit être interprétée d'une façon libérale et n'exige pas une participation directe à des activités terroristes—La formation était convaincue que les activités auxquelles s'était livré le demandeur étaient suffisantes pour

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

faire de lui un membre de fait du MKO et un complice des activités de cette dernière—En faisant les enregistrements sur bande vidéo, il a appris les crimes commis par le MKO ou il a fait délibérément l'aveugle à ce sujet—La formation n'a pas dit pourquoi elle estimait que le demandeur n'était pas crédible sur certains aspects cruciaux de sa demande—Vu les faits, il n'était pas raisonnable de conclure que le demandeur était complice des activités du MKO—Il était important que le médecin, tout en étant un membre actif du MKO, était également le médecin traitant du demandeur, de sorte qu'il existait une relation spéciale qui pourrait avoir conféré un degré de contrôle du médecin sur le demandeur—La formation n'a pas examiné cette question—Vu les conclusions qui précèdent, il était inutile d'analyser l'interprétation faite par la formation de l'art. 1Fa) de la Convention—Demande accueillie; affaire renvoyée pour nouvelle décision—*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa)—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98.

ATABAKI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-8000-04, 2005 CF 969, juge Noël, ordonnance en date du 11-7-05, 17 p.)

*Résidents permanents*

La demande que la demanderesse a présentée en vue de parrainer son conjoint a été rejetée, parce qu'elle n'avait pas divulgué le fait qu'elle s'était mariée 11 jours plus tôt lorsqu'elle avait obtenu le droit d'établissement au Canada en 1992 en tant que résidente permanente—La Section d'appel de l'immigration (la SAI) a confirmé la décision de l'agent des visas—La demanderesse et sa mère ont demandé le statut de résidentes permanentes depuis les Philippines—Des visas ont été délivrés en août 1992—La demanderesse s'est mariée le 12 octobre 1992 et elle est arrivée au Canada le 23 octobre—Sur la fiche d'établissement, elle a répondu « non » à la question « avez-vous d'autres personnes à votre charge? »—Au sens de la loi en vigueur à ce moment-là, une personne à charge était une personne qu'il était possible de parrainer en tant que membre de la famille; par cela, on n'entendait pas une personne dépendant de soi pour sa subsistance—Elle a paniqué et écrit « célibataire » comme état matrimonial—Ils ont entretenu une relation à distance mais elle a donné naissance à un enfant en 1994—En 2002, elle a présenté une demande en vue de parrainer son mari à titre de parent—Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a considéré que la date déterminante de la demande était le 30 janvier 2002—CIC a interrogé la demanderesse, le sous-ministre a décidé de ne pas la renvoyer et elle a été déclarée admissible à parrainer son mari—On lui a expédié des formulaires avec une lettre l'avisant qu'ils avaient deux ans pour transmettre



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

leur demande dûment remplie au bureau des visas— Mais, à peine deux mois plus tard, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) ainsi que le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR) sont entrés en vigueur et l'art. 117(9)d) de la LIPR excluait de la catégorie du regroupement familial, dans le cas où le répondant était devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et n'a pas fait l'objet d'un contrôle—L'ambassade du Canada à Manille les a avisés que le mari n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial, parce qu'il n'avait pas fait l'objet d'un contrôle—La SAI a confirmé le refus, quoiqu'elle ait admis que la date déterminante de la demande était le 30 janvier 2002, avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, mais elle a expliqué que l'attribution administrative d'une « date déterminante » était sans effet en raison de l'art. 190 (la LIPR s'applique, dès l'entrée en vigueur de cet article, aux demandes présentées dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise)—La SAI a cité la décision *De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.F. 162 (C.F.)—La Cour a conclu, non sans hésitation, que la demande aurait dû être traitée sous l'ancien régime—En outre, l'art. 117(9)d) n'excluait pas la relation des conjoints, parce qu'à l'époque où la demande de résidence permanente avait été faite, le mari n'était pas un membre de la famille, mais n'était que son fiancé—N'eut-été l'entrevue que la demanderesse avait eue avec CIC et la lettre qu'elle avait reçue, la Cour aurait conclu que la LIPR s'appliquait—La décision était fondée sur la doctrine des attentes légitime—Comme, d'une part, on lui avait dit qu'elle avait deux ans pour remplir les formules et que, d'autre part, on ne lui avait pas précisé que son mari risquait de tomber dans une catégorie de personnes exclues dans deux mois et demi, la demanderesse pouvait légitimement supposer que l'ancien régime s'appliquerait—Le principe des attentes légitimes fait partie de l'équité procédurale—L'art. 190 de la LIPR, qui est un article transitoire, ne s'appliquait pas, parce que la demande n'aurait pas dû être en attente au moment où la LIPR est entrée en vigueur—Il ne fallait pas perdre de vue que la demanderesse était célibataire lorsqu'elle avait soumis sa demande de résidence permanente et qu'elle avait reçu son visa—Sens de « fait une demande » à l'art. 117(9)d) de la LIPR—À tout le moins, le processus de traitement de la demande était terminé lorsque le visa a été délivré; par conséquent, « à l'époque où cette demande a été faite », le mari n'était pas un membre de la famille de la répondante n'accompagnant pas cette dernière et, de ce fait, l'art. 117(9)d) du RIPR ne l'exclut pas—Selon l'argument du ministre, le processus de traitement de la demande ne s'est terminé que lorsque la demanderesse a obtenu le droit d'établissement, auquel moment l'existence du

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

mari n'avait pas encore été déclarée; par conséquent, il était un membre de la famille de la répondante n'accompagnant pas cette dernière et il était exclu, par application du RIPR—Il y avait lieu d'établir une distinction d'avec la décision *De Guzman*, puisque dans cette cause, la demanderesse du statut de résidente permanente était déjà mariée et avait des enfants—La Cour était en désaccord avec la décision *Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 510—Quoiqu'il puisse être à propos et préférable qu'un juge se range à la décision d'un autre juge de la même juridiction, il n'est tenu de suivre une décision dont le raisonnement n'emporte pas son adhésion—La demanderesse aurait pu être renvoyée du Canada en vertu de l'ancienne Loi pour fausses déclarations, de sorte que le « préjudice » aurait pu être évité en ne lui pardonnant pas—Son mari aurait pu être renvoyé en tant que personne parrainée par une répondante dont il a été statué qu'elle était interdite de territoire—La version française du Règlement appuie la conclusion selon laquelle la demande de résidence permanente et le statut lors de l'établissement sont des questions bien distinctes—Demande accueillie et affaire renvoyée pour nouvel examen—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 190—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9)d) (mod. par DORS/2004-167, art. 41).

DELA FUENTE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-78-05, 2005 CF 992, juge Harrington, ordonnance en date du 15-7-05, 14 p.)

## Motifs d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire du rejet d'une demande présentée en vertu de l'art. 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) afin d'être dispensé, pour des motifs d'ordre humanitaire, de l'obligation d'obtenir un visa d'immigrant à l'extérieur du Canada—Le demandeur, un citoyen du Costa Rica âgé de 35 ans, est arrivé au Canada en qualité de visiteur le 21 juin 1999 et a présenté une demande d'asile le 4 août 1999—Une mesure d'interdiction de séjour a été prise en mai 2000—La demande d'asile a plus tard été refusée—Dans l'intervalle, le demandeur a épousé la femme qui l'avait aidé à préparer sa demande d'asile—Depuis juin 2001, le demandeur est le beau-père attentionné de la fille de sa femme et le père aimant de la fille qu'il a eue avec sa femme en 2002—Après la décision défavorable rendue sur sa demande d'asile, le demandeur a présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) et a déposé une demande d'admission pour motifs d'ordre humanitaire—La demande d'ERAR a été refusée, il a été ordonné au demandeur de se présenter en vue de son renvoi le 11 février 2003 et le demandeur n'ayant pas obtempéré, un mandat d'arrestation a été lancé contre lui—Le demandeur avait emménagé chez son

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

beau-frère et n'avait pas avisé les autorités de l'Immigration de son changement d'adresse si bien qu'une lettre demandant des précisions sur sa demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire a été réexpédiée aux autorités de l'Immigration avec la mention « Déménagé »—Le demandeur a déménagé de nouveau en janvier 2004—Plus tard ce même mois, lorsqu'une agente d'immigration lui a téléphoné à son lieu de travail et lui a demandé sa nouvelle adresse et son nouveau numéro de téléphone, le demandeur a répondu qu'il ne les connaissait pas—Dans une lettre datée du 13 janvier 2004 qu'il a reçue à son lieu de travail, le demandeur a appris le rejet de sa demande de dispense pour motifs d'ordre humanitaire—Aucun motif n'a été donné dans la lettre pour expliquer le rejet—Le dossier comporte une « décision et motifs de décision » indiquant que la représentante du ministre n'était pas convaincue que le couple vivait ensemble dans une relation authentique, qu'elle trouvait curieux qu'une personne ignore l'adresse du lieu où elle habite et qu'elle était d'avis que le demandeur voulait cacher cette information—Questions en litige : 1) l'agente a-t-elle commis une erreur dans son examen des preuves concernant l'authenticité du mariage? 2) l'agente a-t-elle omis de prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants?—L'agente a commis une erreur quant au moment où les conjoints se sont rencontrés et se sont mariés—La conclusion selon laquelle le mariage avait été conclu « à la hâte » l'a amenée à considérer que le mariage n'était pas authentique et avait été conclu dans le but de permettre l'immigration—Le défaut du demandeur de fournir sa nouvelle adresse quand l'agente lui a téléphoné à son travail n'a aucun rapport avec la question de l'authenticité du mariage—Suivant les directives du ministère, le demandeur et le répondant doivent avoir la possibilité de répondre à toute question que soulève le cas et le fait de ne pas avoir donné cette possibilité au demandeur en l'espèce est à l'origine d'un manquement à l'équité—Les directives n'ont pas force de loi, mais elles peuvent aider la Cour à évaluer s'il y a eu un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire—Le demandeur a fait valoir que la brève mention qui est faite des enfants dans les motifs de l'agente ne satisfait pas à l'obligation d'être réceptif, attentif et sensible à l'intérêt des enfants, comme l'exigent l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et aujourd'hui l'art. 25(1) de la LIPR—Le ministre a cité l'arrêt *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 2 R.C.F. 635 (C.A.F.), pour soutenir qu'il incombe au demandeur de fournir une preuve au sujet de l'intérêt supérieur des enfants, mais qu'il a simplement fait état de son amour pour ses enfants—À l'époque où l'arrêt *Owusu* a été rendu, la Loi n'imposait aucune obligation à l'agent de prendre en considération l'intérêt supérieur d'un enfant lors de l'examen d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, mais l'art. 25(1) de la LIPR exige que le ministre tienne compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

directement touché—Dans l'arrêt *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555, la Cour d'appel a confirmé qu'il convient d'apprécier avec soin et compassion l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il ne suffit pas de simplement mentionner cet intérêt—Il incombe au demandeur d'établir qu'il se fonde sur ce facteur et que l'intérêt des enfants en souffrirait si la décision ne lui était pas favorable—Bien que l'art. 25(1) puisse sembler renfermer une simple codification des exigences de l'arrêt *Baker* et ne pas imposer une appréciation plus détaillée, il établit l'existence d'une obligation légale de tenir compte de cet intérêt—Le demandeur soutient que l'agente savait qu'il travaillait à temps plein et que son salaire constituait l'unique revenu de la famille—Dans les motifs de décision, la phrase « Je reconnais que le couple a eu un enfant et que M. Dias Fonseca joue un certain rôle dans l'éducation de la fille que M<sup>me</sup> Cardenas a eue d'une union antérieure » ne démontre pas que l'intérêt supérieur des enfants a été pris en considération et cela constitue une erreur de droit tant par rapport à l'art. 25(1) de la LIPR que par rapport au critère formulé par la C.S.C. dans l'arrêt *Baker*—Demande accueillie, demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire renvoyée pour nouvel examen par un représentant différent du ministre—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1).

FONSECA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1172-04, 2005 CF 709, juge suppléant MacKay, ordonnance en date du 17-5-05, 13 p.)

**COMPÉTENCE LA COUR FÉDÉRALE**

Requêtes en radiation de la déclaration dans une action en dommages-intérêts—Le demandeur a subi de graves blessures après avoir perdu la maîtrise d'un véhicule volé de la GRC, avoir percuté un poteau d'électricité et avoir été frappé par un autre véhicule de la GRC—Les policiers défendeurs visés et Sa Majesté la Reine du chef du Canada sont mis hors de cause car aucune modification à la présente déclaration ne pourrait aider le demandeur à obtenir gain de cause contre ces personnes—Personne n'occupe pour l'autre défendeur, le commissaire de la Gendarmerie Royale du Canada, qui demeure un défendeur—Le demandeur conclut que l'amputation de sa jambe est attribuable au fait qu'on a tardé à le soigner et à la poussière qui s'est infiltrée dans ses plaies ouvertes alors qu'on le traînait après l'avoir tiré du véhicule—L'incident est survenu dans la municipalité de Penticton, où le maintien de l'ordre est assuré par la GRC aux termes d'un contrat conclu entre le Canada et la Colombie-Britannique, ainsi que le permettent l'art. 20(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et l'art. 14(1) de la *Police Act*—La *Police Act* prévoit que les membres de la GRC qui

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Suite

exécutent les fonctions d'un policier provincial sont effectivement assimilés à des policiers provinciaux; ils sont protégés par l'art. 21, qui déclare irrecevables les actions en dommages-intérêts introduites contre un agent de police ou contre toute autre personne désignée en vertu de la présente loi pour un acte accompli dans l'exercice effectif d'une fonction ou pour une négligence ou un manquement commis dans l'exercice de cette fonction, mais l'art. 21(3) ne protège pas l'agent de police en cas de négligence grave ou d'inconduite intentionnelle ou malveillante—La Cour fédérale n'a pas compétence pour juger quelque réclamation que ce soit contre des agents individuels—Suivant l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, trois conditions doivent être réunies pour que la Cour fédérale puisse avoir compétence, la deuxième condition étant qu'il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence—Or, il s'agit en l'espèce d'une action en négligence—Dans le jugement *Arsenault c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1557 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Wetston a souligné que la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, qui comporte effectivement un ensemble de règles de droit fédérales en ce qui concerne les actions intentées contre la Couronne fédérale, ne va pas jusqu'à accorder un droit d'action contre les préposés de la Couronne fédérale—Pour que la responsabilité personnelle des préposés de l'État soit engagée, il faut qu'elle le soit en vertu des règles de droit provinciales—Il n'y a pas lieu non plus de permettre la modification des conclusions pour invoquer des droits garantis par la Charte parce que, lorsqu'aucun acte du gouvernement n'est en cause, comme c'est le cas en l'espèce, la Charte ne s'applique pas—Le demandeur n'invoque pas la responsabilité du fait d'autrui de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, pour les actes commis par les agents de la GRC, mais la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* prévoit à son art. 3a), qu'en matière de responsabilité civile, l'État est assimilé à une personne pour tout dommage causé par la faute de ses préposés—La responsabilité civile de l'État dépend de la responsabilité du préposé: *White c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 981 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—La déclaration ne révèle pas l'existence d'une cause d'action valable contre la Couronne devant la Cour fédérale, car aucune réclamation fondée sur la négligence n'est recevable contre les agents—L'action aurait dû être introduite devant un tribunal de la province de la Colombie-Britannique—*Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, art. 14, 21 (mod. par S.B.C. 1997, ch. 37, art. 22)—*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 20(1)—*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3a), 10—*Charte*

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Fin

*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].

