

**Federal Courts  
Reports**



**Recueil des décisions  
des Cours fédérales**

**EDITOR'S NOTE:** This document is subject to editorial revision before its publication in final form.

**NOTE DE L'ARRÊTISTE :** Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive.



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 4, Part 2**

**2022, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2022] 4 F.C.R., {185-339  
D-1-D-5

Renvoi [2022] 4 R.C.F., {185-339  
F-1-F-6

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2024.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachés de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2024.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Erratum . . . . .	III
Judgments . . . . .	185–339
Digests. . . . .	D-1–D-5

### Canada v. Dow Chemical Canada ULC (F.C.A.) . . . . 185

Income Tax — Practice — Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada decision determining that decision by Minister of National Revenue (Minister) to deny taxpayer's request for downward transfer pricing adjustment not outside exclusive original jurisdiction granted to Tax Court under *Tax Court of Canada Act*, s. 12, *Income Tax Act* (ITA), s. 171 — Minister reassessed respondent's 2006 taxation year by increasing respondent's income — Reassessment reflected Minister's decision not to allow reduction in income for 2006 based on increased interest expense — Reassessment for respondent's 2007 taxation year reflected reduction in income based on increased interest expense — Minister denied respondent's request to reduce its income by the increased interest expense for its 2006 taxation year — None of the reassessments included additional interest expense for 2006 — Tax Court concluded that on appeal of resulting assessment, Tax Court both permitted, required to review manner in which Minister came to her determination under s. 247(10) — Tax Court noting that determination under s. 247(10) not made with respect to particular amount — Rather, discretionary decision whether appropriate that taxpayer's income be reduced by amount that has been identified as downward adjustment under ITA, s. 247(2) — Whether Minister's decision under s. 247(10) outside exclusive jurisdiction granted to Tax Court — Opinion rendered by Minister under subsection 247(10) outside exclusive jurisdiction of Tax Court — Resolution of this appeal turned on different remedies that may be granted by Tax Court, Federal Court — Remedies available to Tax Court may not be adequate — S. 247(10) imposing condition on adjustment that would otherwise be required to be made under s. 247(2) — Only condition resulting in downward adjustment being made to respondent's

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Erratum . . . . .	III
Jugements . . . . .	185–339
Fiches analytiques. . . . .	F-1–F-6

### Canada c. Dow Chemical Canada ULC (C.A.F.) . . . . 185

Impôt sur le revenu — Pratique — Appel et appel incident d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a conclu que la décision du ministre du Revenu national (ministre) de rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l'impôt par la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et l'article 171 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) — Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 2006 de l'intimée en augmentant son revenu — Cette nouvelle cotisation tenait compte de la décision du ministre de refuser de réduire le montant du revenu pour l'année 2006 en fonction de la hausse des frais d'intérêts — La nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 2007 de l'intimée prenait en compte la réduction du montant des revenus en fonction de la hausse des frais d'intérêts — Le ministre a rejeté la demande de l'intimée de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts pour son année d'imposition 2006 — Ni l'une ni l'autre de ces nouvelles cotisations ne tenait compte de la hausse des frais d'intérêts pour l'année 2006 — La Cour de l'impôt a conclu que dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu sa compétence d'appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt a noté que les décisions rendues en application du paragraphe 247(10) ne le sont pas à l'égard d'une somme précise — La décision discrétionnaire consiste plutôt à déterminer si les circonstances justifient la réduction des revenus du contribuable d'une somme correspondant au redressement à la baisse visé au paragraphe 247(2) de la LIR — Il s'agissait de déterminer si la décision rendue

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

income was favourable opinion of Minister that circumstances were such that it would be appropriate to make adjustment — Tax Court having only three options available to it under ITA, s. 171(1), i.e. vacate, vary, or refer assessment back to Minister — Only remedies warranting consideration were right to vary assessment or refer assessment back to Minister for reconsideration, reassessment — Determination whether appropriate that downward adjustment be made delegated by Parliament to Minister — In order for Tax Court to vary or set aside product of assessment, opinion rendered by Minister would have to be changed from an unfavourable opinion to one that is favourable to respondent — Remedies granted to Tax Court under s. 171(1) not extending to power to vary opinion of Minister rendered under s. 247(10) or to quash this opinion — No inherent jurisdiction allowing Tax Court to vary or quash Minister's opinion — Only jurisdiction conferred on Tax Court by ITA is jurisdiction to provide remedy directly impacting assessment — Not necessary for Tax Court to have power to quash Minister's opinion rendered under subsection 247(10) — Parliament chose Minister, not Tax Court to determine if circumstances such that it is appropriate that downward adjustment be made — As a result, validity of opinion more properly matter for judicial review in Federal Court, which has power to quash opinion — Assessment correct — Tax Court cannot grant mandatory order that opinion of Minister to be favourable opinion under s. 247(10) — Cross-appeal raising hypothetical question not based on facts as presented to Court — Not proper cross-appeal — Order granted by Tax Court set aside — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

Federal Court Jurisdiction — Tax Court of Canada determining that decision by Minister of National Revenue (Minister) to deny taxpayer's request for downward transfer pricing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

par le ministre en application du paragraphe 247(10) échappe à la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'issue du présent appel reposait sur les mesures différentes que peuvent accorder la Cour de l'impôt et la Cour fédérale — Le paragraphe 247(10) impose une condition au redressement qui serait par ailleurs d'application obligatoire au titre du paragraphe 247(2) — La seule condition qui aurait permis à l'intimée d'obtenir un redressement à la baisse de ses revenus était un avis favorable du ministre selon lequel les circonstances justifiaient un tel redressement — Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel, c.-à-d. annuler, modifier, ou déférer la cotisation au ministre — Les seules mesures qui méritaient d'être prises en compte étaient le droit de modifier la cotisation ou de la déférer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation — C'est au ministre que le législateur a confié la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient qu'un redressement à la baisse soit effectué — Pour que la Cour de l'impôt modifie ou annule le produit de la cotisation, il faudrait que l'avis rendu par le ministre soit modifié et qu'il devienne favorable à l'intimée — Les mesures que peut accorder la Cour de l'impôt en vertu du paragraphe 171(1) n'incluent pas le pouvoir de modifier ou d'annuler l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt ne possède aucune compétence inhérente qui lui permettrait de modifier ou d'annuler l'avis du ministre — La seule compétence qui est conférée à la Cour de l'impôt par la LIR est celle d'ordonner des mesures ayant une incidence directe sur la cotisation — Il n'est pas nécessaire que la Cour de l'impôt ait le pouvoir d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — Le législateur a choisi de confier au ministre, et non à la Cour de l'impôt, la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient un redressement à la baisse — Par conséquent, la validité de l'avis est une question qui relève davantage d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d'annuler l'avis — La cotisation était exacte — La Cour de l'impôt ne peut pas prononcer d'ordonnance mandatoire enjoignant au ministre de formuler un avis favorable en application du paragraphe 247(10) — L'appel incident soulevait uniquement une question hypothétique qui n'était pas fondée sur les faits présentés à la Cour — Il ne s'agissait pas d'un appel incident recevable — L'ordonnance prononcée par la Cour de l'impôt a été annulée — Appel accueilli; appel incident rejeté.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour canadienne de l'impôt a conclu que la décision du ministre du Revenu national (ministre) de rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

adjustment not outside exclusive original jurisdiction granted to Tax Court under *Tax Court of Canada Act*, s. 12, *Income Tax Act* (ITA), s. 171 — Minister denied respondent's request to reduce its income by the increased interest expense for its 2006 taxation year — Tax Court concluded, in considering its appellate jurisdiction, that on appeal of resulting assessment, under its appellate jurisdiction, Tax Court both permitted, required to review manner in which Minister came to her determination under ITA, s. 247(10) — Tax Court distinguished discretionary decisions of Minister to waive tax, interest or penalties from opinion rendered under s. 247(10) — Whether Minister's decision under s. 247(10) outside exclusive jurisdiction granted to Tax Court — Opinion rendered by Minister under ITA, s. 247(10) outside exclusive jurisdiction of Tax Court — Tax Court having only three options available to it under ITA, s. 171(1) if appeal to Tax Court allowed, i.e. vacate, vary, or refer assessment back to Minister — Remedies granted to Tax Court under s. 171(1) not extending to power to vary opinion of Minister rendered under s. 247(10) or to quash this opinion — Tax Court not having power granted to Federal Court under *Federal Courts Act*, s. 18.1(3) on application for judicial review to quash decision of Minister — Validity of opinion more properly matter for judicial review in Federal Court, which has power to quash opinion.

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo (F.C.A.) . . . . . 220**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision — RPD finding that respondent, person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of protection of Colombian government — On judicial review, Federal Court determined that RPD's finding unreasonable, ordered that matter be remitted to differently constituted RPD panel for redetermination — Questions were also certified — Appellant asserted that Federal Court erred in finding RPD's decision unreasonable — Whether reasonable for RPD to rely on evidence of refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of passport confers diplomatic protection to rebut presumption that refugee who acquires, travels on passport issued by their

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

redressement à la baisse du prix de transfert relève de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l'impôt par la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et l'article 171 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) — Le ministre a rejeté la demande de l'intimée de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts pour son année d'imposition 2006 — La Cour de l'impôt a conclu que dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu sa compétence d'appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10) de la LIR — La Cour de l'impôt a fait une distinction entre, d'une part, les décisions discrétionnaires du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités et, d'autre part, les avis formulés au titre du paragraphe 247(10) — Il s'agissait de déterminer si la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) échappe à la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel, c.-à-d. annuler, modifier, ou déférer la cotisation au ministre — Les mesures que peut accorder la Cour de l'impôt en vertu du paragraphe 171(1) n'incluent pas le pouvoir de modifier ou d'annuler l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt n'a pas le pouvoir qui est conféré à la Cour fédérale par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* d'annuler une décision du ministre sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire — La validité de l'avis est une question qui relève davantage d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d'annuler l'avis si elle le juge nécessaire.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Galindo Camayo (C.A.F.) . . . . . 220**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La SPR a conclu que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie — En contrôle judiciaire, la Cour fédérale a déterminé que la conclusion de la SPR était déraisonnable et a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen — Des questions ont également été certifiées — L'appelant a fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la décision de la SPR était déraisonnable — Il s'agissait de déterminer s'il était raisonnable de la part de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

country of origin has intended to avail themselves of that state's protection — Whether reasonable for RPD to rely upon evidence that refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is principal refugee applicant) to rebut presumption that refugee who acquires (or renews) passport issued by their country of origin, uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection — Seriousness of impact of RPD's decision on respondent increased duty on RPD to explain its decision — Loss of refugee or protected person status unquestionably having serious consequences for respondent — RPD's decision not reasonable — Many questions arose as to proper interpretation of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 108 — RPD simply stated its own view of what s. 108 requiring without any real analysis — Although due allowance must be made for fact that RPD is administrative decision maker with own way of dealing with legal issues, even affording that allowance, RPD falling short of mark in this case — While presumption existing that refugees who acquire, travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to third country have intended to avail themselves of protection of their country of nationality, presumption is rebuttable — RPD should have carried out individualized assessment of all evidence before it in determining whether presumption of reavailment had been rebutted in this case — Respondent testified that she was not aware that using her Colombian passport to travel to Colombia, elsewhere could have consequences for her immigration status in Canada — But RPD rejected this claim finding that ignorance of law not valid argument — RPD was required to take account of state of respondent's actual knowledge, intent before concluding that she had intended to reavail herself of Colombia's protection — Federal Court was right in determining that without this analysis, RPD's conclusion on reavailment not defensible outcome; that it was thus unreasonable — RPD also conflated question of voluntariness with that of intention to reavail leading in part to unreasonable decision — RPD making unreasonable finding regarding respondent's use of private security while travelling to Columbia — RPD understood this evidence to support its conclusion that by travelling to Colombia, respondent intended to reavail herself of that country's protection — Such evidence spoke not to her intention to entrust her protection to Colombia, but was rather to opposite effect — It was evidence of respondent's ongoing subjective fear of situation in Colombia and her lack of confidence in state's ability to protect her — RPD had to at least consider this evidence properly; if it found it not to be probative or persuasive, to explain why that was the case — Certified questions answered in affirmative — Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a l'intention de se réclamer de la protection de cet État et s'il était raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État — La gravité de l'impact de la décision de la SPR sur l'intimée a accru le devoir de la SPR d'expliquer sa décision — La perte du statut de réfugié ou de personne protégée a incontestablement eu de graves conséquences pour l'intimée — La décision de la SPR n'était pas raisonnable — Un grand nombre de questions se sont posées quant à l'interprétation correcte de l'article 108 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — La SPR s'est contentée d'énoncer sa propre vision de ce qu'exige l'article 108, sans véritable analyse — Bien qu'il faille tenir compte du fait que la SPR est un organe de décision administrative qui a sa propre façon de traiter et de formuler les questions juridiques, même en accordant cette marge de manœuvre à la SPR, elle n'a pas été à la hauteur en l'occurrence — Bien qu'il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l'intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité, cette présomption est réfutable — La SPR aurait donc dû procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait pour déterminer si la présomption selon laquelle l'intimée s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité avait été réfutée en l'espèce — L'intimée a témoigné qu'elle ne savait pas que l'utilisation de son passeport colombien pour voyager en Colombie et ailleurs pouvait entraîner des conséquences sur son statut d'immigration au Canada — La SPR a rejeté cette allégation parce qu'elle a estimé que l'ignorance de la loi ne constituait pas un argument valable — La SPR devait tenir compte de l'état de la connaissance réelle et de l'intention de l'intimée avant de conclure qu'elle avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie — La Cour fédérale a eu raison de dire que, sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n'était pas un résultat défendable et qu'elle était donc déraisonnable — La SPR a également confondu la question du caractère volontaire avec celle de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Standard of review — Appeal from Federal Court decision setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision — RPD finding that respondent, person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of protection of Colombian government — On judicial review, Federal Court determined that RPD's finding unreasonable, ordered that matter be remitted to differently constituted RPD panel for redetermination — Questions concerning reavailing of state protection by protected persons were certified — Standard of review applicable to certified questions at issue — Federal Court correctly identified reasonableness as standard to be applied in reviewing RPD's cessation findings — Focus was therefore on way that Federal Court applied reasonableness standard to RPD's decision — Certified questions generally raise questions of law, including, as in present case, questions of statutory interpretation — However, questions, as phrased by Federal Court, required yes or no answer — This invited correctness review — Potential misfit between reasonableness analysis, definitive correct answer required by certified question can, however, be avoided if Federal Court were to formulate certified questions in manner that asks whether particular statutory interpretation or approach is reasonable — In present case, two certified questions called for correctness response — They were therefore reformulated to ask whether particular statutory interpretation or approach suggested by question was or was not reasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

du pays de nationalité, ce qui a conduit, en partie, à une décision déraisonnable — La SPR a tiré une conclusion déraisonnable quant au fait que l'intimé a eu recours à du personnel de sécurité privé lorsqu'elle était en Colombie — La SPR a compris que cet élément de preuve appuyait sa conclusion qu'en se rendant en Colombie, l'intimée avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays — Cet élément de preuve ne témoignait pas de son intention de confier sa protection à la Colombie, mais plutôt de l'effet contraire — Il s'agissait d'une preuve de la peur subjective permanente de l'intimée face à la situation en Colombie, et de son manque de confiance dans la capacité de l'État à la protéger — La SPR devait au moins examiner cette preuve correctement et, si elle estimait qu'elle n'était pas probante ou convaincante, en expliquer les raisons — Les questions certifiées ont reçu une réponse affirmative — Appel rejeté.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La SPR a conclu que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie — En contrôle judiciaire, la Cour fédérale a déterminé que la conclusion de la SPR était déraisonnable et a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen — Les questions concernant le fait, pour des personnes protégées, de se réclamer de nouveau de la protection de l'État ont été certifiées — La norme de contrôle applicable aux questions certifiées était en cause — La Cour fédérale a choisi à juste titre la norme de la décision raisonnable comme étant la norme à appliquer dans l'examen des conclusions de la SPR en matière de perte de l'asile — L'accent a donc été mis sur la façon dont la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision de la SPR — Les questions certifiées soulèvent généralement des questions de droit, y compris, comme en l'espèce, des questions d'interprétation législative — Toutefois, les questions formulées par la Cour fédérale appelaient une réponse par un oui ou par un non — Cela invitait à un contrôle selon la norme de la décision correcte — Le décalage potentiel entre l'analyse selon la norme de la décision raisonnable et la réponse correcte et définitive exigée par une question certifiée peut toutefois être évité si la Cour fédérale formulait les questions certifiées de manière à demander si une interprétation ou une approche législative particulière est raisonnable — En l'espèce, deux questions certifiées faisaient appel à une réponse selon la norme de la décision correcte — Elles ont donc été reformulées de façon à demander si l'interprétation ou l'approche législative particulière suggérée par la question était ou n'était pas raisonnable.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Attorney General) v. National Police Federation (F.C.A.)** ..... 263

Public Service — Labour Relations — Application for judicial review seeking to set aside Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board decision finding that employer Royal Canadian Mounted Police (RCMP) had violated statutory freeze contained in *Federal Public Sector Labour Relations Act*, s. 56 — Respondent applied to Board for certification as bargaining agent for bargaining unit composed of RCMP regular members, reservists — Employer made impugned change to its promotion policy while certification application still pending, certification freeze in place — Did not advise bargaining unit members or respondent of change, did not seek consent of Board — Asserted that decision to implement impugned policy change reached before onset of freeze period — Also asserted that Board required to follow Supreme Court decision in *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp. (Wal-Mart)*, which allows implementation of unilateral employer changes to wages, working conditions when statutory freeze in force so long as “the wheels [are] set in motion” among members of management to make change before freeze commenced or where change reasonable — Board found that decision to make impugned change made well after certification freeze commenced — Also found that Supreme Court had not changed principles applicable to statutory freeze complaints in way employer suggested — Concluded that impugned policy change could not have been reasonably anticipated by employees — Employer could not rely on business as usual exception — Board held, inter alia, that policy change significant but not urgent — Rejected employer’s interpretation of *Wal-Mart*, applied usual approach of Canadian labour boards to situation, determined that employer had violated Act, s. 56 in making impugned change to its promotion policy — Applicant submitted that Board failed to follow *Wal-Mart* — Main issue whether Board’s interpretation of decision in *Wal-Mart* reasonable — Board’s decision reasonable — Board provided more than adequate reasons for its rejection of employer’s argument, reasonable interpretation of *Wal-Mart* — Board’s interpretation of *Wal-Mart* conformed to labour precedents — Applicant’s interpretation of *Wal-Mart* undermining statutory freeze provisions in labour legislation, allowing employers to make unprecedented changes to employee wages, working conditions during freeze period — Supreme Court in *Wal-Mart* applied objective test not unlike reasonable employee expectations test — In sum, Supreme Court intended to apply, not fundamentally alter decades of labour board jurisprudence in *Wal-Mart* — Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Procureur général) c. Fédération de la police nationale (C.A.F.)** ..... 263

Fonction publique — Relations du travail — Demande de contrôle judiciaire sollicitant l’annulation de la décision rendue par la Commission des relations de travail et de l’emploi dans le secteur public fédéral (la Commission) qui a conclu que l’employeur la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) avait manqué au gel prévu à l’article 56 de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* — La défenderesse a fait une demande d’accréditation à titre d’agent négociateur d’une unité de négociation composée des membres réguliers et des réservistes de la GRC — Même si la demande d’accréditation de la défenderesse était toujours en instance et que le gel lié à l’accréditation était en vigueur, l’employeur a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions — L’employeur n’a pas avisé les membres de l’unité de négociation ni la défenderesse de la modification avant de l’apporter et il n’a pas demandé à la Commission d’y consentir — L’employeur a fait valoir qu’il était parvenu à la décision de mettre en œuvre la modification contestée de la politique avant le début de la période de gel — L’employeur a aussi soutenu que la Commission était tenue de suivre l’arrêt de la Cour suprême *Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada (Wal-Mart)*, qui permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l’employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu’un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRADUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu’un employeur raisonnable ferait — La Commission a conclu que la décision d’apporter la modification contestée avait été prise à une date nettement postérieure au début du gel — Elle a aussi estimé que la Cour suprême n’avait pas modifié de la manière avancée par l’employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi — Elle a conclu que les employés n’avaient pas pu raisonnablement prévoir la modification contestée — L’employeur ne pouvait pas invoquer l’exception du cours normal des affaires — La Commission a conclu, entre autres choses, qu’il s’agissait d’une modification importante, mais qui n’était pas urgente — Elle a rejeté l’interprétation que proposait l’employeur de l’arrêt *Wal-Mart*, elle a adopté l’approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la situation et elle a conclu que l’employeur avait contrevenu à l’article 56 de la Loi en apportant la modification contestée à sa politique sur les promotions — Le demandeur a soutenu que la Commission n’a pas suivi l’arrêt *Wal-Mart* — Il s’agissait de déterminer principalement si l’interprétation faite par la Commission de l’arrêt *Wal-Mart* était raisonnable — La décision de la Commission était raisonnable — La

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Judicial Review — Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board finding that employer Royal Canadian Mounted Police (RCMP) had violated statutory freeze contained in *Federal Public Sector Labour Relations Act*, s. 56 — Employer made impugned change to its promotion policy while certification application still pending, certification freeze in place — Asserted that Board required to follow Supreme Court decision in *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp. (Wal-Mart)*, which allows implementation of unilateral employer changes to wages, working conditions when statutory freeze in force so long as “the wheels [are] set in motion” among members of management to make change before freeze commenced or where change reasonable — Board found that Supreme Court had not changed principles applicable to statutory freeze complaints in way employer suggested — Rejected employer’s interpretation of *Wal-Mart*, applied usual approach of Canadian labour boards to situation — Applicant submitted that Board failed to follow *Wal-Mart* — Submitted that Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* held that failure to apply applicable precedent rendering decision unreasonable — Supreme Court did not establish bright line test in *Vavilov* — Approach in *Vavilov* to role of precedent much more nuanced, contextual — Administrative decision maker may reasonably depart from own precedents provided adequate reasons for so doing given — Focus of review must be consideration of reasons of administrative decision maker — On issues regarding impact of precedent, reviewing court’s analysis must be focussed on administrative decision maker’s reasons for interpreting or declining to follow precedent — Precedent at issue must be understood in context of case in which it arose — Reasons given by administrative decision maker on these points of central importance, especially where, as here, judicial

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Commission a fourni des motifs plus que suffisants étayant son rejet de la thèse de l’employeur et a fait à une interprétation tout à fait raisonnable de l’arrêt *Wal-Mart* — L’interprétation qu’a faite la Commission de l’arrêt *Wal-Mart* était tout à fait conforme à la jurisprudence en droit des relations de travail — L’interprétation que proposait le demandeur de l’arrêt *Wal-Mart* affaiblirait considérablement les dispositions législatives de gel des lois sur les relations du travail et elle permettrait aux employeurs d’apporter des modifications sans précédent aux salaires et conditions d’emploi des employés pendant une période de gel — La Cour suprême dans l’arrêt *Wal-Mart* a appliqué un critère objectif qui n’est pas sans ressembler au critère des attentes raisonnables des employés — En résumé, dans l’arrêt *Wal-Mart*, la Cour suprême avait l’intention de suivre, et non de modifier fondamentalement, les décennies de jurisprudence issue des tribunaux du travail — Demande rejetée.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Commission des relations de travail et de l’emploi dans le secteur public fédéral (la Commission) a conclu que l’employeur la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) avait manqué au gel prévu à l’article 56 de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* — Même si la demande d’accréditation de la défenderesse était toujours en instance et que le gel lié à l’accréditation était en vigueur, l’employeur a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions — L’employeur a soutenu que la Commission était tenue de suivre l’arrêt de la Cour suprême *Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada (Wal-Mart)*, qui permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l’employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu’un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRADUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu’un employeur raisonnable ferait — La Commission a estimé que la Cour suprême n’avait pas modifié de la manière avancée par l’employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi — Elle a rejeté l’interprétation que proposait l’employeur de l’arrêt *Wal-Mart*, elle a adopté l’approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la situation — Le demandeur a soutenu que la Commission n’a pas suivi l’arrêt *Wal-Mart* — Il a soutenu que la Cour suprême a conclu dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov (Vavilov)* que le fait de ne pas appliquer un précédent applicable rend une décision déraisonnable — La Cour suprême n’a pas établi, dans l’arrêt *Vavilov*, un critère de démarcation nette — L’approche de la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov* concernant le rôle des précédents est beaucoup plus nuancée et contextuelle — Le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

precedent falling within heartland of administrative decision maker's area of expertise.

### **Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Suleiman (F.C.) ..... 307**

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision ordering respondent's release from immigration detention — ID Member determined that after approximately two-and-a-half years in immigration detention, efforts to remove respondent from Canada had stalled to point where removal could no longer be considered possible — Having found that respondent's removal no longer possible, Member ordered respondent to be released from detention centre — Respondent coming to Canada as stateless refugee with family; obtained permanent resident status — Denied Canadian citizenship due to criminal convictions — Found inadmissible for serious criminality under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 36(1)(a); ordered deported — Also found to be danger to public; lost protected person status — Now considered foreign national with enforceable removal order — Has had over 30 detention reviews — ID Member found that respondent's removal no longer seen as achievable; therefore, relying on Federal Court of Appeal's decision in *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, detention no longer hinged to immigration purpose of removal — Respondent released from immigration detention on several conditions; however, respondent's release stayed by Federal Court until determination of application for judicial review — Issues whether Member erred in finding that respondent's removal was not possible; whether Member erred in finding no nexus to immigration purpose that could justify continued detention; whether terms, conditions of release Member imposing unreasonable — In this case, ID Member's determination on threshold question of whether respondent's detention remained tied to immigration purpose was central issue on this judicial review — Member's pivotal determination was that possibility of deporting respondent had become illusory, speculative — There was no basis to interfere with Member's

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

décideur administratif peut parfois déroger raisonnablement de ces précédents s'il fournit des motifs raisonnables à cet égard — Le contrôle doit porter principalement sur les motifs du décideur administratif — Pour ce qui est de l'incidence des précédents, la cour de révision, dans son analyse, doit se concentrer sur les motifs que le décideur administratif a donnés pour justifier son interprétation d'un précédent ou son refus de le suivre — Le précédent en question doit être interprété dans le contexte de l'affaire à son origine et dans le contexte plus large de la jurisprudence dans laquelle il s'inscrit — Les motifs donnés par le décideur administratif sur ces points revêtent une importance capitale, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, le précédent relève du domaine d'expertise du décideur administratif.

### **Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Suleiman (C.F.) ..... 307**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ordonnant la libération du défendeur — Le commissaire de la SI a estimé que, après quelque deux ans et demi de détention, les démarches entreprises en vue du renvoi du défendeur du Canada s'étaient enlisées au point où son renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible — Ayant conclu que le renvoi du défendeur n'était plus possible, le commissaire a ordonné sa libération du centre de détention — Le défendeur est arrivé au Canada en tant que réfugié apatride avec sa famille et il a obtenu le statut de résident permanent — On lui a refusé la citoyenneté canadienne en raison de ses antécédents criminels — Il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui — Il a également été déclaré personne constituant un danger pour le public et a perdu son statut de personne protégée — Il est maintenant considéré comme un étranger visé par une mesure de renvoi exécutoire — Il a fait l'objet de 30 examens des motifs de détention — Le membre de la SI a estimé que le renvoi du défendeur n'était plus considéré comme réalisable et que, en conséquence, vu l'arrêt *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* de la Cour d'appel fédérale, il n'y avait plus de lien entre la détention et le renvoi comme objet intéressant l'immigration — Le défendeur a été libéré par les autorités de l'immigration, sous réserve de plusieurs conditions; toutefois, la libération du défendeur a été suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire — Il s'agissait de déterminer si le commissaire a eu tort de dire que le renvoi du défendeur n'était pas possible, s'il a eu tort de conclure à l'absence d'un lien susceptible de justifier le maintien en détention et si les modalités de mise en liberté imposées par le commissaire étaient déraisonnables —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

assessment of this issue — Member’s finding was transparent, intelligible, justified based on review of extensive evidence on file, guidance set out by Federal Court of Appeal in *Brown* on how to assess when removal is no longer possible — Member’s evaluation, conclusion on this issue were therefore reasonable — Regarding possibility that detention could be ordered on stand-alone ground of being danger to public even where removal found not to be possible, *Brown* not enumerating other circumstances in which detention could occur where it was not pending removal — Member’s interpretation was that *Brown* held that in circumstances like those in respondent’s case, there was implicit requirement that deportation be possible in order for detention to be continued under Act, ss. 58(1),(2); there was nothing in *Brown* that explicitly excluded those being detained on public danger grounds from requirement that their deportation be possible — Applicant failed to establish that Member’s view unreasonable — Member’s reasoning intelligible, transparent, justified — Conditions of release also reasonable — Overall, Member considered that in this context, where detention could no longer be ordered because of their determination that removal was no longer possible, these were appropriate conditions to order on release — Application dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

En l’espèce, la question posée dans le présent contrôle judiciaire portait sur la conclusion du commissaire de la SI sur la question préliminaire de savoir si la détention du défendeur restait liée à un objet intéressant l’immigration — La conclusion décisive du commissaire était que l’expulsion du défendeur était devenue illusoire et hypothétique — Il n’y avait aucune raison de s’immiscer dans l’analyse du commissaire concernant cette question — La conclusion du commissaire était transparente, intelligible et justifiée, après examen de la preuve considérable versée au dossier, et compte tenu des indications données par la Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Brown*, sur la manière de déterminer le moment à partir duquel un renvoi n’est plus possible — L’analyse et la conclusion du commissaire étaient donc raisonnables — Quant à la possibilité que la détention soit ordonnée au seul motif que le défendeur constitue un danger pour le public, même lorsque le renvoi a été déclaré impossible, l’arrêt *Brown* n’énumère pas les autres circonstances dans lesquelles le pouvoir de détention pourrait être exercé en dehors de la période précédant le renvoi — L’interprétation du commissaire était que, selon l’arrêt *Brown*, dans un cas comme celui du défendeur, il existe une règle implicite selon laquelle l’expulsion doit être possible pour que la détention puisse être maintenue en vertu des paragraphes 58(1) et (2) de la Loi et que l’arrêt *Brown* n’excepte nulle part explicitement les personnes en détention pour cause de danger public de la règle selon laquelle leur expulsion doit être possible — Le demandeur n’a pas démontré que l’opinion du commissaire était déraisonnable — Le raisonnement du commissaire était intelligible, transparent et justifié — Les conditions de la mise en liberté étaient aussi raisonnables — Globalement, le commissaire a considéré que, dans ce contexte, où la détention ne pouvait plus être ordonnée parce que, selon lui, le renvoi n’était plus possible, ces conditions étaient celles qu’il convenait d’imposer dans le cas d’une mise en liberté — Demande rejetée.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Cecchetto v. Canada (Attorney General)*, A-58-23, 2023 FC 102, [2022] 2 F.C.R. D-2, has been affirmed on appeal (A-58-23, 2024 FCA 102), reasons for judgment handed down May 30, 2024.

*Chelsea (Municipality) v. Canada (Attorney General)*, T-1909-21, 2023 FC 103, has been affirmed on appeal (A-52-23, 2024 FCA 89), reasons for judgment handed down May 6, 2024. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Affan Ashraf v. Jazz Aviation LP*, 23-A-37, Rennie J.A., order dated October 3, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Lyne Brassard v. Attorney General of Canada*, A-291-21, Stratas J.A., order dated October 13, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Canada (Attorney General) v. Benjamin Moore & Co.*, A-188-22, 2023 FCA 168, Gauthier J.A., judgment dated July 26, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024 (*sub nom. Intellectual Property Institute of Canada v. Attorney General of Canada*).

*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada*, A-30-22, A-161-22, 2023 FCA 195, Webb J.A., judgment dated September 28, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Difederico v. Amazon.com, Inc.*, A-189-22, 2023 FCA 165, Boivin J.A., judgment dated July 25, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Francis v. Canada (Attorney General)*, A-83-23, 2023 FCA 217, Woods J.A., judgment dated November 2, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Ghermezian v. Canada (National Revenue)*, A-65-22 (lead file), A-151-22, 2023 FCA 183, Roussel J.A., judgment dated September 1, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024.

*Reisdorf v. Canada (Attorney General)*, A-102-22, 2023 FCA 188, Gleason J.A., judgment dated September 14, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused May 16, 2024 (*sub nom. Maya Mitalipova and*

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Cecchetto c. Canada (Procureur général)*, A-58-23, 2023 CF 102, [2022] 2 R.C.F. F-1, a été confirmée en appel (A-58-23, 2024 CAF 102), les motifs du jugement ayant été prononcés le 30 mai 2024.

La décision *Chelsea (Municipalité) c. Canada (Procureur général)*, T-1909-21, 2023 CF 103, a été confirmée en appel (A-52-23, 2024 CAF 89), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6 mai 2024. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Affan Ashraf c. Jazz Aviation S.E.C.*, 23-A-37, le juge Rennie, J.C.A., ordonnance en date du 3 octobre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Lyne Brassard c. Procureur général du Canada*, A-291-21, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 13 octobre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Canada (Procureur général) c. Benjamin Moore & Co.*, A-188-22, 2023 CAF 168, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 26 juillet 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024 (*sub nom. Institut de la propriété intellectuelle du Canada c. Procureur général du Canada*).

*Banque canadienne impériale de commerce c. Canada*, A-30-22, A-161-22, 2023 CAF 195, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 28 septembre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Difederico c. Amazon.com, Inc.*, A-189-22, 2023 CAF 165, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 25 juillet 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Francis c. Canada (Procureur général)*, A-83-23, 2023 CAF 217, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 2 novembre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Ghermezian c. Canada (Revenu national)*, A-65-22 (dossier principal), A-151-22, 2023 CAF 183, la juge Roussel, J.C.A., jugement en date du 1er septembre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024.

*Reisdorf c. Canada (Procureur général)*, A-102-22, 2023 CAF 188, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 14 septembre 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mai 2024

## II

## APPEALS NOTED

*Canadians in Support of Refugees in Dire Need (CSRDN) v. Attorney General of Canada and Canada (Border Services Agency)*).

*Waldron v. Canada (Attorney General)*, A-300-21, 2024 FCA 2, Laskin J.A., judgment dated January 5, 2024, leave to appeal to S.C.C. refused May 30, 2024.

(*sub nom. Maya Mitalipova et Canadians in Support of Refugees in Dire Need (CSRDN) c. Procureur général du Canada et Canada (Agence des services frontaliers)*).

*Waldron c. Canada (Procureur général)*, A-300-21, 2024 CAF 2, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 5 janvier 2024, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 mai 2024.

## ERRATUM

On page F-32 of [2022] 2 F.C.R. Part 3, please replace the indexed as for *Democracy Watch c. Canada (Procureur général)* with *Démocratie en surveillance Canada c. Canada (Procureur général)*.

## ERRATUM

À la page F-32 de [2022] 2 R.C.F. 3<sup>e</sup> fascicule, remplacer le répertoire pour la décision *Democracy Watch c. Canada (Procureur général)* par *Démocratie en surveillance Canada c. Canada (Procureur général)*.





**Federal Courts  
Reports**

**2022, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-318-20  
2022 FCA 70

A-318-20  
2022 CAF 70

**Her Majesty the Queen** (*Appellant/Respondent on cross-appeal*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante/intimée dans l'appel incident*)

v.

c.

**Dow Chemical Canada ULC** (*Respondent/Appellant on cross-appeal*)

**Dow Chemical Canada ULC** (*intimée/appelante dans l'appel incident*)

**INDEXED AS: CANADA v. DOW CHEMICAL CANADA ULC**

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. DOW CHEMICAL CANADA ULC**

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Locke J.J.A.—  
By videoconference, February 15; Ottawa, April 26, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Locke,  
J.C.A.—Par vidéoconférence, 15 février; Ottawa, 26 avril  
2022.

*Income Tax — Practice — Appeal, cross-appeal from Tax Court of Canada decision determining that decision by Minister of National Revenue (Minister) to deny taxpayer's request for downward transfer pricing adjustment not outside exclusive original jurisdiction granted to Tax Court under Tax Court of Canada Act, s. 12, Income Tax Act (ITA), s. 171 — Minister reassessed respondent's 2006 taxation year by increasing respondent's income — Reassessment reflected Minister's decision not to allow reduction in income for 2006 based on increased interest expense — Reassessment for respondent's 2007 taxation year reflected reduction in income based on increased interest expense — Minister denied respondent's request to reduce its income by the increased interest expense for its 2006 taxation year — None of the reassessments included additional interest expense for 2006 — Tax Court concluded that on appeal of resulting assessment, Tax Court both permitted, required to review manner in which Minister came to her determination under s. 247(10) — Tax Court noting that determination under s. 247(10) not made with respect to particular amount — Rather, discretionary decision whether appropriate that taxpayer's income be reduced by amount that has been identified as downward adjustment under ITA, s. 247(2) — Whether Minister's decision under s. 247(10) outside exclusive jurisdiction granted to Tax Court — Opinion rendered by Minister under subsection 247(10) outside exclusive jurisdiction of Tax Court — Resolution of this appeal turned on different remedies that may be granted by Tax Court, Federal Court — S. 247(10) imposing condition on adjustment that would otherwise be required to be made under s. 247(2) — Only condition resulting in downward adjustment being made to respondent's income was favourable opinion of Minister that circumstances were such that it would be appropriate to make adjustment — Tax Court having only three options available to it under ITA, s. 171(1), i.e. vacate, vary, or refer assessment back*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel et appel incident d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a conclu que la décision du ministre du Revenu national (ministre) de rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l'impôt par la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et l'article 171 de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) — Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 2006 de l'intimée en augmentant son revenu — Cette nouvelle cotisation tenait compte de la décision du ministre de refuser de réduire le montant du revenu pour l'année 2006 en fonction de la hausse des frais d'intérêts — La nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 2007 de l'intimée prenait en compte la réduction du montant des revenus en fonction de la hausse des frais d'intérêts — Le ministre a rejeté la demande de l'intimée de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts pour son année d'imposition 2006 — Ni l'une ni l'autre de ces nouvelles cotisations ne tenait compte de la hausse des frais d'intérêts pour l'année 2006 — La Cour de l'impôt a conclu que dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu de sa compétence en appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt a noté que les décisions rendues en application du paragraphe 247(10) ne le sont pas à l'égard d'une somme précise — La décision discrétionnaire consiste plutôt à déterminer si les circonstances justifient la réduction des revenus du contribuable d'une somme correspondant au redressement à la baisse visé au paragraphe 247(2) de la LIR — Il s'agissait de déterminer si la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) échappe à la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'avis formulé par le ministre en application*

to Minister — Only remedies warranting consideration were right to vary assessment or refer assessment back to Minister for reconsideration, reassessment — Determination whether appropriate that downward adjustment be made delegated by Parliament to Minister — In order for Tax Court to vary or set aside product of assessment, opinion rendered by Minister would have to be changed from an unfavourable opinion to one that is favourable to respondent — Remedies granted to Tax Court under s. 171(1) not extending to power to vary opinion of Minister rendered under s. 247(10) or to quash this opinion — No inherent jurisdiction allowing Tax Court to vary or quash Minister's opinion — Only jurisdiction conferred on Tax Court by ITA is jurisdiction to provide remedy directly impacting assessment — Not necessary for Tax Court to have power to quash Minister's opinion rendered under subsection 247(10) — Parliament chose Minister, not Tax Court to determine if circumstances such that it is appropriate that downward adjustment be made — As a result, validity of opinion more properly matter for judicial review in Federal Court, which has power to quash opinion — Assessment correct — Tax Court cannot grant mandatory order that opinion of Minister be favourable opinion under s. 247(10) — Cross-appeal raising hypothetical question not based on facts as presented to Court — Not proper cross-appeal — Order granted by Tax Court set aside — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

*Federal Court Jurisdiction — Tax Court of Canada determining that decision by Minister of National Revenue (Minister) to deny taxpayer's request for downward transfer pricing adjustment not outside exclusive original jurisdiction granted to Tax Court under Tax Court of Canada Act, s. 12, Income Tax Act (ITA), s. 171 — Minister denied respondent's request to reduce its income by the increased interest expense for its 2006 taxation year — Tax Court concluded, in considering its appellate jurisdiction, that on appeal of resulting assessment, under its*

*du paragraphe 247(10) ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'issue du présent appel reposait sur les mesures différentes que peuvent accorder la Cour de l'impôt et la Cour fédérale — Le paragraphe 247(10) impose une condition au redressement qui serait par ailleurs d'application obligatoire au titre du paragraphe 247(2) — La seule condition qui aurait permis à l'intimée d'obtenir un redressement à la baisse de ses revenus était un avis favorable du ministre selon lequel les circonstances justifiaient un tel redressement — Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel, c.-à-d. annuler, modifier, ou déférer la cotisation au ministre — Les seules mesures qui méritaient d'être prises en compte étaient le droit de modifier la cotisation ou de la déférer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation — C'est au ministre que le législateur a confié la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient qu'un redressement à la baisse soit effectué — Pour que la Cour de l'impôt modifie ou annule le produit de la cotisation, il faudrait que l'avis rendu par le ministre soit modifié et qu'il devienne favorable à l'intimée — Les mesures que peut accorder la Cour de l'impôt en vertu du paragraphe 171(1) n'incluent pas le pouvoir de modifier ou d'annuler l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt ne possède aucune compétence inhérente qui lui permettrait de modifier ou d'annuler l'avis du ministre — La seule compétence qui est conférée à la Cour de l'impôt par la LIR est celle d'ordonner des mesures ayant une incidence directe sur la cotisation — Il n'est pas nécessaire que la Cour de l'impôt ait le pouvoir d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — Le législateur a choisi de confier au ministre, et non à la Cour de l'impôt, la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient un redressement à la baisse — Par conséquent, la validité de l'avis est une question qui relève davantage d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d'annuler l'avis — La cotisation était exacte — La Cour de l'impôt ne peut pas prononcer d'ordonnance mandatoire enjoignant au ministre de formuler un avis favorable en application du paragraphe 247(10) — L'appel incident soulevait uniquement une question hypothétique qui n'était pas fondée sur les faits présentés à la Cour — Il n'agissait pas d'un appel incident recevable — L'ordonnance prononcée par la Cour de l'impôt a été annulée — Appel accueilli; appel incident rejeté.*

*Compétence de la Cour fédérale — La Cour canadienne de l'impôt a conclu que la décision du ministre du Revenu national (ministre) de rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l'impôt par l'art. 12 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et l'article 171 de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) — Le ministre a rejeté la demande de l'intimée de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts pour son*

*appellate jurisdiction, Tax Court both permitted, required to review manner in which Minister came to her determination under ITA, s. 247(10) — Tax Court distinguished discretionary decisions of Minister to waive tax, interest or penalties from opinion rendered under s. 247(10) — Whether Minister's decision under s. 247(10) outside exclusive jurisdiction granted to Tax Court — Opinion rendered by Minister under ITA, s. 247(10) outside exclusive jurisdiction of Tax Court — Tax Court having only three options available to it under ITA, s.171(1) if appeal to Tax Court allowed, i.e. vacate, vary, or refer assessment back to Minister — Remedies granted to Tax Court under s. 171(1) not extending to power to vary opinion of Minister rendered under s. 247(10) or to quash this opinion — Tax Court not having power granted to Federal Court under Federal Courts Act, s. 18.1(3) on application for judicial review to quash decision of Minister — Validity of opinion more properly matter for judicial review in Federal Court, which has power to quash opinion.*

This was an appeal and cross-appeal from a Tax Court of Canada decision. The Tax Court had been asked to determine the following question:

Where the Minister of National Revenue has exercised her discretion pursuant to subsection 247(10) of the *Income Tax Act* (“ITA”) to deny a taxpayer’s request for a downward transfer pricing adjustment, is that a decision falling outside the exclusive original jurisdiction granted to the Tax Court of Canada under section 12 of the *Tax Court of Canada Act* and section 171 of the ITA?