BRAYBROOK C. CANADA (T-2139-03, 2005 CF 417, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 24-3-05, 14 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel interjeté en vertu des art. 81.24 et 81.28 de la *Loi sur la taxe d'accise* d'une décision dans laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a rejeté la demande de remboursement du paiement en trop de taxe d'accise—La demanderesse importe des véhicules endommagés sans espoir de réparation, en extrait les pièces récupérables puis vend le reste à des ferrailleurs qui les déchiquettent—Les articles en litige sont des climatiseurs—La demanderesse a payé une taxe d'accise de 100 \$ pour chaque climatiseur—La demanderesse prétend que les composantes sont tellement endommagées que les climatiseurs ne peuvent plus fonctionner ou qu'il n'est pas rentable de les récupérer et de les vendre—La demanderesse a réclamé un remboursement de la taxe d'accise de 129 042 \$, mais sa demande a été rejetée parce que les véhicules importés étaient potentiellement utilisables sur la route ou leurs pièces pouvaient être vendues selon plusieurs numéros tarifaires du chapitre 87 du *Tarif des douanes*—La demanderesse a déposé un avis d'opposition—Le certificat de récupération de l'État d'où les véhicules sont importés portait l'estampille [TRADUCTION] « pour les pièces seulement. Le véhicule ne peut être immatriculé de nouveau »—Devant le TCCE, la demanderesse a soutenu que les conditions d'imposition de la taxe prévue à l'art. 7 de l'annexe I ne s'appliquaient pas pour les motifs suivants : 1) les biens n'étaient pas des climatiseurs tels que décrits à l'art. 7; 2) les biens n'étaient pas installés en permanence comme l'exige l'art. 7b); 3) les biens dans lesquels se trouvaient les « climatiseurs » au moment de l'importation n'étaient pas des « automobiles »—Le TCCE a conclu qu'il importait peu de savoir si les climatiseurs étaient fonctionnels ou effectivement utilisés, mais plutôt s'ils avaient été conçus pour cette utilisation—Le point essentiel était qu'ils avaient été conçus pour être installés dans les véhicules et ne convenaient à aucune autre utilisation—Le TCCE a conclu que les climatiseurs étaient « installés en permanence »—Ils avaient été conçus et installés pour la durée de vie des véhicules—Les articles hôtes sont des véhicules, même s'ils étaient hors d'état de marche et ne pouvaient plus fonctionner comme moyens de transport—La norme de contrôle pertinente est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Comme la Loi ne définit pas le terme « véhicule », il faut appliquer les principes d'interprétation législative énoncés dans *Rizzo &*

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

*Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, approuvant l'ouvrage de Driedger selon lequel 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—Suivant les définitions fournies par les dictionnaires, le terme « véhicule » comporte l'idée qu'il s'agit d'un moyen de transporter des personnes ou des marchandises—La même idée ressort de la jurisprudence et de la propre politique administrative de la défenderesse—Compte tenu de la conclusion de fait du TCCE selon laquelle les « véhicules » visés en l'espèce ne peuvent plus être utilisés comme moyens de transport, ils ne sont pas des « véhicules » au sens habituel de ce terme—La Cour n'a pas souscrit à la conclusion du TCCE selon laquelle les automobiles ne répondraient plus à cette définition uniquement lorsqu'elles ne pourraient plus être reconnues comme des véhicules, notamment lorsqu'elles sont comprimées en cubes avant d'être déchiquetées—Si les « véhicules » importés par la demanderesse avaient été démontés aux É.-U. avant leur exportation, personne ne considérerait les pièces récupérables comme des véhicules—Le fait que le démontage se déroule ici n'est pas pertinent sur le plan fiscal—En fait, les climatiseurs ont été importés sous un numéro tarifaire rattaché aux pièces plutôt qu'aux véhicules—La Cour a retenu l'argument de la demanderesse selon lequel les climatiseurs n'étaient pas installés en permanence au moment de leur importation parce qu'il avait toujours été prévu qu'ils ne seraient pas vendus comme un tout, mais que ce qui pourrait en être récupéré serait vendu en pièces détachées—Même s'ils avaient été conçus pour être installés en permanence, une fois que le véhicule a terminé sa vie utile, l'intention de l'importateur ne pouvait être que de les vendre en pièces détachées—La lecture des débats parlementaires révèle clairement que la taxe d'accise sur les climatiseurs a été imposée afin d'encourager la conservation de l'énergie—La personne qui achète les pièces d'un climatiseur pour en réparer un autre ont déjà payé la taxe d'accise sur le climatiseur incorporé au véhicule—Même si la défenderesse souligne que la demanderesse ne pouvait pas prouver qu'aucun des climatiseurs n'avait été vendu comme un appareil distinct et non vendu en pièces détachées, la portée de la Loi ne pouvait pas être élargie dans le seul but d'éviter la fraude—Le système d'imposition est fondé sur l'autocotisation et présume que les contribuables sont de bonne foi et si le ministre croit qu'une fraude est commise, la Loi prévoit des mécanismes d'exécution—Appel accueilli—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 81.24 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 38; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 27, art. 52; 2002, ch. 8, art. 183), 81.28 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 38; (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 47, art. 52; 2002, ch. 8, art. 137), ann. I, art. 7—*Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, ann., art. 87.

PIÈCES D'AUTOS USAGÉES RTA (1986) INC. C. CANADA (T-816-04, 2005 CF 771, juge de Montigny, ordonnance en date du 31-5-05, 17 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2003 CF 827) ayant accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un arbitre qui a révoqué le pouvoir de l'intimé d'exercer ses fonctions à titre de vétérinaire accrédité en vertu de la *Loi sur la santé des animaux*—Le travail de l'intimé pour l'Agence canadienne d'inspection des aliments consistait notamment en la délivrance de certificats en vue de l'exportation de chevaux aux États-Unis—L'intimé a attesté du fait qu'il avait examiné le cheval « Yankee Leader », à proximité de Windsor, le 3 juillet 2001—C'était faux, car ce cheval avait été transporté dans l'État du Michigan le 2 juillet 2001 et n'était pas revenu avant le 16 juillet 2001—Le certificat zoosanitaire a été délivré sans examen—L'Agence a informé l'intimé que son accréditation était suspendue et que l'Agence se proposait d'annuler son accréditation; une audience allait être tenue et il aurait alors l'occasion de se faire entendre—C'est le Dr J.E. Wilson, supérieur immédiat du Dr Clark qui avait ordonné sa suspension, qui a tenu l'audience—Le Dr Wilson a ordonné l'annulation de l'accréditation de l'intimé—La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire, s'appuyant sur une conclusion de crainte raisonnable de partialité—Elle a également indiqué que les motifs du Dr Wilson comportaient tellement de lacunes qu'ils auraient résulté en une erreur susceptible de révision parce que le Dr Wilson n'a pas expliqué pourquoi il privilégiait la preuve contre l'intimé par rapport à la preuve en sa faveur—Les questions en litige en l'espèce se limitaient à l'équité de la procédure d'arbitrage—Quant aux questions de fait, la Cour fédérale a statué que selon une analyse « pragmatique et fonctionnelle », la norme appropriée était celle du caractère raisonnable *simpliciter*—Toutefois, les questions d'équité procédurale ne sont pas assujetties à l'analyse pragmatique et fonctionnelle—Il appartient aux tribunaux judiciaires de donner une réponse juridique à ces questions : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539—Il s'agit de décider si le juge a eu raison de statuer qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité et, dans la négative, s'il existait d'autres vices dans la procédure d'arbitrage—L'obligation d'équité procédurale exigeait-elle une décision prise par un tribunal indépendant—Le contenu de l'équité procédurale doit être établi dans le contexte particulier de chaque affaire : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, où la juge L'Heureux-Dubé dresse une liste non exhaustive de facteurs qui aident à établir ce qu'exige l'obligation d'équité procédurale en common law dans un ensemble donné de circonstances—1) Plus le processus administratif se rapproche du processus judiciaire, plus il sera nécessaire que les protections accordées par la procédure soient susceptibles de se rapprocher du modèle du procès—

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

Les éléments en litige n'impliquaient ni de fortes ni de faibles protections procédurales—2) Quant à la nature du régime législatif, l'arbitrage découle d'une violation présumée d'un contrat, et non d'une disposition législative—Un contrôle judiciaire est accessible et il n'y a pas de clause privative applicable—Ce facteur tendait vers des garanties procédurales plus faibles—3) Pour ce qui est de l'importance de la décision pour la personne, l'annulation de l'accréditation ne lui interdit pas de continuer à exercer sa profession, sauf décision contraire de l'Ordre des vétérinaires de l'Ontario; mais il n'existe pas de preuve qu'une mesure pourrait être prise par l'Ordre—Rien n'indique que l'Ordre accepterait d'office la décision contestée comme une décision péremptoire quant au droit de l'intimé d'exercer sa profession—Ce facteur indique des exigences accrues en matière d'équité procédurale—4) Rien ne prouve que le processus d'arbitrage allait à l'encontre de l'attente légitime de l'intimé—5) Choix de la procédure—Dans un processus spécial comme en l'espèce, il n'est pas nécessaire de porter l'affaire devant un tribunal indépendant—La plainte déposée par l'intimé s'appuie sur la proximité du lien entre le Dr Clark et le Dr Wilson—Le Dr Wilson ne connaissait pas les faits avant l'audience—Le Dr Clark n'a pas décidé d'annuler l'accréditation de l'intimé—Le Dr Wilson n'était pas responsable devant le Dr Clark et ne serait pas perçu comme étant redevable au Dr Clark de récompenses éventuelles—La personne éclairée qui se penche sur la question de façon réaliste et pratique ne penserait pas que le Dr Wilson statuerait de manière non équitable—Le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en tirant la conclusion opposée—Il a également commis une erreur en appliquant l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.) à l'espèce puisqu'il n'a pas reconnu les différences entre le mécanisme de nomination des membres de tribunaux administratifs en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et le choix d'un arbitre—Les exigences procédurales prévues par cette loi étant semblables à la formalité des procédures judiciaires, la législation sur les droits de la personne a été qualifiée de « législation quasi constitutionnelle »—Le fait de demander à son supérieur hiérarchique d'être arbitre dans un dossier (comme en l'espèce) est passablement différent de la situation dans laquelle le commissaire en chef de la Commission canadienne des droits de la personne a le pouvoir de nommer un membre du tribunal qui pourrait alors être perçu comme susceptible de chercher à faire plaisir au Commissaire pour obtenir d'éventuelles faveurs—En ce qui concerne les autres préoccupations exprimées par l'intimé, l'inexistence de tout régime législatif ou réglementaire encadrant le processus de révocation ne constitue pas en soi une indication du caractère inéquitable du processus—Il revient au législateur de décider que le processus doit être moins formel—Bien que la tenue d'une liste de pièces et de témoins constitue une bonne

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

pratique, le fait de ne pas avoir dressé de telles listes n'est pas fatal en soi—L'absence de transcription ne peut être considérée comme une indication d'iniquité lorsqu'il n'y a pas de différends quant à ce qui s'est produit à l'audience—La question la plus sérieuse est la conclusion selon laquelle l'enquêteuse, la Dre Small, n'a pas fait de présentation à l'arbitre et l'avocat de l'intimé n'a pas eu la possibilité de la contre-interroger—Toutefois, ces observations ne sont pas appuyées par la preuve—Bien que la Dre Small n'ait pas témoigné de vive voix, elle était présente à l'arbitrage et le Dr Wilson a reçu son rapport—L'intimé ou son avocat ont donc eu l'occasion de l'interroger, mais ils ont choisi de ne pas le faire—En ce qui a trait à la conclusion du juge selon laquelle l'argument relatif à l'urgence n'était pas convaincant, les motifs du Dr Wilson font état de considérations d'intérêt public importantes, notamment la réputation internationale de l'Agence en matière d'intégrité de la certification du bétail qui doit être protégée pour préserver l'accès du Canada aux marchés étrangers—Les exigences de l'équité ont été respectées en l'espèce—La Cour est en désaccord avec la conclusion du juge selon laquelle les motifs contestés n'expliquaient pas pourquoi le Dr Wilson avait préféré les renseignements fournis dans le rapport de la Dre Small à la preuve produite par l'intimé—Ses motifs rappelaient que l'intimé avait expliqué que la signature du certificat d'exportation constituait une erreur matérielle—Dans ces circonstances, le Dr Wilson pouvait certes s'en remettre à la preuve non contestée de la Dre Small—Le rapport de la Dre Small indique que l'intimé admet qu'il n'a pas examiné *Yankee Leader* le 3 juillet—L'intimé a dit à la Dre Small qu'il avait préparé le certificat vétérinaire d'exportation parce qu'il était nécessaire pour ramener le cheval au Canada, et il n'a jamais mentionné l'erreur matérielle—Appel accueilli—*Loi sur la santé des animaux*, L.C. 1990, ch. 21—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

FETHERSTON C. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS) (A-437-03, 2005 CAF 111, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 5-4-05, 22 p.)

*Norme de contrôle judiciaire*

Contrôle judiciaire d'un rapport de l'agent de l'intégrité de la fonction publique (AIFP) concernant des allégations au sujet d'actes fautifs commis à Santé Canada—Les quatre demandeurs étaient des médecins travaillant à la Direction des médicaments vétérinaires de Santé Canada—Le poste d'AIFP a été créé en vertu d'une politique du Conseil du Trésor (la politique) adoptée conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*—M. Keyserlingk a été nommé par décret au poste d'AIFP—La politique a pour objectif de protéger contre des représailles les employés de la fonction publique

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

fédérale qui divulguent des actes fautifs—Le mandat de l'AIFP : agir à titre d'entité neutre dans les affaires de divulgation interne d'actes fautifs—Le Dr Lambert, l'un des demandeurs, a fait part de ses inquiétudes au sujet de l'approbation de présentations de drogue nouvelle (PDN) visant certains médicaments vétérinaires sans que soient fournies les données requises sur l'innocuité pour les humains —Le chef de la Division de l'innocuité pour les humains avait décidé plus tôt qu'il n'était pas nécessaire de procéder à un examen des médicaments—En raison des inquiétudes exprimées par le Dr Lambert, un contrôle de l'innocuité pour les humains a été effectué, après quoi la direction a confirmé la délivrance des avis de conformité—Les demandeurs se sont plaints à l'AIFP d'avoir subi des pressions de leurs supérieurs les obligeant à se « plier à la ligne de conduite de la direction en faveur du lobby pharmaceutique, sans quoi nous nous exposons à une ou plusieurs sanctions de la part du Ministère » —L'AIFP a décidé d'examiner l'approbation des médicaments et le processus décisionnel, car cet aspect de la divulgation interne ne comportait pas d'autres recours et était important pour l'intérêt public—Il a refusé d'examiner les autres questions pour lesquelles il existait un autre recours, comme la procédure de règlement des griefs—L'AIFP a conclu que les allégations des demandeurs n'étaient pas fondées, tout en relevant un cas de représailles contre le Dr Lambert—L'AIFP a conclu que de nombreux aspects du processus décisionnel de même que les informations nécessaires dans une PDN sont prévus par un cadre réglementaire et que, même si elles ne semblent pas prévoir le pouvoir discrétionnaire de permettre à un fabricant de s'abstenir de fournir les données sur l'innocuité pour les humains, les directives sur les présentations de drogue nouvelle n'ont pas la même force obligatoire que le Règlement—Les avis de conformité en cause ont été délivrés conformément à la Loi et au Règlement —Les plaignants n'ont donné aucun exemple précis de cas où des pressions ont été exercées sur eux pour qu'ils approuvent des médicaments malgré ce qu'ils en pensaient d'un point de vue scientifique—Les mesures disciplinaires ont été prises pour une conduite non directement liée au rôle joué par les demandeurs à titre d'évaluateurs de médicaments—Rien ne prouve que les mesures disciplinaires ont été prises parce qu'ils ont refusé d'agir en faveur du lobby pharmaceutique—Cependant, le Dr Lambert a subi des représailles pour avoir exprimé de bonne foi ses inquiétudes et il est expressément interdit de prendre de telles mesures—Questions en litige : 1) la norme de contrôle; 2) l'enquête de l'AIFP était-elle conforme à son mandat?; 3) les exigences de l'équité procédurale ont-elle été respectées?—Les demandeurs soutiennent que la norme de la décision correcte s'applique—Il n'y a aucune clause privative—L'AIFP examine un large éventail de questions juridiques sur une base ponctuelle—Cela