The Tax Court determined that such a decision by the Minister is not outside the exclusive original jurisdiction granted to the Tax Court under section 12 of the *Tax Court of Canada Act* and section 171 of the *Income Tax Act* (ITA). In the present appeal, the Crown was asking that the question as posed by the parties be answered in the affirmative.

By way of background, the Minister reassessed the respondent’s 2006 taxation year by adding approximately \$307 million to its income, as a result of certain transfer pricing adjustments made under section 247 of the ITA in relation to intercompany transactions. Following the filing by the respondent of its notice of objection, the Minister proposed, in a letter dated March 9, 2012, an increase to the interest expense claimed by the

*année d'imposition 2006 — La Cour de l'impôt a conclu que dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu de sa compétence en appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10) de la LIR — La Cour de l'impôt a fait une distinction entre, d'une part, les décisions discrétionnaires du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités et, d'autre part, les avis formulés au titre du paragraphe 247(10) — Il s'agissait de déterminer si la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) échappe à la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt — Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel, c.-à-d. annuler, modifier, ou déferer la cotisation au ministre — Les mesures que peut accorder la Cour de l'impôt en vertu du paragraphe 171(1) n'incluent pas le pouvoir de modifier ou d'annuler l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) — La Cour de l'impôt n'a pas le pouvoir qui est conféré à la Cour fédérale par le paragraphe 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales d'annuler une décision du ministre sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire — La validité de l'avis est une question qui relève davantage d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d'annuler l'avis si elle le juge nécessaire.*

Il s’agissait d’un appel et appel incident d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (la Cour de l’impôt). La Cour de l’impôt devait répondre à la question suivante :

La décision que rend le ministre du Revenu national lorsqu’il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 247(10) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR ») pour rejeter la demande d’un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève-t-elle de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l’impôt par la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* et l’article 171 de la LIR?

La Cour de l’impôt a conclu qu’une telle décision par le ministre relève de la compétence exclusive conférée à la Cour par l’article 12 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* et l’article 171 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (LIR). Dans le présent appel, la Couronne a demandé à ce que la question, telle que posée par les parties, soit répondue par la négative.

Pour donner un aperçu du contexte, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l’égard de l’année d’imposition 2006 de l’intimée, en augmentant le revenu de cette société d’environ 307 millions de dollars, à la suite de certains redressements du prix de transfert effectués en vertu de l’article 247 de la LIR relativement à des opérations intersociétés. À la suite du dépôt de l’avis d’opposition, le ministre a envoyé une lettre de proposition

respondent for 2006 and 2007 in relation to amounts that it had borrowed. The parties agreed that the respondent's 2006 taxation year was reassessed on December 12, 2012. This reassessment reflected the Minister's decision not to allow the reduction in income for 2006 based on the increased interest expense. The reassessment issued on December 12, 2012, for the respondent's 2007 taxation year reflected the reduction in income based on the increased interest expense. In 2013, the Minister denied the respondent's request to reduce its income by the increased interest expense for its 2006 taxation year. The respondent was subsequently reassessed in 2015 and in 2017 for its 2006 taxation year. None of the reassessments included the additional interest expense for 2006 that was identified in the March 9, 2012, letter. The Tax Court concluded, in considering its appellate jurisdiction, that on an appeal of the resulting assessment, under its appellate jurisdiction, the Tax Court is both permitted and required to review the manner in which the Minister came to her determination under subsection 247(10). The Tax Court distinguished the discretionary decisions of the Minister to waive tax, interest or penalties from the opinion rendered under subsection 247(10), on the basis that the Minister's discretion to waive tax, interest or penalties is only exercised after a correct assessment is made. The Tax Court also noted that the determination under subsection 247(10) is not made with respect to a particular amount. Rather, the discretionary decision is whether it is appropriate that the taxpayer's income be reduced by the amount that has been identified as a downward adjustment under subsection 247(2) of the ITA.

At issue was whether the Minister's decision under subsection 247(10) of the ITA is outside the exclusive jurisdiction granted to the Tax Court.

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

The opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA is outside the exclusive jurisdiction of the Tax Court. The resolution of this appeal turned on the different remedies that may be granted by the Tax Court and the Federal Court. The Tax Court found that it could review the Minister's opinion and, if it should find that this opinion is not valid, it could then grant the remedies available to it under section 171 of the ITA. However, the remedies available to the

datée du 9 mars 2012, dans laquelle il était proposé de hausser le montant des frais d'intérêts déclarés par l'intimée pour les années 2006 et 2007 relativement aux sommes qu'elle avait empruntées. Les parties ont convenu que les nouvelles cotisations pour l'année d'imposition 2006 de l'intimée ont été établies le 12 décembre 2012. Cette nouvelle cotisation tenait compte de la décision du ministre de refuser de réduire le montant du revenu pour l'année 2006 en fonction de la hausse des frais d'intérêts. La nouvelle cotisation établie le 12 décembre 2012 pour l'année d'imposition 2007 de l'intimée prenait en compte la réduction du montant des revenus en fonction de la hausse des frais d'intérêts. En 2013, le ministre a rejeté la demande de l'intimée de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts pour son année d'imposition 2006. L'intimée a fait l'objet de nouvelles cotisations en 2015 et en 2017 pour son année d'imposition 2006. Ni l'une ni l'autre de ces nouvelles cotisations ne tenait compte de la hausse des frais d'intérêts pour l'année 2006 qui avait été mentionnée dans la lettre du 9 mars 2012. La Cour de l'impôt a conclu, après avoir examiné sa compétence en appel, que dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu de sa compétence en appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10). La Cour de l'impôt a fait une distinction entre, d'une part, les décisions discrétionnaires du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités et, d'autre part, les avis formulés au titre du paragraphe 247(10), au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités ne peut être exercé qu'après qu'une cotisation valable a été établie. La Cour de l'impôt a également noté que les décisions rendues en application du paragraphe 247(10) ne le sont pas à l'égard d'une somme précise. La décision discrétionnaire consiste plutôt à déterminer si les circonstances justifient la réduction des revenus du contribuable d'une somme correspondant au redressement à la baisse visé au paragraphe 247(2) de la LIR.

La question qui se posait était de déterminer si la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR échappe à la compétence exclusive de la Cour de l'impôt.

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

L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt. L'issue du présent appel reposait sur les mesures différentes que peuvent accorder la Cour de l'impôt et la Cour fédérale. La Cour de l'impôt a conclu qu'elle pouvait faire le contrôle de l'avis du ministre et que, si elle devait conclure que cet avis n'était pas valide, elle pourrait alors accorder les mesures prévues à l'article 171 de la LIR.



Tax Court may not be adequate. Subsection 247(10) of the ITA is unique. It imposes a condition on an adjustment that would otherwise be required to be made under subsection 247(2) of the ITA, if that adjustment would reduce the income of a taxpayer. The only condition that would have resulted in the downward adjustment being made to the respondent's income was the favourable opinion of the Minister that the circumstances were such that it would be appropriate to make the adjustment. The Tax Court only has three options available to it under subsection 171(1) of the ITA if the appeal to the Tax Court is allowed. It can vacate the assessment, vary the assessment, or refer the assessment back to the Minister. Vacating the entire reassessment to only address the one issue concerning this downward adjustment was not a viable option. The only remedies that warranted consideration were the right to vary the assessment or refer the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment. The remedies are directed at the assessment. The determination of whether in the circumstances it was appropriate that the downward adjustment be made was delegated by Parliament to the Minister. The Minister's opinion under subsection 247(10) of the ITA is a separate decision of the Minister that precludes the reduction in income unless the opinion is that the circumstances are such that it is appropriate to allow the downward adjustment. In order for the Tax Court to vary or set aside the product of the assessment, i.e. the amount of taxes payable by the respondent for 2006, the opinion rendered by the Minister would have to be changed from an unfavourable opinion to one that is favourable to the respondent. The requirement of a favourable opinion before the downward adjustment can be made distinguishes this provision from other provisions of the ITA where amounts claimed by taxpayers can be adjusted to amounts that are reasonable in the circumstances. The remedies granted to the Tax Court under subsection 171(1) of the ITA do not extend to the power to vary the opinion of the Minister rendered under subsection 247(10) or to quash this opinion. The Tax Court can only vacate, vary or refer an assessment back to the Minister. The opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) is not an assessment, although it will affect an assessment. The Tax Court does not have the power that is granted to the Federal Court under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* on an application for judicial review to quash a decision of the Minister. There is no inherent jurisdiction that would allow the Tax Court to vary or quash the Minister's opinion. The power conferred by Parliament on the Tax Court to determine the correctness of an assessment does not, by implication, include the power to vary or quash the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10). The only jurisdiction conferred on the Tax Court by the ITA is the jurisdiction to provide a remedy that directly impacts the assessment. The Tax Court can vacate an assessment, vary an assessment or refer the assessment back to the Minister. All of the remedies apply only to the assessment. It is also not necessary that the Tax Court have the power to quash the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA,

Cependant, les mesures de redressement dont dispose la Cour de l'impôt pourraient ne pas convenir. Le paragraphe 247(10) de la LIR est unique. Ce paragraphe impose une condition au redressement qui serait par ailleurs d'application obligatoire au titre du paragraphe 247(2) de la LIR si ce redressement a pour effet de réduire les revenus du contribuable. La seule condition qui aurait permis à l'intimée d'obtenir un redressement à la baisse de ses revenus était un avis favorable du ministre selon lequel les circonstances justifiaient un tel redressement. Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel : elle peut annuler la cotisation, modifier la cotisation, ou déférer la cotisation au ministre. L'annulation de la totalité de la nouvelle cotisation pour trancher la question de ce seul redressement à la baisse n'était pas une solution valable. Les seules mesures qui méritaient d'être prises en compte étaient le droit de modifier la cotisation ou de la déférer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation. Les mesures de redressement s'appliquent à la cotisation. C'est au ministre que le législateur a confié la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient qu'un redressement à la baisse soit effectué. L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR est une décision distincte du ministre, qui empêche toute réduction du revenu à moins que le ministre n'estime que les circonstances justifient le redressement à la baisse. Pour que la Cour de l'impôt modifie ou annule le produit de la cotisation, c'est-à-dire le montant de l'impôt que l'intimée doit payer pour l'année 2006, il faudrait que l'avis rendu par le ministre soit modifié et qu'il devienne favorable à l'intimée. Cette condition qu'un avis favorable ait été rendu avant qu'un redressement à la baisse puisse être effectué est ce qui distingue cette disposition d'autres dispositions de la LIR qui permettent que des sommes déclarées par le contribuable fassent l'objet d'un redressement pour qu'elles soient fixées à des montants raisonnables dans les circonstances. Les mesures que peut accorder la Cour de l'impôt en vertu du paragraphe 171(1) de la LIR n'incluent pas le pouvoir de modifier ou d'annuler l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10). La Cour de l'impôt peut uniquement annuler ou modifier la cotisation ou la déférer au ministre. L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) n'est pas une cotisation, même s'il aura une incidence sur la cotisation. La Cour de l'impôt n'a pas le pouvoir qui est conféré à la Cour fédérale par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* d'annuler une décision du ministre sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire. La Cour de l'impôt ne possède aucune compétence inhérente qui lui permettrait de modifier ou d'annuler l'avis du ministre. Le pouvoir que le législateur a conféré à la Cour de l'impôt de juger l'exactitude d'une cotisation ne comprend pas, par déduction, le pouvoir de modifier ou d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10). La seule compétence qui est conférée à la Cour de l'impôt par la LIR est celle d'ordonner des mesures ayant une incidence directe sur la cotisation. La Cour de l'impôt peut annuler ou modifier une cotisation, ou la déférer

as the Federal Court is granted the power to quash a decision of the Minister under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. Since Parliament delegated the authority to render this opinion to the Minister, the Minister has the jurisdiction to render this opinion. Parliament chose the Minister and not the Tax Court as the person who would determine if the circumstances are such that it is appropriate that the downward adjustment be made. As a result, the validity of the opinion is more properly a matter for judicial review in the Federal Court, which has the power to quash the opinion, if appropriate. Since the Tax Court does not have the power to quash an opinion rendered under subsection 247(10) of the Act, it will remain valid, unless it is quashed by the Federal Court on judicial review. Without the opinion of the Minister that it was appropriate to make the downward adjustment, the assessment (which does not reflect this downward adjustment) was correct. The Tax Court cannot grant a mandatory order (*mandamus*) that the opinion of the Minister is to be a favourable opinion under subsection 247(10) of the ITA, with the result that the downward adjustment should be made to the respondent's income for its 2006 taxation year.

In the cross-appeal, the respondent sought a variation in the order that was granted by the Tax Court. The respondent was seeking to expand the situations in which the finding by the Tax Court would apply to include a scenario that was not present in the facts as submitted to the Tax Court. Since the cross-appeal only raised a hypothetical question that was not based on the facts as presented to the Court herein, it was not a proper cross-appeal. In any event, since the Minister's opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA was not within the exclusive jurisdiction of the Tax Court, the requested variation was moot.

The order granted by the Tax Court was set aside, and the question as posed by the parties was answered in the affirmative.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 5(3)(b).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1), (3), 18.1(1), (3), 18.5.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 67, 123(1), 165(1.2), 169, 171, 220(3.1), 247.  
*Income War Tax Act*, R.S.C., 1927, c. 97, s. 6(2).  
*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12.  
*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a, r. 58.

au ministre. Ces mesures s'appliquent uniquement à la cotisation. Il n'est pas non plus nécessaire que la Cour de l'impôt ait le pouvoir d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR, puisque la Cour fédérale possède le pouvoir d'annuler une décision du ministre en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Puisque le législateur a délégué au ministre le pouvoir de formuler cet avis, c'est le ministre qui a compétence en la matière. Le législateur a choisi de confier au ministre, et non à la Cour de l'impôt, la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient un redressement à la baisse. Par conséquent, la validité de l'avis est une question qui relève davantage d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d'annuler l'avis si elle le juge nécessaire. Puisque la Cour de l'impôt n'a pas le pouvoir d'annuler l'avis formulé en application du paragraphe 247(10) de la LIR, cet avis demeurera valide, à moins qu'il ne soit annulé par la Cour fédérale sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Faute d'avis du ministre indiquant qu'il était justifié d'effectuer le redressement à la baisse, la cotisation (qui ne tenait pas compte de ce redressement à la baisse) était exacte. La Cour de l'impôt ne peut pas prononcer d'ordonnance mandatoire (*mandamus*) enjoignant au ministre de formuler un avis favorable en application du paragraphe 247(10) de la LIR pour qu'il y ait redressement à la baisse des revenus de l'intimée pour son année d'imposition 2006.

Dans l'appel incident, l'intimée a demandé que l'ordonnance prononcée par la Cour de l'impôt soit modifiée. L'intimée a demandé que la conclusion de la Cour de l'impôt s'applique à plus de situations qui ne figuraient pas dans les faits présentés à la Cour de l'impôt. Puisque l'appel incident soulevait uniquement une question hypothétique qui n'était pas fondée sur les faits présentés à la Cour, il ne s'agissait pas d'un appel incident recevable. Quoi qu'il en soit, comme l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR ne relevait pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt, la modification demandée était théorique.

L'ordonnance prononcée par la Cour de l'impôt a été annulée et la question a été répondu par la négative.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 6(2).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 67, 123(1), 165(1.2), 169, 171, 220(3.1), 247.  
*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 12.  
*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 3(2)c)(ii), 61, 70.  
*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 5(3)(b).

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 3(2)(c)(ii), 61, 70.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1),(3), 18.1(1),(3), 18.5.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, règle 58.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617.

## DISTINGUISHED:

*Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* (1946), [1947] A.C. 109, [1947] 1 D.L.R. 721 (J.C.P.C.).

## CONSIDERED:

*Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 471, [1947] 1 D.L.R. 501; *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 185 N.R. 73, [1994] 3 F.C. D-54 (C.A.); *Valente v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 132, [2003] F.C.J. No. 418 (QL); *Main Rehabilitation Co. v. Canada*, 2004 FCA 403, 247 D.L.R. (4th) 597; *Canada v. Anchor Pointe Energy Ltd.*, 2007 FCA 188, [2008] 1 F.C.R. 839; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Nicholson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 191, [1945] 4 D.L.R. 683; *Bélanger v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 455; *Quigley Electric Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 461; *Denis v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FCA 26; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 96 D.L.R. (3d) 14; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2020 TCC 139) determining that the decision by the Minister of National Revenue to deny a taxpayer's request for a downward transfer pricing adjustment is not outside the exclusive original jurisdiction granted to the Tax Court under section 12 of the *Tax Court*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* (1946), [1947] A.C. 109, [1947] 1 D.L.R. 721 (J.C.P.C.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 471, [1947] 1 D.L.R. 501; *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1994] A.C.F. n° 1130 (QL), [1994] 3 C.F. F-49 (C.A.); *Valente c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2003 CAF 132; *Main Rehabilitation Co. c. Canada*, 2004 CAF 403; *Canada c. Anchor Pointe Energy Ltd.*, 2007 CAF 188, [2008] 1 R.C.F. 839; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Canada (Revenu national) c. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557.

## DÉCISION MENTIONNÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Nicholson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 191, [1945] 4 D.L.R. 683; *Bélanger c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2003 CAF 455; *Quigley Electric Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2003 CAF 461; *Denis c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CAF 26; *Harelkin c. University of Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2020 CCI 139) qui a conclu que la décision rendue par le ministre du Revenu national de rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de

of *Canada Act* and section 171 of the *Income Tax Act*.  
Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

l'impôt par la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et l'article 171 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel accueilli; appel incident rejeté.

## APPEARANCES

*Samantha Hurst, Aleksandrs Zemdegs* and *Jesse Epp-Fransen* for appellant.  
*Daniel Sandler, Osnat Nemetz* and *Laura Jochimski* for respondent.

## ONT COMPARU :

*Samantha Hurst, Aleksandrs Zemdegs* et *Jesse Epp-Fransen* pour l'appelante.  
*Daniel Sandler, Osnat Nemetz* et *Laura Jochimski* pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*EY Law LLP*, Toronto, for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*EY Law LLP*, Toronto, pour l'intimée.

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

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

WEBB J.A.:

LE JUGE WEBB, J.C.A. :

[1] This appeal and cross-appeal arise as a result of the response provided by the Tax Court of Canada to a question submitted under rule 58 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a. The question was:

[1] Les présents appel et appel incident découlent de la réponse formulée par la Cour canadienne de l'impôt (la Cour de l'impôt) à une question posée en application de la règle 58 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a (les Règles). La Cour [de l'impôt] devait répondre à la question suivante :

Where the Minister of National Revenue has exercised her discretion pursuant to subsection 247(10) of the *Income Tax Act* ("ITA") to deny a taxpayer's request for a downward transfer pricing adjustment, is that a decision falling outside the exclusive original jurisdiction granted to the Tax Court of Canada under section 12 of the *Tax Court of Canada Act* and section 171 of the ITA?

[TRADUCTION]

La décision que rend le ministre du Revenu national lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 247(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« LIR ») pour rejeter la demande d'un contribuable sollicitant un redressement à la baisse du prix de transfert relève-t-elle de la compétence exclusive conférée à la Cour canadienne de l'impôt par la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et l'article 171 de la LIR?

[2] This question arose in the context of the appeal commenced by Dow Chemical Canada ULC (Dow) in relation to the reassessment of its 2006 taxation year.

[2] Cette question a été posée dans le cadre de l'appel interjeté par Dow Chemical Canada ULC (Dow) relativement à la nouvelle cotisation qui lui a été imposée pour son année d'imposition 2006.

[3] The Tax Court (2020 TCC 139) provided the following answer to this question:

[3] La Cour de l'impôt (2020 CCI 139) a fourni la réponse suivante :

The Court has determined that where the Minister has decided, pursuant to subsection 247(10) of the *Income Tax Act (Canada)* [the ITA], to deny a taxpayer's request for a downward transfer pricing adjustment, that decision is not outside the exclusive original jurisdiction granted to the Court under section 12 of the *Tax Court of Canada Act* and section 171 of the ITA provided that the assessment resulting from that decision has been properly appealed to the Court...

[4] The Crown, in its appeal to this Court, is asking that the question as posed by the parties be answered in the affirmative. In its cross-appeal, Dow is seeking an amended response. In Dow's view, the decision of the Minister of National Revenue (the Minister) under subsection 247(10) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the ITA) is within the exclusive jurisdiction of the Tax Court of Canada, regardless of whether an assessment has been issued.

[5] For the reasons that follow, I would allow the appeal and answer the question as originally posed under rule 58 in the affirmative, as the Federal Court has the jurisdiction to judicially review the Minister's opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA. I would dismiss the cross-appeal.

#### I. Background

[6] The parties submitted a Statement of Agreed Facts to the Tax Court for the purposes of the rule 58 proceeding.

[7] On December 14, 2011, the Minister reassessed Dow's 2006 taxation year by adding approximately \$307 million to its income, as a result of certain transfer pricing adjustments made under section 247 of the ITA in relation to intercompany transactions involving Dow and Dow Europe GmbH (DowEur), a Swiss operating company with whom Dow was not dealing at arm's length.

[8] Dow served a notice of objection to the reassessment that included the additional amounts in its income.

La Cour conclut que, lorsque le ministre décide, en application du paragraphe 247(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu (Canada)* (la « LIR »), de rejeter la demande du contribuable sollicitant le redressement à la baisse du prix de transfert, cette décision relève de la compétence exclusive conférée à la Cour par l'article 12 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* et l'article 171 de la LIR, pourvu que la cotisation découlant de cette décision fasse l'objet d'un appel en bonne et due forme devant la Cour [...]

[4] La Couronne, dans son appel auprès de notre Cour, demande à notre Cour de répondre par la négative à la question posée par les parties. Dans son appel incident, Dow sollicite une réponse modifiée. Selon Dow, la décision rendue par le ministre du Revenu national (le ministre) en vertu du paragraphe 247(10) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR), relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt, qu'il y ait eu ou non établissement d'une cotisation.

[5] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et je répondrais par la négative à la question initialement posée en vertu de la règle 58, car la Cour fédérale a compétence pour procéder au contrôle judiciaire de l'avis formulé par le ministre en vertu du paragraphe 247(10) de la LIR. Je rejetterais l'appel incident.

#### I. Contexte

[6] Les parties ont présenté à la Cour de l'impôt un exposé conjoint des faits pour les besoins de la requête présentée en vertu de la règle 58.

[7] Le 14 décembre 2011, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 2006 de Dow, en augmentant le revenu de cette société d'environ 307 millions de dollars, à la suite de certains redressements du prix de transfert effectués en vertu de l'article 247 de la LIR relativement à des opérations intersociétés entre Dow et Dow Europe GmbH (DowEur), une société suisse en exploitation avec laquelle Dow avait un lien de dépendance.

[8] Dow a signifié un avis d'opposition visant la nouvelle cotisation fondée sur le revenu révisé à la hausse.

Following the filing of the notice of objection, the Minister sent a proposal letter, dated March 9, 2012, which included a proposed increase to the interest expense claimed by Dow for 2006 and 2007 in relation to amounts that it had borrowed from DowEur.

[9] Paragraphs 17 to 19 of the Statement of Agreed Facts stipulate:

On December 11, 2012, the Minister issued another proposal letter to [Dow], in which the Minister advised that its previous proposal to increase the interest expense taken with respect to the DowEur Loan Amounts for [Dow's] 2006 taxation year would not be made due to the application of the limitation period in the Canada-Switzerland Tax Treaty.

By that same letter, the Minister advised [Dow] that the proposed downward transfer pricing adjustment in respect of the interest expense taken with respect to the DowEur Loan Amounts for [Dow's] 2007 taxation year would be implemented.

By Notices of Reassessment dated December 12, 2012, [Dow's] 2006 and 2007 taxation years were reassessed as outlined in the letter of December 11, 2012.

[10] Although the Crown submitted, at the hearing of this appeal, that the reassessments issued on December 12, 2012, did not reflect what was stated in the letter dated December 11, 2012, this is contrary to the facts that the parties had agreed upon. The parties agreed that Dow's 2006 taxation year was reassessed on December 12, 2012, as outlined in the letter dated the previous day. Therefore, this reassessment reflected the Minister's decision to not allow the reduction in income for 2006 based on the increased interest expense. The reassessment issued on December 12, 2012, for Dow's 2007 taxation year reflected the reduction in income based on the increased interest expense.

À la suite du dépôt de l'avis d'opposition, le ministre a envoyé une lettre de proposition datée du 9 mars 2012, dans laquelle il était proposé de hausser le montant des frais d'intérêts déclarés par Dow pour les années 2006 et 2007 relativement aux sommes qu'elle avait empruntées à DowEur.

[9] Les paragraphes 17 à 19 de l'exposé conjoint des faits sont rédigés ainsi :

[TRADUCTION]

Le 11 décembre 2012, le ministre a envoyé [à Dow] une autre lettre de proposition, dans laquelle il l'informait que sa précédente proposition de hausser le montant des frais d'intérêts déboursés relativement à l'emprunt souscrit auprès de DowEur pour l'année d'imposition 2006 de [Dow] ne serait pas appliquée en raison du délai de prescription prévu dans la Convention fiscale entre le Canada et la Suisse.

Dans la même lettre, le ministre informait [Dow] que le redressement à la baisse proposé du prix de transfert concernant les frais d'intérêts déboursés à l'égard de l'emprunt souscrit auprès de DowEur pour l'année d'imposition 2007 de [Dow] serait appliqué.

Par avis de nouvelle cotisation datés du 12 décembre 2012, de nouvelles cotisations ont été établies pour les années d'imposition 2006 et 2007 de [Dow], conformément aux modalités énoncées dans la lettre du 11 décembre 2012.

[10] Lors de l'audition du présent appel, la Couronne a soutenu que les nouvelles cotisations établies le 12 décembre 2012 ne représentaient pas ce qui avait été indiqué dans la lettre du 11 décembre 2012, mais cette assertion va à l'encontre des faits sur lesquels les parties se sont entendues. Les parties ont convenu que les nouvelles cotisations pour l'année d'imposition 2006 de Dow ont été établies le 12 décembre 2012, ainsi qu'il était indiqué dans la lettre datée de la veille. Par conséquent, cette nouvelle cotisation tenait compte de la décision du ministre de refuser de réduire le montant du revenu pour l'année 2006 en fonction de la hausse des frais d'intérêts. La nouvelle cotisation établie le 12 décembre 2012 pour l'année d'imposition 2007 de Dow prenait en compte la réduction du montant des revenus en fonction de la hausse des frais d'intérêts.



[11] On January 14, 2013, Dow submitted a request to the Minister to reduce its income by the increased interest expense that had been identified in the letter dated March 9, 2012, for its 2006 taxation year. The Minister, by a letter dated February 11, 2013, denied this request. On March 11, 2013, Dow sought judicial review of this decision in the Federal Court.

[12] Dow also objected to the reassessment dated December 12, 2012, respecting its 2006 taxation year. Dow was subsequently reassessed on December 14, 2015, and again on April 13, 2017, for its 2006 taxation year. None of the reassessments included the additional interest expense for 2006 that was identified in the letter dated March 9, 2012. The reassessment dated April 13, 2017, is the reassessment that is the subject of the appeal to the Tax Court.

## II. Decision of the Tax Court

[13] The Tax Court Judge addressed a number of arguments that the parties had raised. The first argument was whether there was a right of appeal from the Minister's decision under subsection 247(10) of the ITA, as a result of the application of subsection 247(11) of the ITA. The Tax Court Judge rejected Dow's submissions that the provisions of subsection 247(11) of the ITA resulted in the Minister's decision under subsection 247(10) of the ITA having the same objection and appeal rights that apply when an assessment is issued.

[14] The Tax Court Judge then considered the Tax Court's appellate jurisdiction. As part of this analysis, the Tax Court Judge considered various decisions from the Exchequer Court of Canada and the Privy Council addressing appeals under the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. Under that statute, there were provisions that granted the Minister the discretion to make certain decisions that would have a direct impact on the income of taxpayers. The Tax Court Judge, in paragraph 144 of her reasons, set out her conclusions based on her review of the Exchequer Court and Privy Council decisions under the *Income War Tax Act* [at paragraph 144]:

[11] Le 14 janvier 2013, Dow a demandé au ministre de réduire ses revenus d'une somme correspondant à la hausse des frais d'intérêts qui avait été mentionnée dans la lettre du 9 mars 2012 pour son année d'imposition 2006. Le ministre, dans une lettre du 11 février 2013, a rejeté cette demande. Le 11 mars 2013, Dow a demandé le contrôle judiciaire de cette décision devant la Cour fédérale.

[12] Dow s'est également opposée à la nouvelle cotisation datée du 12 décembre 2012 pour son année d'imposition 2006. Dow a fait l'objet de nouvelles cotisations le 14 décembre 2015, puis encore le 13 avril 2017, pour son année d'imposition 2006. Ni l'une ni l'autre de ces nouvelles cotisations ne tenait compte de la hausse des frais d'intérêts pour l'année 2006 qui avait été mentionnée dans la lettre du 9 mars 2012. La nouvelle cotisation datée du 13 avril 2017 est celle qui a fait l'objet de l'appel auprès de la Cour de l'impôt.

## II. La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[13] La juge de la Cour de l'impôt s'est penchée sur plusieurs des arguments qu'ont fait valoir les parties. Le premier argument concernait la question de savoir si, par application du paragraphe 247(11) de la LIR, il existait un droit d'appel contre la décision rendue par la ministre en vertu du paragraphe 247(10) de la LIR. La juge de la Cour de l'impôt n'a pas souscrit aux observations de Dow selon lesquelles les dispositions du paragraphe 247(11) de la LIR avaient pour effet d'assujettir les décisions rendues par le ministre en vertu du paragraphe 247(10) de la LIR aux mêmes droits d'opposition et d'appel que ceux s'appliquant lorsqu'une cotisation est établie.

[14] La juge de la Cour de l'impôt a ensuite examiné la compétence en appel de la Cour de l'impôt. Dans le cadre de cette analyse, elle a pris en considération diverses décisions de la Cour de l'Échiquier du Canada et du Conseil privé qui portent sur des appels interjetés sous le régime de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97. Certaines dispositions de cette loi conféraient au ministre le pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions qui auraient une incidence directe sur le calcul des revenus des contribuables. Au paragraphe 144 de ses motifs, la juge de la Cour de l'impôt a exposé en ces termes les conclusions qu'elle a tirées de son examen de



décisions rendues par la Cour de l'Échiquier du Canada et le Conseil privé sous le régime de *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* [au paragraphe 144] :

A review of the jurisprudence leads me to conclude that, where a taxpayer claims an entitlement to a downward transfer pricing adjustment, the Minister's decision under subsection 247(10), like the decisions the Minister was required to make under the *IWTA*, has to be made by the Minister before any assessment of a taxpayer's taxes can be made. That decision must be made judicially, i.e., in accordance with proper legal principles. If it is not, then the resulting assessment is incorrect. Thus, on an appeal of the resulting assessment, under its appellate jurisdiction, the Tax Court is both permitted and required to review the manner in which the Minister came to her determination under subsection 247(10).

[15] The Tax Court Judge also considered the provisions of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the EI Act) related to appeals from a ruling on insurability. She found (at paragraph 152 of her reasons) that the appeal rights under the EI Act are consistent with the scope of the Tax Court's appellate jurisdiction over an assessment, as interpreted by the Exchequer Court and the Privy Council.

[16] Furthermore, the Tax Court Judge compared the remedies that would be available to the Tax Court and the Federal Court and determined that [at paragraph 167]:

Where a taxpayer disagrees with the Minister's decision under subsection 247(10), "the 'essential character' of the relief sought is the setting aside of an assessment", and that is beyond the powers of the Federal Court. [Footnote reference omitted.]

[17] The Tax Court Judge acknowledged that the Federal Court has judicial review jurisdiction to review decisions of the Minister related to the waiver or cancellation of penalties or interest under subsection 220(3.1) of the ITA. As noted by the Tax Court Judge, subsection 165(1.2) of the ITA provides that no objection may be made by a taxpayer to an assessment made under

Un examen de la jurisprudence m'amène à conclure que, si un contribuable soutient avoir droit à un redressement à la baisse du prix de transfert, la décision du ministre rendue en application du paragraphe 247(10) de la LIR, à l'instar des décisions que le ministre devait rendre en application de la LIGR, doit être rendue avant que puisse être établie la cotisation concernant les impôts du contribuable. Cette décision doit être rendue de façon judiciaire, c'est-à-dire en conformité avec les principes de droit qui s'appliquent, sans quoi la cotisation en découlant sera erronée. Ainsi, dans un appel visant la cotisation découlant d'une telle décision, la Cour de l'impôt, en vertu sa compétence d'appel, a à la fois le pouvoir et l'obligation d'examiner la manière dont le ministre en est arrivé à sa décision en application du paragraphe 247(10) de la LIR.

[15] La juge de la Cour de l'impôt a également examiné les dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi sur l'AE), portant sur les appels de décisions relatives à l'assurabilité. Elle a conclu, au paragraphe 152 de ses motifs, que les droits d'appel prévus par la Loi sur l'AE sont de même portée que la compétence de la Cour de l'impôt en appel d'une cotisation, conformément à l'interprétation qu'en ont fait la Cour de l'Échiquier du Canada et le Conseil privé.

[16] La juge de la Cour de l'impôt a également comparé les mesures que peuvent accorder la Cour de l'impôt et la Cour fédérale et elle a conclu ce qui suit [au paragraphe 167] :

Lorsqu'un contribuable conteste la décision du ministre rendue en application du paragraphe 247(10) de la LIR, « la "nature essentielle" de la mesure demandée est l'annulation de la cotisation », et cette mesure ne relève pas des pouvoirs de la Cour fédérale. [Renvoi omis.]

[17] La juge de la Cour de l'impôt a reconnu que la Cour fédérale a compétence pour faire le contrôle judiciaire des décisions du ministre concernant la renonciation à tout montant de pénalité ou d'intérêts ou l'annulation de ce montant au titre du paragraphe 220(3.1) de la LIR. La juge de la Cour de l'impôt a noté que, selon le paragraphe 165(1.2) de la LIR, le contribuable ne peut pas

subsection 220(3.1) of the ITA, and hence no appeal would lie to the Tax Court in relation to such assessment.

[18] The Tax Court Judge noted, in paragraphs 183 and 184 of her reasons, that there are other Parts of the ITA that include provisions granting the Minister the discretion to waive or cancel tax that would otherwise be imposed. Subsection 165(1.2) of the ITA (which prohibits a taxpayer from making an objection to an assessment issued under subsection 220(3.1) of the ITA) does not include a reference to any assessment arising under these other provisions. However, as noted by the Tax Court Judge, many cases related to the exercise of the Minister's discretion under these other provisions have proceeded to the Federal Court by way of judicial review. Since these provisions were not part of the rule 58 question, the Tax Court Judge did not comment on the jurisdiction of the Tax Court in relation to these other provisions.

[19] In any event, the Tax Court Judge distinguished the discretionary decisions of the Minister to waive tax, interest or penalties (including subsection 220(3.1) and the other provisions referenced at paragraphs 183 and 184 of her reasons) from the opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA, on the basis that the Minister's discretion to waive tax, interest or penalties is only exercised after a correct assessment is made. In her view, "where a taxpayer claims and establishes a downward transfer pricing adjustment, the determination under subsection 247(10) is not permissive – it must be made and it must be made before a correct assessment can be issued" (paragraph 191 of her reasons, emphasis added by the Tax Court Judge).

[20] The Tax Court Judge also noted that the determination under subsection 247(10) of the ITA is not made with respect to a particular amount. Rather, the discretionary

faire opposition à une cotisation établie en application du paragraphe 220(3.1) de la LIR; il n'existe donc aucune possibilité d'appel de cette cotisation auprès de la Cour de l'impôt.

[18] Aux paragraphes 183 et 184 de ses motifs, la juge de la Cour de l'impôt a observé que d'autres parties de la LIR comportent des dispositions qui confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire d'annuler l'impôt qui serait sinon à payer, ou d'y renoncer. Le paragraphe 165(1.2) de la LIR (qui interdit au contribuable de faire opposition à une cotisation établie en application du paragraphe 220(3.1) de la LIR) ne renvoie aucunement aux cotisations établies en application de ces autres dispositions. Cependant, comme l'a observé la juge de la Cour de l'impôt, de nombreuses affaires portant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par ces autres dispositions ont été portées devant la Cour fédérale au moyen du contrôle judiciaire. Comme ces dispositions n'étaient pas visées par la question posée au titre de la règle 58, la juge de la Cour de l'impôt ne s'est pas prononcée sur la compétence de la Cour de l'impôt relativement à ces autres dispositions.

[19] Quoi qu'il en soit, la juge de la Cour de l'impôt a fait une distinction entre, d'une part, les décisions discrétionnaires du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités (notamment au titre du paragraphe 220(3.1) et des autres dispositions auxquelles elle renvoie aux paragraphes 183 et 184 de ses motifs) et, d'autre part, les avis formulés au titre du paragraphe 247(10) de la LIR, au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre de renoncer à des montants d'impôt, d'intérêts ou de pénalités ne peut être exercé qu'après qu'une cotisation valable a été établie. Selon la juge, « si un contribuable demande et établit un redressement à la baisse du prix de transfert, la décision visée au paragraphe 247(10) de la LIR n'est pas facultative : elle doit être rendue, et ce, avant qu'une cotisation exacte puisse être établie » (paragraphe 191 de ses motifs; souligné dans l'original).

[20] La juge de la Cour de l'impôt a également noté que les décisions rendues en application du paragraphe 247(10) de la LIR ne le sont pas à l'égard d'une

decision is whether it is appropriate that the taxpayer's income be reduced by the amount that has been identified as a downward adjustment under subsection 247(2) of the ITA. The discretionary decision does not relate to the actual amount of such adjustment. As she noted in paragraph 208:

.... But, that discretion must be exercised on proper grounds before a correct assessment can be made. As a result, the manner in which that discretion is exercised is reviewable on an appeal of the resulting assessment. The amount of the downward transfer pricing adjustment is not something the Minister determines but that does not remove the matter from the Tax Court's jurisdiction. [Emphasis added by the Tax Court Judge.]

[21] As a result, the Tax Court Judge provided the modified response to the rule 58 question as indicated above.

### III. Issue and Standard of Review

[22] The question as posed is a question of law. The question seeks to delineate the exclusive jurisdiction of the Tax Court, and, in particular, whether the Minister's decision under subsection 247(10) of the ITA is outside the exclusive jurisdiction granted to the Tax Court. Since this is a question of law, the standard of review is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

### IV. Analysis

[23] The transfer pricing rules are set out in section 247 of the ITA. One component of these rules is the adjustment made to certain amounts where a taxpayer and a non-resident person, who are not dealing with each other at arm's length, have agreed upon terms and conditions that differ from the terms and conditions that would have been agreed upon by persons dealing with each other at arm's length. Paragraph 247(2)(c) of the ITA provides that the amounts will be adjusted to reflect the terms and conditions that would have been agreed upon

somme précise. La décision discrétionnaire consiste plutôt à déterminer si les circonstances justifient la réduction des revenus du contribuable d'une somme correspondant au redressement à la baisse visé au paragraphe 247(2) de la LIR. La décision discrétionnaire ne porte pas sur le montant en tant que tel de ce redressement. Dans les mots de la juge de la Cour de l'impôt, au paragraphe 208 de ses motifs :

[...] Cependant, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé pour des motifs appropriés avant qu'une cotisation exacte puisse être établie. Par conséquent, la manière dont ce pouvoir discrétionnaire est exercé est susceptible de contrôle lors d'un appel visant la cotisation qui en découle. Le montant du redressement à la baisse du prix de transfert n'est pas une chose que le ministre établit, mais la question n'échappe pas pour autant à la compétence de la Cour de l'impôt. [Souligné dans l'original.]

[21] En conséquence, la juge de la Cour de l'impôt a donné la réponse modifiée énoncée plus haut à la question posée en vertu de la règle 58.

### III. La question en litige et la norme de contrôle

[22] La question qui se pose en est une de droit. Il s'agit de délimiter la compétence exclusive de la Cour de l'impôt et, plus précisément, de déterminer si la décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR échappe à cette compétence exclusive. Comme il s'agit d'une question de droit, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

### IV. Analyse

[23] Les règles relatives au prix de transfert sont énoncées à l'article 247 de la LIR. L'une d'elles porte sur le redressement qui est appliqué à certains montants lorsqu'un contribuable et une personne non résidente, qui ont un lien de dépendance, conviennent de modalités qui diffèrent de celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance. L'alinéa 247(2)c) de la LIR dispose que les montants feront l'objet d'un redressement de façon à ce qu'ils correspondent à ce qu'ils auraient été si les modalités avaient été conclues entre personnes sans

by persons dealing with each other at arm's length. As noted above, the application of the transfer pricing rules in subsection 247(2) of the ITA in this case resulted in a significant increase in Dow's income for 2006.

[24] However, the application of the same rules, i.e. the determination of what terms and conditions would have been reached between persons dealing with each other at arm's length, would, in this matter, also result in a decrease in Dow's income for 2006, as an additional amount that would have been paid as interest was identified. Subsection 247(2) of the ITA does not distinguish between an adjustment that would increase income and one that would decrease income. If, as in this case, an amount is identified that would decrease the income of the taxpayer, subsection 247(10) of the ITA provides that this downward adjustment is not to be made "unless, in the opinion of the Minister, the circumstances are such that it would be appropriate that the adjustment be made":

**247 ....**

**No adjustment unless appropriate**

**(10)** An adjustment (other than an adjustment that results in or increases a transfer pricing capital adjustment or a transfer pricing income adjustment of a taxpayer for a taxation year) shall not be made under subsection 247(2) unless, in the opinion of the Minister, the circumstances are such that it would be appropriate that the adjustment be made.

[25] The Minister's opinion in this case is that the circumstances are not such that it would be appropriate to reduce Dow's income for 2006 by the amount of the additional interest expense that was identified as a downward adjustment under subsection 247(2) of the ITA.

[26] The issue in this appeal is not the appropriateness of this opinion, but whether this opinion is outside the exclusive jurisdiction of the Tax Court. The opinion will be outside the exclusive jurisdiction of the Tax Court if the Federal Court has the jurisdiction to judicially review the Minister's opinion.

lien de dépendance. Ainsi qu'il a été noté plus haut, l'application des règles relatives au prix de transfert prévues au paragraphe 247(2) de la LIR en l'espèce a eu pour effet d'augmenter considérablement les revenus de Dow pour l'année 2006.

[24] Cependant, l'application des mêmes règles, c'est-à-dire l'établissement des modalités qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance, aurait également eu pour effet, en l'espèce, de réduire les revenus de Dow pour l'année 2006, puisqu'il a été déterminé qu'un montant supplémentaire d'intérêts avait été payé. Le paragraphe 247(2) de la LIR ne fait aucune distinction entre un redressement qui aurait pour effet d'augmenter les revenus et celui qui les réduirait. Si, comme en l'espèce, il existe un montant qui réduirait les revenus du contribuable, le paragraphe 247(10) de la LIR dispose que ce redressement à la baisse ne peut être effectué « que si le ministre estime que les circonstances le justifient » :

**247 [...]**

**Redressements autorisés**

**(10)** Un redressement autre que celui qui donne lieu à un redressement de capital ou un redressement de revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, ou qui augmente le montant d'un tel redressement, ne peut être effectué aux termes du paragraphe (2) que si le ministre estime que les circonstances le justifient.

[25] En l'espèce, le ministre a estimé que les circonstances ne justifiaient pas la réduction des revenus de Dow pour l'année 2006 d'un montant correspondant aux frais d'intérêts supplémentaires déterminés faisant l'objet d'un redressement à la baisse au titre du paragraphe 247(2) de la LIR.

[26] La question à trancher dans le présent appel ne porte pas sur le caractère approprié de l'avis, mais consiste plutôt à déterminer si l'examen de cet avis relève ou non de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt. L'examen de cet avis du ministre ne relèvera pas de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt si la Cour fédérale a compétence pour en faire le contrôle judiciaire.

### A. Relevant Statutory Provisions

[27] Section 12 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, sets out the exclusive jurisdiction granted to the Tax Court. While the Tax Court is granted exclusive original jurisdiction in relation to a number of statutes, the only statute that is relevant in this appeal is the ITA. Subsection 12(1) of the *Tax Court of Canada Act* grants the Tax Court the following exclusive original jurisdiction to the Tax Court on matters arising under the ITA:

#### Jurisdiction

**12 (1)** The Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine references and appeals to the Court on matters arising under ... the *Income Tax Act* ... when references or appeals to the Court are provided for in [that Act].

[28] The jurisdictional question in this appeal does not relate to a reference to the Tax Court. Therefore, the relevant part of subsection 12(1) of the *Tax Court of Canada Act* is the jurisdiction granted to the Tax Court to hear and determine appeals. Section 12 limits the right to hear and determine appeals to only those appeals to the Tax Court provided in the ITA.

[29] In the question as posed, the parties referred to section 171 of the ITA. However, this section sets out the remedies the Tax Court may grant on hearing an appeal. Section 169 of the ITA is the section that provides for an appeal to the Tax Court where a taxpayer has served a notice of objection to an assessment. The appeal granted by subsection 169(1) of the ITA is an “appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied”.

[30] The limited remedies that the Tax Court may grant in disposing of an appeal are set out in subsection 171(1) of the ITA:

### A. Les dispositions législatives pertinentes

[27] L'article 12 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, énonce les champs de compétence exclusive de la Cour de l'impôt. Bien que la Cour de l'impôt ait compétence exclusive à l'égard de plusieurs lois, la seule loi pertinente en l'espèce est la LIR. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* confère à la Cour de l'impôt compétence exclusive pour trancher les questions découlant de l'application de la LIR :

#### Compétence

**12 (1)** La Cour a compétence exclusive pour entendre les renvois et les appels portés devant elle sur les questions découlant de l'application [...] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [...] dans la mesure où [cette loi prévoit] un droit de renvoi ou d'appel devant elle.

[28] La question de compétence en l'espèce ne porte pas sur un renvoi porté devant la Cour de l'impôt. Par conséquent, la section pertinente du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* est la compétence qui est conférée à cette cour pour trancher les appels qui sont portés devant elle. L'article 12 limite cette compétence au droit d'entendre les appels portés devant la Cour de l'impôt uniquement si la LIR prévoit un droit d'appel devant elle.

[29] Dans la question posée, telle qu'elle a été libellée, les parties renvoient à l'article 171 de la LIR. Cependant, cet article énonce les mesures que la Cour de l'impôt peut accorder dans un appel. L'article 169 de la LIR est la disposition qui prévoit le droit d'appel devant la Cour de l'impôt lorsque le contribuable a signifié un avis d'opposition à une cotisation. L'appel autorisé par le paragraphe 169(1) de la LIR est un « appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation ».

[30] Le paragraphe 171(1) de la LIR énonce les mesures limitées que la Cour de l'impôt peut accorder lorsqu'elle statue sur un appel :

**Disposal of Appeal**

**171 (1)** The Tax Court of Canada may dispose of an appeal by

- (a) dismissing it; or
- (b) allowing it and
  - (i) vacating the assessment,
  - (ii) varying the assessment, or
  - (iii) referring the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment.

[31] The Federal Court is also granted exclusive original jurisdiction under subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to grant certain remedies:

**Extraordinary remedies, federal tribunals**

**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.

[32] The remedies contemplated by this subsection “may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1” (subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*). Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides “[a]n 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” and subsection 18.1(3) of that Act sets out the powers granted to the Federal Court on an application for judicial review:

**Règlement d’un appel**

**171 (1)** La Cour canadienne de l’impôt peut statuer sur un appel :

- a) en le rejetant;
- b) en l’admettant et en :
  - (i) annulant la cotisation,
  - (ii) modifiant la cotisation,
  - (iii) déférant la cotisation au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

[31] La Cour fédérale a elle aussi compétence exclusive au titre du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour accorder certaines mesures :

**Recours extraordinaires : offices fédéraux**

**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.

[32] Les recours prévus au paragraphe (1) « sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire » (paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*). Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose qu’« [u]ne 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 » et le paragraphe 18.1(3) de cette loi énonce les pouvoirs de la Cour fédérale sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire :



**18.1 ....****Powers of Federal Court**

**(3)** On an application for judicial review, the Federal Court may

**(a)** order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

**(b)** declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[33] Section 18.5 of the *Federal Courts Act* provides a limitation on the jurisdiction of the Federal Court when a right of appeal is expressly granted by another Act of Parliament:

**Exception to sections 18 and 18.1**

**18.5** Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, the Court Martial Appeal Court, the Tax Court of Canada, the Governor in Council or the Treasury Board from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act. [Emphasis added.]

[34] The result of these provisions is that if the ITA expressly provides for an appeal from the opinion of the Minister rendered under subsection 247(10) of the ITA, that appeal would be within the exclusive jurisdiction of the Tax Court. However, if the ITA does not expressly provide for an appeal of that opinion to the Tax Court, the Federal Court would retain jurisdiction to judicially review that opinion.

**B. Subsection 247(11) of the ITA**

[35] Dow argued that subsection 247(11) of the ITA provides for a separate right of appeal from the Minister's opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA.

**18.1 [...]****Pouvoirs de la Cour fédérale**

**(3)** Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

**a)** ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

**b)** déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[33] L'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* limite la compétence de la Cour fédérale lorsqu'une autre loi fédérale prévoit expressément un droit d'appel :

**Dérogation aux art. 18 et 18.1**

**18.5** Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. [Non souligné dans l'original.]

[34] Il s'ensuit que, si la LIR prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel de l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR, cet appel relève de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt. Cependant, si la LIR ne prévoit pas expressément qu'il peut être interjeté appel de cet avis auprès de la Cour de l'impôt, alors la Cour fédérale conserverait compétence pour en faire le contrôle judiciaire.

**B. Le paragraphe 247(11) de la LIR**

[35] Dow a fait valoir que le paragraphe 247(11) de la LIR confère un droit d'appel distinct à l'égard des avis formulés par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR.



[36] Subsection 247(11) of the ITA stipulates:

**247 ....**

**Provisions applicable to Part**

(11) Sections 152, 158, 159, 162 to 167 and Division J of Part I apply to this Part, with such modifications as the circumstances require.

[37] The sections listed in subsection 247(11) of the ITA include the sections related to the assessment of tax, objections and appeals to the Tax Court.

[38] The opinion in question is not, in and of itself, an assessment, although the opinion, if favourable to the taxpayer, would result in a reduction in income and hence a reduction in the tax payable by that taxpayer.

[39] I agree with the Tax Court Judge, generally for the reasons that she gave, that subsection 247(11) of the ITA does not provide for a separate right of appeal from this opinion.

[40] The determination that this opinion does not give rise to a separate right of appeal leads to the conclusion that the ITA does not expressly provide an appeal of this decision. Since section 18.5 of the *Federal Courts Act* only excludes the Federal Court from reviewing a decision when another Act expressly provides a right of appeal, this determination would lead to the finding that section 18.5 of the *Federal Courts Act* is not a bar to the Federal Court judicially reviewing this decision of the Minister.

*C. The Decisions of the Exchequer Court and the Privy Council*

[41] The Tax Court Judge completed a detailed review of certain decisions of the Exchequer Court of Canada and the Privy Council. These decisions arose under the *Income War Tax Act*. In these decisions, the courts were not considering the different jurisdiction of the Federal Court and the Tax Court that exists today.

[36] Le paragraphe 247(11) de la LIR est rédigé ainsi :

**247 [...]**

**Dispositions applicables**

(11) Les articles 152, 158, 159 et 162 à 167 et la section J de la partie I s'appliquent à la présente partie, avec les adaptations nécessaires.

[37] Parmi les articles énumérés au paragraphe 247(11) de la LIR se trouvent les articles portant sur les cotisations, ainsi que les oppositions et les appels auprès de la Cour de l'impôt.

[38] L'avis en cause n'est pas, en soi, une cotisation; cependant, si cet avis est favorable au contribuable, il diminuerait les revenus et, par conséquent, réduirait l'impôt à payer par ce contribuable.

[39] Je suis d'accord avec la juge de la Cour de l'impôt, essentiellement pour les motifs qu'elle a énoncés, que le paragraphe 247(11) de la LIR ne crée pas de droit distinct d'interjeter appel de l'avis en l'espèce.

[40] Si l'on détermine que l'avis en l'espèce ne donne pas lieu à un droit d'appel distinct, il s'ensuit que la LIR ne prévoit pas expressément de droit d'appel à l'égard de cet avis. Comme l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* empêche la Cour fédérale de faire le contrôle d'une décision uniquement lorsqu'une autre loi prévoit expressément un droit d'appel, on peut en conclure que cet article n'interdit pas à la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire de la décision du ministre.

*C. Les décisions de la Cour de l'Échiquier et du Conseil privé*

[41] La juge de la Cour de l'impôt a fait un examen détaillé de certaines décisions de la Cour de l'Échiquier du Canada et du Conseil privé. Ces décisions ont été rendues sous le régime de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*. Dans ces décisions, les cours n'ont pas eu à examiner les compétences respectives de la Cour fédérale et celle de la Cour de l'impôt qui existent aujourd'hui.

[42] In any event, two cases of note are *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 471, [1947] 1 D.L.R. 501 (a decision of the Exchequer Court) and *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* (1946), [1947] A.C. 109, [1947] 1 D.L.R. 721 (a decision of the Privy Council) [*Wright's Ropes*].

[43] The appeals in both cases arose as a result of a disallowance of an expense by the Minister under what was then subsection 6(2) of the *Income War Tax Act*:

6 ....

**Limitation of expenses**

(2) The Minister may disallow any expense which he in his discretion may determine to be in excess of what is reasonable or normal for the business carried on by the taxpayer, or which was incurred in respect of any transaction or operation which in his opinion has unduly or artificially reduced the income.

[44] In *Pure Spring*, Thorson, P. referred to an earlier decision that he had rendered in *Nicholson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 191, [1945] 4 D.L.R. 683, and summarized his finding, at pages 524–525 [of the D.L.R. and at page 496 of the Ex. C.R.], as follows:

.... After a review of the provisions of the Act relating to appeals the Court held that the appeal provided by the Income War Tax Act is not an appeal from any decision of the Minister but an appeal from the assessment made by him in the course of his functions in respect thereof; and that the right of appeal to the Court conferred by the Act does not carry with it any right of appeal from the Minister's determination in his discretion under section 6 (2). ...

[45] Thorson, P. then referred to a decision from the Supreme Court of New South Wales that was cited by counsel for *Pure Spring* in which that Court reviewed the opinion of the Commissioner and allowed an appeal on the basis that the Court did not agree with the opinion expressed by the Commissioner.

[42] Quoi qu'il en soit, il convient de prendre note de deux décisions : *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex. C.R. 471, [1947] 1 D.L.R. 501 (une décision de la Cour de l'Échiquier), et *Minister of National Revenue v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* (1946), [1947] A.C. 109, [1947] 1 D.L.R. 721 (un arrêt du Conseil privé).

[43] Dans ces deux affaires, les appels avaient été interjetés après que le ministre eut refusé d'autoriser la déduction d'une dépense en application de ce qui était à l'époque le paragraphe 6(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* :

6 [...]

**Limitation des dépenses**

(2) Le ministre est autorisé à rejeter toute dépense qu'il peut discrétionnairement déterminer comme excédant ce qui est raisonnable ou normal en ce qui concerne l'entreprise du contribuable, ou faite relativement à une opération ou affaire qui, à son avis, a indûment ou artificiellement réduit le revenu.

[44] Dans l'arrêt *Pure Spring*, le président Thorson a renvoyé à la décision antérieure qu'il avait rendue dans *Nicholson Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1945] Ex. C.R. 191« (C. de l'É.), [1945] 4 D.L.R. 683, et il a résumé ses conclusions ainsi, aux pages 524 et 525 [du D.L.R. et à la page 496 du Ex. C.R.] :

[TRADUCTION] [...] Après avoir examiné les dispositions de la Loi qui portent sur les appels, la Cour a conclu que l'appel prévu par la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* est un appel à l'égard non pas de toute décision du ministre, mais plutôt des cotisations que le ministre a établies dans l'exercice de ses fonctions en la matière; elle a aussi conclu que le droit d'appel devant la Cour prévu par la Loi ne comporte pas en soi de droit d'appel des décisions rendues par le ministre en application du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 6(2).

[45] Le président Thorson a ensuite renvoyé à un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, qui avait été invoqué par l'avocat de *Pure Spring* et dans lequel cette cour s'était penchée sur un avis du commissaire et avait accueilli l'appel au motif qu'elle ne souscrivait pas à l'avis du commissaire.

[46] However, as noted by Thorson, P., the Australian statute provided not only a right of appeal from any assessment, but also an appeal from any opinion, decision or determination of the Commissioner under certain sections (including the one in issue in that case), whether in the exercise of discretion conferred upon the Commissioner or otherwise. This specific right of appeal from any underlying decision was not present in the *Income War Tax Act*, nor is it present in the ITA.

[47] Thorson, P. reiterated, at page 529 [of the D.L.R. and at page 501 of the Ex. C.R.], his conclusion that there is no right of appeal from the Minister's determination that was made in his discretion:

... In my opinion, it is quite clear that, under the Income War Tax Act as it stands, there is no right of appeal to the Court from the Minister's determination in his discretion under s. 6 (2).

[48] By contrast, in the subsequent decision of the Privy Council in *Wrights' Ropes*, the Privy Council did substitute its opinion for that of the Minister. The Minister had exercised his discretion to deny certain amounts claimed as commission expenses. The Privy Council considered the language of subsection 6(2) of the *Income War Tax Act* and the right of appeal to the Exchequer Court. The Privy Council noted that under subsection 6(2) of the *Income War Tax Act*, the Minister was the judge of what was reasonable or normal. The Privy Council found that the right of appeal to the Exchequer Court must have been intended to be an effective right and that the Court could, within certain limits, review the decision of the Minister and determine whether that decision was appropriate.

[49] Based on the evidence that was presented to the Court, the Privy Council found that there was no basis to justify the denial of the expense by the Minister. In determining the terms of the order that would be granted, the Privy Council referred to the inherent jurisdiction of the

[46] Cependant, comme l'a noté le président Thorson, la loi australienne prévoyait un droit d'appel non seulement à l'égard d'une cotisation, mais aussi des avis, décisions ou conclusions formulés par le commissaire en application de certaines dispositions (notamment celle en litige dans cette affaire), qu'ils soient ou non issus de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au commissaire. Ce droit précis d'interjeter appel de toute décision sous-jacente n'existait pas dans la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* de l'époque, pas plus qu'il n'existe dans la LIR actuelle.

[47] À la page 529 [du D.L.R. et à la page 501 du Ex. C.R.], le président Thorson a réitéré sa conclusion selon laquelle il n'existait aucun droit d'interjeter appel d'une décision prise par le ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] [...] À mon avis, il ne fait aucun doute que la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, telle qu'elle est libellée, ne confère aucun droit d'interjeter appel devant la Cour d'une décision rendue par le ministre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère par le paragraphe 6(2).

[48] À l'inverse, dans une décision subséquente rendue par le Conseil privé, l'arrêt *Wrights' Ropes*, le Conseil privé a substitué son avis à celui du ministre. Le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser certains montants déclarés à titre de commissions. Le Conseil privé a examiné le libellé du paragraphe 6(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* et le droit d'appel auprès de la Cour de l'Échiquier. Le Conseil privé a noté que, selon le paragraphe 6(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, c'est au ministre qu'il incombait de juger de ce qui était raisonnable ou normal. Le Conseil privé a conclu que le droit d'appel auprès de la Cour de l'Échiquier devait être un droit véritable et donc que la Cour pouvait, sous réserve de certaines limites, faire le contrôle de la décision du ministre pour déterminer si celle-ci était appropriée.

[49] En se fondant sur les éléments de preuve qui avaient été présentés à la Cour, le Conseil privé a conclu que rien ne justifiait le refus du ministre. Lorsqu'il a déterminé les conditions de l'ordonnance qui serait rendue, le Conseil privé a renvoyé à la compétence inhérente de

Court to grant an order compelling the Minister to reassess to allow the particular deduction.

[50] The decision of the Privy Council would appear to support the finding of the Tax Court Judge in this case. However, this decision was rendered in relation to the right of appeal to the Exchequer Court and not the right of appeal to the Tax Court. The issue in this appeal relates to the jurisdiction of the Tax Court and the Federal Court, not the jurisdiction of the Exchequer Court as it related to appeals under the *Income War Tax Act*.

#### D. *The EI Act*

[51] The Tax Court Judge referred to appeals under the EI Act as support for her finding that the Minister's opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA is within the exclusive jurisdiction of the Tax Court.

[52] Under the EI Act, if an employer and employee are related (within the meaning of the ITA), that employment will not be insurable employment unless the Minister "is satisfied that, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work performed, it is reasonable to conclude that they would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length" (paragraph 5(3)(b)).

[53] The same provision was also in the predecessor statute—the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, subparagraph 3(2)(c)(ii) (the UI Act).

[54] Therefore, the Minister under the UI Act had (and under the EI Act has) the discretion to determine if the employment of a particular person by another person with whom the employee is not dealing at arm's length is nonetheless insurable employment.

[55] The Tax Court Judge referred to a number of decisions of this Court that addressed the scope of the Tax Court's appellate jurisdiction when determining an appeal to that Court arising as a result of a determination made

la Cour de rendre une ordonnance enjoignant au ministre d'établir une nouvelle cotisation qui accorderait la déduction demandée.

[50] Il semble que l'arrêt du Conseil privé étaye la conclusion de la juge de la Cour de l'impôt en l'espèce. Cela dit, cet arrêt a été rendu à l'égard d'un droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier, et non d'un droit d'appel devant la Cour de l'impôt. La question en litige dans le présent appel porte sur la compétence de la Cour de l'impôt et de la Cour fédérale, et non sur celle de la Cour de l'Échiquier à l'égard d'appels interjetés sous le régime de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*.

#### D. *La Loi sur l'assurance-emploi*

[51] La juge de la Cour de l'impôt a renvoyé à des appels interjetés sous le régime de la Loi sur l'AE pour étayer sa conclusion selon laquelle l'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR relève de la compétence exclusive de la Cour de l'impôt.

[52] Selon la Loi sur l'AE, si un employeur et un employé sont des personnes liées (au sens de la LIR), cet emploi ne sera pas un emploi assurable, sauf si le ministre « est convaincu qu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu de lien de dépendance » (alinéa 5(3)b)).

[53] La même disposition existait également dans la loi antérieure — la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, sous-alinéa 3(2)c)(ii) (Loi sur l'AC).

[54] Par conséquent, le ministre avait, au titre de la Loi sur l'AC (et il a, au titre de la Loi sur l'AE), le pouvoir discrétionnaire de déterminer si l'emploi d'une personne donnée ayant un lien de dépendance avec son employeur était malgré tout assurable.

[55] La juge de la Cour de l'impôt a renvoyé à plusieurs arrêts de notre Cour concernant la portée de la compétence en appel de la Cour de l'impôt lorsque cette dernière doit statuer sur un appel d'une décision rendue par

by the Minister concerning the insurability of certain employment. In particular, the Tax Court quoted the following passage from paragraph 18 of *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 185 N.R. 73, [1994] 3 F.C. D-54 (C.A.) [at paragraph 149]:

Once the Tax Court is of the view that the Minister's determination cannot stand, its power to "vary" under subsection 70(2) of the Act implies it can exercise fully the powers given to the Minister by the Act. There is, in my view, no reason to distinguish between a quasi-judicial decision rendered by the Minister ... and a discretionary one. ... [Emphasis added by the Tax Court Judge.]

[56] *Tignish Auto Parts* arose under the UI Act. All of the other cases cited by the Tax Court Judge (except *Valente v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 132) also arose under the UI Act. *Valente* is a brief one paragraph decision of this Court which referred to earlier decisions arising under the UI Act. There are also other decisions of this Court under the EI Act (that were not cited by the Tax Court Judge) but which continue to rely on the decisions rendered under the UI Act (e.g. *Bélanger v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 455; *Quigley Electric Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2003 FCA 461; and *Denis v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FCA 26).

[57] Since the Tax Court Judge relied on *Tignish Auto Parts* for the proposition that the Tax Court could vary the decision made by the Minister concerning whether employment by a related person is insurable employment, the applicable provisions of the UI Act will be examined and compared to the provisions of the ITA setting out the rights of appeal to the Tax Court and the powers granted to the Tax Court under the ITA.

[58] Section 61 of the UI Act addressed the determination of questions arising under that statute. In particular, subsections 61(1), (3) and (6) of the UI Act provided as follows:

le ministre au sujet de l'assurabilité de certains emplois. La Cour de l'impôt a plus précisément cité le passage suivant, tiré du paragraphe 18 de l'arrêt *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1994] A.C.F. n° 1130 (QL), [1994] 3 C.F. F-49 (C.A.) [au paragraphe 149] :

Une fois que la Cour de l'impôt a statué que le règlement du ministre ne peut être confirmé, le pouvoir de « modification » qu'il tire du paragraphe 70(2) de la Loi implique qu'il peut exercer pleinement les pouvoirs qui sont conférés au ministre par la Loi. À mon avis, il n'y a pas de raison d'établir ici une distinction entre une décision quasi-judiciaire rendue par le ministre [...] et une décision discrétionnaire [...] [Souligné par la juge de la Cour de l'impôt.]

[56] L'arrêt *Tignish Auto Parts* a été tranché sous le régime de la Loi sur l'AC. Toutes les autres affaires auxquelles a renvoyé la juge de la Cour de l'impôt (à l'exception de l'arrêt *Valente c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2003 CAF 132) relevaient également de la Loi sur l'AC. L'arrêt *Valente* est une brève décision d'un seul paragraphe de notre Cour, qui renvoie à des décisions antérieures rendues sous le régime de la Loi sur l'AC. Il existe également d'autres arrêts de notre Cour qui ont été rendus sous le régime de la Loi sur l'AE (auxquels la juge de la Cour de l'impôt n'a pas renvoyé), mais qui demeurent fondés sur des décisions rendues sous le régime de la Loi sur l'AC (voir, par exemple, *Bélanger c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2003 CAF 455; *Quigley Electric Ltd. c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2003 CAF 461; et *Denis c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CAF 26).

[57] Comme la juge de la Cour de l'impôt s'est fondée sur l'arrêt *Tignish Auto Parts* pour affirmer que la Cour de l'impôt pourrait modifier la décision rendue par le ministre quant à l'assurabilité d'un emploi occupé par une personne liée, les dispositions applicables de la Loi sur l'AC seront examinées et comparées aux dispositions de la LIR qui énoncent les droits d'appel devant la Cour de l'impôt et les pouvoirs que confère à cette dernière la LIR.

[58] L'article 61 de la Loi sur l'AC portait sur le règlement de questions relevant de cette loi. Les paragraphes 61(1), (3) et (6) plus précisément étaient libellés ainsi :

**Determination of questions**

61 (1) Where any question arises under this Act as to whether a person is required to make a payment of an employee's premium, or an employer's premium, or as to the amount of any such premium, in a year,

(a) the person concerned may, on or before April 30 in the immediately following year, apply to the Minister to determine the question; or

(b) the Minister on his own initiative may at any time determine the question.

...

**Question re insurable employment**

(3) Where there arises in relation to a claim for benefit under this Act any question concerning

(a) whether a person is or was employed in insurable employment,

...

an application to the Minister for determination of the question may be made by the Commission at any time and by that person or the employer or purported employer of that person within ninety days after being notified of the decision of the Commission.

...

**Decision**

(6) On an application or an appeal under this section, the Minister shall, with all due despatch, determine the question raised by the application or vacate, confirm or vary the assessment, or reassess, and he shall thereupon notify any person affected.

[59] The question of whether certain employment was insurable employment could have arisen either indirectly under paragraph 61(1)(a), in relation to whether the employer or the employee was required to pay the applicable premium, or directly under paragraph 61(3)(a). In either case, the determination of the question was to be made by the Minister. The question of whether the employment of a person by a related person was insurable employment would depend on whether the Minister was satisfied that, having regard to all the circumstances of employment,

**Règlement des questions**

61 (1) Lorsque se pose, en vertu de la présente loi, la question de savoir si une personne doit verser une cotisation ouvrière ou patronale ou quel devrait être le montant d'une telle cotisation, au cours d'une année :

a) la personne intéressée peut, au plus tard le 30 avril de l'année suivante, demander au ministre de régler la question;

b) le ministre peut, de sa propre initiative, régler la question à n'importe quel moment.

[...]

**Question sur l'emploi assurable**

(3) Dans le cas d'une demande de prestations faite en vertu de la présente loi, la Commission peut demander au ministre de déterminer les points suivants:

a) le fait qu'il y a ou qu'il y a eu exercice d'en emploi assurable;

[...]

L'employé en cause, ou l'employeur — effectif ou présenté comme tel — de celui-ci, peut aussi, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date où la décision de la Commission lui a été notifiée, présenter les mêmes demandes au ministre..

[...]

**Décision**

(6) À la suite d'une demande faite en vertu du présent article, le ministre doit, avec toute la diligence voulue, soit régler la question soulevée par la demande, soit annuler, confirmer ou modifier l'évaluation, ou la réviser, et notifier le résultat à toute personne concernée.

[59] La question de l'assurabilité d'un emploi pouvait se poser soit indirectement en application de l'alinéa 61(1)a, en lien avec la question de savoir si l'employeur ou l'employé était tenu de verser la cotisation applicable, soit directement en vertu de l'alinéa 61(3)a). Dans un cas comme dans l'autre, la question devait être tranchée par le ministre. Pour déterminer si l'emploi d'une personne embauchée par une personne avec laquelle elle avait un lien de dépendance était un emploi assurable, le ministre devait être convaincu, après avoir tenu compte de toutes



they would have entered into a similar contract of employment if they were dealing with each other at arm's length.

[60] An appeal from the determination or the decision of the Minister could have been made to the Tax Court under section 70 of the UI Act:

**Appeal to the Tax Court of Canada**

**70** (1) The Commission or a person affected by a determination by, or a decision on an appeal to, the Minister under section 61 may, within ninety days after the determination or decision is communicated to him, or within such longer time as the Tax Court of Canada on application made to it within those ninety days may allow, appeal from the determination or decision to that Court in the manner prescribed.

**Communication of determination or decision**

(1.1) For the purpose of subsection (1), the determination of the time at which a decision on an appeal to, or a determination by, the Minister under section 61 is communicated to the Commission or to a person shall be made in accordance with the rule, if any, made under paragraph 20(1.1)(h.1) of the *Tax Court of Canada Act*.

**Decision**

(2) On an appeal under this section, the Tax Court of Canada may reverse, affirm or vary the determination, may vacate, confirm or vary the assessment or may refer the matter back to the Minister for reconsideration and re-assessment, and shall thereupon in writing notify the parties to the appeal of its decision and the reasons therefor.

[61] The remedies granted to the Tax Court included the remedy to vary the determination made by the Minister under Section 61 of the UI Act. This presumably would include the right to vary the determination of insurability made by the Minister, which, for related persons, would include the determination of whether in all the circumstances they would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length.

les circonstances, que ces personnes auraient conclu un contrat de travail semblable si elles n'avaient pas eu de lien de dépendance.

[60] La décision du ministre aurait été susceptible d'appel devant la Cour de l'impôt en vertu de l'article 70 de la Loi sur l'AC :

**Appel devant la Cour canadienne de l'impôt**

**70** (1) La Commission ou une personne que concerne le règlement d'une question par le ministre ou une décision sur appel au ministre, en vertu de l'article 61, peut, dans les quatre-vingt-dix jours de la communication du règlement ou de la décision ou dans le délai supplémentaire que peut accorder la Cour canadienne de l'impôt sur demande à elle présentée dans ces quatre-vingt-dix jours, interjeter appel devant la Cour canadienne de l'impôt de la manière prescrite.

**Communication de l'arrêt ou de la décision**

(1.1) Pour l'application du paragraphe (1), la détermination du moment auquel le règlement d'une question par le ministre ou une décision sur appel au ministre, en vertu de l'article 61, est communiqué à la Commission ou à une personne est effectuée en conformité avec la règle éventuellement établie en vertu de l'alinéa 20(1.1)h.1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*.

**Décision de la Cour canadienne de l'impôt**

(2) Sur appel interjeté en vertu du présent article, la Cour canadienne de l'impôt peut infirmer, confirmer ou modifier le règlement de la question, peut annuler, confirmer ou modifier l'évaluation ou peut renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il l'étudie de nouveau et fasse une nouvelle évaluation; dès lors, elle est tenue de notifier par écrit sa décision et ses motifs aux parties à l'appel.

[61] Parmi les mesures de redressement à la disposition de la Cour de l'impôt figurait celle de modifier la décision du ministre rendue en vertu de l'article 61 de la Loi sur l'AC. Elle comprenait vraisemblablement le droit de modifier la décision du ministre quant à l'assurabilité de l'emploi, ce qui, dans le cas de personnes liées, aurait notamment visé le règlement de la question de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, ces personnes auraient conclu entre elles un contrat de travail à peu près semblable si elles n'avaient pas eu de lien de dépendance.



[62] In contrast, under the ITA the appeal right granted under section 169 of the ITA is the right to “appeal to the Tax Court of Canada to have the assessment vacated or varied”. The only remedial powers granted to the Tax Court under section 171 of the ITA are to vacate the assessment, vary the assessment, or refer the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment. The assessment, as noted below, is the product of the process of determining a taxpayer’s liability under the ITA and not the process itself. As discussed further below, the powers granted to the Tax Court under the ITA would not include the power to vary the Minister’s opinion or to compel the Minister to provide a certain opinion under subsection 247(10) of the ITA.

[63] As a result, the decisions decided under the UI Act do not support a finding that the Tax Court can review (and, if appropriate, set aside or vary) an opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA.

*E. The Remedies that may be Granted by the Tax Court versus the Federal Court*

[64] In my view, the resolution of this appeal turns on the different remedies that may be granted by the Tax Court and the Federal Court. At the conclusion of her reasons, the Tax Court Judge stated [at paragraphs 213–214]:

The *ITA* provides a right to appeal an assessment. On the appeal of an assessment, can the appeal be allowed on the basis that the Minister did not exercise her power under subsection 247(10) correctly? I conclude that the answer is yes. Where the Minister did not exercise the discretion at all, or exercised it on incorrect principles, the assessment cannot be said to be correct. Consideration of the correctness of an assessment is within the exclusive jurisdiction of the Tax Court.

This conclusion is consistent with prior jurisprudence on the scope of appellate jurisdiction on the appeal of an assessment. It also accords with the desirability of avoiding parallel proceedings in the Tax Court and the Federal

[62] À l’inverse, selon la LIR, le droit d’appel conféré par l’article 169 de la LIR est le droit d’interjeter « appel auprès de la Cour canadienne de l’impôt pour faire annuler ou modifier la cotisation ». Les seules mesures que la Cour de l’impôt peut accorder aux termes de l’article 171 de la LIR sont celles d’annuler ou de modifier la cotisation, ou de la déferer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation. Ainsi qu’il est indiqué plus loin, la cotisation est le produit du processus qui consiste à déterminer l’obligation fiscale du contribuable sous le régime de la LIR, et non le processus en soi. Comme nous le verrons plus loin, les pouvoirs qui sont conférés à la Cour de l’impôt par la LIR ne comprendraient pas le pouvoir de modifier l’avis du ministre ou d’enjoindre au ministre de formuler un avis donné en application du paragraphe 247(10) de la LIR.

[63] Par conséquent, les décisions rendues sous le régime de la Loi sur l’AC n’étaient pas la conclusion voulant que la Cour de l’impôt puisse faire le contrôle d’un avis (puis, s’il y a lieu, l’annuler ou le modifier) formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR.

*E. Les mesures pouvant être accordées par la Cour de l’impôt et la Cour fédérale respectivement*

[64] Je suis d’avis que l’issue du présent appel repose sur les mesures différentes que peuvent accorder la Cour de l’impôt et la Cour fédérale. À la fin de ses motifs, la juge de la Cour de l’impôt a formulé les observations suivantes [aux paragraphes 213 et 214] :

La LIR prévoit un droit d’appel à l’encontre des cotisations. Lorsqu’une cotisation fait l’objet d’un appel, ce dernier peut-il être accueilli au motif que le ministre n’a pas correctement exercé son pouvoir en application du paragraphe 247(10) de la LIR? Je conclus que la réponse est oui. Si le ministre n’a pas du tout exercé son pouvoir discrétionnaire ou s’il l’a exercé en appliquant des principes erronés, on ne peut pas dire que la cotisation est exacte. L’examen de l’exactitude d’une cotisation relève de la compétence exclusive de la Cour de l’impôt.

Cette conclusion est conforme à la jurisprudence sur la portée de la compétence en appel lorsque l’appel vise une cotisation. Elle s’accorde aussi avec le fait qu’il est souhaitable d’éviter des instances parallèles devant la

Court. The Tax Court will address all challenges to the correctness of the assessment made after the transfer pricing provisions have been applied, including whether the conditions for their application are met, the amount of any adjustments, the liability for penalties and whether the Minister exercised her discretion properly. Once the Tax Court decides to allow an appeal of an assessment on the basis that the Minister did not act properly in exercising her discretion, the powers available to it under section 171 provide it with the relevant remedies. [Footnote reference omitted.]

[65] The Tax Court Judge found that the Tax Court could review the Minister's opinion and, if the Tax Court should find that this opinion is not valid (based on the applicable standard of review), the Tax Court could then grant the remedies available to the Tax Court under section 171 of the ITA, which the Tax Court Judge described as the "relevant remedies".

[66] However, the remedies available to the Tax Court may not be adequate. Dow's ultimate objective in this matter is to have a reassessment based on a reduction in income that reflects the downward adjustment. The question is what remedies may be required to achieve this objective, assuming that Dow is successful in establishing that this result is warranted in this case?

[67] The parties agree that subsection 247(10) of the ITA is unique. This subsection imposes a condition on an adjustment that would otherwise be required to be made under subsection 247(2) of the ITA, if that adjustment would reduce the income of a taxpayer. This downward adjustment to the income of the taxpayer can only be made if, "in the opinion of the Minister, the circumstances are such that it would be appropriate that the adjustment be made". It is therefore a condition that this opinion of the Minister be obtained in order for the adjustment to be made.

[68] Since a downward adjustment can only be made under subsection 247(2) of the ITA if the Minister provides the appropriate opinion, either:

Cour de l'impôt et la Cour fédérale. La Cour de l'impôt examinera toutes les contestations de l'exactitude des cotisations établies après l'application des dispositions relatives aux prix de transfert, dont la question de savoir si les conditions de leur application sont remplies, le montant des redressements, l'assujettissement aux pénalités et la question de savoir si le ministre a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Une fois que la Cour de l'impôt décide d'accueillir un appel interjeté à l'encontre d'une cotisation au motif que le ministre n'a pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire, elle dispose, par les pouvoirs que lui confère l'article 171 de la LIR, des mesures de redressement pertinentes. [Renvoi omis.]

[65] La juge de la Cour de l'impôt a conclu que la Cour de l'impôt pouvait faire le contrôle de l'avis du ministre et que, si elle devait conclure que cet avis n'était pas valide (selon la norme de contrôle applicable), elle pourrait alors accorder les mesures prévues à l'article 171 de la LIR, que la juge de la Cour de l'impôt a appelées les « mesures de redressement pertinentes ».

[66] Cependant, les mesures de redressement dont dispose la Cour de l'impôt pourraient ne pas convenir. En l'espèce, l'objectif ultime de Dow est de faire établir une nouvelle cotisation qui inclut une réduction de ses revenus correspondant au redressement à la baisse demandé. La question est de savoir quelles sont les mesures qui permettent que soit atteint cet objectif, à supposer que Dow parvienne à établir que les circonstances justifient ce résultat en l'espèce.

[67] Les parties sont d'accord que le paragraphe 247(10) de la LIR est unique. Ce paragraphe impose une condition au redressement qui serait par ailleurs d'application obligatoire au titre du paragraphe 247(2) de la LIR si ce redressement a pour effet de réduire les revenus du contribuable. Ce redressement à la baisse des revenus du contribuable ne peut être effectué que « si le ministre estime que les circonstances le justifient ». On impose donc la condition que le ministre formule un avis avant que le redressement puisse être effectué.

[68] Puisqu'un redressement à la baisse ne peut être effectué au titre du paragraphe 247(2) de la LIR que si le ministre a formulé l'avis approprié, il s'ensuit que, dans les cas suivants :

- (a) the absence of an opinion; or
- (b) an opinion that the circumstances are such that it would not be appropriate to make the adjustment

would result in the downward adjustment not being made. The only condition that would result in the downward adjustment being made to Dow's income is the favourable opinion of the Minister that the circumstances are such that it would be appropriate to make the adjustment.

[69] The Tax Court only has three options available to it under subsection 171(1) of the ITA if the appeal to the Tax Court is allowed:

- (a) vacate the assessment;
- (b) vary the assessment; or
- (c) refer the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment.

[70] The reassessment under appeal includes various adjustments made to Dow's income. For the purposes of this rule 58 question, the only focus is on the downward adjustment. Vacating the entire reassessment (which may include other adjustments that are valid) to only address the one issue concerning this downward adjustment is not a viable option.

[71] The only remedies that warrant consideration are the right to vary the assessment or refer the assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment.

(1) The Minister's Opinion is not an Assessment

[72] The remedies are directed at the assessment. In *Main Rehabilitation Co. v. Canada*, 2004 FCA 403, 247 D.L.R. (4th) 597, this Court described what is in issue in an appeal to the Tax Court [at paragraph 8]:

This is because what is in issue in an appeal pursuant to section 169 is the validity of the assessment and not the

- a) aucun avis n'est formulé;
- b) le ministre est d'avis que les circonstances ne justifient pas le redressement;

il n'y aurait pas de redressement à la baisse. La seule condition qui permette à Dow d'obtenir un redressement à la baisse de ses revenus est un avis favorable du ministre selon lequel les circonstances justifient un tel redressement.