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

milite en faveur de l'absence de déférence dans le cas d'un contrôle judiciaire—L'AIFP n'a aucune expertise sur les questions techniques, juridiques ou scientifiques qu'il peut être appelé à examiner—Vu l'importance des questions que l'AIFP est appelé à examiner et à protéger, il est indispensable qu'il exerce correctement sa compétence et, à cette fin, un examen rigoureux de ses activités est nécessaire—Vu l'étendue des tâches des employés de la fonction publique fédérale, il est inévitable que se posent des questions concernant des actes fautifs qui, s'ils ne sont pas décelés, pourraient avoir des répercussions négatives importantes sur la sécurité et le bien-être des Canadiens—Les demandeurs soutiennent que l'AIFP n'a pas analysé comme il l'aurait dû la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire du ministre a été correctement exercé en l'espèce—Les demandeurs allèguent qu'il s'agit d'un cas flagrant de mauvaise gestion et qu'il y a eu omission de tenir compte de préoccupations scientifiques objectives—Ils font valoir qu'en mars 1998, un fabricant a été informé, contrairement aux dispositions de la Loi, du Règlement et de la politique du Ministère, qu'il n'avait pas besoin de présenter de données sur l'innocuité pour les humains et des avis de conformité ont plus tard été délivrés—Les demandeurs affirment en outre avoir été victimes de harcèlement et avoir reçu des évaluations du rendement négatives, même pendant que l'enquête de l'AIFP était en cours, mais l'AIFP a refusé d'examiner si ces mesures étaient justifiées—Même s'ils ont soutenu qu'il existe au sein du Ministère une culture qui amène à exercer des pressions indirectes pour que des médicaments dont l'innocuité est douteuse soient approuvés, l'AIFP n'a pas fait enquête sur les pratiques systémiques comme cela se fait dans les causes relatives aux droits de la personne—Les demandeurs soutiennent que les employés auxquels on ne permet pas de connaître les observations que formule l'employeur ou d'y répondre sont privés de leur droit à l'équité procédurale—Le défendeur a soutenu que lorsqu'il a créé l'AIFP, le législateur voulait qu'il constitue un centre d'expertise, de sorte que le degré de déférence applicable est élevé—L'objectif de la politique n'est pas de déterminer des droits ou d'offrir un mécanisme d'arbitrage entre des parties en litige—La nature hautement discrétionnaire et factuelle du travail de l'AIFP milite en faveur de la déférence—Le rôle de l'AIFP ne consiste pas à mener une enquête tous azimuts sur tout ce qui a pu se produire au Ministère pendant un nombre indéterminé d'années et pourrait être assimilable à des pressions exercées sur quelqu'un—Un degré moindre d'équité procédurale s'impose étant donné que l'AIFP ne se prononce pas sur des droits dans le cadre d'une procédure contradictoire—Obliger l'AIFP à remettre aux employés des copies de tous les documents qu'il a examinés au cours de son enquête reviendrait à créer un degré de formalisme procédural qui ne cadre pas avec l'objectif de la politique—Appliquant l'analyse

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

pragmatique et fonctionnelle, la Cour a décidé que la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle de la décision raisonnable *simpliciter* (sauf en ce qui concerne l'équité procédurale)—Bien qu'aucune déférence ne soit requise à l'égard de l'interprétation donnée à la Loi et au Règlement par l'AIFP, un degré de déférence plus élevé s'impose relativement à l'examen préalable discrétionnaire des plaintes et à l'enquête fortement axée sur les faits; de plus, les questions mixtes de fait et de droit commandent un certain degré de déférence—Pour ce qui est de l'objectif de la politique, bien que le processus soit axé sur les faits, il peut aussi comporter des questions qui ont un intérêt plus important pour le public et c'est pourquoi un certain degré de déférence est requis à l'endroit de l'AIFP—Le problème étant à la fois d'ordre public et d'ordre privé, un certain degré de déférence s'impose à l'endroit de l'AIFP—La norme de la décision correcte s'applique toujours à la question de l'équité procédurale—L'AIFP doit faire une enquête complète sur les questions soulevées par les demandeurs—Lors d'une réunion, les demandeurs ont indiqué à l'AIFP que le cas du « Component with Tylan » n'était qu'un exemple récent parmi d'autres de problèmes liés au processus d'approbation des médicaments, et ils ont mentionné deux autres médicaments—Lors d'une série de rencontres, les demandeurs ont fourni à l'AIFP des détails sur les médicaments « Revalor H », « Synergistin Injectable Suspension », « Baytril », « rBST », « Carbodex », « Baycox », « Component with Tylan » et « Eugenol »—Le Dr Chopra a souscrit un affidavit dans lequel il a déclaré que, lors d'une rencontre avec M. Keyserlingk, il a été convenu que l'enquête porterait d'abord sur les dossiers concernant le « Component with Tylan » et le « Baytril », mais qu'elle s'étendrait ensuite à d'autres dossiers—Après avoir examiné les courriels échangés entre les demandeurs et l'AIFP, la Cour était convaincue que le rapport ne devait pas porter uniquement sur les cinq PDN relatives à des produits contenant du « Component with Tylan »—Il ressort toutefois du rapport que l'analyse de l'AIFP n'a porté que sur les produits comportant du « Component with Tylan »—Une fois qu'il a décidé qu'une question relève de sa compétence, l'AIFP doit faire enquête sur celle-ci—La question des autres médicaments mentionnés dans la correspondance a été soumise à l'AIFP et devait être tranchée—S'il l'avait fait, cela aurait pu avoir une incidence sur l'allégation selon laquelle des pressions avaient été exercées pour faire approuver des médicaments vétérinaires d'une innocuité douteuse—L'AIFP a commis une erreur de droit en ne menant pas l'enquête conformément à son mandat—Demande accueillie—*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

CHOPRA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-624-03, 2005 CF 595, juge O'Keefe, ordonnance en date du 29-4-05, 32 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite***Recours*

Demande présentée en vertu de l'art. 18.1(3)a) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (M.C.I.) de compléter le traitement de la demande de résidence permanente déposée à l'automne 2000—À l'audience, le M.C.I. a demandé un ajournement afin de pouvoir examiner des documents « redécouverts »—La Cour n'était pas convaincue que les documents constituaient une preuve suffisamment forte pour justifier un ajournement—Le demandeur, qui est Iranien, a obtenu le statut de réfugié en septembre 2000—La vérification du service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) qui était valide pour 18 mois a été terminée en mars 2001—Dans une lettre datée du 19 novembre 2001, le demandeur a été informé qu'il devait fournir une traduction certifiée conforme de sa carte d'identité—Il a fallu neuf mois et demi au M.C.I. pour aviser le demandeur de cette lacune dans sa demande—La traduction certifiée conforme a été produite dans les semaines qui ont suivi—En mars 2004, le M.C.I. a informé le demandeur qu'il attendait une mise à jour de l'autorisation de sécurité du SCRS—Pendant ces années où il a attendu, le demandeur n'a pas vu sa famille, laquelle vit dans des conditions dangereuses au Pakistan—En février 2005, on ignorait toujours quand le SCRS rendrait son rapport—La question en litige est celle de savoir si le demandeur a droit à une ordonnance de *mandamus* en raison du délai excessif dont le traitement de la demande a fait l'objet—En vertu de l'art. 21(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), le M.C.I. a l'obligation légale de traiter les demandes de statut de résident permanent et de rendre une décision—Même si la nouvelle Loi ne prévoit pas que la décision doit être rendue « le plus tôt possible », la C.A.F. a confirmé l'obligation de décider « sans délai déraisonnable » dans l'arrêt *Khalil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1999] 4 F.C. 661—Le M.C.I. a soutenu qu'en raison de l'importance des questions de sécurité, un délai de trois ans dans la mise à jour de l'autorisation de sécurité du SCRS n'est pas déraisonnable—La décision *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1<sup>re</sup> inst.), énonce trois facteurs à prendre en considération pour déterminer si un délai est déraisonnable: 1) le délai a été plus long que requis *prima facie*; 2) le demandeur et son conseiller juridique n'en sont pas responsables; 3) aucune justification satisfaisante n'a été fournie—Le M.C.I. avait donné un délai approximatif de 18 mois à compter de la date à laquelle le demandeur devait répondre à toutes les exigences en matière de production de documents et ce délai, bien qu'estimatif, donne une idée du temps que peut prendre le processus—Il s'agissait d'une preuve *prima facie* du temps nécessaire—Le ministre a soutenu que le demandeur était responsable relativement à 11 mois du délai parce qu'il n'a pas produit une traduction

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

certifiée conforme, mais ce délai était en partie attribuable au retard à aviser le demandeur du défaut—Même si l'entière responsabilité était imputée au demandeur, cela ne justifierait pas un délai de quatre ans et demi—L'examen du dossier révèle un va-et-vient du dossier au sein du ministère de même qu'entre ce dernier et d'autres organismes gouvernementaux—Ce remue-ménage interne, en l'absence de véritables progrès, n'est pas une justification convaincante—Le M.C.I. ne peut se soustraire à ses responsabilités en imputant les délais à un autre organisme gouvernemental—Il est important de se rappeler que l'autorisation de sécurité du SCRS a expiré en raison de l'inaction du défendeur—À la fin des plaidoiries, l'avocat du ministre a affirmé qu'un délai de six mois était raisonnable pour obtenir une décision, mais il a apporté des réserves en tentant d'éviter de s'engager—Demande accueillie—Pour que l'ordonnance ait des effets pratiques et pour assurer la continuité, le juge est resté saisi du dossier—Un délai de six mois a été accordé au ministre pour rendre sa décision et, s'il devait demander une prolongation, il devra le faire avant l'expiration du délai, et la charge de la justification de la prolongation sera lourde—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3)a) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27)—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 21(2).

HAMALIPOOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4953-04, 2005 CF 803, juge Phelan, ordonnance en date du 3-6-05, 7 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Appel, appel incident à l'encontre d'une ordonnance (2003 CF 1373) annulant la décision rendue par le Tribunal selon laquelle les Forces armées canadiennes (FAC) avaient fait preuve de discrimination fondée sur l'âge en refusant de promouvoir un officier—La Cour fédérale a conclu que : 1) le Tribunal avait utilisé le mauvais critère juridique pour décider si la Commission avait fourni une preuve *prima facie*; 2) les FAC n'avaient pas réussi à démontrer qu'eu égard à la preuve, il n'était pas justifié pour le Tribunal de rejeter leurs explications—La conclusion 2) a donné lieu à l'appel incident interjeté par le Procureur général—L'appel de la Commission est accueilli; l'appel incident est rejeté—Le plaignant a joint les FAC à 19 ans à titre de simple soldat et est devenu adjudant à l'âge de 37 ans—Il a suivi un cours correspondant au grade d'adjudant-maître à 46 ans, mais n'a jamais obtenu un rang suffisamment élevé, sur la liste nationale de promotions au mérite, pour être promu—Bien que les recommandations à son sujet aient été favorables et que les scores dans son rapport d'appréciation du rendement (RAR) aient été élevés, les scores attribués quant au « potentiel » baissaient régulièrement—Il soutient que l'appréciation du

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

« potentiel » est subjective et qu'elle défavorise les candidats plus âgés—Quant à savoir le critère juridique applicable à une preuve *prima facie* de discrimination, le Tribunal s'est fondé sur l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536 (*O'Malley*), mais a également tenu compte de *Florence Shakes c. Rex Pax Ltd.* (1981), 3 C.H.H.R. D/1001 (Comm. d'enquête de l'Ont.)—Le critère de *Shakes* a été modifié par le Tribunal dans *Israeli c. Commission canadienne des droits de la personne* (1983), 4 C.H.H.R. D/1616 (T.C.D.P.), où aucune nomination n'a été effectuée, mais où l'employeur continuait à chercher des candidats après avoir rejeté le plaignant qualifié—Il a été soutenu devant le Tribunal en l'espèce que la Commission n'avait pas réussi à établir une preuve *prima facie* parce qu'elle n'avait pas soumis de preuve au sujet des qualifications ou de l'âge des adjudants promus au cours des années où la candidature du plaignant n'avait pas été retenue—Le Tribunal a rejeté cet argument, faisant une distinction d'avec les décisions *Shakes* et *Israeli*, compte tenu qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle la discrimination alléguée se rapportait à une promotion plutôt qu'à l'embauche—Le Tribunal a également conclu que la Commission pouvait établir une preuve *prima facie* sans fournir de preuve comparative du genre mentionné dans la décision *Shakes* si la preuve démontre que la discrimination est un élément qui a joué dans le refus d'offrir un emploi au plaignant—En mentionnant la décision *Chander c. Canada (Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] D.C.D.P. n° 16 (T.C.D.P.) (QL), le Tribunal a statué que si la preuve démontrait que la discrimination était un élément qui avait joué dans le refus d'offrir un emploi au plaignant, une preuve *prima facie* était établie, quelles que soient les compétences des candidats reçus—Le Tribunal a conclu que la preuve était suffisante, dans la mesure où l'on y ajoutait foi et en l'absence d'explications raisonnables, pour établir le bien-fondé de la plainte—Le Tribunal a examiné les explications autres que l'âge pour justifier les faibles scores attribués quant au « potentiel » : activités paraprofessionnelles orientées vers sa carrière une fois qu'il aurait quitté l'armée; fait qu'il ne parlait pas français; manque d'aptitude à communiquer et au commandement; réticence à accepter une nouvelle affectation ailleurs que dans le sud-ouest de l'Ontario; fait de ne pas avoir été déployé dans le cadre de missions opérationnelles—Même si le Tribunal leur avait enjoint de divulguer les documents pertinents, les FAC n'ont pas divulgué les rapports sur le rendement des adjudants promus—Cela a contribué à miner toutes les explications quant aux scores peu élevés décernés au plaignant relativement à l'aspect « potentiel »—La Cour fédérale a statué que le Tribunal avait commis une erreur en invoquant la décision *Chander* à l'appui de la thèse selon laquelle il était possible d'établir une preuve *prima facie* en l'absence d'une preuve comparative, puisque dans l'affaire