[69] Selon le paragraphe 171(1) de la LIR, seules trois possibilités s'offrent à la Cour de l'impôt si elle accueille l'appel :

- a) annuler la cotisation;
- b) modifier la cotisation;
- c) déférer la cotisation au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

[70] La nouvelle cotisation qui fait l'objet de l'appel comprend divers redressements apportés aux revenus de Dow. Cependant, pour les besoins de la question posée en vertu de la règle 58 en l'espèce, seul le redressement à la baisse compte. L'annulation de la totalité de la nouvelle cotisation (laquelle pourrait comprendre d'autres redressements valides), pour trancher la question de ce seul redressement à la baisse n'est pas une solution valable.

[71] Les seules mesures qui méritent d'être prises en compte sont le droit de modifier la cotisation ou de la déférer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

1) L'avis du ministre n'est pas une cotisation.

[72] Les mesures de redressement s'appliquent à la cotisation. Dans l'arrêt *Main Rehabilitation Co. c. Canada*, 2004 CAF 403, notre Cour a décrit ce sur quoi la Cour de l'impôt se prononce dans les appels dont elle est saisie [au paragraphe 8] :

Il en est ainsi parce que l'appel interjeté sur le fondement de l'article 169 met en cause la validité de la cotisation

process by which it is established (see for instance [*The Queen v. [The] Consumers' Gas Company Ltd.* 87 D.T.C. 5008 (F.C.A.) at p. 5012]). Put another way, the question is not whether the CCRA officials exercised their powers properly, but whether the amounts assessed can be shown to be properly owing under the Act (*Ludco Enterprises Ltd. v. R.* [1996] 3 C.T.C. 74 (F.C.A.) at p. 84).

[73] In *Main Rehabilitation*, the taxpayer claimed in its pleadings that the assessment should be stayed as an abuse of process as a result of an alleged faulty audit conducted by the then Canada Customs and Revenue Agency (CCRA). Subsection 247(10) of the Act was not in issue in *Main Rehabilitation*. Therefore, the reference to the question of whether the officials of the CCRA exercised their powers properly does not necessarily mean that this comment was directed at the exercise by the Minister of his or her power to grant the opinion contemplated by subsection 247(10) of the ITA.

[74] In the subsequent case of *Canada v. Anchor Pointe Energy Ltd.*, 2007 FCA 188, [2008] 1 F.C.R. 839, at paragraphs 32–33, this Court found that what is under appeal to the Tax Court is the product of the process of determining a taxpayer's liability under the ITA and not the process itself.

[75] In order to calculate the amount of tax owing by Dow for its 2006 taxation year, it is necessary to first determine its taxable income for that year, since the taxes payable are based on the amount of taxable income (subsection 123(1) of the ITA). Allowing the downward adjustment or not allowing the downward adjustment will have a direct impact on Dow's taxable income and, hence, its tax liability. However, the determination of whether in the circumstances it is appropriate that the downward adjustment be made was delegated by Parliament to the Minister. The Minister's opinion under subsection 247(10) of the ITA is a separate decision of the Minister that precludes the reduction in income unless the opinion is that the circumstances are such that it is appropriate to allow the downward adjustment. In order for the Tax Court to vary or set aside the product of the

et non du processus ayant conduit à l'établir (voir à titre d'exemple *Canada c. The Consumers' Gas Company Ltd.*, 87 D.T.C. 5008 (C.A.F.), à la page 5012). Autrement dit, il ne s'agit pas de déterminer si les fonctionnaires de l'ADRC ont correctement exercé leurs pouvoirs, mais plutôt de déterminer si les montants pouvaient valablement être cotisés sous le régime de la Loi (*Ludco Enterprises Ltd. c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 74 (C.A.F.), à la page 84).

[73] Dans l'arrêt *Main Rehabilitation*, le contribuable soutenait dans son acte de procédure que la cotisation devait être suspendue parce qu'elle constituait un abus de procédure en raison d'une vérification prétendument entachée de vice qui avait été effectuée par ce qui était à l'époque l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC). Le paragraphe 247(10) de la LIR n'était pas en cause dans l'arrêt *Main Rehabilitation*. Par conséquent, les observations sur la question de savoir si les fonctionnaires de l'ADRC avaient correctement exercé leurs pouvoirs ne s'appliquent pas nécessairement à l'exercice par le ministre de son pouvoir de formuler l'avis visé au paragraphe 247(10) de la LIR.

[74] Dans un arrêt subséquent, *Canada c. Anchor Pointe Energy Ltd.*, 2007 CAF 188, [2008] 1 R.C.F. 839, aux paragraphes 32 et 33, notre Cour a conclu que ce qui fait l'objet des appels devant la Cour de l'impôt est le produit du processus de détermination de l'obligation fiscale du contribuable sous le régime de la LIR, et non le processus en soi.

[75] Pour calculer le montant de l'impôt que Dow devait payer pour son année d'imposition 2006, il faut d'abord déterminer le revenu imposable pour cette année-là, puisque l'impôt à payer est basé sur le revenu imposable (paragraphe 123(1) de la LIR). Accepter ou non le redressement à la baisse aura une incidence directe sur le revenu imposable de Dow et, donc, sur son obligation fiscale. C'est toutefois au ministre que le législateur a confié la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient qu'un redressement à la baisse soit effectué. L'avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR est une décision distincte du ministre, qui empêche toute réduction du revenu à moins que le ministre n'estime que les circonstances justifient le redressement à la baisse. Pour que la Cour de l'impôt modifie ou annule le produit de la cotisation, c'est-à-dire

assessment, i.e. the amount of taxes payable by Dow for 2006, the opinion rendered by the Minister would have to be changed from an unfavourable opinion to one that is favourable to Dow.

[76] The requirement of a favourable opinion before the downward adjustment can be made distinguishes this provision from other provisions of the ITA where amounts claimed by taxpayers can be adjusted to amounts that are reasonable in the circumstances. For example, section 67 of the ITA limits expenses to the amounts that are “reasonable in the circumstances”. Because the restriction set out in section 67 of the ITA is based on what is reasonable in the circumstances (and not what, in the opinion of the Minister, is reasonable in the circumstances), the issue of what is reasonable in the circumstances is a matter for determination by the Tax Court on an appeal from an assessment that reflects an adjustment under section 67 of the ITA to amounts claimed by a taxpayer.

[77] In my view, the remedies granted to the Tax Court under subsection 171(1) of the ITA do not extend to the power to vary the opinion of the Minister rendered under subsection 247(10) of the ITA or to quash this opinion. The Tax Court can only vacate, vary or refer an assessment back to the Minister. The opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA is not an assessment, although it will affect an assessment. The Tax Court does not have the power that is granted to the Federal Court under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* on an application for judicial review to quash a decision of the Minister.

## (2) Inherent Jurisdiction and Implied Jurisdiction

[78] Since the Tax Court does not have the explicit authority to vary or quash the opinion, if the Tax Court has such authority it must be implicit.

[79] In *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at paragraph 33, the

le montant de l’impôt que Dow doit payer pour l’année 2006, il faudrait que l’avis rendu par le ministre soit modifié et qu’il devienne favorable à Dow.

[76] Cette condition qu’un avis favorable ait été rendu avant qu’un redressement à la baisse puisse être effectué est ce qui distingue cette disposition d’autres dispositions de la LIR qui permettent que des sommes déclarées par le contribuable fassent l’objet d’un redressement pour qu’elles soient fixées à des montants raisonnables dans les circonstances. Par exemple, l’article 67 de la LIR limite la déduction de dépenses à celles qui sont « raisonnable[s] dans les circonstances ». Comme la limite énoncée à l’article 67 de la LIR est fondée sur ce qui est raisonnable dans les circonstances (et non sur ce qui, de l’avis du ministre, est raisonnable dans les circonstances), il revient à la Cour de l’impôt de trancher la question de savoir ce qui est raisonnable dans les circonstances lorsqu’elle est saisie d’un appel d’une cotisation où les montants déclarés par le contribuable ont fait l’objet d’un redressement au titre de l’article 67 de la LIR.

[77] À mon avis, les mesures que peut accorder la Cour de l’impôt en vertu du paragraphe 171(1) de la LIR n’incluent pas le pouvoir de modifier ou d’annuler l’avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR. La Cour de l’impôt peut uniquement annuler ou modifier la cotisation ou la déférer au ministre. L’avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR n’est pas une cotisation, même s’il aura une incidence sur la cotisation. La Cour de l’impôt n’a pas le pouvoir qui est conféré à la Cour fédérale par le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* d’annuler une décision du ministre sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire.

## 2) La compétence inhérente et la compétence implicite

[78] Comme la Cour de l’impôt n’a pas le pouvoir explicite de modifier ou d’annuler l’avis du ministre, ce pouvoir, si elle l’a, doit être implicite.

[79] Dans l’arrêt *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, au paragraphe 33,

Supreme Court of Canada found that the Federal Court does not have any inherent jurisdiction, but rather only the jurisdiction conferred on it by statute. Since the Tax Court is also a statutory court, this finding applies equally to the Tax Court. Therefore, there is no inherent jurisdiction that would allow the Tax Court to vary or quash the Minister's opinion.

[80] Although the Tax Court does not have any inherent jurisdiction, it does have an implied jurisdiction by necessary implication. In *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at paragraph 19, the Supreme Court of Canada confirmed that statutory courts have an implied jurisdiction by necessary implication to carry out the functions of a court. Since the Tax Court is a statutory court, it also has this implied jurisdiction. Therefore, "the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime" (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 51).

[81] However, in my view, the power conferred by Parliament on the Tax Court to determine the correctness of an assessment does not, by implication, include the power to vary or quash the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA. The only jurisdiction conferred on the Tax Court by the ITA is the jurisdiction to provide a remedy that directly impacts the assessment. The Tax Court can vacate an assessment, vary an assessment or refer the assessment back to the Minister. All of the remedies apply only to the assessment.

[82] It is also not necessary that the Tax Court have the power to quash the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA, as the Federal Court is granted the power to quash a decision of the Minister under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. While it may be more convenient if the Tax Court could quash the opinion of the Minister (as the Tax Court will be addressing the appeal of the assessment that would be

la Cour suprême du Canada a conclu que la Cour fédérale ne possède pas de compétence inhérente, mais qu'elle possède uniquement la compétence qui lui est conférée par sa loi constitutive. Puisque la Cour de l'impôt est également une cour d'origine législative, cette conclusion s'applique aussi à elle. Par conséquent, la Cour de l'impôt ne possède aucune compétence inhérente qui lui permettrait de modifier ou d'annuler l'avis du ministre.

[80] Bien que la Cour de l'impôt n'ait pas de compétence inhérente, elle possède une compétence implicite par déduction nécessaire. Dans l'arrêt *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, au paragraphe 19, la Cour suprême du Canada a confirmé que les cours d'origine législative possèdent une compétence implicite par déduction nécessaire pour qu'elles puissent exercer leurs fonctions judiciaires. Comme la Cour de l'impôt est une cour d'origine législative, elle possède elle aussi cette compétence implicite. Par conséquent, « sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 51).

[81] Toutefois, j'estime que le pouvoir que le législateur a conféré à la Cour de l'impôt de juger l'exactitude d'une cotisation ne comprend pas, par déduction, le pouvoir de modifier ou d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR. La seule compétence qui est conférée à la Cour de l'impôt par la LIR est celle d'ordonner des mesures ayant une incidence directe sur la cotisation. La Cour de l'impôt peut annuler ou modifier une cotisation, ou la déférer au ministre. Ces mesures s'appliquent uniquement à la cotisation.

[82] Il n'est pas non plus nécessaire que la Cour de l'impôt ait le pouvoir d'annuler un avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR, puisque la Cour fédérale possède le pouvoir d'annuler une décision du ministre en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Même s'il est peut-être plus pratique que la Cour de l'impôt ait le pouvoir d'annuler l'avis du ministre (puisque c'est la Cour de l'impôt



varied if the opinion is changed) it is not necessary that it have this power.

- (3) Can the Tax Court Refer an Assessment Back to the Minister Without Quashing the Minister's Opinion?

[83] Since Parliament delegated the authority to render this opinion to the Minister, the Minister has the jurisdiction to render this opinion. Parliament chose the Minister and not the Tax Court as the person who would determine if the circumstances are such that it is appropriate that the downward adjustment be made. As a result, the validity of the opinion is more properly a matter for judicial review in the Federal Court, which has the power to quash the opinion, if appropriate.

[84] Since the Tax Court does not have the power to quash an opinion rendered under subsection 247(10) of the Act, it will remain valid, unless it is quashed by the Federal Court on judicial review (*Harellkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, 96 D.L.R. (3d) 14, at pages 583–584).

[85] The Supreme Court of Canada, in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 and *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, acknowledged that the Ontario Superior Court could not quash a decision of a federal tribunal. However, the Supreme Court held that the Ontario Superior Court could hear a claim for damages arising as a result of a decision of a federal tribunal, without first having that decision quashed by the Federal Court.

[86] However, in both *TeleZone* and *McArthur*, the plaintiffs were not seeking to set aside the decision of the applicable federal tribunal. As noted by the Supreme Court in paragraph 79, “TeleZone’s causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision”. While in *McArthur* the validity of the decision that Mr. McArthur be confined to solitary confinement would have been relevant to his claim for damages, he was not seeking to set this decision aside as he had

qui sera saisie de l’appel de la cotisation qui serait modifiée si l’avis était modifié et devenait favorable), il n’est pas nécessaire qu’elle ait ce pouvoir.

- 3) La Cour de l’impôt peut-elle déférer une cotisation au ministre sans annuler l’avis du ministre?

[83] Puisque le législateur a délégué au ministre le pouvoir de formuler cet avis, c’est le ministre qui a compétence en la matière. Le législateur a choisi de confier au ministre, et non à la Cour de l’impôt, la responsabilité de déterminer si les circonstances justifient un redressement à la baisse. Par conséquent, la validité de l’avis est une question qui relève davantage d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, laquelle a le pouvoir d’annuler l’avis si elle le juge nécessaire.

[84] Puisque la Cour de l’impôt n’a pas le pouvoir d’annuler l’avis formulé en application du paragraphe 247(10) de la LIR, cet avis demeurera valide, à moins qu’il ne soit annulé par la Cour fédérale sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire (*Harellkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, 1979 CanLII 18, aux pages 583 et 584).

[85] Dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, et *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, la Cour suprême du Canada a reconnu que la Cour supérieure de justice de l’Ontario ne pouvait pas annuler la décision d’un tribunal fédéral. La Cour suprême a toutefois conclu que la Cour supérieure de justice de l’Ontario pouvait entendre une action en dommages-intérêts découlant d’une décision d’un tribunal fédéral, sans que cette décision soit d’abord annulée par la Cour fédérale.

[86] Cependant, dans les arrêts *TeleZone* et *McArthur*, les demandeurs ne sollicitaient pas l’annulation de la décision du tribunal fédéral en cause. Comme l’a observé la Cour suprême au paragraphe 79, les « causes d’action contractuelles, délictuelles et en equity [de *TeleZone*] sont fondées sur le caractère définitif de cette décision ». Dans l’arrêt *McArthur*, même si la validité de la décision plaçant M. McArthur en isolement cellulaire avait été un élément pertinent dans sa demande de dommages-intérêts,



completed his time in prison before he commenced his action.

[87] In this case, the barrier to having a reassessment that reflects the downward adjustment to Dow's income is the absence of a favourable opinion of the Minister under subsection 247(10) of the ITA. Even if the Tax Court could review the opinion without quashing it, since the existing opinion would remain in place (and therefore there would not be an opinion of the Minister that it would be appropriate to make the downward adjustment), on what basis could the assessment be referred back to the Minister? Without the opinion of the Minister that it is appropriate to make the downward adjustment, the assessment (which does not reflect this downward adjustment) is correct.

#### (4) Directed Verdict

[88] There is another remedy that is only available to the Federal Court that is a relevant consideration—the power to grant a directed verdict, i.e. the power to substitute its opinion for the opinion of the Minister.

[89] If it should turn out that this is one of those rare cases where ultimately a directed verdict should be rendered by a court (and there is nothing in the record to suggest that this is the case or would be the case), the authority to render a directed verdict is part of the general law of *mandamus* (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, at paragraph 13). The Federal Court (*per* subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*) has the exclusive original jurisdiction to issue a writ of *mandamus*. The Tax Court cannot grant a mandatory order (*mandamus*) that the opinion of the Minister is to be a favourable opinion under subsection 247(10) of the ITA, with the result that the downward adjustment should be made to Dow's income for its 2006 taxation year.

#### (5) Conclusion on Remedies

[90] As noted by Justice Stratas in *Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*,

celui-ci ne demandait pas l'annulation de cette décision puisqu'il avait terminé de purger sa peine d'emprisonnement lorsqu'il a intenté son action.

[87] En l'espèce, l'élément qui empêche l'établissement d'une nouvelle cotisation dans laquelle serait appliqué un redressement à la baisse des revenus de Dow est l'absence d'avis favorable du ministre au titre du paragraphe 247(10) de la LIR. Même si la Cour de l'impôt pouvait examiner l'avis sans l'annuler, puisque l'avis formulé demeurerait en vigueur (et donc qu'il n'existerait pas d'avis du ministre selon lequel les circonstances justifieraient le redressement à la baisse), pour quels motifs pourrait-on déférer la cotisation au ministre? Faute d'avis du ministre indiquant qu'il est justifié d'effectuer le redressement à la baisse, la cotisation (qui ne tient pas compte de ce redressement à la baisse) est exacte.

#### 4) Le verdict imposé

[88] Il existe une autre mesure qu'il convient d'examiner, mais qui ne peut être appliquée que par la Cour fédérale : le pouvoir de rendre un verdict imposé, c'est-à-dire de substituer son avis à celui du ministre.

[89] S'il devait s'avérer que la présente affaire est l'une de ces rares affaires où, au bout du compte, la cour devrait rendre un verdict imposé (quoique rien dans le dossier ne donne à penser que c'est le cas ou que ça puisse être le cas), le pouvoir de rendre un tel verdict s'inscrit dans le droit général applicable aux *mandamus* (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55, au paragraphe 13). La Cour fédérale, en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, a compétence exclusive pour décerner des brefs de *mandamus*. La Cour de l'impôt ne peut pas prononcer d'ordonnance mandatoire (*mandamus*) enjoignant au ministre de formuler un avis favorable en application du paragraphe 247(10) de la LIR pour qu'il y ait redressement à la baisse des revenus de Dow pour son année d'imposition 2006.

#### 5) Conclusion sur les mesures de redressement

[90] Comme l'a noté le juge Stratas dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. JP Morgan Asset Management*

2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, a judicial review application can be made to the Federal Court when that Court can provide the remedy that is being sought (which would include *mandamus*). The remedy being sought in this appeal consists of two components—a favourable opinion concerning the availability of the downward adjustment and a reassessment that reflects this downward adjustment.

[91] Since:

- (a) the Federal Court is the only court that can quash the Minister’s opinion and, if necessary, compel the Minister to render the opinion that the circumstances are such that it is appropriate to reduce Dow’s income by the downward adjustment; and
- (b) the Tax Court is the only court that can vary an assessment or refer an assessment back to the Minister for reconsideration and reassessment;

the remedies available to both courts may be required if Dow is to succeed.

[92] As a result, the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA is outside the exclusive jurisdiction of the Tax Court.

#### V. Cross-appeal

[93] In the cross-appeal, Dow is seeking a variation in the order that was granted by the Tax Court. The variation that is sought is that the opinion rendered by the Minister under subsection 247(10) of the ITA is not outside the exclusive jurisdiction of the Tax Court:

- a. if an assessment resulting from that decision has been properly appealed to the Tax Court; or
- b. if there is no assessment resulting from that decision, on the basis that references to “assessment” or “notice of assessment” in sections 165, 166.1 to 167 and Part J of the *ITA* refer to “the Minister’s decision pursuant to subsection 247(10)”, in accordance with subsection 247(11) of the *ITA*.

(*Canada Inc.*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée à la Cour fédérale si cette dernière peut accorder la mesure qui est demandée (ce qui inclurait le bref de *mandamus*). La mesure demandée dans le présent appel comporte deux volets — qu’un avis favorable soit rendu quant au redressement à la baisse demandé et qu’une nouvelle cotisation tenant compte de ce redressement à la baisse soit établie.

[91] Étant donné que :

- a) la Cour fédérale est la seule cour qui peut annuler l’avis du ministre et, s’il y a lieu, enjoindre au ministre de formuler l’avis indiquant que les circonstances justifient une réduction des revenus de Dow d’une somme correspondant au redressement à la baisse;
- b) la Cour de l’impôt est la seule cour qui peut modifier une cotisation ou la déférer au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation;

les mesures pouvant être accordées par ces deux cours pourraient être nécessaires pour que Dow obtienne ce qu’elle demande.

[92] Par conséquent, l’avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l’impôt.

#### V. L’appel incident

[93] Dans l’appel incident, Dow demande que l’ordonnance prononcée par la Cour de l’impôt soit modifiée. Dow demande qu’il soit établi que l’avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR relève de la compétence exclusive de la Cour de l’impôt :

- a. si la cotisation découlant de cette décision a fait l’objet d’un appel en bonne et due forme devant la Cour de l’impôt;
- b. si aucune cotisation ne résulte de cette décision, au motif que les termes « cotisation » et « avis de cotisation » aux articles 165 et 166.1 à 167 à la partie J de la LIR visent la « décision rendue par le ministre en application du paragraphe 247(10) », conformément au paragraphe 247(11) de la LIR.

[94] Since Dow has appealed the assessment of its 2006 taxation year to the Tax Court, Dow, in the cross-appeal, is seeking to expand the situations in which the finding by the Tax Court would apply to include a scenario, as outlined in paragraph (b) above, that was not present in the facts as submitted to the Tax Court.

[95] Rule 58 is intended to allow the Tax Court to determine questions that “may dispose of all or part of the proceeding or result in a substantially shorter hearing or a substantial saving of costs”. It is not intended to be used to pose hypothetical questions that do not arise from the facts as presented to the Court. Since the cross-appeal only raised a hypothetical question that was not based on the facts as presented to the Court, in my view, it is not a proper cross-appeal.

[96] In any event, since I have concluded that the Minister’s opinion rendered under subsection 247(10) of the ITA is not within the exclusive jurisdiction of the Tax Court, the requested variation is moot.

#### VI. Conclusion

[97] As a result, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. I would set aside the order granted by the Tax Court. Granting the order that the Tax Court should have issued, I would answer the question as posed by the parties in the affirmative. I would award costs to the Crown in relation to this appeal and not award any costs in relation to the rule 58 proceeding in the Tax Court.

RENNIE J.A.: I agree.

LOCKE J.A.: I agree.

[94] Comme Dow a fait appel devant la Cour de l’impôt de la cotisation établie pour son année d’imposition 2006, elle demande, dans l’appel incident, que la conclusion de la Cour de l’impôt s’applique à plus de situations, notamment celle y exposée à l’alinéa b) ci-dessus, qui ne figurait pas dans les faits présentés à la Cour de l’impôt.

[95] La règle 58 vise à permettre à la Cour de l’impôt de trancher des questions qui « pourrai[ent] régler l’instance en totalité ou en partie, abréger substantiellement celle-ci ou résulter en une économie substantielle de frais ». Il n’est pas censé servir à poser des questions hypothétiques qui ne découlent pas des faits qui ont été présentés à la Cour. Puisque l’appel incident soulève uniquement une question hypothétique qui n’est pas fondée sur les faits présentés à la Cour, je suis d’avis qu’il ne s’agit pas d’un appel incident recevable.

[96] Quoiqu’il en soit, comme j’ai conclu que l’avis formulé par le ministre en application du paragraphe 247(10) de la LIR ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour de l’impôt, la modification demandée est théorique.

#### VI. Conclusion

[97] Par conséquent, j’accueillerais l’appel et je rejetterais l’appel incident. J’annulerais l’ordonnance prononcée par la Cour de l’impôt. Rendant l’ordonnance que la Cour de l’impôt aurait dû rendre, je répondrais par la négative à la question posée par les parties. J’adjugerais à la Couronne les dépens relatifs au présent appel, mais je n’adjugerais aucuns dépens relativement à l’instance introduite devant la Cour de l’impôt en vertu de la règle 58.

LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE LOCKE, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-79-20  
2022 FCA 50

A-79-20  
2022 CAF 50

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

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

v.

c.

**Maria Camila Galindo Camayo** (*Respondent*)

**Maria Camila Galindo Camayo** (*intimée*)

and

et

**United Nations High Commissioner for Refugees and Canadian Association of Refugee Lawyers** (*Interveners*)

**Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés** (*intervenants*)

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

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. GALINDO CAMAYO**

Federal Court of Appeal, Stratas, Rivoalen and Mactavish J.J.A.—By videoconference, December 8, 2021; Ottawa, March 29, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Rivoalen et Mactavish, J.C.A.—Par vidéoconférence, 8 décembre 2021; Ottawa, 29 mars 2022.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision — RPD finding that respondent, person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of protection of Colombian government — On judicial review, Federal Court determined that RPD's finding unreasonable, ordered that matter be remitted to differently constituted RPD panel for redetermination — Questions were also certified — Appellant asserted that Federal Court erred in finding RPD's decision unreasonable — Whether reasonable for RPD to rely on evidence of refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of passport confers diplomatic protection to rebut presumption that refugee who acquires, travels on passport issued by their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection — Whether reasonable for RPD to rely upon evidence that refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is principal refugee applicant) to rebut presumption that refugee who acquires (or renews) passport issued by their country of origin, uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection — Seriousness of impact of RPD's decision on respondent increased duty on RPD to explain its decision — Loss of refugee or protected person status unquestionably having serious consequences for respondent — RPD's decision not reasonable — Many questions arose as to proper interpretation of Immigration and Refugee Act,*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La SPR a conclu que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie — En contrôle judiciaire, la Cour fédérale a déterminé que la conclusion de la SPR était déraisonnable et a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen — Des questions ont également été certifiées — L'appellant a fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la décision de la SPR était déraisonnable — Il s'agissait de déterminer s'il était raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a l'intention de se réclamer de la protection de cet État et s'il était raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle)*

s. 108 — RPD simply stated its own view of what s. 108 requiring without any real analysis — Although due allowance must be made for fact that RPD is administrative decision maker with own way of dealing with legal issues, even affording that allowance, RPD falling short of mark in this case — While presumption existing that refugees who acquire, travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to third country have intended to avail themselves of protection of their country of nationality, presumption is rebuttable — RPD should have carried out individualized assessment of all evidence before it in determining whether presumption of reavilment had been rebutted in this case — Respondent testified that she was not aware that using her Colombian passport to travel to Colombia, elsewhere could have consequences for her immigration status in Canada — But RPD rejected this claim finding that ignorance of law not valid argument — RPD was required to take account of state of respondent's actual knowledge, intent before concluding that she had intended to reavail herself of Colombia's protection — Federal Court was right in determining that without this analysis, RPD's conclusion on reavilment not defensible outcome; that it was thus unreasonable — RPD also conflated question of voluntariness with that of intention to reavail leading in part to unreasonable decision — RPD making unreasonable finding regarding respondent's use of private security while travelling to Columbia — RPD understood this evidence to support its conclusion that by travelling to Colombia, respondent intended to reavail herself of that country's protection — Such evidence spoke not to her intention to entrust her protection to Colombia, but was rather to opposite effect — It was evidence of respondent's ongoing subjective fear of situation in Colombia and her lack of confidence in state's ability to protect her — RPD had to at least consider this evidence properly; if it found it not to be probative or persuasive, to explain why that was the case — Certified questions answered in affirmative — Appeal dismissed.

un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État — La gravité de l'impact de la décision de la SPR sur l'intimée a accru le devoir de la SPR d'expliquer sa décision — La perte du statut de réfugié ou de personne protégée a incontestablement eu de graves conséquences pour l'intimée — La décision de la SPR n'était pas raisonnable — Un grand nombre de questions se sont posées quant à l'interprétation correcte de l'article 108 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La SPR s'est contentée d'énoncer sa propre vision de ce qu'exige l'article 108, sans véritable analyse — Bien qu'il faille tenir compte du fait que la SPR est un organe de décision administrative qui a sa propre façon de traiter et de formuler les questions juridiques, même en accordant cette marge de manœuvre à la SPR, elle n'a pas été à la hauteur en l'occurrence — Bien qu'il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l'intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité, cette présomption est réfutable — La SPR aurait donc dû procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait pour déterminer si la présomption selon laquelle l'intimée s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité avait été réfutée en l'espèce — L'intimée a témoigné qu'elle ne savait pas que l'utilisation de son passeport colombien pour voyager en Colombie et ailleurs pouvait entraîner des conséquences sur son statut d'immigration au Canada — La SPR a rejeté cette allégation parce qu'elle a estimé que l'ignorance de la loi ne constituait pas un argument valable — La SPR devait tenir compte de l'état de la connaissance réelle et de l'intention de l'intimée avant de conclure qu'elle avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie — La Cour fédérale a eu raison de dire que, sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n'était pas un résultat défendable et qu'elle était donc déraisonnable — La SPR a également confondu la question du caractère volontaire avec celle de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité, ce qui a conduit, en partie, à une décision déraisonnable — La SPR a tiré une conclusion déraisonnable quant au fait que l'intimé a eu recours à du personnel de sécurité privé lorsqu'elle était en Colombie — La SPR a compris que cet élément de preuve appuyait sa conclusion qu'en se rendant en Colombie, l'intimée avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays — Cet élément de preuve ne témoignait pas de son intention de confier sa protection à la Colombie, mais plutôt de l'effet contraire — Il s'agissait d'une preuve de la peur subjective permanente de l'intimée face à la situation en Colombie, et de son manque de confiance dans la capacité de l'État à la protéger — La SPR devait au moins examiner cette preuve correctement et, si elle estimait qu'elle n'était pas probante ou convaincante, en expliquer les raisons — Les questions certifiées ont reçu une réponse affirmative — Appel rejeté.



*Citizenship and Immigration — Judicial Review — Standard of review — Appeal from Federal Court decision setting aside Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision — RPD finding that respondent, person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of protection of Colombian government — On judicial review, Federal Court determined that RPD's finding unreasonable, ordered that matter be remitted to differently constituted RPD panel for redetermination — Questions concerning reavailing of state protection by protected persons were certified — Standard of review applicable to certified questions at issue — Federal Court correctly identified reasonableness as standard to be applied in reviewing RPD's cessation findings — Focus was therefore on way that Federal Court applied reasonableness standard to RPD's decision — Certified questions generally raise questions of law, including, as in present case, questions of statutory interpretation — However, questions, as phrased by Federal Court, required yes or no answer — This invited correctness review — Potential misfit between reasonableness analysis, definitive correct answer required by certified question can, however, be avoided if Federal Court were to formulate certified questions in manner that asks whether particular statutory interpretation or approach is reasonable — In present case, two certified questions called for correctness response — They were therefore reformulated to ask whether particular statutory interpretation or approach suggested by question was or was not reasonable.*

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside a decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD). The RPD found that the respondent, a person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of the protection of the Colombian government. On judicial review, the Federal Court determined that the RPD's finding was unreasonable and ordered that the matter be remitted to a differently constituted RPD panel for redetermination. It also certified three questions. While the first question was no longer relevant, the other two questions, which involved a minor who obtains refugee protection as a dependant under a parent's claim, were: (1) whether evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection can be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin to travel to a third country has intended to avail themselves of that state's protection; (2) whether evidence that a refugee took measures

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La SPR a conclu que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie — En contrôle judiciaire, la Cour fédérale a déterminé que la conclusion de la SPR était déraisonnable et a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen — Les questions concernant le fait, pour des personnes protégées, de se réclamer de nouveau de la protection de l'État ont été certifiées — La norme de contrôle applicable aux questions certifiées était en cause — La Cour fédérale a choisi à juste titre la norme de la décision raisonnable comme étant la norme à appliquer dans l'examen des conclusions de la SPR en matière de perte de l'asile — L'accent a donc été mis sur la façon dont la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision de la SPR — Les questions certifiées soulèvent généralement des questions de droit, y compris, comme en l'espèce, des questions d'interprétation législative — Toutefois, les questions formulées par la Cour fédérale appelaient une réponse par un oui ou par un non — Cela invitait à un contrôle selon la norme de la décision correcte — Le décalage potentiel entre l'analyse selon la norme de la décision raisonnable et la réponse correcte et définitive exigée par une question certifiée peut toutefois être évité si la Cour fédérale formulait les questions certifiées de manière à demander si une interprétation ou une approche législative particulière est raisonnable — En l'espèce, deux questions certifiées faisaient appel à une réponse selon la norme de la décision correcte — Elles ont donc été reformulées de façon à demander si l'interprétation ou l'approche législative particulière suggérée par la question était ou n'était pas raisonnable.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La SPR a conclu que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie. En contrôle judiciaire, la Cour fédérale a déterminé que la conclusion de la SPR était déraisonnable et a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen. Elle a également certifié trois questions. Bien que la première question ne fût plus pertinente, les deux autres questions, qui concernaient un mineur qui obtient l'asile en tant que personne à charge en lien avec la demande d'un parent, étaient les suivantes : 1) La preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon

to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is the principal refugee applicant) can be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires (or renews) a passport issued by their country of origin and uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection. The appellant asserted that the Federal Court erred in finding the RPD's decision to be unreasonable. The Federal Court found that the respondent's lack of knowledge of the Canadian immigration consequences of travelling internationally using a Colombian passport was sufficient to rebut the presumption of intent to reavail (question (1) above). With respect to the third question (question (2) above), the appellant argued that the Federal Court erred in considering the fact that the respondent obtained private security while she was in Colombia as evidence that she did not intend to reavail herself of the protection of the state.

The respondent was a minor when she arrived in Canada. She received protected person status in Canada in 2010 when she was 15 years old. She returned to Colombia five times since 2010, taking her last trip in late 2016 and early 2017, when she was a 21-year-old college student. The respondent travelled on a Colombian passport on each of these occasions. She initially used the passport that her mother had obtained for her. However, when she turned 18 during her second trip to Colombia, she applied for and received a new adult Colombian passport, returning to Canada shortly thereafter. In addition to the five trips to Colombia that the respondent took after receiving protected person status, she visited Mexico, the United States and Cuba, travelling on her Colombian passport on each occasion.

The appellant applied to cease the respondent's protected person status pursuant to subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Paragraph 108(1)(a) of the Act provides that "[a] claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not ... a person in need of protection ... [if] the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality". The appellant asserted that the respondent had voluntarily and intentionally reavailed herself of the protection of her country of nationality by obtaining a Colombian passport and by using it to travel to Colombia and elsewhere. As a result, the appellant stated that the respondent's claim for protected person status should be deemed to have been rejected. Before the RPD, the respondent argued in particular that she did not voluntarily reavail herself of Colombia's protection under section 108 of the Act

laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci pour se rendre dans un pays tiers a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État? 2) La preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État? L'appelant a fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la décision de la SPR était déraisonnable. La Cour fédérale a conclu que le fait que l'intimée ne connaissait pas les conséquences pour l'immigration canadienne de voyager à l'étranger en utilisant un passeport colombien était suffisant pour réfuter la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité (question 1 ci-dessus). Quant à la troisième question (la question 2 ci-dessus), l'appelant a fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur en tenant compte du fait que l'intimée avait obtenu des services de sécurité privés alors qu'elle se trouvait en Colombie comme une preuve qu'elle n'avait pas l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de l'État.

L'intimée était mineure lorsqu'elle est arrivée au Canada. Elle a obtenu le statut de personne protégée au Canada en 2010, alors qu'elle avait 15 ans. Elle est retournée cinq fois en Colombie depuis 2010, son dernier voyage remontant à la fin 2016 et début 2017, alors qu'elle était une étudiante de 21 ans. L'intimée a voyagé avec un passeport colombien à chacune de ces occasions. Elle a d'abord utilisé le passeport que sa mère avait obtenu pour elle. Cependant, pendant son deuxième voyage en Colombie elle a eu 18 ans; elle a donc demandé un passeport colombien pour adulte, et elle est rentrée au Canada peu après. En plus des cinq voyages en Colombie que l'intimée a effectués après avoir obtenu le statut de personne protégée, elle a visité le Mexique, les États-Unis et Cuba, utilisant son passeport colombien à chacune de ces occasions.

L'appelant a demandé de mettre fin au statut de personne protégée de l'intimée, en application du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'alinéa 108(1)a) de la Loi prévoit que : « [e]st rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité [...] de personne à protéger [s'il] se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité ». L'appelant a affirmé que l'intimée s'était volontairement et intentionnellement réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité en obtenant un passeport colombien et en l'utilisant pour voyager en Colombie et ailleurs. Par conséquent, l'appelant a affirmé que la demande de statut de personne protégée de l'intimée devait être considérée comme rejetée. L'intimée a fait valoir devant la SPR qu'elle ne s'est pas volontairement réclamée de nouveau de la protection de la Colombie au sens de



by acquiring Colombian passports and further stated that she did not avail herself of Colombia's protection while she was there since she hired armed private security guards to provide her with protection during each of her trips. The RPD noted there are three implied criteria to be considered in determining whether cessation has occurred. These are voluntariness; intention; and reavailing. The RPD agreed with the appellant's finding that the respondent had voluntarily reavailed herself of Colombia's protection as described in paragraph 108(1)(a) of the Act. The appellant's application for the cessation of the respondent's status as a protected person was therefore allowed and the respondent's protection claim was deemed to have been rejected.

As for the Federal Court, it was satisfied that the RPD had reasonably found that while the respondent's acquisition of her Colombian passports was involuntary, her subsequent use of them to return to Colombia and to travel to other countries was voluntary. The Federal Court further found that the RPD had reasonably relied on the presumption of reavailing; however, it observed that this presumption was a rebuttable one. The Federal Court developed its own view of section 108 of the Act and how it should operate and then applied it to the RPD's decision. In so doing, it departed from its role as a reviewing court and delved into issues that were for the RPD to consider. In the end, as mentioned above, the Federal Court granted the respondent's application.

At issue on appeal was the standard of review applicable to certified questions; whether it is reasonable for the RPD to rely on evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection and whether it is reasonable for the RPD to rely upon evidence that a refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is the principal refugee applicant) to rebut the presumption that a refugee who acquires (or renews) a passport issued by their country of origin and uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection.

*Held*, the appeal should be dismissed.

In an appeal from a Federal Court decision on judicial review, the Court's task is to determine first whether the Federal

l'article 108 de la Loi en acquérant des passeports colombiens. Elle a également déclaré qu'elle ne s'est pas réclamée de la protection de la Colombie lorsqu'elle s'y trouvait, puisqu'elle a embauché des gardes de sécurité privés armés pour lui assurer une protection lors de chacun de ses voyages. La SPR a souligné qu'il existe trois critères implicites à prendre en compte pour déterminer si la perte de l'asile a eu lieu. Il s'agit de la volonté, de l'intention, et le succès de l'action (c.-à-d. le réfugié doit avoir effectivement obtenu cette protection). La SPR a donné raison à l'appelant, en concluant que l'intimée s'était volontairement réclamée de nouveau de la protection de la Colombie, comme le décrit l'alinéa 108(1)a) de la Loi. La demande de l'appelant visant à faire cesser le statut de personne protégée de l'intimée a donc été accueillie et la demande de protection de l'intimée a été considérée comme rejetée.

La Cour fédérale a estimé que la SPR avait raisonnablement conclu que, si l'acquisition par l'intimée de ses passeports colombiens était involontaire, l'utilisation qu'elle en a faite par la suite pour retourner en Colombie et pour voyager dans d'autres pays était volontaire. La Cour fédérale a également conclu que la SPR s'était raisonnablement appuyée sur la présomption selon laquelle l'intimée s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité; toutefois, elle a observé que cette présomption était réfutable. La Cour fédérale a développé sa propre vision de l'article 108 de la Loi et de son fonctionnement, puis l'a appliquée à la décision de la SPR. Ce faisant, elle s'est écartée de son rôle de cour de révision et a approfondi des questions qu'il appartenait à la SPR d'examiner. Finalement, comme il est mentionné plus haut, la Cour fédérale a accueilli la demande de l'intimée.

La question portée en appel concernait la norme de contrôle applicable aux questions certifiées. Il s'agissait de déterminer s'il est raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État; et s'il est raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Dans le cas d'un appel d'une décision de la Cour fédérale en lien avec une demande de contrôle judiciaire, la tâche de

Court identified the appropriate standard of review and second whether it properly applied that standard. The Federal Court correctly identified reasonableness as the standard to be applied in reviewing the RPD's cessation findings. The focus was therefore on the way that the Federal Court applied the reasonableness standard to the RPD's decision. Certified questions generally raise questions of law, including, as in this case, questions of statutory interpretation. However, the questions, as phrased by the Federal Court, required a yes or no answer. This invited correctness review. The potential misfit between reasonableness analysis and the definitive correct answer required by a certified question can, however, be avoided if the Federal Court were to formulate certified questions in a manner that asks whether a particular statutory interpretation or approach is reasonable. In this case, the second and third questions, as stated, called for a correctness response. They were therefore reformulated to ask whether the particular statutory interpretation or approach suggested by the question was or was not reasonable.

The seriousness of the impact of the RPD's decision on the respondent increased the duty on the RPD to explain its decision. In particular, the loss of refugee or protected person status unquestionably had serious consequences for the respondent and a cessation finding could not be appealed to either the Immigration Appeal Division or the RPD. The decision of the RPD was not reasonable. Many questions arose as to the proper interpretation of section 108 of the Act. The RPD simply stated its own view of what section 108 requires, without any real analysis. In broad terms, it set out the text of section 108, fastened onto the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* and then asserted its own views of what section 108 requires, without considering the text, context and purpose of section 108. It also failed to analyze and consider the Federal Court's case law in order to see whether its decision was legally constrained in any way. It then stated its conclusion on various issues but did not provide a sufficient pathway of reasoning to explain how it got there. While due allowance must be made for the fact that the RPD is an administrative decision maker with its own way of dealing with and articulating legal issues, even affording that allowance to the RPD, it fell short of the mark in this case.

la Cour est de déterminer, premièrement, si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, deuxièmement, si elle a correctement appliqué cette norme. La Cour fédérale a choisi à juste titre la norme de la décision raisonnable comme étant la norme à appliquer dans l'examen des conclusions de la SPR en matière de perte de l'asile. L'accent a donc été mis sur la façon dont la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision de la SPR. Les questions certifiées soulèvent généralement des questions de droit, y compris, comme en l'espèce, des questions d'interprétation législative. Toutefois, les questions formulées par la Cour fédérale appelaient une réponse par un oui ou par un non. Cela invitait à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Le décalage potentiel entre l'analyse selon la norme de la décision raisonnable et la réponse correcte et définitive exigée par une question certifiée peut toutefois être évité si la Cour fédérale formulait les questions certifiées de manière à demander si une interprétation ou une approche législative particulière est raisonnable. En l'espèce, les deuxième et troisième questions, telles qu'elles sont énoncées, faisaient appel à une réponse selon la norme de la décision correcte. Elles ont donc été reformulées de façon à demander si l'interprétation ou l'approche législative particulière suggérée par la question était ou n'était pas raisonnable.