**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

*Chander*, il n'y avait aucun autre candidat auquel le plaignant pouvait être comparé—La juge a néanmoins conclu que si la preuve comparative n'avait pas existé, la preuve soumise par la Commission aurait suffi en tant que preuve *prima facie* de discrimination—La juge a conclu que, si une preuve *prima facie* avait été établie, il était raisonnable pour le Tribunal de ne pas retenir les explications en l'absence de données comparatives—L'âge est mentionné, à l'art. 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP), en tant que motif de distinction illicite—L'art. 7b) prévoit que constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects, de défavoriser en cours d'emploi—La question de savoir si le Tribunal a choisi le critère approprié de la preuve *prima facie* est-elle une question de droit qui est susceptible d'examen selon la norme de la décision correcte?—L'argument du Procureur général—selon lequel le Tribunal doit appliquer la décision *Shakes* sauf s'il n'y a pas d'autres candidats ou si aucun renseignement comparatif n'est disponible et, étant donné que ces renseignements étaient disponibles, le Tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas la décision *Shakes*—est rejeté—Dans l'affaire *Lincoln c. Bay Ferries Ltd.*, 2004 CAF 204 (tranchée après que la décision visée par le présent appel eut été rendue), la Cour a statué que les décisions dans *Shakes* et *Israëli* ne sont que des exemples de l'application de la règle consacrée dans *O'Malley* concernant l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination—L'arrêt *O'Malley* indique toujours le critère juridique applicable—La Commission n'a pas à soumettre un type particulier de preuve—La question de savoir si la preuve fournie dans un cas donné établit que l'on défavorise une personne pour un motif de distinction illicite, si l'on y ajoute foi et en l'absence d'explications satisfaisantes, est une question mixte de fait et de droit—Un critère juridique souple, en ce qui concerne l'établissement de la preuve *prima facie*, permet mieux que d'autres critères plus précis de promouvoir l'objet général sous-tendant la LCDP, puisque la discrimination prend des formes nouvelles et subtiles—La preuve comparative revêt des formes beaucoup plus nombreuses que la discrimination particulière identifiée dans la décision *Shakes*—Si l'on rendait le critère de la preuve *prima facie* plus précis et plus détaillé, en tentant de l'appliquer à différents actes discriminatoires, on « légaliserait » sans motif légitime la prise de décision et on retarderait le règlement des plaintes en encourageant la présentation de demandes de contrôle judiciaire—Il vaut mieux laisser au tribunal spécialisé décider du genre de preuve nécessaire—Dans le domaine de la discrimination en matière d'emploi, les variantes factuelles sont indéfinies—En augmentant le nombre de règles de droit et en les rendant plus précises, on n'accroît pas nécessairement la certitude quant à l'administration de la loi—La question de savoir si le Tribunal disposait de

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

suffisamment d'éléments pour qu'une preuve *prima facie* soit établie comporte l'application d'une règle de droit aux faits, et il s'agit donc d'une question mixte de fait et de droit susceptible d'examen selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1999] 3 C.F. 653 (1<sup>re</sup> inst.)—Les FAC ont soutenu que la juge avait commis une erreur en affirmant qu'il était loisible au Tribunal de tirer une inférence défavorable de l'omission des FAC de produire les RAR des officiers qui se mesuraient au plaignant pour obtenir la promotion—Les FAC ont fait valoir que la Commission n'a pas allégué que les RAR auraient dû avoir été divulgués avant de présenter ses conclusions finales devant le Tribunal—Puisque les RAR renferment des renseignements confidentiels, leur divulgation devrait uniquement être ordonnée après qu'il a été tenu compte du droit à la protection des renseignements personnels—La Cour d'appel fédérale est d'avis que le Tribunal n'a pas tiré une inférence défavorable mais qu'il procédait simplement à la démarche factuelle consistant à apprécier la preuve mise à sa disposition—Le Procureur général cherche à élever au niveau des questions de droit des questions qui se rapportent essentiellement à la preuve—Décision du Tribunal rétablie—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 4 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 11), 7b).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA  
(COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-588-03,  
2005 CAF 154, juge Evans, J.C.A., jugement en date du  
3-5-05, 16 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

La Couronne interjette appel de décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) par lesquelles elle a fait droit à l'appel de la contribuable relativement à une nouvelle cotisation fondée sur l'art. 160(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—En vertu de l'art. 160(1), lorsqu'un contribuable transfère des biens à son conjoint ou conjoint de fait, les deux conjoints ou conjoints de fait sont solidairement responsables du paiement en vertu de la Loi d'un montant égal à l'excédent de la juste valeur marchande de ces biens au moment de leur transfert sur la juste valeur marchande à ce moment-là de la contrepartie donnée pour les biens—Le conjoint de fait de la contribuable était redevable en vertu de la Loi d'une somme de plus de 500 000 \$—Le ministre a établi une cotisation à l'endroit de la contribuable en raison des paiements faits par son conjoint à l'égard d'une hypothèque grevant une maison dont elle était propriétaire—Devant la C.C.I., le M.R.N. a présumé que le conjoint avait transféré la somme de 61 878,94 \$ à la contribuable, car ce dernier avait effectué la totalité des paiements hypothécaires pendant une période de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

cinq ans—À l'audition du présent appel, la Couronne a concédé qu'il fallait exclure une somme de 25 452 \$, qui représentait le paiement final de l'hypothèque antérieure grevant la maison à partir de fonds liés à une nouvelle hypothèque, et non de fonds provenant de son conjoint—La C.C.I. a fait droit à l'appel, concluant que la contribuable avait « donné une contrepartie supérieure au montant qu'elle avait obtenu »—Appels rejetés, mais pour des raisons différentes—Des paiements hypothécaires d'environ 500 \$ par mois ont été payés par le conjoint, cependant celui-ci vivait dans les lieux hypothéqués—La C.C.I. a estimé que le loyer d'une maison équivalente variait entre 1 200 \$ et 1 500 \$ par mois—Il est raisonnable de déduire que la contribuable a permis à son conjoint de se servir de la maison en contrepartie de ses paiements hypothécaires—Les sommes versées étaient nettement inférieures à ce qui semblait être la juste valeur locative de la maison, on ne peut dire que le « loyer » que payait le conjoint en effectuant des paiements mensuels sur l'hypothèque excédait la juste valeur marchande de la contrepartie donnée par la contribuable—Le conjoint a donc reçu une contrepartie égale ou supérieure aux sommes qu'il a transférées à la contribuable—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 160(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 12, ann. 2, art. 1).

CANADA C. DUCHARME (A-346-04, A-435-04, 2005 CAF 137, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 29-4-05, 4 p.)

**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'un jugement (2004 TCC 595) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) rejetant un recours exercé contre des nouvelles cotisations—La question en litige portait sur la déductibilité de dépenses totalisant 1 651 766 \$ que le contribuable avait engagées aux fins de vendre des pierres précieuses, sommes qu'il a payées à un commissionnaire frauduleux—La C.C.I. a statué que, pour l'application de l'art. 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR), les dépenses en question n'avaient pas été engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise, n'étaient pas raisonnables dans les circonstances et n'étaient pas déductibles sous le régime de l'art. 67—En 1987, le contribuable, copropriétaire d'une entreprise de fabrication de vêtements à Guelph, a commencé à acheter en vue de la revente des pierres précieuses à une entreprise de la région torontoise—Lorsque son contact s'est mis au service d'une autre compagnie, le contribuable a continué à acheter des pierres de la nouvelle compagnie jusqu'en juillet 1992—En 1994, le stock de pierres du contribuable lui avait coûté 529 926 \$—Lorsqu'il a avisé son contact qu'il avait décidé de revendre, une personne de chez

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

Premier Group Investments lui a téléphoné en déclarant avoir été dirigée vers lui par son contact—Au cours des années suivantes, le contribuable a entretenu des relations régulières avec des représentants de Premier—Le contribuable a vérifié les déclarations des représentants de Premier auprès d'autres investisseurs en pierres précieuses et des consultants—Premier a présenté au contribuable une offre d'un acheteur de l'étranger, assortie de conditions telles que le contribuable pouvait en escompter un bénéfice considérable, pourvu qu'il verse d'importants frais initiaux—La vente n'a pas été conclue et le même scénario s'est répété quatre fois—Les cinq offres avaient un caractère frauduleux, mais le contribuable a payé à Premier, ou sur les instructions de Premier, un total de 1 651 766 \$—En 1996, le contribuable a consulté la GRC, qui a fait une descente dans les bureaux de Premier et a arrêté le représentant qui s'est volatilisé après sa libération sous caution, emportant avec lui, semble-t-il, les pierres du contribuable—L'intimée a autorisé le contribuable à déduire le vol comme perte d'entreprise, mais lui a refusé toute déduction pour charges payées d'avance au titre des paiements qu'il avait faits à Premier ou sur les instructions de celle-ci—Selon l'exposé conjoint des faits, il s'agissait d'une entreprise en raison du fait que le contribuable participait à une affaire de caractère commercial—Tous les montants payés ont été vérifiés par la GRC—Les pierres n'ont jamais été assurées—Dans le cadre de cinq prétendues « offres d'achat », le contribuable a payé des sommes considérables sans mettre en doute leur légitimité et sans exiger de reçus—Il n'a pas pu expliquer à la C.C.I. pourquoi il avait maintes fois payé des frais—Confirmant l'établissement des nouvelles cotisations, le M.R.N. a conclu que les dépenses n'étaient pas raisonnables dans les circonstances—La C.C.I. a conclu que le contribuable ne pouvait avoir exploité une entreprise puisqu'il avait été victime d'une fraude du début à la fin, qu'il n'avait pas fait ses recherches et qu'il était motivé par l'avidité—La C.C.I. a conclu qu'il faut déduire de l'art. 67 de la LIR que, pour être déductibles, les dépenses doivent être raisonnables—La C.C.I. a formulé une conclusion de fait qui n'a pas été contestée, à savoir que l'appelant a été la victime d'une fraude importante du début à la fin et que les certificats produits ne suffisaient pas à prouver que le montant soit la juste valeur marchande des pierres, et qui porte un coup fatal aux moyens de l'appelant touchant la question de savoir si les dépenses ont été engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise—Il ne s'agit pas ici d'un cas où la Cour devrait prendre en considération l'état d'esprit du contribuable, ni d'une affaire de détournement de fonds où une entreprise est escroquée par un employé ou un tiers et où la question devient celle de savoir si la perte qui en résulte est suffisamment dépendante des activités productrices de revenus—Une affaire qui s'avère frauduleuse du début à la fin ne peut donner naissance à une source de revenu du point de vue de la victime, et donc ne peut être considérée comme

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

une entreprise, quelque soit la définition que l'on donne de ce terme—Mais l'appelant soutient que la C.C.I. ne pouvait conclure sur ce fondement à la non-déductibilité des dépenses déclarées, au motif que le ministre avait concédé qu'il avait participé à une affaire de caractère commercial—L'appelant a fait valoir que la C.C.I. était liée par les faits tels qu'ils avaient été admis, même si une preuve contraire a été produite au procès—L'appelant ne s'est toutefois pas contenté d'essayer de faire trancher son appel sur l'exposé conjoint des faits, choisissant plutôt de produire devant la Cour une quantité considérable d'éléments de preuve touchant la nature et l'ampleur de l'escroquerie—Les litiges civils cités par l'appelant ne sont pas applicables en matière fiscale; comme les deniers publics sont en jeu, l'issue de l'appel ne dépend pas de la volonté des parties—Elles ne peuvent par convention dicter l'issue d'un appel en matière fiscale—La C.C.I. ne pouvait fermer les yeux sur la preuve qui lui avait été présentée—L'appelant ne pouvait pas non plus soutenir que cette conclusion était interdite à la C.C.I. au motif que le délai prévu par la loi pour les nouvelles cotisations était expiré quand elle l'a prononcée—La décision de la C.C.I. confirme les nouvelles cotisations sur le même fondement principal que celui sur lequel elles avaient été établies—L'appelant a convoqué, à titre de témoin expert, l'agent de la GRC qui avait enquêté sur l'escroquerie—Le nom de l'appelant aurait été « vendu » à Premier—Il n'existe pas de marché secondaire pour les pierres précieuses et il se peut que les premiers achats de l'appelant aient été effectués aux premières étapes de l'escroquerie—Comme la victime ne dispose pas de marché où revendre ses pierres précieuses, elle doit s'adresser à qui les lui a vendues—On lui promet alors des bénéfices importants en contrepartie de nouveaux paiements—Il était permis à la C.C.I. de conclure, sur la base de la preuve, que le contribuable avait été victime d'une fraude du début à la fin—Nul besoin d'aller plus loin pour étayer la conclusion que les dépenses n'ont pas été engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise—L'appelant a invoqué deux ventes qui ont été faites à des acheteurs sans lien de dépendance avec lui en 1995 et qui ont rapporté chacune un bénéfice de 25 %—Ces ventes n'ont toutefois été déclarées qu'en 1996, soit après que le contribuable eut élaboré sa stratégie fiscale pour demander la déduction des dépenses « de vente » de 1 651 766 \$ et des « coûts de stock » de 529 926 \$ qu'il avait perdus par suite de l'escroquerie—C'est dans sa déclaration d'impôt pour 1996 que le contribuable révèle pour la première fois qu'il exploite une entreprise de commerce des pierres précieuses, et déclare le produit des deux ventes qui, si elles ont vraiment été effectuées, auraient dû être déclarées l'année précédente—L'absence de pièces justificatives à l'appui des transactions s'explique difficilement si les ventes ont été faites à des acquéreurs de bonne foi—De plus, il n'y a aucune indication sur l'origine des pierres précieuses qui auraient fait l'objet de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

ces deux ventes, alors qu'il ressort de l'exposé conjoint des faits que les escrocs se sont enfuis avec toutes les pierres précieuses—Qui plus est, à la date de ces ventes, le contribuable croyait encore pouvoir récupérer dix fois le coût de ses pierres précieuses, alors on comprend mal pourquoi il les aurait vendues pour un simple bénéfice de 25 %—En outre, ces ventes ne cadrent pas avec le témoignage d'expert selon lequel il n'existait pas de marché secondaire pour les pierres précieuses du contribuable—Bien que cette conclusion suffise à décider l'issue du recours, la Cour a commenté la portée de l'art. 67 et son application à la présente espèce—Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont dit que le terme « raisonnable » à l'art. 67 se rapporte au montant des déductions demandées et non à la nature de la dépense; que cette règle a pour objet d'empêcher les contribuables de réduire artificiellement leur revenu en déduisant des dépenses excessivement élevées mais, dans *Stewart*, la C.S.C. a fait remarquer que la portée de l'art. 67 pouvait être plus large—L'arrêt *Stewart* a écarté le critère de l'« expectative raisonnable de profit » parce qu'il était dénué de fondement législatif et qu'il créait plus de problèmes qu'il n'en résolvait—La C.S.C. a dit que si la dépense est déraisonnable eu égard à la source de revenu, alors l'art. 67 établit un mécanisme permettant d'en réduire ou d'en supprimer le montant—Ainsi la C.S.C. a reconnu l'art. 67 comme moyen d'apprécier le caractère raisonnable d'une dépense une fois établie l'existence d'une entreprise—L'art. 67 peut être invoqué pour refuser la déduction de la totalité d'une dépense, si son caractère déraisonnable est établi—Il était loisible en l'espèce à la C.C.I. de conclure que les dépenses du contribuable avaient été déraisonnables du début à la fin—Appel rejeté—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 18(1)a), 67, 248(1) « entreprise » (mod. par L.C.1995, ch. 21, art. 47).

HAMMILL C. CANADA (A-507-04, 2005 CAF 252, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 7-7-05, 26 p.)