La gravité de l'impact de la décision de la SPR sur l'intimé a accru le devoir de la SPR d'expliquer sa décision. Plus particulièrement, la perte du statut de réfugié ou de personne protégée avait incontestablement de graves conséquences pour l'intimé et un constat de la perte de l'asile ne pouvait pas faire l'objet d'un appel devant la Section d'appel de l'immigration ou la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La décision de la SPR n'était pas raisonnable. Un grand nombre de questions se sont posées quant à l'interprétation correcte de l'article 108 de la Loi. La SPR s'est contentée d'énoncer sa propre vision de ce qu'exige l'article 108, sans véritable analyse. En termes généraux, elle a énoncé le texte de l'article 108, s'est attachée au *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, puis a affirmé ses propres opinions sur ce que l'article 108 exige, sans tenir compte du texte, du contexte ou de l'objet de l'article 108. Elle a également omis d'analyser et de prendre en compte la jurisprudence de la Cour fédérale afin de voir si sa décision était juridiquement limitée d'une quelconque manière. Elle a ensuite énoncé sa conclusion sur diverses questions, mais n'a pas expliqué de façon suffisamment claire le raisonnement qui l'a menée là. Bien qu'il faille tenir compte du fait que la SPR est un organe de décision administrative qui a sa propre façon de traiter et de formuler les questions juridiques, même en accordant cette marge de manœuvre à la SPR, elle n'a pas été à la hauteur en l'occurrence.

In the course of its reasons, the RPD made certain assertions that were, in reality, bottom-line views of what section 108 of the Act means. However, it adopted these views without conducting any statutory interpretation analysis. Key to the assessment of the reasonableness of the RPD's decision was whether it could rely on evidence of a refugee's lack of subjective knowledge that use of a passport confers diplomatic protection to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by her country of nationality has intended to avail herself of that state's protection. There were no issues respecting the first element of the test for cessation relating to the voluntariness of the individual's actions. There is a presumption that refugees who acquire and travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to a third country have intended to avail themselves of the protection of their country of nationality. This is because passports entitle the holder to travel under the protection of the issuing country. This presumption is even stronger where refugees return to their country of nationality. However, the presumption is a rebuttable one. The onus is on the refugee to adduce sufficient evidence to rebut the presumption of reavilment. The RPD should therefore have carried out an individualized assessment of all of the evidence before it, including the evidence adduced by the respondent as to her subjective intent, in determining whether the presumption of reavilment had been rebutted in this case. The respondent testified that she was not aware that using her Colombian passport to travel to Colombia and elsewhere could have consequences for her immigration status in Canada. The RPD rejected this claim, not because the respondent was not credible, but because it found that ignorance of the law was not a valid argument. The RPD should have considered not what the respondent should have known but rather whether she did subjectively intend by her actions to depend on the protection of Colombia. In order for it to make a reasonable decision, the RPD was required to take account of the state of the respondent's actual knowledge and intent before concluding that she had intended to reavail herself of Colombia's protection. The Federal Court was right in determining that without this analysis, the RPD's conclusion on reavilment was not a defensible outcome based on the constraining facts and law, and that it was thus unreasonable. The RPD also conflated the question of voluntariness with that of intention to reavail and this led, in part, to an unreasonable decision.

Au cours de l'exposé de ses motifs, la SPR a fait certaines affirmations qui étaient, en réalité, des vues de fond sur ce que signifie l'article 108 de la Loi. Toutefois, elle a adopté ces points de vue sans procéder à une analyse de l'interprétation législative. La clé de l'évaluation selon la norme de la décision raisonnable de la décision de la SPR était de savoir si elle pouvait invoquer la preuve du manque de connaissance subjective du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays de nationalité et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État. Il n'y a eu aucune contestation du premier élément du critère de la perte de l'asile concernant le caractère volontaire des actions de la personne. Il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l'intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité. En effet, le passeport permet à son titulaire de voyager sous la protection du pays qui l'a délivré. Cette présomption est encore plus forte lorsque les réfugiés retournent dans leur pays de nationalité. Toutefois, la présomption est réfutable. Il incombe au réfugié de produire une preuve suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle il s'est réclamé de nouveau de la protection de son pays d'origine. La SPR aurait donc dû procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits par l'intimée quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle elle s'était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité avait été réfutée en l'espèce. L'intimée a témoigné qu'elle ne savait pas que l'utilisation de son passeport colombien pour voyager en Colombie et ailleurs pouvait entraîner des conséquences sur son statut d'immigration au Canada. La SPR a rejeté cette allégation, non pas parce que l'intimée n'était pas crédible, mais parce qu'elle a estimé que l'ignorance de la loi ne constituait pas un argument valable. La SPR aurait dû examiner non pas ce que l'intimée aurait dû savoir, mais plutôt la question de savoir si elle avait subjectivement l'intention, par ses actions, de se réclamer de la protection de la Colombie. Pour qu'elle puisse prendre une décision raisonnable, la SPR devait tenir compte de l'état de la connaissance réelle et de l'intention de l'intimée avant de conclure qu'elle avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie. La Cour fédérale a eu raison de dire que, sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n'était pas un résultat défendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques, et qu'elle était donc déraisonnable. La SPR a également confondu la question du caractère volontaire avec celle de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité, ce qui a conduit, en partie, à une décision déraisonnable.

Key to the assessment of the reasonableness of the RPD decision was whether it could rely on evidence that the respondent took measures to protect herself against her agent of persecution while she was in Colombia to rebut the presumption of reavailment. According to the respondent, her family engaged the services of professional security guards to protect her on each of her trips to Colombia. The RPD appeared to have accepted the respondent's evidence on this point. Given that the discussion with respect to the respondent's use of private security was located in the section of the RPD's reasons dealing with intention, it appeared that the RPD understood this evidence to support its conclusion that by travelling to Colombia, the respondent intended to reavail herself of that country's protection. This was an unreasonable finding: the evidence with respect to the respondent's use of private security while she was in Colombia spoke not to her intention to entrust her protection to Colombia, but was rather to the opposite effect. It was evidence of the respondent's ongoing subjective fear of the situation in Colombia and her lack of confidence in the ability of the state to protect her. While the respondent's evidence on this point was not necessarily determinative of the issue of intent, the RPD had to at least consider it properly and, if it found it not to be probative or persuasive, to explain why that was the case. Its failure to do so in this case was a further reason for concluding that the RPD's decision was unreasonable. Moreover, the RPD appeared to have considered the respondent's use of her passport to travel to Colombia as satisfying all three elements of the test for reavailment (voluntary, intentional, and actual reavailment). This approach left little room for the respondent to demonstrate that even though she had used her Colombian passport for travel, she did not intend to avail herself of the protection of that country.

La clé de l'évaluation selon la norme de la décision raisonnable de la décision de la SPR était de savoir si elle pouvait s'appuyer sur la preuve que l'intimée avait pris des mesures pour se protéger contre son agent de persécution pendant qu'elle était en Colombie pour réfuter la présomption selon laquelle elle s'était réclamée de nouveau de la protection de ce pays. Selon l'intimée, sa famille a fait appel aux services d'agents de sécurité professionnels pour la protéger lors de chacun de ses voyages en Colombie. La SPR a semblé avoir accepté le témoignage de l'intimée sur ce point. Étant donné que la discussion concernant le recours de l'intimée à du personnel de sécurité privé se trouvait dans la section des motifs de la SPR traitant de l'intention, il semblait que la SPR avait compris que cet élément de preuve appuyait sa conclusion qu'en se rendant en Colombie, l'intimée avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays. Il s'agissait d'une conclusion déraisonnable : les éléments de preuve relatifs à son recours à du personnel de sécurité privé lorsqu'elle était en Colombie ne témoignaient pas de son intention de confier sa protection à la Colombie, mais plutôt de l'effet contraire. Il s'agissait d'une preuve de la peur subjective permanente de l'intimée face à la situation en Colombie, et de son manque de confiance dans la capacité de l'État à la protéger. Même si le témoignage de l'intimée sur ce point n'était pas nécessairement déterminant quant à la question de l'intention, la SPR devait au moins l'examiner correctement et, si elle estimait qu'il n'était pas probant ou convaincant, en expliquer les raisons. Le fait qu'elle ne l'a pas fait en l'espèce était une raison supplémentaire pour conclure que la décision de la SPR était déraisonnable. En outre, la SPR a semblé avoir considéré que l'utilisation par l'intimée de son passeport pour se rendre en Colombie satisfaisait aux trois éléments du critère relatif au fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité (volontairement, intentionnellement et effectivement). Cette approche laissait peu de place à l'intimée pour démontrer que, bien qu'elle eût utilisé son passeport colombien pour voyager, elle n'avait pas l'intention de se réclamer de la protection de ce pays.

The certified questions were answered in the affirmative.

Les questions certifiées ont reçu une réponse affirmative.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25(1.2)(c)(i), 40.1, 46(1)(c.1), 48(2), 63(3), 74(d), 95(1), 101(1)(b), 108, 110(2), 112(2)(b.1).  
*Protecting Canada's Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, ss. 18, 19.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f, 25(1.2)c(i), 40.1, 46(1)c.1, 48(2), 63(3), 74d, 95(1), 101(1)b, 108, 110(2), 112(2)b.1).  
*Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17, art. 18, 19.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137, Art. 1C(1).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137, art. 1C(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, affg 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3.

## CONSIDERED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Tobar Toledo*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335; *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346.

## REFERRED TO:

*Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199, 130 N.R. 236 (F.C.A.); *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Northern Regional Health Authority v. Horrocks*, 2021 SCC 42, 462 D.L.R. (4th) 585; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44 431 D.L.R. (4th) 556, [2019] 2 F.C.R. D-3; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Nilam*, 2015 FC 1154; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459, 479 F.T.R. 22; *Cerna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1074, 258 A.C.W.S. (3d) 156; *Mayell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 139, 289 A.C.W.S. (3d) 601; *Sexsmith v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 111, [2021] 2 F.C.R. D-1; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Apulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754.

## AUTHORS CITED

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc HCR/1P/4/ENG/REV.4 (Geneva, reissued February 2019).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, confirmant 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tobar Toledo*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215 *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335; *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.); *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Office régional de la santé du Nord c. Horrocks*, 2021 CSC 42; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, [2019] 2 R.C.F. F-3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Nilam*, 2015 CF 1154; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459; *Cerna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1074; *Mayell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 139; *Sexsmith c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 111, [2021] 2 R.C.F. F-6; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Apulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754.

## DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Doc NU HCR/1P/4/FRE/REV.4 (Genève, réédité février 2019).



APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 213, [2020] 2 F.C.R. 575) setting aside a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board finding that the respondent, a person in need of protection in Canada, intended to reavail herself of the protection of the Colombian government. Appeal dismissed.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2020 FC 213, [2020] 2 R.C.F. 575) annulant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, concluant que l'intimée, une personne ayant qualité de personne à protéger au Canada, avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement de la Colombie. Appel rejeté.

## APPEARANCES

*Michael Butterfield and Nicole Rahaman* for appellant.  
*Mario D. Bellissimo, C.S. and Justin Jian-Yi Toh, J.D.* for respondent.  
*Anthony Navaneelan and Benjamin Liston* for intervener United Nations High Commissioner For Refugees.  
*Lorne Waldman and Sumeya Mulla* for intervener Canadian Association of Refugee Lawyers.

## ONT COMPARU :

*Michael Butterfield et Nicole Rahaman* pour l'appellant.  
*Mario D. Bellissimo, S.A. et Justin Jian-Yi Toh, J.D.* pour l'intimée.  
*Anthony Navaneelan et Benjamin Liston* pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.  
*Lorne Waldman et Sumeya Mulla* pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Bellissimo Law Group Professional Corporation, Toronto*, for respondent.  
*United Nations High Commissioner for Refugees and Legal Aid Ontario Refugee Law Office Toronto*, for intervener United Nations High Commissioner For Refugees.  
*Waldman & Associates, Toronto*, for intervener Canadian Association of Refugee Lawyers.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Bellissimo Law Group Professional Corporation, Toronto*, pour l'intimée.  
*Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés et Bureau du droit des réfugiés — Aide juridique Ontario, Toronto*, pour l'intervenant le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.  
*Waldman & Associates, Toronto*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

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

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

[1] MACTAVISH J.A.: Maria Camila Galindo Camayo is a citizen of Colombia. As a child, she and members of her family were found to be people in need of protection in Canada, based upon her mother having been targeted for extortion by the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

[1] LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Maria Camila Galindo Camayo est une citoyenne de la Colombie. Lorsqu'elle était enfant, elle et les membres de sa famille ont été considérés comme des personnes à protéger au Canada, sa mère ayant été la cible d'extorsion de la part des Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Forces armées révolutionnaires de Colombie).

[2] When it came to the attention of the Minister of Citizenship and Immigration that Ms. Galindo Camayo had used a Colombian passport to take numerous trips to Colombia and other countries, the Minister commenced an application for the cessation of her protected person status. The Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board found that Ms. Galindo Camayo had voluntarily reavailed herself of the diplomatic protection of Colombia. As a result, the Minister's application was granted, and Ms. Galindo Camayo's claim for protection was deemed to have been rejected.

[3] In reasons reported as 2020 FC 213, [2020] 2 F.C.R. 575, the Federal Court set aside the RPD's decision on the basis that the RPD's finding that Ms. Galindo Camayo intended to reavail herself of the protection of the Colombian government was unreasonable. The Federal Court ordered that the matter be remitted to a differently constituted RPD panel for redetermination. The Federal Court did, however, certify the following questions [at paragraph 56]:

(1) Where a person is recognized as a Convention refugee or a person in need of protection by reason of being listed as a dependant on an inland refugee claim heard before the Refugee Protection Division (RPD), but where the RPD's decision to confer protection does not confirm that an individual or personalized risk assessment of the dependant was performed, is that person a Convention refugee as contemplated in subsection 95(1) of the [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("IRPA")] and therefore subject to cessation of refugee status pursuant to subsection 108(2) of the IRPA?

(2) If yes to Question 1, can evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin to travel to a third country has intended to avail themselves of that state's protection?

(3) If yes to Question 1, can evidence that a refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is the principal

[2] Lorsqu'il a été porté à l'attention du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait utilisé un passeport colombien pour effectuer de nombreux voyages en Colombie et dans d'autres pays, le ministre a entamé une demande de constat de sa perte de l'asile. La Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que M<sup>me</sup> Galindo Camayo s'était volontairement réclamée de nouveau de la protection diplomatique de la Colombie. Par conséquent, la demande du ministre a été accueillie, et la demande de protection de M<sup>me</sup> Galindo Camayo a été considérée comme rejetée.

[3] Dans les motifs publiés sous la référence 2020 CF 213, [2020] 2 R.C.F. 575, la Cour fédérale a annulé la décision de la SPR au motif que la conclusion de la SPR, selon laquelle M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement colombien, était déraisonnable. La Cour fédérale a ordonné que l'affaire soit renvoyée à un tribunal de la SPR constitué différemment pour nouvel examen. La Cour fédérale a toutefois certifié les questions suivantes [au paragraphe 56] :

1) Lorsqu'une personne est reconnue comme ayant qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger du fait qu'elle est inscrite comme personne à charge dans une demande d'asile présentée dans un bureau intérieur et instruite par la Section de la protection des réfugiés (la SPR), mais que la décision de la SPR ne confirme pas que la personne à charge a fait l'objet d'un examen des risques individuel ou personnalisé, cette personne a-t-elle qualité de réfugié au sens de la Convention au titre du paragraphe 95(1) de la [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR)] et, par conséquent, peut-elle perdre l'asile au titre du paragraphe 108(2) de la LIPR?

2) Dans l'affirmative à la question 1, la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci pour se rendre dans un pays tiers a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

3) Dans l'affirmative à la question 1, la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui



refugee applicant) be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires (or renews) a passport issued by their country of origin and uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?

[4] I understand from the parties that the first question is no longer in issue as this Court has previously held that a minor who obtains refugee protection as a dependant under a parent's claim is indeed subject to the same immigration consequences as the parent claimant: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tobar Toledo*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215.

[5] Insofar as the second question is concerned, the Minister asserts that the Federal Court erred in finding the RPD's decision to be unreasonable. The Federal Court found that Ms. Galindo Camayo's lack of knowledge of the Canadian immigration consequences of travelling internationally using a Colombian passport was sufficient to rebut the presumption of intent to reavail. According to the Minister, the state of the individual's knowledge is not the legal test for cessation nor is it a factor for consideration under that test.

[6] With respect to the third question, the Minister observes that refugee protection is available to individuals who can establish on a balance of probabilities that they would be at risk of facing persecutory treatment in their country of nationality. Implicit in such a finding is that the person cannot protect themselves from their agent of persecution or obtain such protection anywhere in that country. It is therefore inconsistent with a finding that a person is in need of protection for the individual to later claim that they are able to protect themselves sufficiently as to allow them to return to their country of nationality. The Minister says that the Federal Court thus erred in considering the fact that Ms. Galindo Camayo obtained private security while she was in Colombia as evidence that she did not intend to reavail herself of the protection of the state.

est le demandeur d'asile principal) peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

[4] Les parties m'ont indiqué que la première question ne se pose plus, car notre Cour a déjà conclu qu'un mineur qui obtient l'asile en tant que personne à charge en lien avec la demande d'un parent est effectivement soumis aux mêmes conséquences en matière d'immigration que le parent demandeur (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tobar Toledo*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215).

[5] En ce qui concerne la deuxième question, le ministre fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la décision de la SPR était déraisonnable. La Cour fédérale a conclu que le fait que M<sup>me</sup> Galindo Camayo ne connaissait pas les conséquences pour l'immigration canadienne de voyager à l'étranger en utilisant un passeport colombien était suffisant pour réfuter la présomption d'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité. Selon le ministre, l'état des connaissances de la personne n'est pas le critère juridique permettant d'établir s'il y a perte de l'asile et ne constitue pas un facteur à prendre en considération relativement à ce critère.

[6] En ce qui concerne la troisième question, le ministre fait remarquer que l'asile est accessible aux personnes qui peuvent établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elles risquent d'être persécutées dans leur pays de nationalité. Une telle conclusion implique que la personne ne peut pas se protéger contre son agent de persécution ou obtenir une telle protection où que ce soit dans ce pays. Elle est donc incompatible avec la conclusion qu'une personne a besoin de protection si cette personne affirme ensuite qu'elle est en mesure de se protéger suffisamment pour pouvoir retourner dans le pays dont elle a la nationalité. Le ministre affirme que la Cour fédérale a donc commis une erreur en tenant compte du fait que M<sup>me</sup> Galindo Camayo a obtenu des services de sécurité privés alors qu'elle se trouvait en Colombie comme une preuve qu'elle n'avait pas l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de l'État.

[7] For the reasons that follow, I have concluded that the Federal Court did not err in finding that the Board's decision was unreasonable. Consequently, I would dismiss the appeal. I would only answer the second and third questions and I would answer them in the affirmative.

#### I. Background

[8] Ms. Galindo Camayo was a minor when she arrived in Canada. She received protected person status in Canada in 2010, when she was 15 years old (for the sake of simplicity, the terms "person in need of protection", "protected person", and "refugee" will be used interchangeably in these reasons). Ms. Galindo Camayo returned to Colombia five times since 2010, taking her last trip in late 2016 and early 2017, when she was a 21-year-old college student.

[9] Ms. Galindo Camayo travelled on a Colombian passport on each of these occasions. She initially used the passport that her mother had obtained for her. However, she turned 18 during her second trip to Colombia and she was advised by Colombian authorities that she had to apply for an adult passport in order to be able to return to Canada. Ms. Galindo Camayo received a new adult Colombian passport in August of 2013, returning to Canada shortly thereafter.

[10] In addition to the five trips to Colombia that Ms. Galindo Camayo took after receiving protected person status, she visited Mexico three times, and she took trips to the United States and Cuba. Ms. Galindo Camayo travelled on her Colombian passport on each occasion.

[11] On January 27, 2017, the Minister applied to cease Ms. Galindo Camayo's protected person status, pursuant to subsection 108(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Subsection 108(2) provides that "[o]n application by the Minister, the Refugee Protection Division may determine that refugee protection ... has ceased for any of the reasons described in subsection (1)".

[7] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la décision de la Commission était déraisonnable. Par conséquent, je rejetterais l'appel. Je ne répondrais qu'aux deuxième et troisième questions et j'y répondrais par l'affirmative.

#### I. Exposé des faits

[8] M<sup>me</sup> Galindo Camayo était mineure lorsqu'elle est arrivée au Canada. Elle a obtenu le statut de personne protégée au Canada en 2010, alors qu'elle avait 15 ans (par souci de simplicité, les termes « personne à protéger », « personne protégée » et « réfugié » seront utilisés de manière interchangeable dans les présents motifs). M<sup>me</sup> Galindo Camayo est retournée cinq fois en Colombie depuis 2010, son dernier voyage remontant à la fin 2016 et début 2017, alors qu'elle était une étudiante de 21 ans.

[9] M<sup>me</sup> Galindo Camayo a voyagé avec un passeport colombien à chacune de ces occasions. Elle a d'abord utilisé le passeport que sa mère avait obtenu pour elle. Cependant, elle a eu 18 ans lors de son deuxième voyage en Colombie, et les autorités colombiennes l'ont informée qu'elle devait demander un passeport pour adulte afin de pouvoir rentrer au Canada. M<sup>me</sup> Galindo Camayo a reçu un nouveau passeport colombien pour adulte en août 2013 et est retournée au Canada peu après.

[10] En plus des cinq voyages en Colombie que M<sup>me</sup> Galindo Camayo a effectués après avoir obtenu le statut de personne protégée, elle a visité le Mexique à trois reprises et elle s'est rendue aux États-Unis et à Cuba. M<sup>me</sup> Galindo Camayo a voyagé en utilisant son passeport colombien à chaque fois.

[11] Le 27 janvier 2017, le ministre a demandé de mettre fin au statut de personne protégée de M<sup>me</sup> Galindo Camayo, en application du paragraphe 108(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Aux termes du paragraphe 108(2), « [l]'asile [...] est perdu, à la demande du ministre, sur constat par la Section de protection des réfugiés, de tels des faits mentionnés au paragraphe (1) ».

[12] Paragraph 108(1)(a) of IRPA provides that “[a] claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not ... a person in need of protection ... [if] the person has voluntarily reavailed himself of the protection of their country of nationality”. The full text of these and other relevant statutory provisions is attached as an appendix to these reasons.

[13] The Minister asserts that Ms. Galindo Camayo had voluntarily and intentionally reavailed herself of the protection of her country of nationality by obtaining a Colombian passport and by using it to travel to Colombia and elsewhere. As a result, the Minister says that Ms. Galindo Camayo’s claim for protected person status should be deemed to have been rejected.

## II. The RPD’s Decision

[14] Ms. Galindo Camayo argued before the RPD that she did not voluntarily reavail herself of Colombia’s protection under section 108 of IRPA by acquiring Colombian passports. It was her mother, and not Ms. Galindo Camayo herself, who had applied for her first passport while she was still a minor, and Ms. Galindo Camayo was compelled to obtain her second Colombian passport in 2013 in order to be able to return to Canada.

[15] Ms. Galindo Camayo testified that she travelled to Colombia to assist her sick father and to volunteer for a humanitarian mission, and that she did not understand the consequences of her travel for her status in Canada. Ms. Galindo Camayo further stated that she did not avail herself of Colombia’s protection while she was there, as she hired armed private security guards to provide her with protection during each of her trips.

[16] The RPD agreed with the Minister, finding that Ms. Galindo Camayo had voluntarily reavailed herself of Colombia’s protection as described in paragraph 108(1)(a) of IRPA. The Minister’s application for the cessation of Ms. Galindo Camayo’s status as a protected person was therefore allowed, and her claim for protection was deemed to have been rejected in accordance with subsection 108(3) of IRPA.

[12] L’alinéa 108(1)a) de la LIPR dispose qu’« [e]st rejetée la demande d’asile et le demandeur n’a pas qualité [...] de personne à protéger [s’il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité ». Le texte complet de ces dispositions et d’autres dispositions législatives pertinentes est joint en annexe aux présents motifs.

[13] Le ministre affirme que M<sup>me</sup> Galindo Camayo s’est volontairement et intentionnellement réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité en obtenant un passeport colombien et en l’utilisant pour voyager en Colombie et ailleurs. Par conséquent, le ministre affirme que la demande de statut de personne protégée de M<sup>me</sup> Galindo Camayo doit être considérée comme rejetée.

## II. Décision de la Section de la protection des réfugiés

[14] M<sup>me</sup> Galindo Camayo a fait valoir devant la SPR qu’elle ne s’est pas volontairement réclamée de nouveau de la protection de la Colombie au sens de l’article 108 de la LIPR en acquérant des passeports colombiens. C’est sa mère, et non M<sup>me</sup> Galindo Camayo elle-même, qui avait demandé son premier passeport alors qu’elle était encore mineure, et M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait été contrainte d’obtenir son second passeport colombien en 2013 pour pouvoir revenir au Canada.

[15] M<sup>me</sup> Galindo Camayo a témoigné qu’elle s’est rendue en Colombie pour aider son père malade et faire du bénévolat pour une mission humanitaire, et qu’elle n’a pas compris les conséquences de son voyage sur son statut au Canada. M<sup>me</sup> Galindo Camayo a également déclaré qu’elle ne s’est pas réclamée de la protection de la Colombie lorsqu’elle s’y trouvait, puisqu’elle a embauché des gardes de sécurité privés armés pour lui assurer une protection lors de chacun de ses voyages.

[16] La SPR a donné raison au ministre, en concluant que M<sup>me</sup> Galindo Camayo s’était volontairement réclamée de nouveau de la protection de la Colombie, comme le décrit l’alinéa 108(1)a) de la LIPR. La demande du ministre visant à faire cesser le statut de personne protégée de M<sup>me</sup> Galindo Camayo a donc été accueillie, et sa demande de protection est réputée avoir été rejetée conformément au paragraphe 108(3) de la LIPR.

[17] In coming to the conclusion that the Minister's application should be granted, the RPD only focused on the cessation principles discussed in the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.4 (Geneva, reissued February 2019) (Refugee Handbook). Although it acknowledged (at paragraph 19) that it was "not bound" by the Refugee Handbook and the guidelines set out in it, the RPD found them "useful and relevant".

[18] The RPD noted that in accordance with Article 1C(1) of the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137 (Refugee Convention) there are three implied criteria to be considered in determining whether cessation had occurred. These are:

- (1) Voluntariness: The refugee must have acted voluntarily;
- (2) Intention: The refugee must have intended by his or her actions to reavail him or herself of the protection of their country of nationality; and
- (3) Reavailment: The refugee must actually obtain state protection.

[19] In reality, when the RPD decision is examined in its totality in light of the record before it, it is clear that the RPD fastened onto the Refugee Handbook and the particular wording of the Refugee Handbook as if it was domestic law that was binding on the RPD. At paragraph 17 of its reasons, the RPD set out the text of section 108 of IRPA, but it did not interpret it. Indeed, at no time did the RPD attempt to interpret section 108 by examining its text, context and purpose.

[20] Accepting that on a proper interpretation of section 108 of IRPA the three criteria of voluntariness, intention and reavailment are part of the inquiry required by law, what do these terms mean? For example, what acts or statements are relevant to voluntariness or intention?

[17] Pour en arriver à la conclusion que la demande du ministre devait être accueillie, la SPR s'est uniquement concentrée sur les principes de cessation analysés dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Doc NU HCR/1P/4/FRE/REV.4 (Genève, réédité février 2019) (Guide sur les réfugiés). Bien qu'elle ait reconnu (au paragraphe 19) qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas liée » par le Guide sur les réfugiés et les directives qui y sont énoncées, la SPR les a trouvés [TRADUCTION] « utiles et pertinents ».

[18] La SPR a noté que, conformément à l'article 1C(1) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137 (Convention sur les réfugiés), il existe trois critères implicites à prendre en compte pour déterminer si la perte de l'asile a eu lieu. Ces critères sont les suivants :

- 1) la volonté : le réfugié doit avoir agi volontairement;
- 2) l'intention : le réfugié doit avoir accompli intentionnellement l'acte par lequel il s'est réclamé à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité;
- 3) le succès de l'action : le réfugié doit avoir effectivement obtenu cette protection.

[19] En réalité, lorsque la décision de la SPR est examinée dans sa totalité à la lumière du dossier qui lui a été soumis, il est clair que la SPR s'est attachée au Guide sur les réfugiés et à son libellé particulier comme s'il s'agissait d'une loi nationale qui avait force obligatoire pour la SPR. Au paragraphe 17 de ses motifs, la SPR a énoncé le texte de l'article 108 de la LIPR, mais elle ne l'a pas interprété. En effet, à aucun moment la SPR n'a tenté d'interpréter l'article 108 en examinant son texte, son contexte et son objet.

[20] Si l'on admet que, selon une interprétation correcte de l'article 108 de la LIPR, les trois critères de la volonté, de l'intention et du succès de l'action font partie de l'enquête requise par la loi, que signifient ces termes? Par exemple, quels actes ou déclarations sont pertinents pour la volonté ou l'intention?

[21] The questions can multiply and become more focused, especially in a fact-laden case such as the one at bar. Is the RPD to look solely at the actual subjective intention of the relevant individual and accept it, or is the RPD able to import an objective element into the analysis, such as the reasonableness of the actions and intentions of the relevant individual? These and other questions that can arise in a particular case involve questions of statutory interpretation: exactly when does section 108, properly interpreted, apply to allow the RPD to deem a person's claim for refugee protection to have been rejected?

[22] Insofar as the question of voluntariness was concerned, the RPD accepted that Ms. Galindo Camayo did not act voluntarily in obtaining her Colombian passports. Her first passport was acquired by her mother when she was a minor, which was a matter outside Ms. Galindo Camayo's control, and she was compelled to obtain her second Colombian passport in order to be able to leave the country.

[23] The RPD asserted, however, without any analysis of the requirements of section 108, that the acquisition of passports is not the only relevant factor to consider in assessing the voluntariness of Ms. Galindo Camayo's actions, and that her use of those passports also had to be considered. In this regard, the RPD found that Ms. Galindo Camayo acted voluntarily when she used her Colombian passports to travel to Colombia, Mexico, Cuba and the United States between 2012 and 2016, and there was insufficient evidence before it to establish that Ms. Galindo Camayo was compelled to use her Colombian passports to take any of these trips.

[24] With respect to the question of Ms. Galindo Camayo's intention in using her Colombian passports, the RPD was concerned with respect to her evidence regarding the need for her to care for her father in Colombia. It observed that Ms. Galindo Camayo's father (who was a permanent resident of Canada) was actually in Canada during one of the periods that Ms. Galindo Camayo was in Colombia, purportedly caring for him there, and that

[21] Les questions peuvent se multiplier et se préciser, surtout dans une affaire chargée de faits comme celle qui nous occupe. La SPR doit-elle examiner uniquement l'intention subjective réelle de la personne concernée et l'accepter, ou peut-elle intégrer un élément objectif dans l'analyse, comme le caractère raisonnable des actions et des intentions de la personne concernée? Ces questions et d'autres qui peuvent se poser dans un cas particulier comprennent implicitement des questions d'interprétation de la loi : quand exactement l'article 108, correctement interprété, s'applique-t-il pour permettre à la SPR de considérer que la demande d'asile d'une personne a été rejetée?

[22] En ce qui concerne la question de la volonté, la SPR a admis que M<sup>me</sup> Galindo Camayo n'avait pas agi volontairement en obtenant ses passeports colombiens. Son premier passeport a été acquis par sa mère alors qu'elle était mineure, ce qui est indépendant de la volonté de M<sup>me</sup> Galindo Camayo, et elle a été obligée d'obtenir son second passeport colombien pour pouvoir quitter le pays.

[23] La SPR a cependant affirmé, sans aucune analyse des exigences de l'article 108, que l'acquisition de passeports n'est pas le seul facteur pertinent à prendre en compte pour évaluer le caractère volontaire des actions de M<sup>me</sup> Galindo Camayo, et que l'utilisation qu'elle a faite de ces passeports doit également être prise en compte. À cet égard, la SPR a estimé que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait agi volontairement lorsqu'elle a utilisé ses passeports colombiens pour se rendre en Colombie, au Mexique, à Cuba et aux États-Unis entre 2012 et 2016, et qu'elle ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour établir que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait été contrainte d'utiliser ses passeports colombiens pour effectuer ces voyages.

[24] En ce qui concerne la question de l'intention de M<sup>me</sup> Galindo Camayo d'utiliser ses passeports colombiens, la SPR a été préoccupée par son témoignage concernant la nécessité pour elle de prendre soin de son père en Colombie. Elle a observé que le père de M<sup>me</sup> Galindo Camayo (qui était un résident permanent du Canada) était en fait au Canada pendant l'une des périodes où M<sup>me</sup> Galindo Camayo était en Colombie, où elle s'occupait

he had visited Canada on numerous other occasions. The RPD further noted that Ms. Galindo Camayo claimed that her father had stayed in Colombia rather than come to Canada with the rest of his family, as he did not want to impose a burden on his family. It found, however, that this assertion was undermined by the fact that her father's conduct regularly exposed Ms. Galindo Camayo to a dangerous situation in Colombia, thus imposing a significant burden on her.

[25] Notwithstanding its concerns with respect to Ms. Galindo Camayo's evidence on this point, the RPD did not find in clear and unmistakable terms that her evidence lacked credibility: *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 130 N.R. 236, 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.). Thus, the facts the RPD had to work with were those presented by the parties, and the case turned solely on whether the facts met the requirements of section 108.

[26] In the course of its reasons, the RPD made certain assertions that were, in reality, bottom-line views of what section 108 means. I will return to these assertions later on in these reasons.

[27] The RPD thus found that the Minister had established that Ms. Galindo Camayo had acted voluntarily when she used her Colombian passports to travel to Colombia, Mexico, Cuba and the United States between 2012 and 2016. The Minister had further established that Ms. Galindo Camayo had intended by her actions to reavail herself of Colombia's protection as contemplated by paragraph 108(1)(a) of IRPA, and that she had in fact done so.

[28] Consequently, the RPD allowed the Minister's application for cessation and Ms. Galindo Camayo's protection claim was deemed to have been rejected.

### III. The Federal Court's Decision

[29] The Federal Court was satisfied that the RPD had reasonably found that while Ms. Galindo Camayo's acquisition of her Colombian passports was involuntary, her subsequent use of them to return to Colombia and

prétendument de lui, et qu'il avait visité le Canada à de nombreuses autres occasions. La SPR a également noté que M<sup>me</sup> Galindo Camayo a affirmé que son père était resté en Colombie plutôt que de venir au Canada avec le reste de sa famille, car il ne voulait pas imposer un fardeau à sa famille. Elle a toutefois constaté que cette affirmation était affaiblie par le fait que le comportement de son père exposait régulièrement M<sup>me</sup> Galindo Camayo à une situation dangereuse en Colombie, lui imposant ainsi un fardeau important.

[25] Malgré ses préoccupations concernant le témoignage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo sur ce point, la SPR n'a pas conclu en termes clairs et sans équivoque que son témoignage manquait de crédibilité (*Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.)). Ainsi, les faits avec lesquels la SPR devait travailler étaient ceux présentés par les parties, et l'affaire consistait uniquement à déterminer si les faits répondaient aux exigences de l'article 108.

[26] Au cours de l'exposé de ses motifs, la SPR a fait certaines affirmations qui étaient, en réalité, des vues de fond sur ce que signifie l'article 108. Je reviens à ces affirmations plus loin dans les présents motifs.

[27] La SPR a donc conclu que le ministre avait établi que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait agi volontairement lorsqu'elle a utilisé ses passeports colombiens pour se rendre en Colombie, au Mexique, à Cuba et aux États-Unis entre 2012 et 2016. Le ministre a également établi que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait l'intention, par ses actions, de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie, comme le prescrit l'alinéa 108(1)a) de la LIPR, et qu'elle l'a effectivement fait.

[28] Par conséquent, la SPR a accueilli la demande de perte d'asile sur constat du ministre, et la demande de protection de M<sup>me</sup> Galindo Camayo a été considérée comme rejetée.

### III. La décision de la Cour fédérale

[29] La Cour fédérale a estimé que la SPR avait raisonnablement conclu que, si l'acquisition par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de ses passeports colombiens était involontaire, l'utilisation qu'elle en a faite par la suite pour retourner



to travel to other countries was voluntary. The Federal Court further found that the RPD had reasonably relied on the presumption of reavailment—both with respect to Ms. Galindo Camayo’s intention to reavail, and whether she actually had reavailed. The RPD also observed that the presumption of reavailment arises when a protected person acquires, renews, or uses a passport issued by their country of nationality.

[30] However, the Federal Court observed that the presumption of reavailment is a rebuttable one. The RPD thus had to consider whether Ms. Galindo Camayo had rebutted the presumption in this case. The Federal Court identified the question for determination as being whether the RPD had reasonably considered Ms. Galindo Camayo’s subjective intent to reavail and her efforts to obtain private security to protect her during her visits to Colombia as evidence that could rebut the presumption of reavailment.

[31] The Federal Court noted that the outcome in each cessation case will be largely fact-dependent. However, by interpreting Ms. Galindo Camayo’s use of her passport as satisfying all three essential and conjunctive elements of the reavailment test (voluntary, intentional, and actual reavailment), no room was left for Ms. Galindo Camayo to demonstrate that despite her acquisition and use of her Colombian passport, she did not intend to avail herself of the protection of the state. In other words, intention in the cessation context cannot be based solely on intending to complete the underlying act itself; one also has to understand the consequences of one’s actions.

en Colombie et pour voyager dans d’autres pays était volontaire. La Cour fédérale a également conclu que la SPR s’était raisonnablement appuyée sur la présomption selon laquelle M<sup>me</sup> Galindo Camayo s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité, tant en ce qui concerne l’intention de M<sup>me</sup> Galindo Camayo de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité que la question de savoir si elle s’était effectivement réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité. La SPR a également observé que la présomption selon laquelle une personne se réclame de nouveau de la protection de son pays de nationalité survient lorsqu’une personne protégée acquiert, renouvelle ou utilise un passeport délivré par son pays de nationalité.

[30] Toutefois, la Cour fédérale a observé que la présomption selon laquelle une personne se réclame de nouveau de la protection de son pays de nationalité est réfutable. La SPR devait donc examiner si M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait réfuté la présomption en l’espèce. La Cour fédérale a déterminé qu’il lui fallait décider si la SPR avait raisonnablement considéré l’intention subjective de M<sup>me</sup> Galindo Camayo de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité et ses efforts pour obtenir des services de sécurité privés afin d’être protégée lors de ses visites en Colombie comme des éléments de preuve pouvant réfuter la présomption selon laquelle elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité.

[31] La Cour fédérale a noté que l’issue de chaque cas de cessation dépendra largement des faits. Cependant, en interprétant l’utilisation par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport comme satisfaisant aux trois éléments essentiels et conjonctifs des conditions pour qu’une personne puisse se réclamer de nouveau de la protection du pays (le fait de se réclamer de nouveau, volontairement, intentionnellement et effectivement, de la protection de son pays de nationalité), il ne restait aucune place à M<sup>me</sup> Galindo Camayo pour démontrer que, malgré l’acquisition et l’utilisation de son passeport colombien, elle n’avait pas l’intention de se réclamer de nouveau de la protection de l’État. En d’autres termes, l’intention dans le contexte de la cessation ne peut pas être basée uniquement sur l’intention d’accomplir l’acte sous-jacent lui-même; il faut également comprendre les conséquences de ses actions.

[32] As can be seen, the Federal Court developed its own view of section 108 and how it should operate, and then applied it to the RPD's decision. In so doing, it departed from its role as a reviewing court and delved into issues that were for the RPD to consider.

[33] In the end result, the Federal Court granted Ms. Galindo Camayo's application for judicial review, certifying the three questions identified at the beginning of these reasons.

#### IV. The Certified Questions and the Standard of Review

[34] As noted earlier, the first of the questions certified by the Federal Court is no longer in issue. The second question was not appropriate for certification in its original form, as its premise does not fully accord with the facts of this case.

[35] It will be recalled that the second question certified by the Federal Court was:

If yes to Question 1, can evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin to travel to a third country has intended to avail themselves of that state's protection? [My emphasis.]

[36] It is undisputed that Ms. Galindo Camayo did not just use her Colombian passport to travel to third countries, but that she also used it to travel to Colombia on five separate occasions. Consequently, I would first reformulate this question as follows:

Can evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection be relied on to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?

[32] Comme on peut le constater, la Cour fédérale a développé sa propre vision de l'article 108 et de son fonctionnement, puis l'a appliquée à la décision de la SPR. Ce faisant, elle s'est écartée de son rôle de cour de révision et a approfondi des questions qu'il appartenait à la SPR d'examiner.

[33] En définitive, la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Galindo Camayo, certifiant les trois questions énoncées au début des présents motifs.

#### IV. Les questions certifiées et la norme de contrôle

[34] Comme il est indiqué précédemment, la première des questions certifiées par la Cour fédérale n'est plus en cause. La deuxième question ne pouvait pas être certifiée dans sa forme originale, car sa prémisse ne correspond pas entièrement aux faits de cette affaire.