**NON-RÉSIDENTS**

Pendant l'évaluation de l'obligation fiscale de la contribuable au titre de l'impôt sur le revenu, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) lui a signifié un avis de mise en demeure conformément à l'art. 231.6(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) pour lui enjoindre de produire, aux fins d'inspection, la totalité de ses dossiers pour les années financières se terminant les 31 juillet 1999 et 2000—La mise en demeure est-elle si large qu'elle est déraisonnable et peut être annulée conformément à l'art. 231.6(5) de la LIR?—La contribuable, une société constituée en vertu des lois du Luxembourg, s'était engagée par contrat à employer l'un de ses navires pour installer des treillis et des superstructures

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

pour le Projet énergétique extra côtier de l'île de Sable conformément à un contrat conclu avec une société affiliée du R.-U., qui avait elle-même conclu un contrat avec les propriétaires du projet, Mobil Oil Canada Properties—Le travail a été accompli pendant une période de 53 jours en septembre et octobre 1998—D'autres travaux ont été effectués en eaux canadiennes entre le 15 août et le 16 septembre 1999 en vertu d'un contrat daté du 14 décembre 1998—C'est ce qui explique pourquoi la demande de production de documents visait deux années financières—Selon la Convention fiscale Canada-Luxembourg, un résident de l'un des États signataires n'est pas tenu de payer l'impôt sur le revenu d'entreprise gagné dans l'autre pays signataire, à moins que l'entreprise en question n'ait un établissement permanent dans l'autre État—Le ministre voulait établir lui-même si l'appelante avait un établissement permanent au Canada pendant la période pertinente—Il ne s'est pas contenté de voir simplement les documents de l'appelante relatifs à ses activités au Canada, car il a estimé que cela rendait l'appelante juge de la pertinence des documents—Il a estimé qu'il était nécessaire d'effectuer une vérification générale des affaires de l'appelante pour 1999 et 2000—L'appelante a offert de laisser la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) décider si elle avait un établissement permanent au Canada—L'art. 173 de la LIR autorise la C.C.I. à décider toute question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit à titre de procédure préliminaire—L'ADRC a rejeté l'offre parce qu'elle n'avait pas les faits nécessaires pour soumettre la question à la Cour—L'art. 231.6(5) de la LIR autorise un juge de la Cour fédérale, sur demande présentée en ce sens par la personne à laquelle la mise en demeure est signifiée, d'annuler la mise en demeure s'il est convaincu qu'elle n'est pas raisonnable—Le juge Rouleau a rejeté une requête en ce sens dans *Saipem Luxembourg S.A. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CF 113, en se fondant sur *Merko c. Canada (M.R.N.)*, [1991] 1 C.F. 239 (1<sup>re</sup> inst.)—Il a été jugé dans *Merko* que le législateur, à l'art. 231.6, avait eu l'intention de donner au ministre des pouvoirs d'une grande portée pour obtenir des renseignements étrangers et qu'il suffit de démontrer que ces renseignements peuvent être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la LIR—Contexte législatif—L'art. 230(1) oblige toute personne qui exploite une entreprise au Canada à tenir des registres et des livres de comptes à son lieu d'affaires—L'ADRC peut profiter de cette obligation en allant dans les locaux du contribuable pour inspecter ses registres et livres de comptes et vérifier le revenu, les dépenses et la responsabilité fiscale du contribuable en matière d'impôt sur le revenu—Quand un contribuable non résident exploite une entreprise au Canada, le M.R.N. peut exiger qu'il produise des documents qui sont situés en dehors du Canada—Si une personne ne se conforme pas à une mise en demeure donnée conformément à l'art. 231.2, le M.R.N. peut demander à un juge, en vertu de l'art.

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

231.7, une ordonnance exécutoire qui, en cas de non-conformité, peut donner lieu à un procès pour outrage—La loi elle-même prévoit que la norme de contrôle à appliquer est celle du caractère raisonnable, de sorte que la C.A.F. ne peut intervenir que si le juge a fait une erreur manifeste et dominante—La jurisprudence relative à l'art. 231.6(5) est limitée et donne peu de directives concernant la base sur laquelle la Cour peut trouver qu'une mise en demeure est déraisonnable—Dans *Merko*, le juge Cullen a statué que la signification d'une mise en demeure après le dépôt d'un avis d'opposition par le contribuable ne constituait pas un abus de procédure et n'était pas déraisonnable—Le juge Cullen a cependant mal interprété la disposition, car il était d'avis qu'elle n'obligeait pas la production de renseignements—L'art. 231.6(2) accorde clairement au M.R.N. le pouvoir d'exiger la production de documents étrangers—De plus, contrairement à ce qu'a écrit le juge Cullen, le destinataire d'une mise en demeure n'est pas libre de choisir les documents demandés qu'il produira—Si le contribuable se conforme en partie à la mise en demeure, la Cour peut ordonner qu'aucun des documents visés par la mise en demeure puisse servir d'élément de preuve, pas même les documents produits—Ainsi, plus la demande est large, plus grave sont les conséquences de la non-conformité—La décision *Merko* semble appliquer une jurisprudence relative à une mise en demeure décernée en vertu de l'art. 231.2, selon laquelle une mise en demeure en vue d'obtenir des renseignements pertinents à la dette fiscale d'une ou de plusieurs personnes dont la responsabilité fiscale fait l'objet d'une enquête est un objectif lié à l'application ou à l'exécution de la LIR—L'art. 231.6 diffère de l'art. 231.2 en ce qu'il permet un contrôle judiciaire de la mise en demeure pour le motif qu'elle n'est pas raisonnable—Un tel contrôle n'a aucun effet concret si la mise en demeure est raisonnable uniquement parce que les renseignements demandés peuvent être pertinents à l'exécution de la LIR—L'intention du législateur devait être que la mise en demeure ne doit pas être déraisonnable—Le critère qui a été appliqué en l'espèce est celui qui a été appliqué dans les affaires relatives à l'art. 231.2 et la question du caractère raisonnable n'a pas été examinée—Si le juge a voulu dire qu'une mise en demeure est raisonnable si elle ne constitue pas par ailleurs un abus de procédure, il a regroupé les deux questions de *Merko* en une seule question et a omis de tenir compte du critère à appliquer en vertu de l'art. 231.6(5) et, par conséquent, a commis une erreur manifeste et dominante—Quant à ce qui est « raisonnable », le critère applicable a été énoncé dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247 : il faut se demander si, après un examen assez poussé, les motifs donnés, pris dans leur ensemble, étayaient la décision—Pour appliquer cette norme à la présente espèce, on a besoin de comprendre l'étendue de la demande et les raisons pour lesquelles elle a

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

été faite—Dans *Merko*, les mises en demeure exigeaient la production de documents relatifs à une transaction donnée pour laquelle le contribuable demandait un bénéfice fiscal, de sorte que le lien était évident et raisonnable—En l'espèce, on exige que la contribuable produise la totalité de ses documents pour deux années financières—Le lien est plus ténu, mais l'ADRC fait valoir que tous les livres et registres sont pertinents à une vérification, même si certains d'entre eux, après examen, servent uniquement à vérifier qu'ils n'ont aucun effet sur la dette fiscale canadienne—La question à trancher n'est pas le caractère raisonnable de l'intention de l'ADRC d'entreprendre une vérification, mais le caractère raisonnable de la mise en demeure—L'argument de l'appelante selon lequel l'ADRC aurait pu obtenir les documents qu'elle recherchait en délivrant une mise en demeure relative à des catégories précises de documents met en question le caractère raisonnable de la vérification, une question qui se situe en dehors du mandat confié à la Cour par l'art. 231.6(5)—Peut-on vraiment entreprendre une vérification en se fondant uniquement sur les documents fournis par la personne faisant l'objet de la vérification, sans avoir la possibilité de vérifier l'existence d'autres documents?—La plupart des entreprises recevant une mise en demeure acceptent probablement l'offre de l'ADRC de considérer leur consentement à une vérification sur les lieux comme une conformité suffisante à la mise en demeure—C'est la prérogative de l'ADRC de décider si elle va entreprendre une vérification et quelle forme cette vérification va prendre—Comme les documents sont en dehors du Canada, l'ADRC ne peut que décerner la mise en demeure et s'il en résulte une vérification qui ne satisfait pas aux normes régulières de l'ADRC, c'est la meilleure vérification qui peut être faite—La décision d'entreprendre une vérification justifie la portée de la mise en demeure signifiée en l'espèce—Appel rejeté et mise en demeure confirmée—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 173, 230(1), 231.2 (mod. par L.C. 2000, ch. 30, art. 176), 231.6 (mod., *idem*, art. 177), 231.7 (édicte par L.C. 2001, ch. 17, art. 183).

SAIPEM LUXEMBOURG S.V. C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (A-46-04, 2005 CAF 218, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 9-6-05, 20 p.)

**NOUVELLES COTISATIONS**

Appel d'un jugement (2004 CF 932) par lequel la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent du fisc de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 152(4.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) en vue d'établir de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995 après la fin de la période normale de nouvelle cotisation—

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

L'art. 152(4.2) fait partie d'un régime législatif (connu sous le nom de « dispositions d'équité ») qui confère aux autorités fiscales le pouvoir discrétionnaire d'accorder dispense de l'application de certaines dispositions de la LIR, notamment l'octroi d'une dispense à l'égard des délais normaux pour l'établissement de nouvelles cotisations d'impôt en vue de réduire l'impôt à payer—Le rôle de la Cour d'appel fédérale est de décider si la juge a choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée—La détermination de la norme de contrôle appropriée requiert une analyse pragmatique et fonctionnelle tenant compte de l'objet du régime législatif, de la portée de toute clause privative applicable, de l'expertise relative du tribunal et de la cour de révision ainsi que de la nature de la question en litige en vue de déterminer si la norme de contrôle applicable à la décision contestée est la décision correcte, la décision raisonnable ou la décision manifestement déraisonnable—La juge a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable, l'arrêt *Hillier c. Canada (Procureur général)* 2001 CAF 197 n'ayant pas été porté à son attention—Dans cet arrêt, la C.A.F. a appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision prise par un agent du fisc à l'égard d'une dispense discrétionnaire visée par une autre partie des « dispositions d'équité »—Aucun facteur pertinent n'indique que la norme de contrôle exige une retenue plus grande que la norme de la décision raisonnable, et la Cour est en désaccord avec les décisions de la Cour fédérale dans *Sharma c. Agence des douanes et du revenu du Canada*, 2001 CFPI 584 et *Cheng c. Canada*, 2001 CFPI 1114—Le contribuable, l'un des nombreux investisseurs dans un projet immobilier, avait déduit certaines pertes relatives à cet investissement pour 1993, 1994 et 1995, mais le 8 avril 1997, la déduction des pertes déclarées a été refusée dans de nouvelles cotisations pour le motif qu'il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit—Le contribuable n'a pas fait opposition aux nouvelles cotisations dans les 90 jours parce qu'il croyait, par erreur, que le cabinet d'experts-comptables mandaté pour représenter les investisseurs s'en chargerait—La preuve indique que le cabinet d'experts-comptables s'était engagé à produire des avis d'opposition—Le contribuable a versé 500 \$ dans le fonds utilisé pour payer les honoraires du cabinet d'experts-comptables—Le cabinet n'a pas produit d'avis d'opposition pour lui parce que le contribuable n'avait pas fourni au cabinet des copies de ses avis de nouvelle cotisation—Le contribuable affirme qu'il pensait, à tort, que l'ADRC fournirait des copies des avis de nouvelle cotisation au cabinet d'experts-comptables à titre de représentant autorisé—Il n'a appris qu'en février 2002 qu'aucun avis d'opposition n'avait été produit—Le témoignage du contribuable a permis d'établir que la demande de dispense en vertu de l'art. 152(4.2) n'a été présentée que le 6 décembre 2002, par suite d'une stratégie douteuse—Le 23 mai 2002, l'arrêt *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645, a porté un coup fatal

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

à la théorie de l'« expectative raisonnable de profit », le fondement des nouvelles cotisations—Si le contribuable avait fait opposition dans le délai prescrit, il aurait pu tirer avantage de l'arrêt *Stewart*, mais étant donné la situation, sa seule chance d'obtenir une dispense était l'art. 152(4.2) de la LIR—Rejetant la demande, l'agent a fondé sa décision sur la politique énoncée au par. 4e) de la Circulaire d'information 75-7R3 : une nouvelle cotisation pour donner un remboursement sera établie, même si un avis d'opposition n'a pas été produit dans le délai prescrit, pourvu que la demande de remboursement ne se fonde pas uniquement sur un appel devant les tribunaux d'un autre contribuable ayant eu gain de cause—C'est une politique valable, car l'ADRC doit éviter une situation où elle ferait face à un nombre considérable de demandes de nouvelles cotisations chaque fois qu'un tribunal rend une décision portant sur les obligations des contribuables—Toutefois, le 10 juin 2003, le cabinet d'experts-comptables a demandé le réexamen de la décision parce que la demande n'était pas fondée exclusivement sur l'arrêt *Stewart*—Il y avait eu mauvaise compréhension des exigences procédurales, le contribuable croyait à tort que les nouvelles cotisations avaient été contestées comme il se devait—L'agent a répondu que rien n'indiquait que des circonstances indépendantes de la volonté du cabinet d'experts-comptables avaient empêché la production de l'opposition, que l'ADRC n'était pas responsable des erreurs du représentant d'un contribuable—Le contribuable a demandé un autre réexamen en insistant sur le fait qu'il avait été traité différemment de trois autres personnes se trouvant dans une situation similaire à la sienne—L'agent a rejeté cette demande par voie d'une lettre datée du 4 novembre 2003, affirmant qu'il n'y avait aucune erreur de la part de l'ADRC ni aucune circonstance indépendante de la volonté du contribuable—La lettre précisait de façon inexacte que l'on ne peut se prévaloir des dispositions d'équité pour proroger le délai prescrit pour produire un avis d'opposition—Il semble que l'agent avait conclu qu'une dispense était à exclure parce que la demande était exclusivement fondée sur l'arrêt *Stewart*—Cette conclusion révèle une mauvaise compréhension des faits—L'omission de traiter de la question du traitement différent des contribuables est un élément pertinent—Le rejet de la demande de dispense n'était pas raisonnable—Appel accueilli—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(4.2) (édicte par L.C. 1994; ch. 7, ann. II, art. 125).

LANNO C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (A-478-04, 2005 CAF 153, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 2-5-05, 11 p.)

**PÉNALITÉS**

Appels du rejet des demandes de contrôle judiciaire en vue de faire annuler la décision de l'Agence des douanes et du

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

revenu du Canada (l'ADRC) de ne pas renoncer aux pénalités et intérêts dus à l'égard de créances relatives à l'impôt sur le revenu et à la TPS—Suivant la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la taxe d'accise*, le ministre jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour renoncer aux intérêts et aux pénalités—Le ministre a publié des lignes directrices dressant une liste non exhaustive des facteurs dont il est tenu compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, notamment le respect de la loi par le contribuable et la question de savoir si le fait d'exiger le paiement entraînerait des difficultés financières excessives pour le contribuable—La norme de contrôle applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire est celle de la décision déraisonnable *simpliciter*—Les motifs donnés par le ministre pour refuser de renoncer aux pénalités et aux intérêts ne peuvent résister à un examen assez poussé—Les appelants ont fondé leur demande d'exemption sur les difficultés financières excessives qu'ils subiraient—La décision en matière d'équité se rapporte au calcul des créances dues à l'ADRC par les contribuables et des éléments d'actif disponibles pour acquitter ces dettes—Les calculs de l'ADRC comportent de graves erreurs—L'agent de l'ADRC a tenu compte du montant des intérêts et des pénalités, mais non du montant d'impôt dû—Il n'est pas possible de prendre une décision quant aux difficultés financières d'un contribuable sans tenir compte du total des créances dues par celui-ci à l'ADRC—Le calcul a été établi sur la valeur nette d'un immeuble acquis lors d'une année record dans le marché immobilier, abstraction faite du fait que le marché avait brusquement fléchi peu de temps après—Le prix d'achat ne constituait pas une preuve de la valeur actuelle de l'immeuble, de la somme pour laquelle il pouvait être vendu ou hypothéqué—Appels accueillis et affaires renvoyées au ministre pour nouvelle décision—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; ann. VIII, art. 127)—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-13, art. 281.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 27, art. 127).

NAIL CENTRE AND ESTHETICS SALON C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (A-391-04, A-392-04, A-393-04, A-493-04, 2005 CAF 166, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 5-5-05, 5 p.)

**SOCIÉTÉ DE PERSONNES**

Appels et appels incidents de décisions de la C.C.I. portant sur l'utilisation par des contribuables d'une stratégie d'investissement connue sous le nom d'opérations de couverture sur des titres convertibles—Les contribuables ont demandé la déduction des pertes et dépenses liées à la mise en œuvre de leur stratégie—Les nouvelles cotisations du M.R.N. rejetaient certaines de ces déductions—Afin de comprendre les questions en litige, il faut décrire la stratégie—Des actions

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

ordinaires de compagnies publiques faisaient l'objet d'une vente à découvert et, au même moment, on achetait d'autres titres donnant droit d'acquérir le même nombre d'actions, titres qui pouvaient être des actions privilégiées ou des obligations non garanties convertibles en actions ordinaires, ou des droits de souscription d'actions ordinaires.—La vente dite à découvert est une vente d'actions qui n'appartiennent pas au vendeur, mais qui sont empruntées suite à une entente avec un courtier qui procède à la vente d'actions appartenant à un tiers (le courtier ou l'un de ses clients)—Le produit de la vente est versé au compte du vendeur à découvert, déduction faite des frais de courtage—En l'espèce, les contribuables versaient des « frais de location » aux courtiers, plus une somme équivalente aux dividendes obtenus sur les actions entre le moment de l'emprunt et celui de la remise (dividendes compensatoires)—Le profit ou la perte est réalisée quand la vente à découvert est liquidée (lorsque le vendeur à découvert procède à la remise des actions empruntées), le courtier achetant un nombre équivalent d'actions identiques pour les remettre au prêteur, les coûts de la transaction (y compris les frais de courtage) étant imputés au vendeur à découvert—Si le coût d'achat des actions de remplacement est inférieur au produit de la vente à découvert (la valeur des actions ayant diminué), le vendeur à découvert fait un profit—La « couverture » est une technique qui permet de diminuer le risque de perte—Pour réduire ce risque, le vendeur à découvert peut acquérir un titre lui donnant le droit d'acheter le même nombre des mêmes actions ordinaires (comme un droit de conversion d'actions ou d'obligations non garanties convertibles)—Dans la mesure où la valeur d'un titre convertible comprend la valeur des actions ordinaires qu'on peut obtenir lors de la conversion, elle augmente de pair avec la valeur des actions ordinaires en cause—La stratégie consistant à détenir un titre convertible pour couvrir la perte sur une vente à découvert d'actions ordinaires est connue comme une « stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles »—Il peut y avoir un revenu généré au cours de l'opération, puisque les actions privilégiées convertibles vont générer un dividende plus élevé que les actions ordinaires— On peut aussi obtenir un profit ou une perte sur l'écart entre la valeur des actions ordinaires vendues à découvert et la valeur du droit de souscription qui permet d'acquérir des actions ordinaires au cours d'une période donnée et à un prix fixe—Cette stratégie comporterait des avantages fiscaux potentiels, que le marché soit haussier ou baissier, ce qui en fait une stratégie gagnante à tous égards—La documentation décrivant la stratégie indique « qu'une opération de couverture de cette nature donne lieu à une myriade de permutations de manœuvres fiscales potentielles [. . .] [mais] les contribuables qui veulent s'en prévaloir doivent être conseillés par les meilleurs professionnels »—En l'espèce, les contribuables ont demandé

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

des déductions liées à des transactions coordonnées entre conjoints ou entre mère et fille—Le M.R.N. a cotisé les contribuables à nouveau au motif qu'ils auraient été en société de personnes ou dans une relation mandant/mandataire et qu'ils ne pouvaient isoler les transactions ayant donné lieu aux pertes qu'ils ont déduites de leur revenu—Le M.R.N. s'appuie sur l'arrêt *Schultz c. Canada*, [1996] 1 C.F. 423 (C.A.), où l'on a conclu à l'existence d'une société de personnes comprenant les conjoints ayant adopté la stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles—En l'espèce, la C.C.I. a conclu qu'il n'existait pas de société de personnes et que la stratégie utilisée par les appelants constituait un projet comportant un risque à caractère commercial, les conjoints étant des coparticipants—Chaque opération de couverture sur des titres convertibles était un bien identifiable distinct, constitué à la fois par l'achat des titres convertibles et par la vente à découvert des actions ordinaires (la position à couvert et la position à découvert)—On ne pouvait isoler la perte sur une seule position et elle n'était donc pas déductible—Seules la perte de la prime et les dépenses engagées au cours de l'opération étaient déductibles—Les appelants soutiennent que la C.C.I. a commis une erreur en arrivant à la conclusion qu'une opération de couverture sur des titres convertibles est un bien identifiable distinct et ils soutiennent aussi qu'ils ne constituaient pas une société de personnes et qu'il y a lieu de faire une distinction d'avec l'arrêt *Schultz*—L'intervenante, l'Association des banquiers canadiens, soutient que la C.C.I. a commis une erreur en arrivant à la conclusion qu'une opération de couverture sur des titres convertibles est un bien identifiable distinct—La C.C.I. s'est appuyée sur la définition de « biens » que l'on trouve à l'art. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR), une définition parmi les plus générales qui ouvre la porte à une approche non restrictive—Le droit qui est implicite dans l'opération de couverture sur des titres convertibles est « le droit d'utiliser l'un des volets de l'opération pour satisfaire aux exigences de marge de l'autre »—Au vu de la preuve des contribuables, la C.C.I. a conclu que, dans l'esprit de tous, c'est l'opération de couverture sur des titres convertibles elle-même qui était le placement, ce qui concorde avec la conclusion selon laquelle l'opération en cause est un bien et que c'est ce bien qui est l'objet du projet—La C.C.I. a bien saisi que ce n'était pas là une conclusion qui allait de soi, puisque dans l'introduction à ses motifs elle explique que les lois fiscales accusent généralement du retard sur l'ingéniosité des milieux financiers et que les tribunaux ne devraient pas se priver d'envisager l'application de nos lois fiscales dans une optique innovatrice permettant d'adapter les principes fiscaux à l'innovation financière et d'arriver à un résultat qui confond les réalités économiques et juridiques—La C.C.I. indique s'être employée à déterminer les questions en litige « en cherchant à établir la véritable nature juridique des opérations, d'une part, et à

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

adapter les lois fiscales à la cible mobile de l'innovation financière, d'autre part »—La C.C.I. a commis une erreur en adoptant cette approche à l'interprétation et à l'application de la Loi—Le rôle des tribunaux est de déterminer les faits et d'interpréter le droit, pour ensuite appliquer le droit aux faits—La C.C.I. a interprété son rôle comme étant de restreindre l'usage de mesures innovatrices d'évitement de l'impôt—Cette approche constitue une erreur de droit—Le rôle de la C.C.I. n'est pas de protéger les revenus publics et c'est le législateur qui doit prendre les mesures requises pour atteindre cet objectif—En l'absence de dispositions légales contraires, le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale—La souplesse de l'approche de la C.C.I. ne respecte pas son rôle, qui n'est pas d'élargir les principes fiscaux en réaction à des mesures innovatrices du contribuable—C'est une erreur d'amalgamer les volets d'une opération de couverture pour en faire un bien identifiable distinct—L'expression « opération de couverture sur des titres convertibles » n'est qu'une formule abrégée pour décrire certaines transactions distinctes qui sont réalisées à peu près au même moment—Chaque transaction porte sur un bien identifiable—Le fait que les transactions impliquent le même ou les mêmes investisseurs dans une série de transactions liées sur des titres ne justifie pas qu'on qualifie ces transactions distinctes de bien unique—La théorie de la C.C.I. est fondée sur le financement de l'opération de couverture—La C.C.I. souligne le droit d'utiliser l'un des volets de l'opération pour satisfaire aux exigences de marge de l'autre—Il faut comprendre les ententes au sujet des exigences de marge auxquelles renvoie la C.C.I.—Comme la valeur des actions peut diminuer, le courtier exige que le client conserve une certaine marge dans son compte (en espèces ou en titres divers)—Lors d'une transaction qui n'est pas accompagnée d'une opération de couverture, la somme disponible dans le compte du client doit correspondre à 50 p. 100 du prix d'achat des titres convertibles ou du produit de la vente à découvert d'actions ordinaires—Dans le cas de la stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles, les courtiers ne demandaient pas les 50 p. 100 de marge puisqu'ils étaient d'avis que l'achat des titres convertibles et le produit de la vente à découvert d'actions ordinaires permettaient de compenser toute perte dans l'un ou l'autre cas—Le risque portait donc uniquement sur la prime, qui devait être versée en espèces—Par conséquent, les ressources financières nécessaires aux opérations de couverture étaient minimes—C'est le fait que le courtier était disposé à renoncer au 50 p. 100 de marge habituellement requis qui a amené la C.C.I. à conclure que l'opération de couverture sur des titres convertibles constituait un bien identifiable distinct—La C.C.I. a eu tort de dire que le droit d'utiliser l'un des volets de l'opération de couverture pour satisfaire aux exigences de marge de l'autre était un droit qui transformait l'opération en

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

cause en un bien identifiable distinct—La LIR n'est pas un code du commerce—L'application de la LIR se fonde sur le droit commun, plus particulièrement le droit des biens—Il faut s'en remettre aux règles plus générales du droit commercial pour attribuer un sens à des mots qui, indépendamment de la Loi, sont bien définis—Les titres convertibles utilisés pour satisfaire aux exigences de marge sont un bien identifiable distinct qui appartient à l'investisseur, dont les droits de propriété ne sont pas modifiés du fait que les titres sont utilisés dans une opération de couverture sur des titres convertibles—La nature des droits relatifs à la vente à découvert sont indépendants d'une opération de couverture sur des titres convertibles qui comprend la vente en question—La stratégie visant à minimiser le risque ne transforme pas des biens distincts en un seul bien—Les ententes sur marge constituent une structure contractuelle se superposant à chaque volet de l'opération de couverture sur des titres convertibles, reflétant la manière de traiter leurs biens adoptée par les contribuables et les courtiers—La définition de la LIR est effectivement large, mais elle n'est toutefois pas une licence accordée aux tribunaux de créer, aux fins de l'impôt sur le revenu, une nouvelle catégorie de biens qui n'existe pas par ailleurs—Rien au dossier ne justifiait le point de vue de la C.C.I. que la pratique des courtiers de ne pas exiger la marge habituelle créait un droit exécutoire dont disposaient les contribuables—Il n'y a là rien d'autre qu'un accommodement consenti par le courtier, que celui-ci pouvait retirer à tout moment—En vertu des ententes avec les clients, les courtiers peuvent fixer la marge requise à leur guise et exiger une marge additionnelle à tout moment—De plus, le fait d'amalgamer l'achat de titres convertibles et la vente à découvert d'actions ordinaires constitue une nouvelle qualification de l'effet des transactions et la Cour suprême a statué qu'une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables—Les transactions courantes sur le marché ne peuvent recevoir une nouvelle qualification aux fins fiscales—Le fait de qualifier l'opération de couverture sur des titres convertibles de bien identifiable distinct était une innovation de la C.C.I. en 2003, qui créait une nouvelle base d'imposition alors que le droit du ministre de cotiser avait expiré en 1998—S'agissant de la question de l'existence d'une société de personnes, fondement principal des nouvelles cotisations du ministre, la C.C.I. a conclu que les contribuables étaient des coparticipants dans un projet comportant un risque de caractère commercial avant d'aborder la question de savoir s'il constituait une société de personnes et de conclure par la négative—En vertu de l'art. 2 de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, l'existence d'une société de personnes exige une relation entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice—Les transactions en cause en l'espèce constituaient



**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

une entreprise—La C.C.I. a conclu que l'entreprise existait, mais qu'elle n'était pas exploitée parce que les activités des contribuables étaient des projets comportant un risque de caractère commercial et ne constituant pas l'exploitation d'une entreprise; le fait d'exploiter une entreprise étant un élément essentiel de la société de personnes, il n'en existait pas une ici—La C.C.I. s'est appuyée sur *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.* (1970), 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.), où le président Jackett déclare avoir conclu « après beaucoup d'hésitation » que l'expression « a exercé » ne peut être utilisée avec le terme « initiative »—Mais la question de la société de personnes n'est pas soulevée dans *Tara* et aucune jurisprudence ne vient fonder la proposition voulant qu'un projet comportant un risque de caractère commercial ne soit pas une entreprise aux fins de la *Loi sur les sociétés en nom collectif*—La C.S.C. a conclu qu'une société en nom collectif peut être créée pour une seule opération—*Lindley & Banks on Partnership*, 18<sup>e</sup> éd., affirme que « presque toute activité ou entreprise de caractère commercial, y compris une transaction unique, sera considérée comme une entreprise à cette fin » (celle de trancher la question de l'existence d'une société de personnes)—Cet énoncé du droit est à préférer à celui de *Tara*—Pour démontrer qu'on n'exploitait pas une entreprise, la C.C.I. a noté l'absence de cartes de visite, de publicité et de lignes téléphoniques—Il est douteux qu'une société de personnes formée pour réaliser une seule transaction aurait ces caractéristiques—Dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, le juge Major fait remarquer que l'expression « projet comportant un risque de caractère commercial » n'est pas définie dans la LIR, étant une créature jurisprudentielle visant à départager les opérations d'achat et de vente qui sont de nature commerciale de celles qui tiennent d'une immobilisation—Ceci était important avant 1972, les opérations portant sur des immobilisations étant alors exonérées d'impôt—La C.C.I. a eu tort d'adapter un concept fiscal pour l'appliquer à la question de la société de personnes—La Cour est d'avis que les appelants exploitaient une entreprise d'opérations de couverture sur des titres convertibles—La question de savoir si, et quand, les parties commencent à exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice est une question objective à déterminer au vu de la conduite des parties—Il n'est pas essentiel qu'il y ait une activité commerciale—Le fait que les conjoints aient ouvert des comptes et signé des garanties croisées rendait possible la poursuite des opérations, tout en créant une perte dans l'un des comptes—La C.C.I. n'a pas tenu compte de la preuve portant sur la mise en marché de la stratégie gagnante à tous égards, ainsi que de la motivation des participants en adoptant la stratégie—Les profits et les déductions fiscales prévus faisaient partie de la même stratégie et donc de la même entreprise—C'est l'ouverture des comptes et la signature des garanties croisées qui nous indiquent que les

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

conjoints ont commencé à exploiter une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice—Le fait que les conjoints nient qu'ils constituaient une société de personnes n'a aucun poids—L'existence ou l'absence d'un contrat de société ne suffit pas non plus à régler la question—Donner à entendre que les parties ont établi des comptes indépendants serait faire fi de la stratégie d'opérations de couverture sur des titres convertibles—Il n'est pas non plus nécessaire qu'il y ait un partage égal des profits pour conclure à l'existence d'une société de personnes—Il suffit de pouvoir déterminer quelle était l'entente au sujet du partage des profits—L'existence d'une société de personnes n'est pas tributaire du fractionnement de revenus—Étant donné que les exigences de marge étaient minimales, l'existence des garanties croisées avait une plus grande importance que la source des contributions pour satisfaire aux exigences de marge—La C.C.I. a commis une erreur en distinguant la jurisprudence établie par l'arrêt *Schultz*, qui s'impose à nous parce que les ressemblances entre cette affaire et les appels en l'espèce sont frappantes—Le fait que les documents d'ouverture des comptes des appelants déclarent qu'ils ne sont pas en société de personnes ne permet pas de trancher la question de la réalité juridique de leur conduite—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 248(1) « biens »—*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, art. 1(1) « entreprise », art. 2.