[35] On se souviendra que la deuxième question certifiée par la Cour fédérale était la suivante :

Dans l'affirmative à la question 1, la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci pour se rendre dans un pays tiers a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État? [Non souligné dans l'original.]

[36] Il est incontestable que M<sup>me</sup> Galindo Camayo n'a pas seulement utilisé son passeport colombien pour se rendre dans des pays tiers, mais qu'elle l'a également utilisé pour se rendre en Colombie à cinq reprises. Par conséquent, je reformulerais d'abord cette question comme suit :

La preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique peut-elle être invoquée pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

[37] It is well established that the certification requirement in paragraph 74(d) of IRPA is to serve as a control on the types of cases that can be placed before this Court. However, once a question is certified for the consideration of this Court, this Court is entitled to deal with all of the issues that arise in the appeal: *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 28; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 50.

[38] Often, as here, the central issue before the reviewing court is whether the RPD's decision was reasonable. In an appeal from a decision of the Federal Court in an application for judicial review, this Court's task is to determine first, whether the Federal Court identified the appropriate standard of review, and second, whether it properly applied that standard: *Northern Regional Health Authority v. Horrocks*, 2021 SCC 42, 462 D.L.R. (4th) 585, at paragraph 10; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47. This has often been described as requiring that this Court “step into the shoes” of the Federal Court judge, and focus on the administrative decision. This is the approach to be followed even where the Court is dealing with questions of general importance that have been certified by the Federal Court: *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanthisamy SCC*), at paragraph 44.

[39] I understand the parties and the interveners to agree that the Federal Court correctly identified reasonableness as the standard to be applied in reviewing the RPD's cessation findings. The focus is therefore on the way that the Federal Court applied the reasonableness standard to the RPD's decision.

[40] However, the fact that we have certified questions before us gives rise to an awkward situation. Certified questions generally raise questions of law, including, as in this case, questions of statutory interpretation.

[37] Il est bien établi que l'exigence de certification prévue à l'alinéa 74d) de la LIPR sert à contrôler les types d'affaires qui peuvent être soumises à notre Cour. Cependant, une fois qu'une question est certifiée pour être examinée par notre Cour, cette dernière est autorisée à traiter toutes les questions qui se posent dans l'appel (*Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 28; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 50).

[38] Souvent, comme c'est le cas ici, la question centrale dont est saisie la cour de révision est de savoir si la décision de la SPR était raisonnable. Dans le cas d'un appel d'une décision de la Cour fédérale en lien avec une demande de contrôle judiciaire, la tâche de notre Cour est de déterminer, premièrement, si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, deuxièmement, si elle a correctement appliqué cette norme (*Office régional de la santé du Nord c. Horrocks*, 2021 CSC 42, au paragraphe 10; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47). On décrit souvent cette façon de faire comme le fait d'exiger de notre Cour qu'elle « se mette à la place » du juge de la Cour fédérale, et qu'elle se concentre sur la décision administrative. C'est l'approche à suivre même lorsque la Cour traite de questions d'importance générale qui ont été certifiées par la Cour fédérale (*Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanthisamy CSC*), au paragraphe 44).

[39] Je crois comprendre que le fait que la Cour fédérale a choisi à juste titre la norme de la décision raisonnable comme étant la norme à appliquer dans l'examen des conclusions de la SPR en matière de perte de l'asile ne suscite pas de controverse entre les parties et les intervenants. L'accent est donc mis sur la façon dont la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable à la décision de la SPR.

[40] Cependant, le fait que nous ayons devant nous des questions certifiées donne lieu à une situation délicate. Les questions certifiées soulèvent généralement des questions de droit, y compris, comme en l'espèce,

However, the questions, as phrased by the Federal Court, require a yes or no answer. This invites correctness review by this Court. That said, as described above, this Court is required to engage in reasonableness review on questions of statutory interpretation. This creates the possibility that, in some cases, this Court may find the RPD's interpretation of a statutory provision to be reasonable, yet this Court may say something entirely different in providing its own view of the matter in answering the certified question—something that the Supreme Court expressly tells us not to do: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov SCC*), at paragraph 83, citing *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171 (*Delios*), at paragraph 28.

[41] This Court raised this awkward situation—the misfit between answering the certified question properly and conducting reasonableness review—in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335, at paragraphs 30–37. One solution suggested by this Court in *Kanhasamy* was to regard the Court's need to answer certified questions as a statutory indication that correctness should be the standard of review. This solution would seem to gain greater credence now that the Supreme Court has held that statutory standards can have a bearing on the standard of review: *Vavilov SCC*, at paragraphs 34–35.

[42] Nevertheless, the Supreme Court subsequently confirmed that certified questions are not decisive of the standard of review, and that reasonableness should remain the standard of review applied by this Court: see *Kanhasamy SCC*, above, at paragraphs 43–44. The Supreme Court appeared to recognize that this effectively renders the answer to the certified question mere surplusage, relegating the role of such questions to fulfilling a gatekeeping function.

des questions d'interprétation législative. Toutefois, les questions formulées par la Cour fédérale appellent une réponse par un oui ou par un non. Cela invite notre Cour à procéder à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Cela dit, comme nous l'avons décrit ci-dessus, notre Cour est tenue de procéder à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable des questions d'interprétation législative. Cela crée la possibilité que, dans certains cas, notre Cour puisse trouver l'interprétation de la SPR d'une disposition législative comme étant raisonnable, mais notre Cour peut dire quelque chose de complètement différent en fournissant son propre point de vue sur le sujet en répondant à la question certifiée, quelque chose que la Cour suprême nous dit expressément de ne pas faire (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov CSC*), au paragraphe 83, renvoyant à l'arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 (*Delios*), au paragraphe 28).

[41] Notre Cour a soulevé cette situation embarrassante — l'incompatibilité entre le fait de répondre correctement à la question certifiée et de procéder à un examen de la norme de la décision raisonnable — dans l'arrêt *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335, aux paragraphes 30 à 37. Une solution suggérée par notre Cour dans l'arrêt *Kanhasamy* était de considérer la nécessité pour la Cour de répondre à des questions certifiées comme une indication donnée par la loi que la norme de contrôle devrait être celle de la décision correcte. Cette solution semble gagner en crédibilité maintenant que la Cour suprême a conclu que les normes établies par voie législative peuvent avoir une incidence sur la norme de contrôle (*Vavilov CSC*, aux paragraphes 34 et 35).

[42] Néanmoins, la Cour suprême a confirmé par la suite que les questions certifiées *ne sont pas* déterminantes pour la norme de contrôle, et que la norme de contrôle applicable par notre Cour est celle de la décision raisonnable (*Kanhasamy CSC*, précité, aux paragraphes 43 et 44). La Cour suprême a semblé reconnaître que cela fait de la réponse à la question certifiée une simple redondance, reléguant ainsi le rôle de ces questions à une fonction de contrôle.

[43] This situation was replicated in *Vavilov*. The certified question in *Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75 posed a yes-no question. This Court conducted a reasonableness review of the administrative decision but gave a precise answer, akin to a correctness review answer, to the question. In dismissing the appeal, the Supreme Court in effect ratified how this Court approached the certified question.

[44] The potential misfit between reasonableness analysis and the definitive correct answer required by a certified question can, however, be avoided if the Federal Court were to formulate certified questions in a manner that asks whether a particular statutory interpretation or approach is reasonable. In this case, the second and third questions, as stated, call for a correctness response. I would therefore amend them to ask whether the particular statutory interpretation or approach suggested by the question is or is not reasonable.

[45] Consequently, I have reformulated the second and third questions as follows:

- (2) Is it reasonable for the RPD to rely on evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?
- (3) Is it reasonable for the RPD to rely upon evidence that a refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution (or that of their family member who is the principal refugee applicant) to rebut the presumption that a refugee who acquires (or renews) a passport issued by their country of origin and uses it to return to their

[43] Cette situation s'est reproduite dans l'arrêt *Vavilov*. La question certifiée dans l'arrêt *Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75, était une question appelant une réponse par un oui ou par un non. Notre Cour a procédé à un examen selon la norme de la décision raisonnable de la décision administrative, mais a donné une réponse précise à la question qui s'apparentait à une réponse fournie en lien avec un contrôle de la norme de la décision correcte. En rejetant l'appel, la Cour suprême a en fait ratifié la façon dont notre Cour a abordé la question certifiée.

[44] Le décalage potentiel entre l'analyse selon la norme de la décision raisonnable et la réponse correcte et définitive exigée par une question certifiée peut toutefois être évité si la Cour fédérale formulait les questions certifiées de manière à demander si une interprétation ou une approche législative particulière est raisonnable. En l'espèce, les deuxième et troisième questions, telles qu'elles sont énoncées, font appel à une réponse selon la norme de la décision correcte. Je les modifierais donc de façon à demander si l'interprétation ou l'approche législative particulière suggérée par la question est ou n'est pas raisonnable.

[45] Par conséquent, j'ai reformulé les deuxième et troisième questions comme suit :

- 2) Est-il raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?
- 3) Est-il raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport

country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?

délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

V. What makes a Decision Reasonable?

V. Qu'est-ce qui rend une décision raisonnable?

[46] The Supreme Court stated in *Vavilov* that “[r]easonableness review aims to give effect to the legislature’s intent to leave certain decisions with an administrative body while fulfilling the constitutional role of judicial review to ensure that exercises of state power are subject to the rule of law”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 82.

[46] La Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Vavilov* que « [l]e contrôle selon la norme de la décision raisonnable vise à donner effet à l’intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s’assurer que l’exercice du pouvoir étatique est assujéti à la primauté du droit » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 82).

[47] Reasonableness review involves both an assessment of the outcome of the case and of the reasoning process leading to that outcome: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 83. The Supreme Court further affirmed that it is not sufficient for the outcome of a decision to be justifiable. Where reasons are required, the decision must also be justified by the decision maker to those to whom the decision applies: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 86.

[47] Le contrôle de la décision raisonnable implique à la fois une évaluation de l’issue de l’affaire et du raisonnement suivi qui a conduit à cette issue (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 83). La Cour suprême a également affirmé qu’il ne suffit pas que le résultat d’une décision soit justifiable. Dans les cas où des motifs s’imposent, le décideur doit également, au moyen de ceux-ci, justifier sa décision auprès des personnes auxquelles elle s’applique (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 86).

[48] *Vavilov* teaches that reasons “must not be assessed against a standard of perfection” and that administrative decision makers should not be held to the “standards of academic logicians”: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 91 and 104. Reviewing courts cannot expect administrative decision makers to “respond to every argument or line of possible analysis”: *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*), at paragraph 25; *Vavilov SCC*, above, at paragraph 128. Nor are they required to “make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to [their] final conclusion”: *Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 16.

[48] L’arrêt *Vavilov* nous enseigne que les motifs « ne doivent pas être jugés au regard d’une norme de perfection » et que les décideurs administratifs ne devraient pas être assujétiés aux « normes auxquelles sont astreints des logiciens érudits » (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 91 et 104). Les cours de révision ne peuvent pas s’attendre à ce que les décideurs administratifs « répondent à tous les arguments ou modes possibles d’analyse » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*), au paragraphe 25; *Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 128). Ils ne sont pas non plus tenus « de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à [leur] conclusion finale » (*Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 16).

[49] That said, reasons “are the primary mechanism by which administrative decision makers show that their decisions are reasonable”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 81. The principles of justification and transparency thus require that administrative decision makers’

[49] Cela dit, les motifs « constituent le mécanisme principal par lequel les décideurs administratifs démontrent le caractère raisonnable de leurs décisions » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 81). Les principes de la justification et de la transparence exigent donc que



reasons “meaningfully account for the central issues and concerns raised by the parties”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 127. The failure of a decision maker to “meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 128. As a result, “where reasons are provided but they fail to provide a transparent and intelligible justification ... the decision will be unreasonable”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 136.

[50] Where the impact of a decision on an individual’s rights and interests is severe, the reasons provided to that individual must reflect the stakes. The principle of responsive justification means that if a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, the decision maker must explain why its decision best reflects the legislature’s intention: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 133. The failure to grapple with the consequences of a decision should thus be considered: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 134, citing *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

[51] In this case, the seriousness of the impact of the RPD’s decision on Ms. Galindo Camayo increases the duty on the RPD to explain its decision. Specifically:

- (a) The loss of refugee or protected person status unquestionably has serious consequences for the affected individual and persons like her, and legislative changes have made those consequences harsher in the last decade. In the past, protected persons who became permanent residents and who were then subject to cessation findings were able to maintain their permanent resident status in Canada. However, with changes brought about by the *Protecting Canada’s Immigration System Act*, S.C. 2012, c. 17, sections 18 and 19, this is no longer the case.

les motifs du décideur administratif « tiennent valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées par les parties » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 127). Le fait qu’un décideur n’ait pas réussi à « s’attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s’il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 128). Par conséquent, « si des motifs sont communiqués, mais que ceux-ci ne justifient pas la décision de manière transparente et intelligible [...], la décision sera déraisonnable » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 136).

[50] Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de la personne visée, les motifs fournis à cette dernière doivent refléter ces enjeux. Le principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l’intention du législateur, malgré les conséquences particulièrement graves pour la personne concernée : (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 133). Le défaut de traiter de ces conséquences d’une décision doit donc être examiné (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 134, renvoyant à *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84).

[51] En l’espèce, la gravité de l’impact de la décision de la SPR sur M<sup>me</sup> Galindo Camayo accroît le devoir de la SPR d’expliquer sa décision. Plus précisément :

- a) La perte du statut de réfugié ou de personne protégée a incontestablement de graves conséquences pour la personne concernée et les personnes comme elle, et les changements législatifs ont rendu ces conséquences plus sévères au cours de la dernière décennie. Par le passé, les personnes protégées qui sont devenues des résidents permanents et qui ont ensuite fait l’objet de constat de la perte de l’asile ont pu conserver leur statut de résident permanent au Canada. Cependant, avec les changements apportés par la *Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada*, L.C. 2012, ch. 17, articles 18 et 19, ce n’est plus le cas.

- (b) Moreover, a cessation finding cannot be appealed to either the Immigration Appeal Division or the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board: IRPA, subsections 63(3) and 110(2). Individuals whose refugee protection has been ceased are also barred from seeking a pre-removal risk assessment or an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds for at least one year: IRPA, sections 25(1.2)(c)(i), 40.1, 46(1)(c.1), 63(3), 101(1)(b), 108(3), 110(2), and 112(2)(b.1). They are also inadmissible to Canada for an indeterminate period: IRPA, subsection 40.1(2) and paragraph 46(1)(c.1), and are subject to removal from Canada “as soon as possible”: IRPA, subsection 48(2).
- b) De plus, un constat de la perte de l’asile ne peut pas faire l’objet d’un appel devant la Section d’appel de l’immigration ou la Section d’appel des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (paragraphe 63(3) et 110(2) de la LIPR). Les personnes dont l’asile a pris fin ne peuvent pas non plus demander un examen des risques avant renvoi ou faire une demande de résidence permanente pour des motifs d’ordre humanitaire pendant au moins un an (sous-alinéa 25(1.2)c)(i), article 40.1, alinéa 46(1)c.1, paragraphe 63(3), alinéa 101(1)b, paragraphe 108(3), paragraphe 110(2), et alinéa 112(2)b.1 de la LIPR). Elles sont également interdites de territoire au Canada pour une période indéterminée (paragraphe 40.1(2) et alinéa 46(1)c.1) de la LIPR), et font l’objet d’un renvoi du Canada « dès que possible » (paragraphe 48(2) de la LIPR).

[52] Where, as here, the administrative decision maker has to deal with issues of statutory interpretation, certain additional considerations must be kept in mind by both the administrative decision maker and the reviewing court.

[53] First, the administrative decision maker must deal with any statutory interpretation issues by examining the text, context and purpose of the relevant provisions. Its analysis need not be the sort of formalistic statutory interpretation exercise that a court would perform: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 92 and 119; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3 (*Mason*), at paragraph 39. Due allowance must be made for the fact that Parliament has given the responsibility to interpret the statutory provisions to an administrative decision maker, not a court, and certainly not to the reviewing court.

[54] Second, in conducting reasonableness review, a reviewing court must be on guard not to engage in what is called “disguised correctness” review. It should not interpret the statutory provision itself and then use its own interpretation as a yardstick to measure the interpretation reached by the administrative decision maker: *Delios*, above, at paragraph 28; *Mason*, above, at paragraph 12. Reviewing courts can adopt specific techniques to avoid

[52] Lorsque, comme en l’espèce, le décideur administratif doit traiter de questions d’interprétation législative, certaines considérations supplémentaires doivent être prises en compte tant par le décideur administratif que par la cour de révision.

[53] Tout d’abord, le décideur administratif doit traiter toute question d’interprétation législative en examinant le texte, le contexte et l’objet des dispositions pertinentes. Son analyse n’a pas besoin d’être le genre d’exercice formaliste d’interprétation législative qu’une cour de justice effectuerait (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 92 et 119; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F 3 (*Mason*), au paragraphe 39). Il faut tenir compte du fait que le législateur a confié la responsabilité d’interpréter les dispositions législatives à un décideur administratif, et non à une cour de justice, et certainement pas à la cour de révision.

[54] Deuxièmement, en effectuant un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, une cour de révision doit veiller à ne pas s’engager dans ce que l’on appelle un examen selon la norme du « contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte ». Il ne doit pas interpréter la disposition législative elle-même et utiliser ensuite sa propre interprétation comme critère pour mesurer l’interprétation faite par le décideur administratif

doing this: *Mason*, above, at paragraphs 15–20, citing *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556, at paragraphs 13–17, [2019] 2 F.C.R. D-3.

[55] Third, largely in pre-*Vavilov* jurisprudence, the Federal Court has offered interpretations of section 108 that shed light on when cessation under section 108 will be warranted. While in some cases, decisions of the Federal Court disagree with each other, it must again be remembered that under *Vavilov*, the Federal Court is not the body that interprets section 108. Rather, it is restricted to the role of a reviewing court.

[56] Nevertheless, the leading interpretations of section 108 offered by the Federal Court that are relevant to the case at hand should be considered and assessed by the RPD, with supporting reasoning. As a general matter, judicial interpretations of statutory provisions bind the RPD unless the RPD can distinguish them or explain why a departure from them is warranted.

[57] In the end result, in cases where the administrative decision maker has to consider the proper meaning of a statutory provision, the reviewing court must be satisfied that the administrative decision maker is “alive [either implicitly or explicitly] to [the] essential elements” of text, context and purpose and has touched on at least “the most salient aspects of the text, context [and] purpose”: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 120–122; *Mason*, above, at paragraph 42.

#### VI. Was the RPD’s Decision Reasonable?

[58] In my view, the decision of the RPD was not reasonable. As set out above, many questions arise as to the proper interpretation of section 108 of IRPA. The RPD simply stated its own view of what section 108 requires, without any real analysis. In broad terms, it set out the text of section 108, fastened onto the Refugee Handbook, and then asserted its own views of what section 108 requires, without considering the text, context

(*Delios*, précité, au paragraphe 28; *Mason*, précité, au paragraphe 12). Les cours de révision peuvent adopter des techniques particulières pour éviter d’en arriver là (*Mason*, précité, aux paragraphes 15 à 20, renvoyant à l’arrêt *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, aux paragraphes 13 à 17, [2019] 2 R.C.F. F-3).

[55] Troisièmement, en grande partie dans la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Vavilov*, la Cour fédérale a offert des interprétations de l’article 108 qui font la lumière sur les cas où la perte de l’asile au titre de l’article 108 est justifiée. Si, dans certains cas, les unes avec les autres, il faut en désaccord les unes avec les autres, il faut à nouveau se rappeler que, selon l’arrêt *Vavilov*, la Cour fédérale n’est pas l’organe qui interprète l’article 108. Celle-ci reste plutôt limitée au rôle d’une cour de révision.

[56] Néanmoins, les principales interprétations de l’article 108 offertes par la Cour fédérale qui s’appliquent en l’espèce devraient être examinées et évaluées par la SPR, avec un raisonnement à l’appui. En règle générale, les interprétations judiciaires des dispositions législatives lient la SPR, à moins que celle-ci puisse établir des distinctions entre celles-ci ou expliquer pourquoi il est justifié de s’en écarter.

[57] En fin de compte, dans les cas où le décideur administratif doit examiner le sens approprié d’une disposition législative, la cour de révision doit être convaincue que le décideur administratif est « conscient [implicitement ou explicitement] de[s] éléments essentiels » du texte, du contexte et de l’objet et qu’il a pris en compte au moins « les aspects principaux du texte, du contexte [et] de l’objet » (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 120 à 122; *Mason*, précité, au paragraphe 42).

#### VI. La décision de la SPR était-elle raisonnable?

[58] À mon avis, la décision de la SPR n’était pas raisonnable. Comme je l’ai indiqué ci-dessus, un grand nombre de questions se posent quant à l’interprétation correcte de l’article 108 de la LIPR. La SPR s’est contentée d’énoncer sa propre vision de ce qu’exige l’article 108, sans véritable analyse. En termes généraux, elle a énoncé le texte de l’article 108, s’est attachée au Guide sur les réfugiés, puis a affirmé ses propres opinions sur ce que

and purpose of section 108. It also failed to analyze and consider the Federal Court's jurisprudence in order to see whether its decision was legally constrained in any way. It then stated its conclusion on various issues, but did not provide a sufficient pathway of reasoning to explain how it got there.

[59] In saying this, I recognize that due allowance must be made for the fact that the RPD is an administrative decision maker, often staffed by lay people, with its own way of dealing with and articulating legal issues. That said, even affording that allowance to the RPD, it fell short of the mark in this case.

(a) *The Interpretation of Section 108 of IRPA*

[60] In the course of its reasons, the RPD made certain assertions that were, in reality, bottom-line views of what section 108 of IRPA means. However, it adopted these views without conducting any statutory interpretation analysis. Examples include the following:

- (a) The RPD rejected Ms. Galindo Camayo's claim that she was unaware of the potential consequences of using her Colombian passport. Noting that ignorance of the law was no excuse, the RPD observed that Ms. Galindo Camayo was an educated, sophisticated adult who could have sought information about the steps that she needed to take to secure her status in Canada. At root here was the bare assertion that ignorance of the law is no excuse under section 108, an assertion adopted without any statutory interpretation analysis.
- (b) Referring to Ms. Galindo Camayo's evidence that she had engaged private security to protect her while she was in Colombia, the RPD stated that Ms. Galindo Camayo knew enough about the threats or harm that she faced in that country to hire private security to accompany her while she was there. According to the RPD, this indicated that Ms. Galindo Camayo recognized the dangers associated with travel to Colombia. However, the

l'article 108 exige, sans tenir compte du texte, du contexte ou de l'objet de l'article 108. Elle a également omis d'analyser et de prendre en compte la jurisprudence de la Cour fédérale afin de voir si sa décision était juridiquement limitée d'une quelconque manière. Elle a ensuite énoncé sa conclusion sur diverses questions, mais n'a pas expliqué de façon suffisamment claire le raisonnement qui l'a menée là.

[59] En affirmant cela, je reconnais qu'il faut tenir compte du fait que la SPR est un organe de décision administrative, souvent composé de profanes, qui a sa propre façon de traiter et de formuler les questions juridiques. Cela dit, même en accordant cette marge de manœuvre à la SPR, elle n'a pas été à la hauteur en l'occurrence.

a) *L'interprétation de l'article 108 de la LIPR*

[60] Au cours de l'exposé de ses motifs, la SPR a fait certaines affirmations qui étaient, en réalité, des vues de fond sur ce que signifie l'article 108 de la LIPR. Toutefois, elle a adopté ces points de vue sans procéder à une analyse de l'interprétation législative. Voici quelques exemples :

- a) La SPR a rejeté l'affirmation de M<sup>me</sup> Galindo Camayo selon laquelle elle n'était pas consciente des conséquences potentielles de l'utilisation de son passeport colombien. Notant que nul n'est censé ignorer la loi, la SPR a fait remarquer que M<sup>me</sup> Galindo Camayo était une femme instruite et avertie qui aurait pu demander des renseignements sur les mesures à prendre pour assurer son statut au Canada. À la base, il y avait la simple affirmation que nul n'est censé ignorer la loi aux termes de l'article 108, une affirmation adoptée sans aucune analyse fondée sur l'interprétation de la loi.
- b) Se référant au témoignage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo selon lequel elle avait embauché du personnel de sécurité privé pour la protéger pendant son séjour en Colombie, la SPR a déclaré que M<sup>me</sup> Galindo Camayo connaissait suffisamment les menaces ou les dangers auxquels elle était confrontée dans ce pays pour engager du personnel de sécurité privé pour l'accompagner pendant son séjour. Selon la SPR, cela indique que M<sup>me</sup> Galindo Camayo

RPD never explains what the legal relevance of this was for the analysis under section 108. An interpretation of section 108 in light of its text, context and purpose would have assisted in this regard.

- (c) The RPD noted that refugee protection lasts only as long as the reasons for fearing persecution in the country of nationality persist. It accepted that merely obtaining a Colombian passport may not, by itself, be evidence of an individual's intent to use it. However, Ms. Galindo Camayo's repeated use of her Colombian passport to visit Colombia and other countries was an indication that she intended to travel under the protection of the Colombian government and that she intended to reavail herself of the protection afforded her by her Colombian passport. However, the leap from merely carrying a Colombian passport to a finding that Ms. Galindo Camayo intended to reavail herself of the protection of the Colombian government was unexplained. The RPD's reasoning implies some undisclosed and unexplained understanding of what "intention" means, and by extension, an undisclosed and unexplained interpretation of section 108 of IRPA.
- (d) Finally, insofar as actual reavailment was concerned, the RPD found that Ms. Galindo Camayo's years of travel to third countries on Colombian passports (where she could seek the assistance of the Colombian government if something went wrong), and her repeated trips to Colombia for reasons that were neither necessary nor compelling, demonstrated that she had actually reavailed herself of Colombia's protection. This involved an unexplained determination of what falls within or outside section 108, and, more particularly, the meaning of the elements of intention, voluntariness and reavailment.
- a reconnu les dangers associés aux voyages en Colombie. Cependant, la SPR n'explique jamais quelle était la pertinence juridique de ce point dans le cadre de l'analyse de l'article 108. Une interprétation de l'article 108 à la lumière de son texte, de son contexte et de son objet aurait été utile à cet égard.
- c) La SPR a noté que la protection des réfugiés ne dure que tant que les raisons de craindre d'être persécuté dans le pays de nationalité persistent. Elle a admis que la simple obtention d'un passeport colombien ne peut pas, en soi, constituer une preuve de l'intention d'une personne de l'utiliser. Cependant, l'utilisation répétée par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport colombien pour visiter la Colombie et d'autres pays était une indication qu'elle avait l'intention de voyager sous la protection du gouvernement colombien et qu'elle avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection que lui offrait son passeport colombien. Cependant, elle n'explique pas comment elle a fait le saut de la simple possession d'un passeport colombien à la conclusion que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du gouvernement colombien. Le raisonnement de la SPR laisse entendre qu'elle a une compréhension non divulguée et non expliquée de la signification du terme « intention » et, par extension, une interprétation non divulguée et non expliquée de l'article 108 de la LIPR.
- d) Enfin, en ce qui concerne le fait de se réclamer effectivement de nouveau de la protection du pays de nationalité, la SPR a estimé que les années de voyage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo dans des pays tiers avec des passeports colombiens (où elle pouvait demander l'aide du gouvernement colombien en cas de problème), et ses voyages répétés en Colombie pour des raisons qui n'étaient ni nécessaires ni impérieuses, démontraient qu'elle s'était effectivement réclamée de nouveau de la protection de la Colombie. Elle a ainsi déterminé sans fournir d'explication ce qui relève ou non de l'article 108 et, plus précisément, la signification des éléments d'intention, de volonté et du fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité.

(b) *The Significance of the State of a Protected Person's Knowledge with Respect to the Immigration Consequences of Their Actions*

[61] Key to the assessment of the reasonableness of the RPD's decision is whether it could rely on evidence of a refugee's lack of subjective knowledge that use of a passport confers diplomatic protection to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by her country of nationality has intended to avail herself of that state's protection. On this point, there is jurisprudence in the Federal Courts that constrains the RPD's decision-making in this area.

[62] It will be recalled that the first element of the test for cessation relates to the voluntariness of the individual's actions. The RPD found that Ms. Galindo Camayo did not act voluntarily when she obtained and renewed her Colombian passports, but that she did act voluntarily when she used those passports to return to Colombia. No issue has been taken with respect to this latter finding. The question for the RPD then was whether Ms. Galindo Camayo intended by her actions to reavail herself of Colombia's protection.

[63] As noted earlier, there is a presumption that refugees who acquire and travel on passports issued by their country of nationality to travel to that country or to a third country have intended to avail themselves of the protection of their country of nationality. This is because passports entitle the holder to travel under the protection of the issuing country. This presumption is even stronger where refugees return to their country of nationality, as they are not only placing themselves under diplomatic protection while travelling, they are also entrusting their safety to governmental authorities upon their arrival.

[64] As the Federal Court observed in *Ortiz Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1346, “[r]eavailment typically suggests an absence of risk or a lack of subjective fear of persecution. Absent compelling reasons, people do not abandon safe havens to return

b) *L'importance de l'état des connaissances d'une personne protégée en ce qui concerne les conséquences de ses actes sur l'immigration*

[61] La clé de l'évaluation selon la norme de la décision raisonnable de la décision de la SPR est de savoir si elle pouvait invoquer la preuve du manque de connaissance subjective du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays de nationalité et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État. Sur ce point, il existe une jurisprudence des Cours fédérales qui limite la prise de décisions de la SPR dans ce domaine.

[62] On se souviendra que le premier élément du critère de la perte de l'asile concerne le caractère volontaire des actions de la personne. La SPR a conclu que M<sup>me</sup> Galindo Camayo n'a pas agi volontairement lorsqu'elle a obtenu et renouvelé ses passeports colombiens, mais qu'elle a agi volontairement lorsqu'elle a utilisé ces passeports pour retourner en Colombie. Cette dernière conclusion n'a fait l'objet d'aucune contestation. La question pour la SPR était donc de savoir si M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait l'intention, par ses actions, de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie.

[63] Comme je l'ai mentionné précédemment, il existe une présomption selon laquelle les réfugiés qui acquièrent des passeports délivrés par leur pays de nationalité et les utilisent pour se rendre dans ce pays ou dans un pays tiers ont eu l'intention de se réclamer de la protection de leur pays de nationalité. En effet, le passeport permet à son titulaire de voyager sous la protection du pays qui l'a délivré. Cette présomption est encore plus forte lorsque les réfugiés retournent dans leur pays de nationalité, car non seulement ils se placent sous la protection diplomatique pendant leur voyage, mais ils confient également leur sécurité aux autorités gouvernementales à leur arrivée.

[64] Comme l'a fait remarquer la Cour fédérale dans le jugement *Ortiz Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1346, au paragraphe 8, « [u]ne nouvelle réclamation de la protection de l'État tend habituellement à indiquer une absence de risque



to places where their personal safety is in jeopardy”: at paragraph 8.

[65] Constraining case law from the Federal Court, suggests, however, that the presumption is a rebuttable one. The onus is on the refugee to adduce sufficient evidence to rebut the presumption of reavilment: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Nilam*, 2015 FC 1154, at paragraph 26; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 459, 479 F.T.R. 22, at paragraph 42.

[66] The RPD should therefore have carried out an individualized assessment of all of the evidence before it, including the evidence adduced by the refugee as to her subjective intent, in determining whether the presumption of reavilment has been rebutted in this case.

[67] Ms. Galindo Camayo testified that she was not aware that using her Colombian passport to travel to Colombia and elsewhere could have consequences for her immigration status in Canada. The RPD rejected this claim, not because Ms. Galindo Camayo was not credible, but because it found that ignorance of the law was not a valid argument. The RPD noted that Ms. Galindo Camayo was an educated and sophisticated individual who could have sought information as to the requirements that she had to uphold in order to maintain her status in Canada. With respect, this misses the point.

[68] If it were acting reasonably, at this point in its analysis, the RPD should have considered not what Ms. Galindo Camayo should have known, but rather whether she did subjectively intend by her actions to depend on the protection of Colombia. Having failed to find that Ms. Galindo Camayo’s testimony on this point lacked credibility, the RPD is deemed to have accepted her claim that she did not know that using her Colombian passport to return to Colombia and to travel elsewhere could result in her being deemed to have reavailed herself of Colombia’s protection, and that this was not her intent.

ou une absence de crainte subjective de persécution. En l’absence de motifs impérieux, les gens n’abandonnent pas des refuges pour retourner dans des endroits où leur sécurité personnelle est menacée ».

[65] La jurisprudence contraignante de la Cour fédérale indique toutefois que la présomption est réfutable. Il incombe au réfugié de produire une preuve suffisante pour réfuter la présomption selon laquelle il s’est réclamé de nouveau de la protection de son pays d’origine (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Nilam*, 2015 CF 1154, au paragraphe 26; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 459, au paragraphe 42).

[66] La SPR aurait donc dû procéder à une évaluation individualisée de tous les éléments de preuve dont elle disposait, y compris les éléments de preuve produits par la réfugiée quant à son intention subjective, pour déterminer si la présomption selon laquelle elle s’était réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité a été réfutée en l’espèce.

[67] M<sup>me</sup> Galindo Camayo a témoigné qu’elle ne savait pas que l’utilisation de son passeport colombien pour voyager en Colombie et ailleurs pouvait entraîner des conséquences sur son statut d’immigration au Canada. La SPR a rejeté cette allégation, non pas parce que M<sup>me</sup> Galindo Camayo n’était pas crédible, mais parce qu’elle a estimé que l’ignorance de la loi ne constituait pas un argument valable. La SPR a noté que M<sup>me</sup> Galindo Camayo était une personne instruite et avertie qui aurait pu demander des renseignements sur les exigences qu’elle devait respecter pour conserver son statut au Canada. En toute déférence, là n’est pas la question.

[68] Si elle avait agi raisonnablement, à ce stade de son analyse, la SPR aurait dû examiner non pas ce que M<sup>me</sup> Galindo Camayo aurait dû savoir, mais plutôt la question de savoir si elle avait subjectivement l’intention, par ses actions, de se réclamer de la protection de la Colombie. N’ayant pas conclu que le témoignage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo sur ce point manquait de crédibilité, la SPR est réputée avoir accepté son allégation selon laquelle elle ne savait pas que l’utilisation de son passeport colombien pour retourner en Colombie et voyager ailleurs pourrait faire en sorte que l’on considère

[69] The Minister contends that the cessation provisions of IRPA would be stripped of any meaning if it was sufficient for an individual faced with a cessation application to simply state that they did not know that their actions could put their status in Canada in jeopardy. Not only did the Federal Court explicitly reject this argument, it also overstates the issue.

[70] An individual's lack of actual knowledge of the immigration consequences of their actions may not be determinative of the question of intent. It is, however, a key factual consideration that the RPD must either weigh in the mix with all of the other evidence, or properly explain why the statute excludes its consideration.

[71] In order for it to make a reasonable decision, the RPD was required to take account of the state of Ms. Galindo Camayo's actual knowledge and intent before concluding that she had intended to reavail herself of Colombia's protection. I agree with the Federal Court that without this analysis, the RPD's conclusion on reavailment was not a defensible outcome based on the constraining facts and law, and that it was thus unreasonable: *Cerna v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1074, at paragraphs 18–19; *Mayell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 139, at paragraphs 17–19.

[72] The RPD also conflated the question of voluntariness with that of intention to reavail and this led, in part, to an unreasonable decision. Much of the RPD's analysis of the intention issue is taken up with an examination of the reasons cited by Ms. Galindo Camayo for returning to Colombia. I agree with Ms. Galindo Camayo that the question of whether one intended to reavail oneself of the protection of one's country of origin has nothing to do with whether the motive for travel was necessary or justified: Federal Court decision, at paragraph 31.

qu'elle s'était réclamée de nouveau de la protection de la Colombie, et que ce n'était pas son intention.

[69] Le ministre soutient que les dispositions sur la perte de l'asile de la LIPR seraient dénuées de tout sens s'il suffisait à une personne faisant face à une demande de perte de l'asile sur constat de déclarer simplement qu'elle ne savait pas que ses actions pouvaient mettre en danger son statut au Canada. Non seulement la Cour fédérale a explicitement rejeté cet argument, mais elle a également exagéré la question.

[70] Le manque de connaissance réelle d'une personne quant aux conséquences de ses actes sur l'immigration ne peut pas être déterminant en ce qui concerne la question de l'intention. Il s'agit toutefois d'une considération factuelle clé, et la SPR doit soit la soupeser avec tous les autres éléments de preuve, soit expliquer correctement pourquoi la loi exclut sa prise en compte.

[71] Pour qu'elle puisse prendre une décision raisonnable, la SPR devait tenir compte de l'état de la connaissance réelle et de l'intention de M<sup>me</sup> Galindo Camayo avant de conclure qu'elle avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de la Colombie. Je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que, sans cette analyse, la conclusion de la SPR sur le fait de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité n'était pas un résultat défendable compte tenu des contraintes factuelles et juridiques, et qu'elle était donc déraisonnable (*Cerna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1074, aux paragraphes 18 et 19; *Mayell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 139, aux paragraphes 17 à 19).

[72] La SPR a également confondu la question du caractère volontaire avec celle de l'intention de se réclamer de nouveau de la protection du pays de nationalité, ce qui a conduit, en partie, à une décision déraisonnable. Une grande partie de l'analyse de la SPR sur la question de l'intention est consacrée à l'examen des motifs invoqués par M<sup>me</sup> Galindo Camayo pour expliquer pourquoi elle était retournée en Colombie. Je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Galindo Camayo que la question de savoir si une personne avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité n'a rien à voir

(c) *The Significance of the Fact that Ms. Galindo Camayo Took Measures to Protect Herself in Colombia*

[73] Key to the assessment of the reasonableness of the RPD decision is whether it could rely on evidence that Ms. Galindo Camayo took measures to protect herself against her agent of persecution while she was in Colombia to rebut the presumption of reavilment.

[74] According to Ms. Galindo Camayo, her family engaged the services of professional security guards to protect her on each of her trips to Colombia, and documentary evidence from security companies was provided to support her evidence in this regard.

[75] The RPD appears to have accepted Ms. Galindo Camayo's evidence on this point. It found however that while she might not have been fully aware of the reasons why her family had fled Colombia, Ms. Galindo Camayo knew enough about the dangers associated with travel to Colombia to engage private security personnel to accompany her while she was there.

[76] Given that the discussion with respect to Ms. Galindo Camayo's use of private security takes place in the section of the RPD's reasons dealing with intention, it appears that the RPD understood this evidence to support its conclusion that by travelling to Colombia, Ms. Galindo Camayo intended to reavail herself of that country's protection.

[77] I agree with Ms. Galindo Camayo that this was an unreasonable finding: the evidence with respect to her use of private security while she was in Colombia speaks not to her intention to entrust her protection to Colombia, but is, rather, to the opposite effect. It is evidence of Ms. Galindo Camayo's ongoing subjective fear

avec la question de savoir si le motif du voyage était nécessaire ou justifié (décision de la Cour fédérale, au paragraphe 31).

c) *L'importance du fait que M<sup>me</sup> Galindo Camayo a pris des mesures pour se protéger en Colombie*

[73] La clé de l'évaluation selon la norme de la décision raisonnable de la décision de la SPR est de savoir si elle pouvait s'appuyer sur la preuve que M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait pris des mesures pour se protéger contre son agent de persécution pendant qu'elle était en Colombie pour réfuter la présomption selon laquelle elle s'était réclamée de nouveau de la protection de ce pays.

[74] Selon M<sup>me</sup> Galindo Camayo, sa famille a fait appel aux services d'agents de sécurité professionnels pour la protéger lors de chacun de ses voyages en Colombie, et des éléments de preuve documentaire provenant d'entreprises de sécurité ont été fournis pour étayer son témoignage à cet égard.

[75] La SPR semble avoir accepté le témoignage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo sur ce point. Elle a toutefois estimé que, même si elle n'était peut-être pas pleinement consciente des raisons pour lesquelles sa famille avait fui la Colombie, M<sup>me</sup> Galindo Camayo connaissait suffisamment les dangers liés à un voyage en Colombie pour engager du personnel de sécurité privé pour l'accompagner pendant son séjour.

[76] Étant donné que la discussion concernant le recours de M<sup>me</sup> Galindo Camayo à du personnel de sécurité privé a lieu dans la section des motifs de la SPR traitant de l'intention, il semble que la SPR ait compris que cet élément de preuve appuyait sa conclusion qu'en se rendant en Colombie, M<sup>me</sup> Galindo Camayo avait l'intention de se réclamer de nouveau de la protection de ce pays.

[77] Je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Galindo Camayo pour dire qu'il s'agit d'une conclusion déraisonnable : les éléments de preuve relatifs à son recours à du personnel de sécurité privé lorsqu'elle était en Colombie ne témoignent pas de son intention de confier sa protection à la Colombie, mais plutôt de l'effet contraire. Il

of the situation in Colombia, and her lack of confidence in the ability of the state to protect her.

[78] Once again, Ms. Galindo Camayo's evidence on this point was not necessarily determinative of the issue of intent, and it was open to the RPD to reject it. However, it had to at least consider it properly and, if it found it not to be probative or persuasive, to explain why that was the case. Its failure to do so in this case is a further reason for concluding that the RPD's decision was unreasonable.

[79] Before concluding this portion of these reasons, I would note that the RPD appears to have considered Ms. Galindo Camayo's use of her passport to travel to Colombia as satisfying all three elements of the test for reavilment (voluntary, intentional, and actual reavilment). This is evident from paragraph 22 of its reasons, where it found that Ms. Galindo Camayo's use of her Colombian passport for travel was voluntary. Similarly, at paragraph 31 of its reasons the RPD found that Ms. Galindo Camayo's use of her Colombian passport showed her intention to travel under the protection of Colombia, and paragraph 34 of its reasons, where the RPD found that Ms. Galindo Camayo's use of her Colombian passport to travel to Colombia and elsewhere was evidence of actual reavilment. This approach left little room for Ms. Galindo Camayo to demonstrate that even though she had used her Colombian passport for travel, she did not intend to avail herself of the protection of that country.