REZEK C. CANADA (A-463-03, A-462-03, A-465-03, A-464-03, A-466-03, 2005 CAF 227, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 17-6-05, 46 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Depuis 1987, A&W vend un sandwich au poulet grillé appelé « Chicken Grill »—La marque de commerce pour ce produit a été enregistrée en 1988—Depuis 2001, la société McDonald vend un sandwich au poulet grillé appelé « Chicken McGrill »—A&W allègue que la défenderesse a contrefait sa marque de commerce en utilisant une marque semblable qui crée de la confusion et qui a entraîné la diminution de la valeur de son achalandage—La défenderesse prétend que la marque d'A&W est invalide parce qu'elle n'est pas distinctive—Le « Chicken Grill » de A&W se vend 3,89 \$, et rapporte de 8 à 10 millions de dollars par année—Le produit de McDonald se vend 3,49 \$ et rapporte environ 30 millions de dollars par année—Selon l'opinion prédominante en jurisprudence canadienne, l'art. 19 de la *Loi sur les marques de commerce* interdit uniquement l'emploi d'une marque identique: *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1988] 3 C.F. 91 (C.A.)—Rien dans le droit

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

anglais n'étaye non plus clairement l'argument voulant que l'emploi d'une marque qui englobe la marque d'une autre personne constitue une contrefaçon—Dans quelques décisions anglaises, les tribunaux ont conclu que le terme « identique » pouvait englober des situations où le défendeur emploie un mot qui est la marque déposée d'une autre entreprise en combinaison avec d'autres mots—Dans une affaire, la Cour d'appel d'Angleterre a mis en doute l'argument présenté en l'espèce par A&W, soulignant que la question serait bientôt tranchée par la Cour européenne de justice—Cette Cour a conclu qu'il n'y avait contrefaçon que si les deux éléments comparés soient en tous points les mêmes—La preuve ne permet pas d'établir que le préfixe « *Mc* » est si insignifiant qu'il risque de passer inaperçu aux yeux du consommateur moyen—La principale question est de savoir si l'emploi par la défenderesse de la marque « *Chicken McGrill* » crée de la confusion avec la marque d'A&W, contrairement à l'art. 20(1) de la Loi—A&W plaide qu'il s'agit d'un cas de « confusion inverse » en ce que les clients sont amenés à croire que les marchandises du demandeur proviennent du défendeur—Aucune jurisprudence au Canada ne traite de la confusion indirecte, mais l'art. 6 de la Loi reconnaît implicitement la confusion indirecte—Cette notion est acceptée aux États-Unis où, selon l'auteur américain J. T. McCarthy, la règle de la confusion indirecte est fondée entièrement sur les faits, l'exemple typique étant celui d'un utilisateur nouveau qui dispose d'un pouvoir économique beaucoup plus grand et qui inonde le marché de publicité concernant une marque quasi semblable qui crée de la confusion et qui finit par l'emporter sur le pouvoir et la valeur de la marque de l'utilisateur plus ancien—Toutefois, le jugement américain faisant autorité, *A&H Sportswear Co., Inc. v. Victoria's Secret Stores, Inc.*, 167 F. Supp. 2d 770 (E.D. Pa. 2001), n'insiste pas sur la preuve du scénario présenté par McCarthy—La Cour explique que, comme pour la confusion directe typique, la probabilité de confusion demeure la clé—La Cour examine 10 facteurs à prendre en compte chaque fois que la confusion est invoquée, chacun d'eux devant être évalué car aucun n'est en soi concluant—La Loi canadienne est assez large pour viser à la fois la confusion directe et la confusion indirecte, les deux étant susceptibles de poursuites en vertu de la Loi et les mêmes critères s'appliquant—Il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur les lois, la doctrine, la jurisprudence ou les critères américains—La preuve de confusion réelle des clients de A&W est très faible—La preuve par sondage indique que McDonald est plus susceptible que tout autre restaurant d'être perçu à tort comme étant la source du « *Chicken Grill* » mais l'expert de la défenderesse conteste ce raisonnement—La preuve par sondage ne révèle pas l'existence d'une confusion—La preuve indique que la grande majorité des répondants ne font aucun lien entre le nom « *Chicken Grill* » et un restaurant—La preuve statistique n'établit aucunement la

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

confusion—La preuve linguistique contradictoire porte à croire que le préfixe « *Mc* » a un sens et qu'il diminue sensiblement la possibilité de confusion concernant la source du produit—La marque d'A&W « *Chicken Grill* » n'est pas bien connue et n'est pas associée à la demanderesse alors que « *Chicken McGrill* » est fortement associé à McDonald—Les marchandises sont quasi identiques, sont vendus dans un environnement qui donne peu d'occasions à l'acheteur de réfléchir à son choix—Il faut faire beaucoup de publicité pour créer la notoriété et la demande-resse n'a fait aucune publicité vigoureuse de son produit depuis 1997—La défenderesse a consacré 1,2 million de dollars en publicité en 2002 pour le « *Chicken McGrill* »—S'agissant de la nature du commerce, il est peu probable que la personne qui achète un « *Chicken Grill* » pense que le produit provient de chez McDonald même si le nom ressemble quelque peu à celui de McDonald—La nature concurrentielle de l'industrie milite contre toute confusion potentielle, directe ou indirecte—Le préfixe « *Mc* » minimise la possibilité de confusion directe—Quant à la confusion indirecte, rien dans les termes « *chicken* » et « *grill* » ne désigne en soi la défenderesse—La prétention de la demanderesse quant à l'existence d'une confusion indirecte n'est pas établie—S'agissant de la diminution de la valeur de l'achalandage, la preuve n'établit guère que les consommateurs voient un rapport entre les deux marques ni qu'il y a eu atteinte à la réputation de la demanderesse—Les circonstances en l'espèce ne donnent pas non plus ouverture à une demande fondée sur la perte de contrôle d'une marque déposée—La demanderesse est libre d'utiliser sa marque comme elle le veut et la défenderesse n'utilise pas la marque de commerce d'A&W—Rien n'étaye la prétention concernant la perte d'achalandage—La demande reconventionnelle de McDonald, à savoir que la marque « *Chicken Grill* » est invalide parce que non distinctive est rejetée—Que « *Chicken Grill* » ne soit pas bien connue ni associée d'emblée à A&W n'est pas suffisant pour les besoins de l'art. 18(1)b) de la Loi—On n'a pas démontré que la marque de commerce d'A&W est si peu distinctive qu'elle ne distingue pas le sandwich d'A&W des produits offerts par d'autres restaurants—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 18(1)(b), 20(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196).

A&W FOOD SERVICES OF CANADA INC. C. MCDONALD'S RESTAURANTS OF CANADA LTD. (T-2023-01, 2005 CF 406, juge O'Reilly, jugement en date du 23-3-05, 47 p.)

**PRATIQUE****APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS**

Requête présentée en vertu des règles 54 et 343 des *Règles des Cours fédérales* pour que la Cour détermine le contenu du

**PRATIQUE—Suite**

dossier d'appel, à la suite de l'appel et de l'appel incident à l'encontre de la décision de la Cour fédérale concluant que l'appelante avait contrefait la marque de commerce « Hilfiger Flag Logo », contrevenant ainsi à l'art. 20 de la *Loi sur les marques de commerce*—L'appelante souhaite obtenir une ordonnance condamnant les intimées aux dépens du dossier d'appel au prorata des exigences de ces dernières relativement à l'inclusion de documents dans le dossier d'appel ou une ordonnance portant que chaque partie produise son propre dossier d'appel et en supporte les dépens—La règle 343(5) prévoit que le dossier d'appel est préparé par l'appelant à moins que la Cour n'ordonne à l'administrateur de le préparer—Aucune disposition des Règles ne porte sur le partage des dépens—La règle 400(6)a) donne à la Cour le pouvoir d'adjudger les dépens à l'égard d'une question litigieuse ou d'une procédure particulières—Il se peut que la règle 400(6)a) puisse être utilisé pour obtenir le résultat souhaité par l'appelante soit à l'étape de la préparation, soit au moment de trancher l'appel—En cas d'abus par l'intimé quant au contenu du dossier d'appel, la Cour peut intervenir pour protéger le droit d'appel et empêcher l'abus de procédure—Une telle intervention pourrait prendre la forme d'une ordonnance condamnant aux dépens ou partageant les dépens—L'appelante prétend que les intimées se sont montrées intransigeantes et qu'elles n'ont pas coopéré afin d'exercer une pression financière injuste sur l'appelante—Lorsque la requête leur a été signifiée, les intimées ont réexaminé les documents et ont reconnu que leurs demandes globales antérieures sont indéfendables—L'appelante conteste un nombre considérable des conclusions tirées par le juge de première instance, notamment son intention d'employer le dessin « Explore Canada » comme marque de commerce—Les preuves dont disposait le juge de première instance doivent être incluses dans les dossiers d'appel même si elles ne sont pas concluantes ou même si elles ne révèlent pas à première vue l'intention de l'appelante—Le nombre de dossiers d'appels déposés par les parties est ahurissant, mais celles-ci doivent penser généralement qu'il vaut mieux avoir les documents à portée de main que de ne pas les avoir lorsqu'on en a besoin—Pour diminuer au minimum les iniquités et éliminer les coûts non nécessaires, il est ordonné aux intimées d'examiner de nouveau les documents en vue d'exclure ce qui n'est pas essentiel—L'ordonnance ne doit pas être considérée comme tranchant les allégations relatives à l'intransigeance—Les intimées doivent rendre compte par écrit à la Cour, dans les 20 jours suivant l'ordonnance, du résultat de leur examen, la Cour finalisera alors le contenu des dossiers d'appel et tranchera la requête—L'ordonnance réservera à la formation qui entendra l'appel le droit d'adjudger les dépens des dossiers d'appel indépendamment de la décision sur le bien-fondé de l'appel—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196)—*Règles*

**PRATIQUE—Suite**

*des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 54, 343, 400(6)a).

QUALITY GOODS IMD INC. C. TOMMY HILFIGER LICENSING INC. (A-45-05, 2005 CAF 145, juge Létourneau, J.C.A., ordonnance en date du 21-4-05, 6 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

La demande en radiation présentée par la demanderesse ainsi que la demande reconventionnelle pour *passing off* (commercialisation trompeuse), contrefaçon de marques de commerce et dépréciation de l'achalandage ont été rejetées avec dépens—La demanderesse sollicite une ordonnance enjoignant à l'officier taxateur de lui accorder les dépens jusqu'à la date de règlement et de doubler les dépens qui sont postérieurs à cette date—Elle sollicite également une ordonnance de taxation des dépens selon le maximum de la fourchette prévue dans la colonne IV du tarif B—La règle 420(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* fixe deux conditions préalables à l'adjudication du double des dépens à une partie qui a présenté une offre de règlement: l'offre doit être faite par écrit et elle ne doit pas être révoquée—Ces deux conditions ont été remplies—Il s'agit de déterminer si l'offre était véritablement une offre de règlement, au sens des Règles—La défenderesse soutient que l'offre était dénuée d'un élément de compromis—Si les avantages qu'elle présente sont exclusivement unilatéraux, il ne s'agit pas d'une offre au sens des Règles—Une « offre » dans laquelle une partie invite la partie adverse à capituler, sans faire elle-même de concessions, présente des avantages unilatéraux et le double des dépens ne sera pas accordé—Cependant, sauf si les avantages de l'offre sont tout à fait unilatéraux, les conditions de la règle 420 sont remplies si l'offre est claire et sans équivoque, c'est-à-dire qu'elle ne laisse à la partie adverse que l'alternative de l'accepter ou de la refuser—Il convenait d'accorder le double des dépens en l'espèce—Les avantages de l'offre ne sont pas unilatéraux: en échange de l'acceptation de la défenderesse de mettre fin à sa demande reconventionnelle pour contrefaçon et pour *passing off*, la demanderesse renoncerait à toute tentative de faire radier les marques de commerce—L'absence de concession au sujet des dépens n'était pas fatale—La Cour peut modifier son ordonnance sur les dépens à la condition que les directives spéciales données en vertu de la règle 403 ne soient pas incompatibles avec l'ordonnance initiale—En vertu de la règle 400, les dépens sont principalement une question de nature discrétionnaire—La Cour n'était toutefois pas d'avis que les dépens de la défenderesse devaient être réduits—Bien qu'elle ait attendu deux ans avant de retirer sa demande reconventionnelle visant à obtenir une injonction et d'autres réparations, la défenderesse a proposé de procéder à

**PRATIQUE—Suite**

l'instruction de la demande reconventionnelle seulement, limitant ainsi considérablement les questions à trancher et permettant d'éviter des délais et des frais—La demanderesse s'est fondée à tort sur la règle 399 et sur *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.F.), car une offre de règlement n'est pas une chose que l'on découvre après un jugement et qui oblige à modifier l'ordonnance rendue—En vertu de la règle 422, les offres ne peuvent pas être communiquées à la Cour avant le jugement et ne constituent donc pas un événement fortuit auquel la règle 399 s'applique—Pour demander que les dépens soient taxés selon le maximum de la fourchette prévue dans la colonne IV du tarif B, la demanderesse affirme que l'affaire a soulevé de nombreuses questions à propos des droits conférés par une marque de commerce et leur lien avec les noms de domaine, ainsi que de nouvelles questions de preuve concernant l'utilisation d'Internet à l'instruction—La défenderesse a soutenu que la Cour ne peut pas rajuster le barème des dépens, c.-à-d. appliquer la colonne IV plutôt que la colonne III, à la suite d'une requête pour directives spéciales présentée en vertu de la règle 403 : voir les commentaires du juge O'Keefe dans *Caricline Ventures Ltd. c. ZZTY Holdings Ltd.*, 2002 CFPI 566—La Cour ne souscrivait pas à l'interprétation restrictive qui a été faite de son pouvoir discrétionnaire dans cette affaire—Même si ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'on n'applique pas la colonne III, le principe fondamental est que la Cour a entière discrétion—Pour un résumé des principes applicables à une requête présentée en vertu de la règle 403, il convient de se reporter à l'opinion du juge Rothstein dans *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 C.F. 451 (C.A.)—Dans *Consorzio*, même si l'appel a été rejeté « avec dépens », la C.A.F. a ordonné une augmentation forfaitaire des dépens—L'argument voulant que la Cour n'est pas habilitée à entendre une requête en vue d'obtenir la majoration des dépens après qu'une ordonnance sur les dépens a été rendue a été expressément rejeté dans *CCH Canada Limitée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CAF 278—Sur ce point, voir aussi : *Ludco Enterprises Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 450—La logique suivie dans *CCH* et *Ludco* s'applique en l'espèce : en autant que l'utilisation de la colonne IV plutôt que de la colonne III n'est pas « incompatible » avec l'ordonnance prévoyant que l'appel est rejeté « avec dépens », la Cour a compétence pour connaître de la requête—La majoration des dépens, soit en adjugeant un montant forfaitaire soit en utilisant une colonne différente du tarif, cadre avec la règle 403—Dans *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2004 CF 1582, le juge Lemieux a statué qu'il n'y avait aucun défaut de compétence à l'adjudication des dépens sur une base avocat-client après le rejet de la requête avec dépens, même si une telle adjudication est réservée aux circonstances les plus rares—Une telle majoration ne pourrait être accordée lorsque la Cour a les

**PRATIQUE—Suite**

mais liées par une ordonnance portant que les dépens seront « taxés selon l'échelle ordinaire »—En l'espèce, les questions de droit et les questions de preuve concernant Internet étaient nouvelles et complexes—Les dépens accordés aux deux parties seront taxés selon la colonne IV—*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 399, 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)), 403, 420(1), 422, tarif B, colonne III, IV.

ITV TECHNOLOGIES, INC. C. WIC TELEVISION LTD.  
(T-1459-97, 2005 CF 744, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 25-5-05, 17 p.)

L'appelante a demandé le contrôle judiciaire du refus de désigner un bien donné conformément à l'art. 32(2) de la *Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*—La Cour a rendu une décision interlocutoire selon laquelle les auteurs des affidavits déposés par le ministre ne sont pas obligés de répondre à certaines questions en contre-interrogatoire en raison du secret professionnel de l'avocat—L'appel interjeté de la décision a été rejeté avec dépens—L'appelante soutient qu'en l'absence de circonstances extraordinaires, les dépens accordés dans les procédures interlocutoires ne sont pas taxés avant la conclusion du procès, de sorte qu'il est trop tôt pour taxer maintenant ces dépens—L'intimé a soutenu qu'un appel à la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) est une instance distincte du contrôle judiciaire à la Cour fédérale (C.F.) et que le jugement de la C.A.F. est définitif, de sorte que les dépens peuvent être immédiatement taxés—Il a ajouté que le juge instruisant le contrôle judiciaire n'est pas compétent à l'égard de la taxation des dépens en C.A.F.—Au moment du jugement de la C.A.F., les questions de fond soulevées dans le cadre du contrôle judiciaire demeureraient en suspens, de sorte que le jugement de la C.A.F. était, dans son sens le plus large, interlocutoire car il ne tranchait pas le contrôle judiciaire—La jurisprudence invoquée par l'appelante appuie la proposition très sensée qu'il ne devrait y avoir qu'une seule taxation des dépens dans une instance donnée, y compris tout octroi interlocutoire des dépens—Néanmoins, on peut douter que le jugement définitif de la C.A.F. statuant sur l'appel d'un jugement interlocutoire de la C.F. est visé par la jurisprudence invoquée par l'appelante—Compte tenu de la hiérarchie des tribunaux, la C.A.F. est au-delà des paramètres de toute instance d'une cour de première instance—Selon la notion de « droit quant au fond » dans la hiérarchie des tribunaux, la taxation interlocutoire des dépens à la C.F. est une instance accessoire à l'instance principale, mais la taxation des dépens à la C.A.F. ne fait pas partie de l'instance principale, même si on pourrait dire, dans son sens le plus large, qu'elle est accessoire à l'issue du contrôle judiciaire—Le ministre a droit à la taxation des dépens—Le mémoire des dépens et les débours modestes réclamés devraient être accordés tels que demandés—*Loi sur l'exportation et l'importation de biens*

**PRATIQUE—Suite**

*culturels*, L.R.C. (1985), ch. C-51, art. 32(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 49, art. 218).

WILLIAMSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(A-322-04, 2005 CAF 219, protonotaire Stinson, taxation  
en date du 8-6-05, 6 p.)

Appel d'une ordonnance d'un juge de la Cour fédérale refusant d'entendre une requête pour obtenir des directives au sujet des dépens en vertu de la règle 403 des *Règles des Cours fédérales* au motif qu'il se considérait *functus*—Une requête déposée en vertu de la règle 403 doit être considérée comme une procédure sanctionnée par la loi en vue de la modification d'un jugement: *Conorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 C.F. 451 (C.A.)—La règle 403 l'emporte sur les exigences plus générales relatives au réexamen de jugements qui sont prévues par la règle 397—L'énoncé dans *AB Hassle c. Genpharm Inc.*, 2004 CF 892, selon lequel la règle 403 ne saurait être invoquée pour obtenir la modification d'une ordonnance portant sur l'adjudication des dépens, est erroné—Il est fondé sur une mauvaise compréhension de ce qui s'était réellement produit dans l'affaire *Conorzio*, où le jugement comportait une ordonnance sur les dépens et sur la décision dans *Canada c. Canadian Pacific Ltd.*, 2002 CAF 98, que l'on peut distinguer de la présente affaire au motif qu'une partie avait demandé en vertu de la règle 403 les dépens dans d'autres cours et d'autres instances—Les notions de *res judicata* ou de *functus officio* ne sont pas applicables—Le juge saisi de la requête doit l'entendre et en disposer—Il peut estimer que la requête est vexatoire et la rejeter pour ce motif—La très brève discussion sur la question des dépens, qui n'occupe que quelques lignes de la transcription, ne permet pas de conclure que le procureur d'Apotex avait renoncé au droit de réclamer des dépens selon un tarif supérieur—Quand un procureur consent à ce que les dépens « suivent l'issue de la cause », il ne fait que reconnaître quelle partie paiera éventuellement les dépens, sans se prononcer sur le montant final—Appel accueilli avec dépens *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 397, 403.

APOTEX INC. C. CANADA (A-381-04, 2005 CAF 128, juge  
Décarry, J.C.A., jugement en date du 12-4-05, 4 p.)

**PARTIES***Qualité pour agir*

La question en litige était de savoir si la succession d'un demandeur défunt pouvait poursuivre une réclamation non réglée présentée aux termes du *Régime de pensions du Canada* (le RPC), lorsque la réclamation reposait sur l'allégation qu'une disposition du RPC viole les droits à

**PRATIQUE—Suite**

l'égalité reconnus par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Ethel et Reginald Vincent ont vécu comme conjoints de fait de 1974 à 1986—En 1996, M<sup>me</sup> Vincent a demandé un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension aux termes du RPC—À cette époque, les dispositions relatives au partage de droits s'appliquaient aux conjoints de fait qui s'étaient séparés en 1987 ou par la suite—Sa position était que la date limite du 1<sup>er</sup> janvier 1987 violait la garantie à l'égalité accordée par la Charte—Le ministre a rejeté la demande et M<sup>me</sup> Vincent est décédée avant que le tribunal de révision ait pu entendre son appel—Le ministre avait présenté une requête demandant le rejet de la demande en faisant valoir que la succession n'avait pas qualité pour poursuivre une demande fondée sur la Charte, mais le tribunal avait établi une distinction d'avec la jurisprudence citée, puisque ces affaires concernaient des tentatives d'introduire une procédure après le décès d'une personne, alors qu'en l'espèce, la succession ne faisait que poursuivre une instance en cours—Le juge MacKay a rejeté la demande de contrôle judiciaire du ministre : *Canada (Procureur général) c. Vincent (Succession)*, 2004 CF 1016, et il a convenu qu'aucun des précédents cités par le ministre ne défendait la proposition qu'une réclamation fondée sur la Charte amorcée par un demandeur prend fin au décès du demandeur et ne peut être poursuivie par la succession—Les parties ont reconnu que l'annulation de la disposition dont la constitutionnalité était contestée aurait des répercussions financières, à savoir qu'elle entraînerait une augmentation des prestations de survivant payables au petit-enfant à charge—Le fait que le ministre a fondé sa requête en irrecevabilité sur la question de la qualité pour agir ne lui a guère été utile, parce qu'elle a privilégié le statut et la procédure plutôt que la nature des droits que la succession souhaitait faire valoir et, lorsque les décisions citées par le ministre étaient examinées du point de vue des droits substantiels, elles n'appuyaient pas la conclusion que le ministre a invité la Cour à tirer—Sens de l'expression « qualité pour agir »—Le RPC envisage que la succession peut demander le partage des droits (art. 53.3(1)), la succession ayant donc la capacité d'intenter et, par extension, de poursuivre une demande de partage des droits, de sorte qu'elle possède la qualité pour agir dans le sens de capacité juridique Elle possède également un intérêt suffisant, puisque c'est la seule entité en mesure de poursuivre la demande—La question de la justiciabilité de la demande ne se pose pas non plus, étant donné que le partage des droits est prévu par la loi—Le seul aspect de la « qualité pour agir » qui soulevait encore des questions était le bien-fondé de la demande présentée par la succession—La question soulevée par le présent appel était celle de savoir si les droits constitutionnels pouvaient être cristallisés du vivant d'une personne de sorte qu'ils pouvaient être exercés après son décès—Le ministre a fait valoir qu'une succession n'était pas une personne et ne pouvait donc

**PRATIQUE—Suite**

prétendre au bénéfice de l'art. 15 où l'on retrouve le mot « personne »—Il ressortait d'une lecture attentive des affaires citées par le ministre que si les tribunaux avaient utilisé la notion de qualité pour agir pour rejeter les demandes, la justification réelle était que la réparation sollicitée par la succession ne pouvait être obtenue que par la personne dont les droits avaient été violés—Le ministre a en outre fait valoir que les droits reconnus par la Charte appartenaient à une personne et ne survivaient donc pas au décès—La question était de savoir si le droit de la succession d'entamer une action à l'égard de droits constitutionnels est visé par les lois provinciales sur la transmission des causes d'action, à savoir si les droits constitutionnels sont de nature tellement personnelle qu'ils ne sont pas visés par les lois sur la transmission des causes d'action—Il semblerait que la Cour d'appel de l'Ontario (C.A.O.) a conclu que la question ne relevait pas de la transmission des causes d'action : *Hislop c. Canada (Procureur général)* (2004), 73 O.R. (3d) 685 (C.A.), une affaire concernant la date limite pour des prestations accordées aux couples homosexuels—Dans l'arrêt *Hislop*, la C.A.O. a appliqué un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui avait jugé que les droits reconnus à l'art. 15(1) étaient de nature personnelle, qu'ils disparaissaient avec la personne et ne pouvaient être revendiqués par la succession, une entité distincte et artificielle—Mais ces précédents n'empêchent pas que les droits constitutionnels puissent être cristallisés en prenant des mesures appropriées du vivant de la personne—Cette question n'avait pas été débattue et la Cour était réticente à se prononcer sans avoir eu l'avantage d'entendre les arguments des avocats—L'affaire a été renvoyée pour une audience complète devant le tribunal de révision et, dans le cas où un appel serait formé à la suite de ce processus, la Cour disposerait d'un dossier complet et de l'analyse des questions par le tribunal—Appel rejeté—*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 24—*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1970), ch. C-5, art. 53.3 (édicé par L.C. 1986, ch. 38, art. 23).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SUCCESSION VINCENT (A-403-04, 2005 CAF 272, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 15-8-05, 16 p.)

Requête en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* présentée par la Ville d'Ottawa, demandant le rejet de l'appel de la décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande déposée par la Ville pour annuler la décision du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle la Ville avait congédié l'appelante en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Bien que désignée à titre de défenderesse dans la demande de contrôle judiciaire,

**PRATIQUE—Fin**

l'appelante n'a pas déposé d'avis de comparution conformément à la règle 305 et, malgré sa présence lors de l'instruction, elle ne s'est pas adressée à la Cour et la juge ne lui a posé aucune question—La CCDP n'a pas interjeté appel—On ne peut déduire de son omission de déposer un avis de comparution que l'appelante n'avait pas l'intention de contester la demande de la Ville, qu'elle renonçait à ses droits en tant que partie—Elle a plutôt laissé l'avocat de la Commission représenter ses intérêts, de même que l'intérêt public—Ce serait une grave erreur de priver l'intimée dans l'instance antérieure de son droit d'appel sur une question de pure forme, comme le demande la Ville—Aucune disposition des Règles ne prévoit que seules les parties ayant déposé un avis de comparution sont habilitées à interjeter appel—La seule conséquence prévue, lorsqu'une partie omet de déposer un avis de comparution, est que cette partie n'est pas habilitée à recevoir signification des documents, à moins que la Cour ne l'ordonne (règle 145)—La Ville faisait valoir que l'absence de règle peut, aux termes de la règle 4, être comblée par analogie avec la règle 61.04(1.1) des *Règles de procédure civile de l'Ontario*—Elle prétendait que cette règle empêche une partie qui n'a pas déposé d'avis de comparution d'interjeter appel—Aucune lacune n'existe dans les *Règles de la Cour fédérale*—Le fait qu'elles imposent des conséquences moins lourdes que les règles provinciales, lorsqu'une partie omet de déposer un avis de comparution, ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une lacune—Même la disposition de l'Ontario ne dit pas que seul l'intimé ayant déposé un avis de comparution est habilité à interjeter appel—Aucune décision faisant jurisprudence n'appuie la prétention de la Ville—Requête rejetée avec dépens en faveur de l'appelante quelle que soit l'issue de la cause—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2) 4, 145, 369—*Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Régl. 194, règle 61.04(1.1) (mod. par Régl. de l'Ont. 14/04, art. 31)—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

OTTAWA (VILLE D') C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-25-05, 2005 CAF 110, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 31-3-05, 4 p.)

**PREUVE**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a conclu que la demanderesse avait été congédiée injustement par la Première nation de son poste d'agente de police spéciale—La demanderesse s'est absentée du travail pendant de longues périodes pour des raisons de santé et a pris un congé de deux semaines pour un voyage de noces—Elle a été congédiée pour cause d'abandon de son poste—L'affaire a duré quatre ans devant l'arbitre; la décision finale a été rendue six ans après la nomination de l'arbitre—Les retards sont

**PREUVE—Suite**

attribuables aux deux parties—L'arbitre a finalement statué que la Première nation n'a pas démontré selon la prépondérance de la preuve, comme il lui incombait, qu'elle avait un motif valable de congédier la demanderesse—En ne tirant pas une déduction défavorable de l'omission de la défenderesse de témoigner, l'arbitre a-t-il commis une erreur de droit manifestement déraisonnable ou a-t-il outrepassé sa compétence?—La Première nation a prétendu que l'arbitre a tiré des conclusions erronées et douteuses au sujet d'éléments cruciaux qui [TRADUCTION] « nécessitaient absolument le témoignage de la plaignante et la possibilité pour l'employeur de la contre-interroger »—La demanderesse a cité *Bande indienne de Norway House c. Canada (Arbitre, Code du travail)*, [1994] 3 C.F. 376 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Muldoon, saisi d'une affaire similaire, a dit qu'étant donné que la plaignante avait refusé de témoigner, l'arbitre aurait dû faire toutes les déductions défavorables qu'il pouvait faire et cela aurait bien pu entraîner le rejet de la plainte—Le juge a ajouté que l'omission de l'arbitre de le faire a donné l'apparence de partialité; cela dénotait une indifférence en ce qui concerne la perte pour l'employeur de la possibilité d'effectuer un contre-interrogatoire—La Cour a été incapable de retenir l'argument fondé sur *Norway House*—Même si la défenderesse ne voulait pas témoigner volontairement, la Première nation aurait pu, en vertu des dispositions du *Code canadien du travail*, l'assigner comme témoin mais ne l'a pas fait—Une partie ne peut pas, après une décision négative, soulever la question de la non-comparution du plaignant, à moins qu'elle n'ait fait tout son possible pendant l'audience pour faire comparaître celui-ci—Si *Norway House* impose à l'arbitre l'obligation légale de tirer une déduction défavorable, il ne s'agit pas d'un énoncé correct du droit—Comme l'ont dit Sopinka et Lederman dans *The Law of Evidence in Civil Cases*, un défendeur qui ne témoigne pas après qu'une preuve suffisante à première vue a été présentée risque de faire l'objet

**PREUVE—Fin**

d'une conclusion défavorable, mais cette omission de témoigner ne comblera pas en elle-même les lacunes de la preuve de la partie à laquelle le fardeau incombe—Le décideur n'a aucune obligation de tirer une déduction défavorable de l'omission de témoigner—Le décideur doit non seulement examiner si le défendeur n'a pas témoigné, mais s'il n'a pas appelé de témoin—En l'espèce, l'arbitre n'avait pas l'obligation de tirer une déduction défavorable—La Première nation n'avait pas présenté une preuve suffisante à première vue ni produit suffisamment d'éléments de preuve pour se décharger du fardeau de la preuve—De plus, il n'y a pas lieu de tirer une déduction défavorable parce que la défenderesse a fait comparaître un témoin au sujet de la question fondamentale des congés de maladie et des jours de congé—La Cour ne savait pas vraiment quelles déductions défavorables l'arbitre aurait été tenu de tirer—S'il fallait déplacer le fardeau de la preuve, ce fardeau accessoire a déjà été satisfait par le témoignage du témoin de la défenderesse—S'il fallait présumer que toutes les allégations de la Première nation à l'encontre de la défenderesse étaient fondées, cela aurait pour effet de libérer la Première nation de l'obligation d'établir le bien-fondé de sa cause selon la prépondérance de la preuve—Vu les faits, l'arbitre n'a pas commis d'erreur en ne tirant pas une déduction défavorable du fait que la défenderesse n'a pas témoigné—Demande rejetée—*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 16 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 5), 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58).

PREMIÈRE NATION DES CHIPPEWAS DE KETTLE ET DE STONY POINT C. SHAWKENCE (T-1822-03, 2005 CF 823, juge Snider, ordonnance en date du 10-6-05, 21 p.)

If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>