## VI. Some Final Comments

[80] This case represents the first opportunity that our Court has had to deal with a cessation case since the Supreme Court's decision in *Vavilov*. As such, the RPD may benefit from our guidance in this area. It would also be unfortunate if we remitted this case for redetermination and the RPD was to repeat some of the errors that occurred in this case, potentially leading to the "endless

s'agit d'une preuve de la peur subjective permanente de M<sup>me</sup> Galindo Camayo face à la situation en Colombie, et de son manque de confiance dans la capacité de l'État à la protéger.

[78] Encore une fois, le témoignage de M<sup>me</sup> Galindo Camayo sur ce point n'était pas nécessairement déterminant quant à la question de l'intention, et il était loisible à la SPR de le rejeter. Toutefois, elle devait au moins l'examiner correctement et, si elle estimait qu'il n'était pas probant ou convaincant, en expliquer les raisons. Le fait qu'elle ne l'a pas fait en l'espèce est une raison supplémentaire pour conclure que la décision de la SPR était déraisonnable.

[79] Avant de conclure cette partie des motifs, je tiens à souligner que la SPR semble avoir considéré que l'utilisation par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport pour se rendre en Colombie satisfaisait aux trois éléments du critère relatif au fait de se réclamer de nouveau de la protection de son pays de nationalité (volontairement, intentionnellement et effectivement). Cela ressort du paragraphe 22 de ses motifs, où elle a estimé que l'utilisation par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport colombien pour voyager était volontaire. De même, au paragraphe 31 de ses motifs, la SPR a conclu que l'utilisation par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport colombien démontrait son intention de voyager sous la protection de la Colombie, et au paragraphe 34 de ses motifs, où la SPR a conclu que l'utilisation par M<sup>me</sup> Galindo Camayo de son passeport colombien pour voyager en Colombie et ailleurs était une preuve du fait de se réclamer effectivement de nouveau de la protection du pays de nationalité. Cette approche laissait peu de place à M<sup>me</sup> Galindo Camayo pour démontrer que, bien qu'elle avait utilisé son passeport colombien pour voyager, elle n'avait pas l'intention de se réclamer de la protection de ce pays.

## VI. Quelques remarques finales

[80] Cette affaire représente la première occasion que notre Cour a eue de traiter un cas de perte de l'asile depuis que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Vavilov*. À ce titre, la SPR pourrait bénéficier de nos conseils dans ce domaine. Il serait également malheureux que nous renvoyions cette affaire pour réexamen et que la SPR répète certaines des erreurs commises en l'espèce, ce qui pourrait conduire

merry-go-round of judicial reviews and subsequent reconsiderations” that the Supreme Court cautioned against in *Vavilov*: above, at paragraph 142.

[81] It should be noted, however, that in providing this guidance, the Court is not recommending or suggesting any outcome one way or the other in relation to the cessation application involving Ms. Galindo Camayo. The merits of the redetermination are for the RPD to determine.

[82] As noted earlier, the RPD’s reasons on the redetermination need not involve a microscopic examination of everything that could possibly be said on the matter. There need only be a reasoned explanation concerning the relevant evidence and key issues, including the key arguments made by the parties: *Sexsmith v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 111, at paragraph 36, [2021] 2 F.C.R. D-1.

[83] Moreover, as the Federal Court observed in this case, the outcome in each cessation proceeding will be largely fact-dependent. I further agree with the submission of the intervener, United Nations High Commissioner for Refugees, that the test for cessation should not be applied in a mechanistic or rote manner. The focus throughout the analysis should be on whether the refugee’s conduct—and the inferences that can be drawn from it—can reliably indicate that the refugee intended to waive the protection of the country of asylum.

[84] Thus, in dealing with cessation cases, the RPD should have regard to the following factors, at a minimum, which may assist in rebutting the presumption of reavilment. No individual factor will necessarily be dispositive, and all of the evidence relating to these factors should be considered and balanced in order to determine whether the actions of the individual are such that they have rebutted the presumption of reavilment.

au « va-et-vient interminable de contrôles judiciaires et de nouveaux examens » contre lequel la Cour suprême a fourni une mise en garde dans l’arrêt *Vavilov* précité, au paragraphe 142.

[81] Il convient toutefois de mentionner qu’en fournissant ces orientations, la Cour ne recommande ni ne suggère aucune issue dans un sens ou dans l’autre en ce qui concerne la demande de constat de perte de l’asile concernant M<sup>me</sup> Galindo Camayo. Il incombe à la SPR de déterminer le bien-fondé du nouvel examen.

[82] Comme nous l’avons mentionné précédemment, les motifs de la SPR concernant le nouvel examen ne doivent pas nécessairement comporter un examen microscopique de tout ce qui pourrait être dit sur la question. Il suffit d’une explication motivée concernant les éléments de preuve pertinents et les questions clés, y compris les principaux arguments présentés par les parties (*Sexsmith c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 111, au paragraphe 36, [2021] 2 R.C.F. F-6).

[83] En outre, comme la Cour fédérale l’a observé en l’espèce, l’issue de chaque procédure relative à une demande de constat de perte d’asile dépendra largement des faits. Je souscris également à l’argument de l’intervenant, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, selon lequel le critère de perte de l’asile sur constat ne devrait pas être appliqué de manière mécanique ou par cœur. Tout au long de l’analyse, l’accent doit être mis sur la question de savoir si le comportement du réfugié, ainsi que les déductions qui peuvent en être tirées, peut indiquer de manière fiable que le réfugié avait l’intention de renoncer à la protection du pays d’asile.

[84] Ainsi, lorsqu’elle traite des cas relatifs à une demande de constat de perte d’asile, la SPR doit tenir compte des facteurs suivants, au minimum, qui peuvent aider à réfuter la présomption selon laquelle une personne s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité. Aucun facteur individuel ne sera nécessairement déterminant, et tous les éléments de preuve relatifs à ces facteurs doivent être examinés et équilibrés afin de déterminer si les actions de la personne sont telles qu’elles ont permis de réfuter la présomption selon laquelle elle s’est réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité.

- 
- The provisions of subsection 108(1) of IRPA, which operate as a constraint on the RPD in arriving at a reasonable decision: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 115–124;
  - The provisions of international conventions such as the Refugee Convention and guidelines such as the Refugee Handbook, as international law operates as an important constraint on administrative decision makers such as the RPD. Legislation is presumed to operate in conformity with Canada’s international obligations, and the legislature is “presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law”: *Vavilov SCC*, above, at paragraph 114, citing *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 53; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paragraph 40; see also IRPA, paragraph 3(3)(f).
  - The severity of the consequences that a decision to cease refugee protection will have for the affected individual. Where the impact of a decision on an individual’s rights and interests is severe, the reasons provided to that individual must reflect the stakes: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 133–135;
  - The submissions of the parties. The principles of justification and transparency require that an administrative decision maker’s reasons meaningfully engage with the central issues and the concerns raised by the parties: *Vavilov SCC*, above, at paragraphs 127–128;
  - The state of the individual’s knowledge with respect to the cessation provisions. Evidence that a person has returned to her country of origin in the full knowledge that it may put her refugee status in jeopardy may potentially have different significance than evidence that a person is unaware of the potential consequences of her actions;
  - Les dispositions du paragraphe 108(1) de la LIPR, qui imposent une contrainte à la SPR pour qu’elle parvienne à une décision raisonnable (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 115 à 124);
  - Les dispositions des conventions internationales telles que la Convention sur les réfugiés et les directives telles que le Guide sur les réfugiés, en tant que droit international, constituent une contrainte importante pour les décideurs administratifs tels que la SPR. La législation est réputée s’appliquer conformément aux obligations internationales du Canada, et l’organe législatif est « présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel » (*Vavilov CSC*, précité, au paragraphe 114, renvoyant aux arrêts *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 53; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, au paragraphe 40; voir également la LIPR, alinéa 3(3)f).
  - La gravité des conséquences qu’aura pour la personne concernée la décision de mettre fin à l’octroi de l’asile. Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de la personne visée, les motifs fournis à cette dernière doivent refléter ces enjeux (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 133 à 135);
  - Les observations des parties. Les principes de la justification et de la transparence exigent que les motifs du décideur administratif tiennent valablement compte des questions et des préoccupations centrales soulevées par les parties (*Vavilov CSC*, précité, aux paragraphes 127 et 128);
  - L’état des connaissances de la personne en ce qui concerne les dispositions relatives à la perte de l’asile. La preuve qu’une personne est retournée dans son pays d’origine en sachant parfaitement que cela pouvait mettre en péril son statut de réfugié peut avoir une signification différente de la preuve qu’une personne n’est pas consciente des conséquences potentielles de ses actions;



- 
- The personal attributes of the individual such as her age, education and level of sophistication;
  - The identity of the agent of persecution. That is, does the individual fear the government of her country of nationality or does she claim to fear a non-state actor? Evidence that a person who claims to fear the government of her country of nationality nevertheless discloses her whereabouts to that same government by applying for a passport or entering the country may be interpreted differently than evidence with respect to individuals seeking passports who fear non-state actors. In this latter situation, applying for a passport or entering the country will not necessarily expose the individual to their agent of persecution. This may be especially so when all the individual has done is apply for a passport: applying for a passport may have little bearing on the risk faced by a victim of domestic violence, for example, or her level of subjective fear;
  - Whether the obtaining of a passport from the country of origin is done voluntarily;
  - Whether the individual actually used the passport for travel purposes. If so, was there travel to the individual's country of nationality or to third countries? Travel to the individual's country of nationality may, in some cases, be found to have a different significance than travel to a third country;
  - What was the purpose of the travel? The RPD may consider travel to the country of nationality for a compelling reason such as the serious illness of a family member to have a different significance than travel to that same country for a more frivolous reason such as a vacation or a visit with friends;
  - The frequency and duration of the travel;
  - Les attributs personnels de la personne tels que son âge, son éducation et son niveau de connaissance;
  - L'identité de l'agent persécuteur. En d'autres termes, la personne craint-elle le gouvernement de son pays de nationalité ou affirme-t-elle craindre un acteur non étatique? La preuve qu'une personne qui affirme craindre le gouvernement du pays dont elle a la nationalité révèle néanmoins sa localisation à ce même gouvernement en demandant un passeport ou en entrant dans le pays peut être interprétée différemment de la preuve concernant les personnes qui demandent un passeport et qui craignent des acteurs non étatiques. Dans cette dernière situation, le fait de demander un passeport ou d'entrer dans le pays n'expose pas nécessairement la personne à son agent de persécution. Cela peut être particulièrement le cas lorsque la personne n'a fait que demander un passeport : la demande d'un passeport peut avoir peu d'influence sur le risque encouru par une victime de violence familiale, par exemple, ou sur son degré de peur subjective;
  - La question de savoir si l'obtention d'un passeport du pays d'origine est faite volontairement;
  - La question de savoir si la personne a effectivement utilisé le passeport pour voyager. Si oui, y a-t-il eu des voyages dans le pays de nationalité de la personne ou dans des pays tiers? Le voyage dans le pays de nationalité de la personne peut, dans certains cas, être considéré comme ayant une signification différente de celle du voyage dans un pays tiers;
  - Quelle était la raison du voyage? La SPR peut considérer que le voyage dans le pays de nationalité pour une raison impérieuse, comme la maladie grave d'un membre de la famille, n'a pas la même signification que le voyage dans ce même pays pour une raison plus frivole, comme des vacances ou une visite à des amis;
  - La fréquence et la durée des voyages;

- What the individual did while in the country in question;
  - Whether the individual took any precautionary measures while she was in her country of nationality. Evidence that an individual took steps to conceal her return, such as remaining sequestered in a home or hotel throughout the visit or engaging private security while in the country of origin, may be viewed differently than evidence that the individual moved about freely and openly while in her country of nationality;
  - Whether the actions of the individual demonstrate that she no longer has a subjective fear of persecution in the country of nationality such that surrogate protection may no longer be required; and
  - Any other factors relevant to the question of whether the particular individual has rebutted the presumption of reavailment in a given case.
- Ce que la personne a fait pendant son séjour dans le pays en question;
  - La question de savoir si la personne a pris des précautions pendant son séjour dans le pays dont elle a la nationalité. La preuve qu'une personne a pris des mesures pour dissimuler son retour, comme le fait de rester séquestrée dans une maison ou un hôtel pendant toute la durée de la visite ou d'embaucher du personnel de sécurité privé pendant qu'elle se trouve dans le pays d'origine, peut être considérée différemment de la preuve que la personne s'est déplacée librement et ouvertement pendant qu'elle se trouvait dans son pays de nationalité;
  - La question de savoir si les actions de la personne démontrent qu'elle n'a plus de crainte subjective de persécution dans le pays de sa nationalité, de sorte que la protection supplétive n'est plus nécessaire; et
  - Tout autre facteur s'appliquant à la question de savoir si la personne en cause a réfuté la présomption selon laquelle elle s'est réclamée de nouveau de la protection de son pays de nationalité dans un cas donné.

## VII. Conclusion

[85] For these reasons, I would dismiss the appeal. I would answer the certified questions and, in the case of the second and third questions, the questions are reformulated, as follows:

- (1) Where a person is recognized as a Convention refugee or a person in need of protection by reason of being listed as a dependent on an inland refugee claim heard before the Refugee Protection Division (RPD), but where the RPD's decision to confer protection does not confirm that an individual or personalized risk assessment of the dependent was performed, is that person a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1) of the (*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27) and therefore subject to cessation of refugee status pursuant to subsection 108(2) of IRPA?

This question no longer needs to be answered.

## VII. Conclusion

[85] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel. Je répondrais aux questions certifiées et, dans le cas des deuxième et troisième questions, les questions telles que reformulées, comme suit :

- 1) Lorsqu'une personne est reconnue comme ayant qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger du fait qu'elle est inscrite comme personne à charge dans une demande d'asile présentée dans un bureau intérieur et instruite par la Section de la protection des réfugiés (la SPR), mais que la décision de la SPR ne confirme pas que la personne à charge a fait l'objet d'un examen des risques individuel ou personnalisé, cette personne a-t-elle qualité de réfugié au sens de la Convention au titre du paragraphe 95(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) et, par conséquent, peut-elle perdre l'asile au titre du paragraphe 108(2) de la LIPR?

Il n'est plus nécessaire de répondre à cette question.

(2) Is it reasonable for the RPD to rely upon evidence of the refugee's lack of subjective (let alone any) knowledge that use of a passport confers diplomatic protection to rebut the presumption that a refugee who acquires and travels on a passport issued by their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?

Yes.

(3) Is it reasonable for the RPD to rely upon evidence that a refugee took measures to protect themselves against their agent of persecution [or that of their family member who is the principal refugee applicant] to rebut the presumption that a refugee who acquires [or renews] a passport issued by their country of origin and uses it to return to their country of origin has intended to avail themselves of that state's protection?

Yes.

STRATAS J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

#### Appendix

Paragraph 3(3)(f) of IRPA

3 ...

#### **Application**

(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.

Subparagraph 25(1.2)(c)(i) of IRPA

25 ...

#### **Exceptions**

(1.2) The Minister may not examine the request if

...

2) Est-il raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve du manque de connaissance subjective (ou de simple connaissance) du réfugié quant au fait que l'utilisation d'un passeport confère une protection diplomatique pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert un passeport délivré par son pays d'origine et voyage muni de celui-ci a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

La réponse est « Oui ».

3) Est-il raisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés d'invoquer la preuve qu'un réfugié a pris des mesures pour se protéger de son agent de persécution (ou de celui du membre de sa famille qui est le demandeur d'asile principal) pour réfuter la présomption selon laquelle un réfugié qui acquiert (ou renouvelle) un passeport délivré par son pays d'origine et l'utilise pour retourner dans ce pays a eu l'intention de se réclamer de la protection de cet État?

La réponse est « Oui ».

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

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

#### Annexe

L'alinéa 3(3)f) de la LIPR

3 [...]

#### **Interprétation et mise en œuvre**

(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.

Le sous-alinéa 25(1.2)(c)(i) de la LIPR

25 [...]

#### **Exceptions**

(1.2) Le ministre ne peut étudier la demande de l'étranger faite au titre du paragraphe (1) dans les cas suivants :

[...]

(c) subject to subsection (1.21), less than 12 months have passed since

(i) the day on which the foreign national's claim for refugee protection was rejected or determined to be withdrawn — after substantive evidence was heard — or abandoned by the Refugee Protection Division, in the case where no appeal was made and no application was made to the Federal Court for leave to commence an application for judicial review ....

#### Section 40.1 of IRPA

##### Cessation of refugee protection — foreign national

**40.1 (1)** A foreign national is inadmissible on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased.

##### Cessation of refugee protection — permanent resident

(2) A permanent resident is inadmissible on a final determination that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d).

#### Paragraph 46(1)(c.1) of IRPA

##### Permanent resident

**46 (1)** A person loses permanent resident status

...

(c.1) on a final determination under subsection 108(2) that their refugee protection has ceased for any of the reasons described in paragraphs 108(1)(a) to (d); ...

#### Subsection 48(2) of IRPA

**48 ...**

##### Effect

(2) If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible.

c) sous réserve du paragraphe (1.21), moins de douze mois se sont écoulés depuis, selon le cas :

(i) le rejet de la demande d'asile ou le prononcé de son désistement — après que des éléments de preuve testimoniale de fond aient été entendus — ou de son retrait par la Section de la protection des réfugiés, en l'absence d'appel et de demande d'autorisation de contrôle judiciaire, [...]

#### L'article 40.1 de la LIPR

##### Perte de l'asile — étranger

**40.1 (1)** La décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant la perte de l'asile d'un étranger emporte son interdiction de territoire.

##### Perte de l'asile — résident permanent

(2) La décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l'un des alinéas 108(1)a) à d), la perte de l'asile d'un résident permanent emporte son interdiction de territoire.

#### L'alinéa 46(1)c.1) de la LIPR

##### Résident permanent

**46 (1)** Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants :

[...]

c.1) la décision prise, en dernier ressort, au titre du paragraphe 108(2) entraînant, sur constat des faits mentionnés à l'un des alinéas 108(1)a) à d), la perte de l'asile; [...]

#### Le paragraphe 48(2) de la LIPR

**48 [...]**

##### Conséquence

(2) L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible.

## Subsection 63(3) of IRPA

**63 ...****Right to appeal removal order**

**(3)** A permanent resident or a protected person may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision to make a removal order against them made under subsection 44(2) or made at an admissibility hearing.

## Paragraph 101(1)(b) of IRPA

**Ineligibility**

**101 (1)** A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if

...

**(b)** a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board; ...

## Subsections 108(1), (2) and (3) of IRPA

**Rejection**

**108 (1)** A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:

**(a)** the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality;

**(b)** the person has voluntarily reacquired their nationality;

**(c)** the person has acquired a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;

**(d)** the person has voluntarily become re-established in the country that the person left or remained outside of and in respect of which the person claimed refugee protection in Canada; or

**(e)** the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.

**Cessation of refugee protection**

**(2)** On application by the Minister, the Refugee Protection Division may determine that refugee protection referred to in subsection 95(1) has ceased for any of the reasons described in subsection (1).

## Le paragraphe 63(3) de la LIPR

**63 [...]****Droit d'appel : mesure de renvoi**

**(3)** Le résident permanent ou la personne protégée peut interjeter appel de la mesure de renvoi prise en vertu du paragraphe 44(2) ou prise à l'enquête.

## L'alinéa 101(1)(b) de la LIPR

**Irrecevabilité**

**101 (1)** La demande est irrecevable dans les cas suivants :

[...]

**b)** rejet antérieur de la demande d'asile par la Commission; [...]

## Les paragraphes 108(1), 108(2) et 108(3) de la LIPR

**Rejet**

**108 (1)** Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

**a)** il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité;

**b)** il recouvre volontairement sa nationalité;

**c)** il acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;

**d)** il retourne volontairement s'établir dans le pays qu'il a quitté ou hors duquel il est demeuré et en raison duquel il a demandé l'asile au Canada;

**e)** les raisons qui lui ont fait demander l'asile n'existent plus.

**Perte de l'asile**

**(2)** L'asile visé au paragraphe 95(1) est perdu, à la demande du ministre, sur constat par la Section de protection des réfugiés, de tels des faits mentionnés au paragraphe (1).

**Effect of decision**

**(3)** If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected.

## Subsection 110(2) of IRPA

**110 ...****Restriction on appeals**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Effet de la décision**

**(3)** Le constat est assimilé au rejet de la demande d'asile.

## Le paragraphe 110(2) de la LIPR

**110 [...]****Restriction**

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Paragraph 112(2)(b.1) of IRPA

L'alinéa 112(2)b.1) de la LIPR

**112 ...**

**Demande de protection**

**112 [...]**

**Exception**

**Exception**

**(2)** Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

**(2)** Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

...

[...]

**(b.1)** subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since

**b.1)** sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois se sont écoulés depuis, selon le cas :

**(i)** the day on which their claim for refugee protection was rejected — unless it was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention — or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division, in the case where no appeal was made and no application was made to the Federal Court for leave to commence an application for judicial review, or

**(i)** le rejet de sa demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet pour un motif prévu aux sections E ou F de l'article premier de la Convention — ou le prononcé de son désistement ou de son retrait par la Section de la protection des réfugiés, en l'absence d'appel et de demande d'autorisation de contrôle judiciaire,

**(ii)** in any other case, the latest of

**(ii)** dans tout autre cas, la dernière des éventualités ci-après à survenir :

**(A)** the day on which their claim for refugee protection was rejected — unless it was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention — or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or, if there was more than one such rejection or determination, the day on which the last one occurred,

**(A)** le rejet de la demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet pour un motif prévu aux sections E ou F de l'article premier de la Convention — ou le prononcé de son désistement ou de son retrait par la Section de la protection des réfugiés ou, en cas de pluralité de rejets ou de prononcés, le plus récent à survenir,

**(B)** the day on which their claim for refugee protection was rejected — unless it was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention

**(B)** son rejet — sauf s'il s'agit d'un rejet pour un motif prévu aux sections E ou F de l'article premier de la Convention — ou le prononcé de son désistement ou de

— or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Appeal Division or, if there was more than one such rejection or determination, the day on which the last one occurred, and

(C) the day on which the Federal Court refused their application for leave to commence an application for judicial review, or denied their application for judicial review, with respect to their claim for refugee protection, unless that claim was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention; ...

son retrait par la Section d'appel des réfugiés ou, en cas de pluralité de rejets ou de prononcés, le plus récent à survenir,

(C) le refus de l'autorisation de contrôle judiciaire ou le rejet de la demande de contrôle judiciaire par la Cour fédérale à l'égard de la demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet de cette demande prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet de celle-ci pour un motif prévu aux sections E ou F de l'article premier de la Convention; [...]

A-123-20  
2022 FCA 80

A-123-20  
2022 CAF 80

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

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**National Police Federation** (*Respondent*)

**La Fédération de la police nationale** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NATIONAL POLICE FEDERATION**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FÉDÉRATION DE LA POLICE NATIONALE**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Gleason JJ.A.—Ottawa, October 26, 2021 and May 13, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Gleason, J.C.A.—Ottawa, 26 octobre, 2021 et 13 mai 2022.

*Public Service — Labour Relations — Application for judicial review seeking to set aside Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board decision finding that employer Royal Canadian Mounted Police (RCMP) had violated statutory freeze contained in Federal Public Sector Labour Relations Act, s. 56 — Respondent applied to Board for certification as bargaining agent for bargaining unit composed of RCMP regular members, reservists — Employer made impugned change to its promotion policy while certification application still pending, certification freeze in place — Did not advise bargaining unit members or respondent of change, did not seek consent of Board — Asserted that decision to implement impugned policy change reached before onset of freeze period — Also asserted that Board required to follow Supreme Court decision in *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp. (Wal-Mart)*, which allows implementation of unilateral employer changes to wages, working conditions when statutory freeze in force so long as “the wheels [are] set in motion” among members of management to make change before freeze commenced or where change reasonable — Board found that decision to make impugned change made well after certification freeze commenced — Also found that Supreme Court had not changed principles applicable to statutory freeze complaints in way employer suggested — Concluded that impugned policy change could not have been reasonably anticipated by employees — Employer could not rely on business as usual exception — Board held, *inter alia*, that policy change significant but not urgent — Rejected employer’s interpretation of *Wal-Mart*, applied usual approach of Canadian labour boards to situation, determined that employer had violated Act, s. 56 in making impugned change to its promotion policy — Applicant submitted that Board failed to follow *Wal-Mart* — Main issue whether Board’s interpretation of decision in *Wal-Mart* reasonable — Board’s decision reasonable — Board provided more than adequate reasons for its rejection of employer’s*

*Fonction publique — Relations du travail — Demande de contrôle judiciaire sollicitant l’annulation de la décision rendue par la Commission des relations de travail et de l’emploi dans le secteur public fédéral qui a conclu que l’employeur la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) avait manqué au gel prévu à l’article 56 de la Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral — La défenderesse a fait une demande d’accréditation à titre d’agent négociateur d’une unité de négociation composée des membres réguliers et des réservistes de la GRC — Même si la demande d’accréditation de la défenderesse était toujours en instance et que le gel lié à l’accréditation était en vigueur, l’employeur a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions — L’employeur n’a pas avisé les membres de l’unité de négociation ni la défenderesse de la modification avant de l’apporter et il n’a pas demandé à la Commission d’y consentir — L’employeur a fait valoir qu’il était parvenu à la décision de mettre en œuvre la modification contestée de la politique avant le début de la période de gel — L’employeur a aussi soutenu que la Commission était tenue de suivre l’arrêt de la Cour suprême *Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada (Wal-Mart)*, qui permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l’employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu’un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRADUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu’un employeur raisonnable ferait — La Commission a conclu que la décision d’apporter la modification contestée avait été prise à une date nettement postérieure au début du gel — Elle a aussi estimé que la Cour suprême n’avait pas modifié de la manière avancée par l’employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi — Elle a conclu que les employés n’avaient pas pu raisonnablement prévoir la modification contestée — L’employeur ne pouvait pas invoquer*

*argument, reasonable interpretation of Wal-Mart — Board's interpretation of Wal-Mart conformed to labour precedents — Applicant's interpretation of Wal-Mart undermining statutory freeze provisions in labour legislation, allowing employers to make unprecedented changes to employee wages, working conditions during freeze period — Supreme Court in Wal-Mart applied objective test not unlike reasonable employee expectations test — In sum, Supreme Court intended to apply, not fundamentally alter decades of labour board jurisprudence in Wal-Mart — Application dismissed.*

*Administrative Law — Judicial Review — Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board finding that employer Royal Canadian Mounted Police (RCMP) had violated statutory freeze contained in Federal Public Sector Labour Relations Act, s. 56 — Employer made impugned change to its promotion policy while certification application still pending, certification freeze in place — Asserted that Board required to follow Supreme Court decision in United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp. (Wal-Mart), which allows implementation of unilateral employer changes to wages, working conditions when statutory freeze in force so long as “the wheels [are] set in motion” among members of management to make change before freeze commenced or where change reasonable — Board found that Supreme Court had not changed principles applicable to statutory freeze complaints in way employer suggested — Rejected employer's interpretation of Wal-Mart, applied usual approach of Canadian labour boards to situation — Applicant submitted that Board failed to follow Wal-Mart — Submitted that Supreme Court in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov held that failure to apply applicable precedent rendering decision unreasonable — Supreme Court did not establish bright line test in Vavilov — Approach in Vavilov to role of precedent much more nuanced, contextual — Administrative*

*l'exception du cours normal des affaires — La Commission a conclu, entre autres choses, qu'il s'agissait d'une modification importante, mais qui n'était pas urgente — Elle a rejeté l'interprétation que proposait l'employeur de l'arrêt Wal-Mart, elle a adopté l'approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la situation et elle a conclu que l'employeur avait contrevenu à l'article 56 de la Loi en apportant la modification contestée à sa politique sur les promotions — Le demandeur a soutenu que la Commission n'a pas suivi l'arrêt Wal-Mart — Il s'agissait de déterminer principalement si l'interprétation faite par la Commission de l'arrêt Wal-Mart était raisonnable — La décision de la Commission était raisonnable — La Commission a fourni des motifs plus que suffisants étayant son rejet de la thèse de l'employeur et a fait une interprétation tout à fait raisonnable de l'arrêt Wal-Mart — L'interprétation qu'a faite la Commission de l'arrêt Wal-Mart était tout à fait conforme à la jurisprudence en droit des relations de travail — L'interprétation que proposait le demandeur de l'arrêt Wal-Mart affaiblirait considérablement les dispositions législatives de gel des lois sur les relations du travail et elle permettrait aux employeurs d'apporter des modifications sans précédent aux salaires et conditions d'emploi des employés pendant une période de gel — La Cour suprême dans l'arrêt Wal-Mart a appliqué un critère objectif qui n'est pas sans ressembler au critère des attentes raisonnables des employés — En résumé, dans l'arrêt Wal-Mart, la Cour suprême avait l'intention de suivre, et non de modifier fondamentalement, les décennies de jurisprudence issue des tribunaux du travail — Demande rejetée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral a conclu que l'employeur la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) avait manqué au gel prévu à l'article 56 de la Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral — Même si la demande d'accréditation de la défenderesse était toujours en instance et que le gel lié à l'accréditation était en vigueur, l'employeur a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions — L'employeur a soutenu que la Commission était tenue de suivre l'arrêt de la Cour suprême Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada (Wal-Mart), qui permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l'employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu'un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRADUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu'un employeur raisonnable ferait — La Commission a estimé que la Cour suprême n'avait pas modifié de la manière avancée par l'employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi — Elle a rejeté l'interprétation que proposait l'employeur de l'arrêt Wal-Mart, elle a adopté l'approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la*

*decision maker may reasonably depart from own precedents provided adequate reasons for so doing given — Focus of review must be consideration of reasons of administrative decision maker — On issues regarding impact of precedent, reviewing court's analysis must be focussed on administrative decision maker's reasons for interpreting or declining to follow precedent — Precedent at issue must be understood in context of case in which it arose — Reasons given by administrative decision maker on these points of central importance, especially where, as here, judicial precedent falling within heartland of administrative decision maker's area of expertise.*

This was an application for judicial review seeking to set aside the decision of the Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board (Board) finding that the employer, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), had violated the statutory freeze contained in section 56 of the *Federal Public Sector Labour Relations Act* (Act).

The freeze prevents employers from unilaterally altering the terms and conditions following the filing of an application for certification or provision of notice to bargain for the employees' bargaining unit. Canadian labour boards have long interpreted statutory freeze provisions like section 56 as requiring a dynamic as opposed to a static freeze. They accordingly have held that statutory freeze provisions permit an employer to continue to operate in accordance with its prior pattern of operations or in accordance with the way in which employees could reasonably anticipate. In 2017, the respondent applied for certification as the agent for a bargaining unit composed of RCMP regular members and reservists. While the respondent's certification application was still pending and the certification freeze was in place, the RCMP made the impugned change to its promotion policy. The employer did not advise bargaining unit members or the respondent of the change before it was made and did not seek the consent of the Board to the change. Before the Board, the employer asserted that it had reached a decision to implement the impugned policy change before the onset of the freeze period during a June 27, 2016, Senior Executive Committee meeting. The employer also asserted that the Board was required to follow the decision of the Supreme Court in *United Food and Commercial Workers, Local 503*

*situation — Le demandeur a soutenu que la Commission n'a pas suivi l'arrêt Wal-Mart — Il a soutenu que la Cour suprême a conclu dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov que le fait de ne pas appliquer un précédent applicable rend une décision déraisonnable — La Cour suprême n'a pas établi, dans l'arrêt Vavilov, un critère de démarcation nette — L'approche de la Cour suprême dans l'arrêt Vavilov concernant le rôle des précédents est beaucoup plus nuancée et contextuelle — Le décideur administratif peut parfois déroger raisonnablement de ces précédents s'il fournit des motifs raisonnables à cet égard — Le contrôle doit porter principalement sur les motifs du décideur administratif — Pour ce qui est de l'incidence des précédents, la cour de révision, dans son analyse, doit se concentrer sur les motifs que le décideur administratif a donnés pour justifier son interprétation d'un précédent ou son refus de le suivre — Le précédent en question doit être interprété dans le contexte de l'affaire à son origine et dans le contexte plus large de la jurisprudence dans laquelle il s'inscrit — Les motifs donnés par le décideur administratif sur ces points revêtent une importance capitale, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, le précédent relève du domaine d'expertise du décideur administratif.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire sollicitant l'annulation de la décision rendue par la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral (la Commission) qui a conclu que l'employeur la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC) avait manqué au gel prévu à l'article 56 de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* (la Loi).

Ce gel empêche les employeurs de modifier unilatéralement les conditions après le dépôt d'une demande d'accréditation ou après la signification d'un avis de négociateur pour l'unité de négociation des employés. Les tribunaux du travail canadiens ont longtemps interprété les dispositions de gel comme exigeant un gel évolutif et non un gel statique. Par conséquent, ils ont conclu que les dispositions de gel permettent que l'employeur continue d'exercer ses activités en suivant les tendances antérieures ou, dans certains cas, s'il n'y a pas de telles tendances, d'une manière conforme à ce à quoi les employés peuvent raisonnablement s'attendre. En 2017, la défenderesse a fait une demande d'accréditation à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation composée des membres réguliers et des réservistes de la GRC. Même si la demande d'accréditation de la défenderesse était toujours en instance et que le gel lié à l'accréditation était en vigueur, la GRC a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions. L'employeur n'a pas avisé les membres de l'unité de négociation ni la défenderesse de la modification avant de l'apporter et il n'a pas demandé à la Commission d'y consentir. Devant la Commission, l'employeur a fait valoir qu'il était parvenu à la décision de mettre en œuvre la modification contestée de la politique avant le début de la période de gel lors d'une

v. *Wal-Mart Canada Corp.* (*Wal-Mart*), which required a dismissal of the respondent's application. More specifically, the employer alleged that *Wal-Mart* allows implementation of unilateral employer changes to wages and working conditions when a statutory freeze is in force so long as "the wheels [are] set in motion" among members of management to make the change before the freeze commenced or where the change is one a reasonable employer would make. The Board found that the decision to make the impugned change was made at the earliest on October 23, 2017, which was well after the certification freeze commenced. The Board also found that the Supreme Court had not changed the principles applicable to statutory freeze complaints in the way the employer suggested. The Board concluded that the impugned policy change could not have been reasonably anticipated by employees in the absence of any prior pattern of making similar changes or in the absence of any communication to them about the impending change prior to the onset of the statutory freeze. It further found that the employer could not rely on the business as usual exception in the absence of a prior practice of making similar changes or notification to employees before the freeze commenced. The Board rejected the employer's argument regarding the import of the Supreme Court's decision in *Wal-Mart*. The Board held, *inter alia*, that the policy change was significant but not one that was urgently required. The Board also noted that it would have been reasonable for the employer to wait on making the change when it received negative feedback from supervisors about the impact it was likely to have. It also underscored that the employer could have sought the concurrence of the Board to the change but that it had declined to do so. Taken together, these factors led the Board to conclude that the change was not one a reasonable employer would have made in similar circumstances. The Board therefore rejected the employer's interpretation of *Wal-Mart*, applied the usual approach of Canadian labour boards to the situation, and determined that the employer had violated section 56 of the Act in making the impugned change to its promotion policy. The applicant made two interconnected submissions with respect to the reasonableness of the Board's interpretation of the decision in *Wal-Mart*. It first submitted that the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* (*Vavilov*) held that failure to apply an applicable precedent renders a decision unreasonable and, second, that the Board failed to follow *Wal-Mart*, which it was bound to do.

réunion de l'État-major supérieur s'étant tenue le 27 juin 2016. L'employeur a aussi soutenu que la Commission était tenue de suivre l'arrêt *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada (Wal-Mart)* de la Cour suprême, suivant lequel la demande de la défenderesse devrait être rejetée. Plus précisément, l'employeur a fait valoir que l'arrêt *Wal-Mart* permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l'employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu'un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRADUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu'un employeur raisonnable ferait. La Commission a conclu que la décision d'apporter la modification contestée avait été prise au plus tôt le 23 octobre 2017, soit une date nettement postérieure au début du gel lié à l'accréditation. La Commission a aussi estimé que la Cour suprême n'avait pas modifié de la manière avancée par l'employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi. La Commission a conclu, comme dans ces précédents, que les employés n'avaient pas pu raisonnablement prévoir la modification contestée apportée à la politique vu qu'il n'existait pas de tendance antérieure concernant des modifications similaires et qu'ils n'avaient pas été informés de la modification imminente avant le début du gel prévu par la loi. Elle a également estimé que l'employeur ne pouvait pas invoquer l'exception du cours normal des affaires puisqu'il n'avait jamais mis en œuvre de modifications similaires auparavant et que les employés n'avaient reçu aucun avis avant le début du gel. La Commission n'a pas retenu l'argument de l'employeur concernant l'importance de l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême. La Commission a conclu, entre autres choses, qu'il s'agissait d'une modification importante, mais qui n'était pas urgente. La Commission a également fait remarquer qu'il aurait été raisonnable que l'employeur attende avant de mettre en œuvre la modification, étant donné qu'elle avait reçu de la part des superviseurs des commentaires négatifs au sujet des répercussions que cette modification aurait. Elle a aussi souligné que l'employeur aurait pu demander l'accord de la Commission concernant la modification mais qu'elle s'est abstenue de le faire. Ensemble, ces facteurs ont amené la Commission à conclure qu'un employeur raisonnable n'aurait pas mis en œuvre la modification dans des circonstances similaires. La Commission a donc rejeté l'interprétation que proposait l'employeur de l'arrêt *Wal-Mart*, elle a adopté l'approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la situation et elle a conclu que l'employeur avait contrevenu à l'article 56 de la Loi en apportant la modification contestée à sa politique sur les promotions. Le demandeur a présenté deux observations interreliées relativement au caractère raisonnable de l'interprétation par la Commission de l'arrêt *Wal-Mart*. Il a soutenu d'abord que la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov* (*Vavilov*) que le fait de ne pas appliquer un précédent



The main issue was whether the Board's interpretation of the decision of the Supreme Court in *Wal-Mart* was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The Board's decision in the instant case was reasonable. Concerning the administrative law point, contrary to what the applicant submitted, the Supreme Court did not establish a bright line test in *Vavilov*, which would require that failure to follow a case law precedent must necessarily result in an administrative decision being set aside. Quite the contrary, the Supreme Court's approach in *Vavilov* to the role of precedent is much more nuanced and contextual. *Vavilov* dealt with the impact of a failure to follow two types of precedents, namely, those from the administrative decision maker itself, and those from the courts. The Supreme Court held that an administrative decision maker, when dealing with its own precedents, may sometimes reasonably depart from them if it provides adequate reasons for so doing. As concerns departure from judicial precedents, the Supreme Court also held that, providing adequate explanations are given, an administrative decision maker may sometimes decline to follow a decision from the courts, depending on the circumstances. Thus, if the Board failed to follow *Wal-Mart* and provided an adequate explanation for doing so, it would not necessarily render its decision in the case at bar unreasonable. In deciding when an administrative decision maker may decline to follow a judicial precedent, *Vavilov* teaches that the focus of the review must be consideration of the reasons of the administrative decision maker, where reasons are given. On issues regarding the impact of precedent, as any other issue in judicial review, the reviewing court's analysis must be focussed on the reasons the administrative decision maker gave for interpreting or declining to follow a precedent. As part of this inquiry, the precedent at issue must be understood in the context of the case in which it arose and within its place in the broader case law. In understanding this context, the reasons given by the administrative decision maker on these points are of central importance, especially where, as here, the judicial precedent falls within the heartland of the administrative decision maker's area of expertise.

The Board provided more than adequate reasons for its rejection of the employer's argument and an entirely reasonable interpretation of the decision of the Supreme Court of Canada in *Wal-Mart*. The Board's interpretation of *Wal-Mart* squarely

applicable rend une décision déraisonnable, puis il a soutenu que la Commission n'a pas suivi l'arrêt *Wal-Mart* alors qu'elle était tenue de le faire.

Il s'agissait de déterminer principalement si l'interprétation faite par la Commission de l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La décision de la Commission en l'espèce était raisonnable. En ce qui concerne l'observation sur le droit administratif, contrairement à ce que le demandeur a soutenu, la Cour suprême n'a pas établi, dans l'arrêt *Vavilov*, un critère de démarcation nette qui voudrait que le défaut de suivre une jurisprudence donne nécessairement lieu à l'annulation de la décision administrative. Bien au contraire, dans l'arrêt *Vavilov*, l'approche de la Cour suprême concernant le rôle des précédents est beaucoup plus nuancée et contextuelle. Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a formulé des observations sur les conséquences liées au défaut de se conformer à deux types de précédents, à savoir ceux établis par le décideur administratif lui-même et ceux établis par les cours. La Cour suprême a conclu que, lorsqu'il étudie les précédents de son propre tribunal, le décideur administratif peut parfois déroger raisonnablement de ces précédents s'il fournit des motifs raisonnables à cet égard. En ce qui concerne le fait de déroger à la jurisprudence, la Cour suprême a également conclu que, tant que des explications raisonnables sont fournies, le décideur administratif peut parfois s'abstenir de suivre une décision rendue par les cours, selon les circonstances. Ainsi, si la Commission n'a pas suivi l'arrêt *Wal-Mart* et a justifié de manière adéquate cette décision, il s'ensuit que sa décision en l'espèce n'était pas nécessairement déraisonnable. En ce qui concerne les circonstances dans lesquelles le décideur administratif peut refuser de se conformer à un précédent, l'arrêt *Vavilov* enseigne que le contrôle doit porter principalement sur les motifs du décideur administratif lorsqu'ils sont fournis. Pour ce qui est de l'incidence des précédents, à l'instar de toute autre question examinée en contrôle judiciaire, la cour de révision, dans son analyse, doit se concentrer sur les motifs que le décideur administratif a donnés pour justifier son interprétation d'un précédent ou son refus de le suivre. Dans cet examen, le précédent en question doit être interprété dans le contexte de l'affaire à son origine et dans le contexte plus large de la jurisprudence dans laquelle il s'inscrit. Lorsqu'on se penche sur ce contexte, les motifs donnés par le décideur administratif sur ces points revêtent une importance capitale, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, le précédent relève du domaine d'expertise du décideur administratif.

La Commission a fourni des motifs plus que suffisants étayant son rejet de la thèse de l'employeur et a fait à une interprétation tout à fait raisonnable de l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada. L'interprétation qu'a faite la Commission

conformed to the labour precedents decided both before and after *Wal-Mart*. This was a strong—if not decisive—indicia of its reasonableness. Indeed, were the applicant’s interpretation of *Wal-Mart* to be accepted, it would largely undermine statutory freeze provisions in labour legislation and allow employers to make unprecedented changes to employee wages and working conditions during a freeze period, so long as there was a business justification for the decision that is not tainted by anti-union animus and management had reached the decision internally before the freeze commenced. The applicant took some of the comments in *Wal-Mart* out of context and placed an undue emphasis on a few of the words used by the majority of the Supreme Court. The Supreme Court found that the respondent Wal-Mart Canada Corporation in *Wal-Mart* violated the freeze because it was unreasonable for it to have closed a profitable store following certification in the absence of any prior plans to do so. In so deciding, the Supreme Court applied an objective test that is not unlike the reasonable employee expectations test. What was evaluated is whether the decision to impose a change is a reasonable one in light of the prohibition on making unilateral change to employees’ terms and conditions of employment during the period of the freeze. In other words, the Supreme Court asked whether a reasonable employer, aware and desirous of complying with the freeze provisions, would have closed the store. It answered no, in part, because so doing would have contradicted the reasonable expectations of its employees. In sum, the Supreme Court intended to apply and not fundamentally alter the decades of labour board jurisprudence in *Wal-Mart*.

de l’arrêt *Wal-Mart* était tout à fait conforme à la jurisprudence en droit des relations de travail antérieure et postérieure à l’arrêt *Wal-Mart*. Il s’agissait d’indices forts, voire décisifs, du caractère raisonnable de son interprétation. En fait, si l’interprétation que proposait le demandeur de l’arrêt *Wal-Mart* était retenue, elle affaiblirait considérablement les dispositions législatives de gel des lois sur les relations du travail et elle permettrait aux employeurs d’apporter des modifications sans précédent aux salaires et conditions d’emploi des employés pendant une période de gel, tant que la décision serait motivée par des considérations administratives qui ne seraient pas entachées de sentiment antisindical et que la direction avait pris la décision à l’interne avant le début du gel. Le demandeur a sorti de leur contexte certaines des observations de l’arrêt *Wal-Mart* et a accordé trop d’importance à quelques-uns des termes utilisés par les juges majoritaires de la Cour suprême. La Cour suprême a conclu que l’intimée la Compagnie Wal-Mart du Canada avait violé le gel puisqu’il était déraisonnable que l’entreprise ferme un magasin rentable après l’accréditation alors qu’elle n’avait pas eu au préalable l’intention de le faire. Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême a appliqué un critère objectif qui n’est pas sans ressembler au critère des attentes raisonnables des employés. L’élément à examiner est la question de savoir si la décision d’imposer une modification est raisonnable à la lumière de l’interdiction d’apporter des modifications unilatérales aux conditions d’emploi des employés pendant la période de gel. En d’autres termes, la Cour suprême a en fait examiné si un employeur raisonnable, averti et soucieux de se conformer aux dispositions de gel aurait fermé le magasin. Elle a répondu par la négative, notamment parce qu’en agissant de la sorte, l’employeur serait allé à l’encontre des attentes raisonnables de ses employés. En résumé, dans l’arrêt *Wal-Mart*, la Cour suprême avait l’intention de suivre, et non de modifier fondamentalement, les décennies de jurisprudence issue des tribunaux du travail.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Public Sector Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, ss. 56, 107, 186(1),(2).  
*Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board Act*, S.C. 2013, c. 40, s. 365, s. 34(1).  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 59.

#### CASES CITED

NOT FOLLOWED:

*Service d’administration P.C.R. Ltée v. Reyes*, 2020 FC 659.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code du travail*, RLRQ, ch. C-27, art. 59.  
*Loi sur la Commission des relations de travail et de l’emploi dans le secteur public fédéral*, L.C. 2013, ch. 40, art. 365, art. 34(1).  
*Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 56, 107, 186(1),(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

*Service d’administration P.C.R. Ltée c. Reyes*, 2020 CF 659.

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1.

## CONSIDERED:

*United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323; *Canadian Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink & Distillery Workers v. Simpsons Limited*, [1985] O.L.R.B. Rep. April 594, 1985 CanLII 949; *Ontario Public Service Employees Union v. Royal Ottawa Health Care Group Institute of Mental Health Research*, 1999 CanLII 20151 (Ont. L.R.B.).

## REFERRED TO:

*Union of Bank Employees, Locals 2104 & 2100 v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 307, 1979 CarswellNat 725 (WL Can.); *I.B. of T.C.W. & H. of A., Local 362 v. Mid-Continental Tank Lines Inc.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 138, 1986 CarswellNat 908 (WL Can.); *S.P.A.T.E.A. v. Spar Aerospace Products Ltd.*, [1978] O.L.R.B. Rep. 859, 1978 CarswellOnt 1117 (WL Can.); *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *National Police Federation v. Treasury Board*, 2019 FPSLRB 74; *Canada (Attorney General) v. Alexis*, 2021 FCA 216, 2021 CarswellNat 4869 (WL Can.); *Gulia v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 106, 2021 CarswellNat 1617 (WL Can.); *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Canadian Association of Professional Employees v. Treasury Board (Department of Public Works and Government Services)*, 2016 PSLREB 68; *Office and Professional Employees International Union v. Canadian Helicopters Limited (Canadian Helicopters Offshore)*, sub nom. *Canadian Helicopters Limited doing business as Canadian Helicopters Offshore*, 2018 CIRB 891, affd *Canadian Helicopters Limited v. Office and Professional Employees International Union*, 2020 FCA 37; *Canadian Federal Pilots Association v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 52; *Canadian Federal Pilots Association v. Department of Transport, Transportation Safety Board, and Treasury Board Secretariat*, 2018 FPSLRB 91; *Public Service Alliance of Canada v. Anishinabek Police Service*, 2018 CanLII 81987 (Ont. L.R.B.); *Teamsters Local Union No. 31 v. 669779 Ontario Ltd. O/A CSA Transportation*, sub nom. *669779 Ontario Ltd. O/A CSA Transportation*, 2018 CIRB 894; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2017 FPSLRB 16; *Union of Canadian Correctional Officers – Syndicat des agents correctionnels du Canada – CSN v. Treasury Board*, 2016 PSLREB 47;

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323; *Canadian Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink & Distillery Workers v. Simpsons Limited*, [1985] O.L.R.B. Rep. April 594, 9 C.L.R.B.R. (N.S.) 343, 1985 CanLII 949; *Ontario Public Service Employees Union v. Royal Ottawa Health Care Group Institute of Mental Health Research*, 1999 CanLII 20151 (C.R.T. de l'Ont.).

## DÉCISION MENTIONNÉES :

*Syndicat des employés de banque, sections locales 2104 et 2100 c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 307, 1979 CarswellNat 726 (WL Can.); *Syndicat des Teamsters, section locale 362 de la Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs, chauffeurs, préposés d'entrepôts et aides c. Mid-Continental Tank Lines Inc.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 138, 1986 CarswellNat 909 (WL Can.); *S.P.A.T.E.A. v. Spar Aerospace Products Ltd.*, [1978] O.L.R.B. Rep. 859, 1978 CarswellOnt 1117 (WL Can.); *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Fédération de la police nationale c. Conseil du Trésor*, 2019 CRTESPF 74, 2019 LNCRTESPF 56 (QL); *Canada (Procureur général) c. Alexis*, 2021 CAF 216, 2021 CarswellNat 4869 (WL Can.); *Gulia c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 106, 2021 CarswellNat 1617 (WL Can.); *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Association canadienne des employés professionnels c. Conseil du Trésor (ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2016 CRTEFP 68, 2016 LNCRTEFP 68 (QL); *Syndicat international des employées et employés professionnels(les) et de bureau c. Hélicoptères Canadiens limitée (Hélicoptères Canadiens Offshore)*, sub nom. *Hélicoptères Canadiens limitée faisant affaire sous la raison sociale Hélicoptères Canadiens Offshore*, 2018 CCRI 891, sub nom. *Hélicoptères Canadiens Ltée (f.a.s. Hélicoptères Canadiens Offshore) (Re)*, [2018] D.C.C.R.I. n° 21 (QL), conf. par *Canadian Helicopters Limited c. Syndicat international des employées et employés professionnels(les) et de bureau*, 2020 CAF 37, [2020] A.C.F. n° 169 (QL); *Association des pilotes fédéraux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 52; *Association des pilotes fédéraux du Canada c. Ministère des Transports, Bureau de la sécurité des transports et Secrétariat du Conseil du Trésor*, 2018 CRTESPF 91, 2018 LNFPSLRB 95 (QL); *Public*

*Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Correctional Service of Canada)*, 2017 FPSLRB 11; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board*, 2016 PSLREB 107; *Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union 647, affiliated with the International Brotherhood of Teamsters v. Canada Bread Company Limited*, 2016 CanLII 25094 (Ont. L.R.B.); *Federal Government Dockyard Chargehands Association v. Treasury Board (Department of National Defence)*, 2016 PSLREB 26; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency)*, 2016 PSLREB 19; *Alberta Union of Provincial Employees and Shepherd's Care Foundation*, [2016] Alta. L.R.B.R. 33, sub nom. *Shepherd's Care Foundation and AUPE, Re*, 2016 CarswellAlta 796 (WL Can.), sub nom. *Shepherd's Care Foundation (Re)*, [2016] A.L.R.B.D. No. 30 (QL); *New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1840, sub nom. New Brunswick (Board of Management) (Re)* (2014), 252 C.L.R.B.R. (2d) 149, [2014] N.B.L.E.B.D. No. 27 (QL) (N.B. L.E.B.); *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2019 FPSLRB 110; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN v. Conseil des Innus de Pessamit, sub nom. Conseil des Innus de Pessamit*, 2016 CIRB 831; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN v. Conseil des Innus de Pessamit, sub nom. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CIRB 861; *Corporation de l'École Polytechnique de Montréal c. Association syndicale des salarié-e-s étudiant-e-s de la Polytechnique*, 2015 CanLII 13848 (Qc SAT); *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.* (1973), [1975] 1 S.C.R. 382; *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, 97 D.L.R. (3d) 417; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, 2019 FCA 41, 432 D.L.R. (4th) 170; *Canada (Attorney General) v. Best Buy Canada Ltd.*, 2021 FCA 161.

*Service Alliance of Canada v. Anishinabek Police Service*, [2018] O.L.R.B. Rep. 635, 2018 CanLII 81987; *Section locale 31 de la Fraternité internationale des Teamsters c. 669779 Ontario limitée s/n CSA Transportation, sub nom. 669779 Ontario limitée s/n CSA Transportation*, 2018 CCRI 894, sub nom. 669779 Ontario liée (f.a.s. CSA Transportation (Re)), [2018] D.C.C.R.I. n° 29 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2017 CRTESPF 16, 2017 LNCRTESPF 16 (QL); *Syndicat des agents correctionnels – Union of Canadian Correctional Officers – CSN c. Conseil du Trésor*, 2016 CRTEFP 47, 2016 LNCRTTEFP 47 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2017 CRTESPF 11, 2017 LNCRTESPF 11 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor*, 2016 CRTEFP 107, 2016 LNCRTTEFP 107 (QL); *Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union 647, affiliated with the International Brotherhood of Teamsters v. Canada Bread Company Limited*, [2016] O.L.R.B. Rep. March/April 161, 2016 CanLII 25094; *L'Association des chefs d'équipes des chantiers maritimes du gouvernement fédéral c. Conseil du Trésor (ministère de la Défense nationale)*, 2016 CRTEFP 26, 2016 LNCRTTEFP 26 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2016 CRTEFP 19, 2016 LNCRTTEFP 19 (QL); *Alberta Union of Provincial Employees and Shepherd's Care Foundation*, [2016] Alta. L.R.B.R. 33, sub nom. *Shepherd's Care Foundation and AUPE, Re*, 2016 CarswellAlta 796 (WL Can.), sub nom. *Shepherd's Care Foundation (Re)*, [2016] A.L.R.B.D. n° 30 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)* (2014), 252 C.L.R.B.R. (2d) 149, [2014] N.B.L.E.B.D. n° 27 (QL) (C.T.E. du N.-B.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2019 CRTESPF 110; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN c. Conseil des Innus de Pessamit, sub nom. Conseil des Innus de Pessamit*, 2016 CCRI 831, 18 C.L.R.B.R. (3d) 214; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN c. Conseil des Innus de Pessamit, sub nom. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CCRI 861, 51 C.L.R.B.R. (3d) 246; *Corporation de l'École Polytechnique de Montréal v. Association syndicale des salarié-e-s étudiant-e-s de la Polytechnique*, 2015 CanLII 13848 (Qc SAT); *Union internationale des employés des services, Local n°. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et al.* (1973), [1975] 1 R.C.S. 382, 1973 CanLII 191; *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, 1979 CanLII 23; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction Publique du Canada*, 2019 CAF 41, [2019] A.C.F. n° 217 (QL); *Canada (Procureur général) c. Best Buy Canada Ltd.*, 2021 CAF 161, [2021] F.C.J. n° 848 (QL).

APPLICATION for judicial review seeking to set aside the decision of the Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board (Board) (*National Police Federation v. Treasury Board*, 2020 FPSLREB 44) finding that the employer, the Royal Canadian Mounted Police, had violated the statutory freeze contained in section 56 of the *Federal Public Sector Labour Relations Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Kieran Dyer* and *Richard Fader* for applicant.  
*Christopher Rootham* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for respondent.

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

GLEASON J.A.:

[1] Labour legislation in all Canadian jurisdictions imposes a freeze on the terms and conditions of employment of bargaining unit employees. The freeze prevents employers from unilaterally altering the terms and conditions following the filing of an application for certification or provision of notice to bargain for the employees' bargaining unit. The *Federal Public Sector Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (the FPSLRA) contains such statutory freeze provisions. One, in section 56, applies after an employer has been advised that an application for certification has been made. This is sometimes called a "certification freeze". Another, in section 107, applies after notice to bargain has been given. This is sometimes called a "bargaining freeze".

[2] Canadian labour boards, including the Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board and its predecessors (collectively, the Board) have long

DEMANDE de contrôle judiciaire sollicitant l'annulation de la décision rendue par la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral (*Fédération de la police nationale c. Conseil du Trésor*, 2020 CRTESPF 44) qui a conclu que l'employeur la Gendarmerie Royale du Canada avait manqué au gel prévu à l'article 56 de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Kieran Dyer* et *Richard Fader* pour le demandeur.  
*Christopher Rootham* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

*Nelligan O'Brien Payne s.r.l.*, Ottawa, pour la défenderesse.

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

LA JUGE GLEASON, J.C.A.:

[1] Dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada, les lois du travail imposent le gel des conditions d'emploi des employés appartenant à une unité de négociation. Ce gel empêche les employeurs de modifier unilatéralement les conditions après le dépôt d'une demande d'accréditation ou après la signification d'un avis de négocier pour l'unité de négociation des employés. La *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (la Loi), contient ce type de disposition de gel. L'article 56 de la Loi s'applique après qu'un employeur a été avisé qu'une demande d'accréditation a été présentée. Il s'agit de ce qu'on appelle parfois le « gel lié à l'accréditation ». L'article 107, quant à lui, s'applique après la signification d'un avis de négocier. Il s'agit de ce qu'on appelle parfois le « gel lié aux négociations ».

[2] Les tribunaux du travail canadiens, notamment la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral et ses prédécesseurs (collectivement,



interpreted statutory freeze provisions like these as requiring a dynamic as opposed to a static freeze. They accordingly have held that statutory freeze provisions permit—and sometimes require—an employer to continue to operate in accordance with its prior pattern of operations (including by continuing to implement decisions made and announced to employees before the onset of the freeze period) or, in some instances, in the absence of such a pattern, in accordance with the way in which employees could reasonably anticipate. The case law has recognized these approaches as encompassing a “business as before” or “business as usual” test and a “reasonable employee expectation” test.

[3] Labour boards have also held that the freeze provisions are designed to provide trade unions a stable substratum of wages and working conditions from which to bargain and that the certification freeze also operates to prevent erosion of support for a trade union following certification. Thus, as noted by the respondent at paragraph 31 of its memorandum of fact and law, freeze provisions have “a symbiotic relationship with the duty to recognize a union and bargain in good faith.”

[4] In this application for judicial review, the applicant seeks to set aside the decision of the Board in *National Police Federation v. Treasury Board*, 2020 FPSLRB 44. In that decision, the Board found that the employer had violated the statutory freeze contained in section 56 of the FPSLRA by unilaterally implementing a change in employee eligibility for promotion in circumstances where the decision to make the change was reached by the employer after the commencement of the freeze period and was communicated to employees after the onset of the freeze. In so deciding, the Board followed and applied a long line of case law of its own and from other labour boards regarding the interpretation of statutory freeze provisions.

[5] The applicant submits that in so deciding, the Board reached an unreasonable determination because the result is at odds with the decision of the Supreme Court of Canada in *United Food and Commercial Workers*,

la Commission), ont longtemps interprété les dispositions de gel comme exigeant un gel évolutif et non un gel statique. Par conséquent, ils ont conclu que les dispositions de gel permettent, et exigent parfois, que l’employeur continue d’exercer ses activités en suivant les tendances antérieures (y compris en continuant à mettre en œuvre des décisions prises et annoncées aux employés avant le début de la période de gel) ou, dans certains cas, s’il n’y a pas de telles tendances, d’une manière conforme à ce à quoi les employés peuvent raisonnablement s’attendre. La jurisprudence a reconnu que ces approches comprenaient le critère des « pratiques antérieures » ou du « cours normal des affaires » et le critère des « attentes raisonnables des employés ».

[3] Les tribunaux du travail ont aussi conclu que les dispositions de gel sont censées fournir aux syndicats des salaires et des conditions de travail de base stables à partir desquels négocier et que le gel lié à l’accréditation vise aussi à empêcher l’érosion du soutien au syndicat après l’accréditation. Ainsi, comme l’a fait observer la défenderesse au paragraphe 31 de son mémoire des faits et du droit, les dispositions de gel ont [TRADUCTION] « une relation symbiotique avec l’obligation de reconnaître le syndicat et de négocier de bonne foi ».

[4] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur sollicite l’annulation de la décision *Fédération de la police nationale c. Conseil du Trésor*, 2020 CRTESPF 44, 2020 LNCRTESPF 41 (QL), rendue par la Commission. Dans cette décision, la Commission a conclu que l’employeur avait manqué au gel prévu à l’article 56 de la Loi en mettant en œuvre unilatéralement un changement à l’admissibilité des employés à une promotion parce qu’il avait pris la décision d’effectuer ce changement après le début de la période de gel et que cette décision avait été communiquée aux employés après le début du gel. Pour rendre cette décision, la Commission a suivi et appliqué sa propre jurisprudence de longue date ainsi que celle d’autres tribunaux du travail concernant l’interprétation des dispositions législatives de gel.

[5] Le demandeur fait valoir que, pour rendre cette décision, la Commission a tiré une conclusion déraisonnable, car le résultat est en contradiction avec l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Travailleurs et travailleuses unis*



*Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323 (*Wal-Mart*), which the applicant submits fundamentally changes the interpretation of statutory freeze provisions. The applicant says that, by virtue of the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the failure to follow *Wal-Mart* means that the Board's decision is unreasonable and must be set aside.

[6] The applicant further submits that the Board improperly reversed the onus of proof and reached an unreasonable factual determination when it concluded that the decision in question was not made until after the onset of the freeze period. The applicant also says that the Board violated its procedural fairness rights in addressing this issue because the date the decision was made was not contested before the Board.

[7] I disagree with the applicant on all points, and for the reasons that follow, would dismiss this application, with costs.

#### I. Background and the Decision of the Board

[8] It is useful to commence by setting out the applicable statutory provisions.

[9] Section 56 of the FPSLRA (the certification freeze provision in the FPSLRA) provided as follows at the times relevant to this application:

##### **Continuation of terms and conditions**

**56** After being notified of an application for certification made in accordance with this Part ..., the employer may not, except under a collective agreement or with the consent of the Board, alter the terms and conditions of employment that are applicable to the employees in the proposed bargaining unit and that may be included in a collective agreement until

(a) the application has been withdrawn by the employee organization or dismissed by the Board; or

*de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323 (*Wal-Mart*), lequel, selon le demandeur, modifie fondamentalement l'interprétation des dispositions législatives de gel. Le demandeur affirme qu'en raison de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), rendu par la Cour suprême du Canada, l'omission par la Commission de suivre l'arrêt *Wal-Mart* signifie que sa décision est déraisonnable et qu'elle doit être annulée.

[6] Le demandeur soutient en outre que la Commission a indûment inversé le fardeau de la preuve et qu'elle a tiré une conclusion de fait déraisonnable en concluant que la décision en question avait été prise après le début de la période de gel. Le demandeur affirme également qu'il y a eu manquement à son droit à l'équité procédurale dans l'examen de cette question parce que la date à laquelle la décision avait été prise n'a pas été discutée devant la Commission.

[7] Je suis en désaccord avec le demandeur sur tous ces points et, pour les motifs qui suivent, je rejeterais la présente demande, avec dépens.

#### I. Contexte et décision de la Commission

[8] Il convient de commencer par énoncer les dispositions législatives applicables.

[9] L'article 56 de la Loi (la disposition de gel lié à l'accréditation que prévoit la Loi) était rédigé ainsi durant la période pertinente en l'espèce :

##### **Maintien des conditions d'emploi**

**56** Après notification d'une demande d'accréditation faite en conformité avec la présente partie, l'employeur ne peut modifier les conditions d'emploi applicables aux fonctionnaires de l'unité de négociation proposée et pouvant figurer dans une convention collective, sauf si les modifications se font conformément à une convention collective ou sont approuvées par la Commission. Cette interdiction s'applique, selon le cas :

a) jusqu'au retrait de la demande par l'organisation syndicale ou au rejet de celle-ci par la Commission;

**(b)** 30 days have elapsed after the day on which the Board certifies the employee organization as the bargaining agent for the unit.

[10] As the Board noted in the decision under review, section 56 was subsequently amended, but these amendments are not germane to this application.

[11] The instant case was the first time the Board interpreted section 56 of the FPSLRA, which came into force in 2005. The Board had not previously been called upon to interpret section 56 of the FPSLRA, likely because there have been relatively few certification applications in the federal public sector in recent years, which has been heavily unionized for some time. However, the Board has interpreted section 107 of the FPSLRA, the bargaining freeze, in many cases prior to the decision under review. Section 107 of the FPSLRA currently provides:

**Duty to observe terms and conditions**

**107** Unless the parties otherwise agree, and subject to section 132, after the notice to bargain collectively is given, each term and condition of employment applicable to the employees in the bargaining unit to which the notice relates that may be included in a collective agreement, and that is in force on the day the notice is given, is continued in force and must be observed by the employer, the bargaining agent for the bargaining unit and the employees in the bargaining unit until a collective agreement is entered into in respect of that term or condition or

**(a)** if the process for the resolution of a dispute is arbitration, an arbitral award is rendered; or

**(b)** if the process for the resolution of a dispute is conciliation, a strike could be declared or authorized without contravening subsection 194(1).

[12] In the decision under review, the Board held that its case law interpreting section 107 of the FPSLRA was relevant under section 56 because similar principles apply to the two statutory freeze provisions (at paragraph 45).

**b)** jusqu'à l'expiration du délai de trente jours suivant la date d'accréditation de l'organisation syndicale.

[10] Comme la Commission l'a fait observer dans la décision faisant l'objet du contrôle, l'article 56 de la Loi a par la suite été modifié, mais ces modifications ne sont pas pertinentes en l'espèce.

[11] La présente affaire est la première où la Commission a interprété l'article 56 de la Loi, qui est entré en vigueur en 2005. La Commission n'avait pas été appelée auparavant à interpréter cet article, vraisemblablement parce qu'il y a eu ces dernières années relativement peu de demandes d'accréditation dans le secteur public fédéral qui est, depuis un certain temps, fortement syndiqué. Cependant, dans de nombreuses décisions rendues avant celle faisant l'objet du présent contrôle, la Commission a interprété l'article 107 de la Loi, le gel lié aux négociations. Cette disposition est actuellement rédigée ainsi :

**Obligation de respecter les conditions d'emploi**

**107** Une fois l'avis de négocier collectivement donné, sauf entente à l'effet contraire entre les parties aux négociations et sous réserve de l'article 132, les parties, y compris les fonctionnaires de l'unité de négociation, sont tenues de respecter chaque condition d'emploi qui peut figurer dans une convention collective et qui est encore en vigueur au moment où l'avis de négocier a été donné, et ce, jusqu'à la conclusion d'une convention collective comportant cette condition ou :

**a)** dans le cas où le mode de règlement des différends est l'arbitrage, jusqu'à ce que la décision arbitrale soit rendue;

**b)** dans le cas où le mode de règlement des différends est le renvoi à la conciliation, jusqu'à ce qu'une grève puisse être déclarée ou autorisée, le cas échéant, sans qu'il y ait contravention au paragraphe 194(1).

[12] Dans la décision faisant l'objet du présent contrôle, la Commission a conclu que la jurisprudence interprétant l'article 107 de la Loi était utile à l'interprétation de l'article 56 de la Loi, car des principes similaires s'appliquent aux deux dispositions législatives de gel (au paragraphe 45).

[13] Neither party disputes the applicability of case law arising under section 107 to cases involving an alleged breach of section 56 of the FPSLRA. Indeed, other labour boards have also followed this approach and sometimes have applied their case law from bargaining-freeze cases in certification-freeze cases (see, e.g., *Union of Bank Employees, Locals 2104 & 2100 v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 307, 1979 CarswellNat 725 (WL Can.); *I.B. of T.C.W. & H. of A., Local 362 v. Mid-Continental Tank Lines Inc.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 138, 1986 CarswellNat 908 (WL Can.); *S.P.A.T.E.A. v. Spar Aerospace Products Ltd.*, [1978] O.L.R.B. Rep. 859, 1978 CarswellOnt 1117 (WL Can.), as well as the reasons of the Board in this case, at paragraph 45.)

[14] The facts giving rise to this application are discussed at length in the Board's decision, and, for purposes of these Reasons, it is necessary to only briefly outline them.

[15] The dispute in this case arose between the Treasury Board (which was named as the employer before the Board) and the National Police Federation (the Federation). On April 18, 2017, the Federation applied to the Board for certification as the bargaining agent for a bargaining unit composed of Royal Canadian Mounted Police (RCMP) regular members and reservists. RCMP members were not previously unionized, having been excluded from collective bargaining prior to the amendments to the FPSLRA made in 2017 in the wake of the decision of the Supreme Court of Canada in *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3.

[16] The certification freeze remained in effect until 30 days following the certification of the Federation on July 12, 2019 (see *National Police Federation v. Treasury Board*, 2019 FPSLRB 74).

[17] While the Federation's certification application was still pending and the certification freeze was in place,

[13] Ni l'une ni l'autre des parties ne conteste le fait que la jurisprudence portant sur l'article 107 de la Loi soit applicable aux affaires portant sur une violation alléguée de l'article 56 de la Loi. En fait, d'autres tribunaux du travail ont adopté cette approche et ont parfois appliqué dans des affaires relatives à un gel lié à l'accréditation leur jurisprudence portant sur un gel lié aux négociations (voir, par exemple, *Syndicat des employés de banque, sections locales 2104 et 2100 c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 307, 1979 CarswellNat 726 (WL Can.); *Syndicat des Teamsters, section locale 362 de la Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs, chauffeurs, préposés d'entrepôts et aides c. Mid-Continental Tank Lines Inc.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 138, 1986 CarswellNat 909 (WL Can.); *S.P.A.T.E.A. v. Spar Aerospace Products Ltd.*, [1978] O.L.R.B. Rep. 859, 1978 CarswellOnt 1117 (WL Can.), ainsi que les motifs de la Commission en l'espèce au paragraphe 45.)

[14] Les faits donnant lieu à la présente demande sont examinés en détail dans la décision de la Commission et, pour les besoins des présents motifs, il suffit de les rappeler brièvement.

[15] Le litige en l'espèce est survenu entre le Conseil du Trésor (qui est désigné à titre d'employeur devant la Commission) et la Fédération de la police nationale (la Fédération). Le 18 avril 2017, la Fédération a présenté à la Commission une demande d'accréditation à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation composée des membres réguliers et des réservistes de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC). Les membres de la GRC n'étaient pas syndiqués auparavant parce qu'ils étaient exclus de la négociation collective avant les modifications apportées à la Loi en 2017 à la suite de l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.

[16] Le gel lié à l'accréditation est resté en vigueur pendant 30 jours après la date d'accréditation de la Fédération, le 12 juillet 2019 (voir *Fédération de la police nationale c. Conseil du Trésor*, 2019 CRTESPF 74, 2019 LNCRTESPF 56 (QL)).

[17] Même si la demande d'accréditation de la Fédération était toujours en instance et que le gel lié à

the RCMP made the impugned change to its promotion policy. It had previously made only one other somewhat similar change to the policy.

[18] Prior to the change at issue in the case at bar, RCMP Sergeants could apply to be promoted to the rank of Staff Sergeant and Corporals to the rank of Sergeant before completing the RCMP's Management Development Program or Supervisor Development Program. The Management Development Program and Supervisor Development Program take twelve months to complete and involve pre-class online learning, several days of in-class instruction and application in the workforce.

[19] On November 20, 2017, while the certification freeze was still in force, the RCMP amended its Career Management Manual (the promotion policy) to require Sergeants promoted after March 31, 2018, to complete the Management Development Program before applying for promotion to the rank of Staff Sergeant and Corporals promoted after March 31, 2019, to complete the Supervisor Development Program before applying for promotion to the rank of Sergeant.

[20] The employer did not advise bargaining unit members or the Federation of the change before it was made and did not seek the consent of the Board to the change. Bargaining unit members and the Federation were unhappy with the change to the promotion policy, which many felt would unfairly restrict access to promotions due to an inability to access the Management Development Program and Supervisor Development Program. This was of particular concern to specialized staff and those working in remote areas with smaller detachments, where it was less likely they could be released to participate in the Management Development Program and Supervisor Development Program courses due to operational requirements. On February 15, 2018, the Federation filed a complaint with the Board, alleging a violation of section 56 of the FPSLRA.

l'accréditation était en vigueur, la GRC a apporté la modification contestée à sa politique sur les promotions. Elle n'avait antérieurement apporté qu'une autre modification quelque peu semblable à sa politique.

[18] Avant que ne soit apportée la modification en cause en l'espèce, les sergents de la GRC pouvaient demander une promotion au grade de sergent d'état-major et les caporaux pouvaient présenter une demande de promotion au grade de sergent avant d'avoir terminé le Programme de perfectionnement des gestionnaires ou le Programme de perfectionnement des superviseurs de la GRC. Ces programmes durent douze mois et sont constitués d'abord d'apprentissage en ligne, puis de plusieurs jours d'enseignement en classe et de l'application des enseignements en milieu de travail.

[19] Le 20 novembre 2017, alors que le gel lié à l'accréditation était encore en vigueur, la GRC a modifié son Manuel de la gestion des carrières (la politique sur les promotions) pour exiger que les sergents promus après le 31 mars 2018 réussissent le Programme de perfectionnement des gestionnaires avant qu'ils puissent demander d'être promus au rang de sergent d'état-major et que les caporaux promus après le 31 mars 2019 réussissent le Programme de perfectionnement des superviseurs avant qu'ils puissent demander d'être promus au rang de sergent.

[20] L'employeur n'a pas avisé les membres de l'unité de négociation ni la Fédération de la modification avant de l'apporter et il n'a pas demandé à la Commission d'y consentir. Les membres de l'unité de négociation et la Fédération n'ont pas été satisfaits de la modification apportée à la politique sur les promotions qui, selon beaucoup de leurs membres, limiterait injustement l'accès aux promotions en raison de l'impossibilité d'accéder au Programme de perfectionnement des gestionnaires et au Programme de perfectionnement des superviseurs. Cette nouvelle exigence préoccupait particulièrement le personnel spécialisé et les personnes travaillant dans des zones éloignées au sein de plus petits détachements, qui, pour des motifs opérationnels, seraient moins susceptibles d'être libérés pour participer au Programme de perfectionnement des gestionnaires et au Programme de perfectionnement des superviseurs. Le 15 février 2018, la

[21] Before the Board, the employer made two principal arguments.

[22] First, it asserted, on a factual basis, that it had reached a decision to implement the impugned policy change before the onset of the freeze period during a June 27, 2016, Senior Executive Committee (SEC) meeting.

[23] Second, it asserted that the Board was required to follow the decision of the Supreme Court of Canada in *Wal-Mart*, which required a dismissal of the Federation's application. More specifically, the employer alleged that *Wal-Mart* allows implementation of unilateral employer changes to wages and working conditions when a statutory freeze is in force so long as "the wheels [are] set in motion" among members of management to make the change before the freeze commenced or where the change is one a reasonable employer would make. According to the employer, the Supreme Court of Canada determined in *Wal-Mart* that reasonable employee expectations are irrelevant under the business as usual approach to the freeze because the two tests are separate and distinct. Therefore, the appellant asserted that, subsequent to the decision in *Wal-Mart*, it is unnecessary that an impending change be disclosed to employees or their union before the freeze commences, even in the absence of any prior pattern of making similar changes, so long as the "wheels [were] set in motion" to make the change before the freeze started. Because it claimed that a decision to implement the change to the RCMP promotion policy had been made before the onset of the certification freeze, the employer asserted that it was free to make the change in question.

[24] The Board disagreed with the employer's arguments.

[25] It found, as a matter of fact, that the decision to make the impugned change was made at the earliest

Fédération a déposé une plainte auprès de la Commission, alléguant une violation de l'article 56 de la Loi.

[21] Devant la Commission, l'employeur a fait valoir deux principaux arguments.

[22] Premièrement, il a fait valoir, sur des bases factuelles, qu'il était parvenu à la décision de mettre en œuvre la modification contestée de la politique avant le début de la période de gel, lors d'une réunion de l'État-major supérieur (l'EMS) s'étant tenue le 27 juin 2016.

[23] Deuxièmement, il a soutenu que la Commission était tenue de suivre l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada, suivant lequel la demande de la Fédération devrait être rejetée. Plus précisément, l'employeur a fait valoir que l'arrêt *Wal-Mart* permet la mise en œuvre de modifications unilatérales de l'employeur touchant les salaires et les conditions de travail lorsqu'un gel législatif est en vigueur, tant que les membres de la direction [TRANSDUCTION] « ont mis la machine en marche » pour procéder à la modification avant le début du gel ou tant que la modification est celle qu'un employeur raisonnable ferait. Selon l'employeur, la Cour suprême du Canada a conclu, dans l'arrêt *Wal-Mart*, que les attentes raisonnables des salariés ne sont pas pertinentes lorsque le gel est assujéti à l'approche du cours normal des affaires, car les deux critères sont indépendants et distincts. L'appellant a donc fait valoir que, suivant l'arrêt *Wal-Mart*, il n'est pas nécessaire qu'une modification imminente ait été révélée aux employés ou à leur syndicat avant le début du gel, même s'il n'existait pas de tendance antérieure quant à l'application de modifications similaires, tant que [TRANSDUCTION] « la machine a été mise en marche » pour la mise en œuvre de la modification avant le début du gel. L'employeur ayant affirmé que la mise en œuvre de la modification de la politique sur les promotions de la GRC avait été décidée avant le début du gel lié à l'accréditation, il a fait valoir qu'il était libre d'apporter la modification en question.

[24] La Commission n'a pas souscrit aux arguments de l'employeur.

[25] Elle a tiré la conclusion de fait que la décision d'apporter la modification contestée avait été prise au

on October 23, 2017, when the change was approved, which was well after the certification freeze commenced.

[26] Contrary to what the applicant submits, the parties did join issue on the date the impugned change was made. In its application and written submissions, the Federation took the position that the impugned change to the RCMP's promotion policy was made on November 20, 2017, the date the RCMP amended its policy manual. The employer admitted that this was the relevant date in the response it filed with the Board, but in its case before the Board altered that position and called evidence to try to establish that the decision was made at the June 27, 2016, SEC meeting.

[27] While the parties' arguments before the Board appear to have focused mostly on the implications of the decision in *Wal-Mart*, the date of the impugned change was very much in issue before the Board. This is seen from the Federation's application and the written submissions it filed with the Board.

[28] On the date of the impugned change, the Board noted that the employer had declined to call any member of the SEC to testify about what was decided during the June 27, 2016, SEC meeting. It found that the documentary record of the decisions made at that meeting did not reflect a decision to require completion of the Management Development Program or Supervisor Development Program as a condition for applying for promotion. On this point, as it was entitled to do, the Board did not accept the testimony of an employer witness who had attended the meeting. It instead relied on the documentary evidence and other evidence, which supported the conclusion that the decision to amend the RCMP's promotion policy was made after the certification freeze was in operation.

plus tôt le 23 octobre 2017, lorsque la modification a été approuvée, soit une date nettement postérieure au début du gel lié à l'accréditation.

[26] Contrairement à ce que le demandeur soutient, les parties ne s'entendent pas sur la date de la modification contestée. Dans sa demande et ses observations écrites, la Fédération a affirmé que la modification contestée de la politique sur les promotions de la GRC avait été apportée le 20 novembre 2017, date à laquelle la GRC a modifié son manuel des politiques. L'employeur, dans sa réponse déposée auprès de la Commission, a reconnu qu'il s'agissait de la date pertinente, mais, à l'audience devant la Commission, il a modifié sa thèse et a produit des éléments de preuve pour tenter d'établir que la décision avait été prise lors de la réunion de l'EMS du 27 juin 2016.

[27] Bien que les arguments que les parties ont présentés à la Commission aient semblé porter surtout sur les répercussions de l'arrêt *Wal-Mart*, la date de la modification contestée était de toute évidence en cause devant la Commission. Cela ressort de la demande et des observations écrites que la Fédération a déposées auprès de la Commission.

[28] En ce qui concerne la date de la modification contestée, la Commission a noté que l'employeur avait refusé de faire comparaître des membres de l'EMS pour témoigner de ce qui avait été décidé lors de la réunion de l'EMS du 27 juin 2016. Elle a conclu que les documents consignants les décisions prises lors de cette réunion ne révélaient pas qu'il y avait eu décision d'exiger, comme condition pour demander une promotion, la réussite du Programme de perfectionnement des gestionnaires ou du Programme de perfectionnement des superviseurs. Sur ce point, comme elle était habilitée à le faire, la Commission n'a pas retenu le témoignage d'un témoin de l'employeur qui était présent à la réunion. Elle s'est plutôt fondée sur les éléments de preuve documentaire et d'autres éléments de preuve qui étayaient la conclusion selon laquelle la décision de modifier la politique sur les promotions de la GRC avait été prise après l'entrée en vigueur du gel lié à l'accréditation.



[29] In support of this finding, the Board noted that, subsequent to the June 27, 2016, SEC meeting, feedback was sought from less senior members of management about the proposed change to the promotion policy, and that much of that feedback was critical of the proposed change. The Board also noted that the change had been put on hold at one point and that no explanation was offered as to why this had happened. In addition, the Board found that the policy was drafted and re-drafted until a final text was settled on October 23, 2017. The Board further noted that, in some cases, the back and forth of re-drafting the policy amendments involved substantive issues, which continued to be debated and discussed by senior members of RCMP management over the period between June 27, 2016, and October 23, 2017. The Board thus determined that the decision to make the impugned change to the promotion policy was not reached until October 23, 2017, at the earliest, which was well after the certification freeze was in operation.

[30] On the interpretive point involving the decision in *Wal-Mart*, the Board rejected the argument advanced by the employer and found that the Supreme Court of Canada had not changed the principles applicable to statutory freeze complaints in the way the employer suggested. The Board undertook a lengthy review of the decision in *Wal-Mart*, its own case law, and the case law of several other labour boards, many of which have applied a reasonable employee expectation test in circumstances similar to those in the case at bar.

[31] Just as in those cases, the Board concluded that the impugned policy change could not have been reasonably anticipated by employees in the absence of any prior pattern of making similar changes or in the absence of any communication to them about the impending change prior to the onset of the statutory freeze. It also found that the employer could not rely on the business as usual exception in the absence of a prior practice of making similar changes or notification to employees before the freeze commenced.

[29] À l'appui de cette conclusion, la Commission a noté qu'après la réunion de l'EMS du 27 juin 2016, on a demandé aux membres de la direction d'échelons subalternes leurs commentaires sur la modification proposée à la politique sur les promotions. La plupart des commentaires obtenus étaient critiques à l'égard de la modification proposée. La Commission a également noté que la modification avait été mise en suspens à un moment donné, sans qu'aucune explication ne soit donnée quant à la raison. De plus, la Commission a constaté que la politique avait été rédigée puis reformulée jusqu'à l'obtention du texte définitif le 23 octobre 2017. La Commission a en outre noté que, dans certains cas, le va-et-vient qui a caractérisé le processus de reformulation des modifications de la politique concernait des questions de fond dont les membres de la haute direction de la GRC ont continué à débattre et qu'ils ont continué à examiner au cours de la période du 27 juin 2016 au 23 octobre 2017. La Commission a donc conclu que la décision d'apporter la modification contestée à la politique sur les promotions a été prise au plus tôt le 23 octobre 2017, une date nettement postérieure à celle de l'entrée en vigueur du gel lié à l'accréditation.

[30] En ce qui concerne l'interprétation de l'arrêt *Wal-Mart*, la Commission n'a pas retenu la thèse soutenue par l'employeur et a estimé que la Cour suprême du Canada n'avait pas modifié de la manière avancée par l'employeur les principes applicables aux plaintes relatives au gel prévu par la loi. La Commission a procédé à un examen minutieux de l'arrêt *Wal-Mart*, de sa propre jurisprudence et de celle de plusieurs autres tribunaux du travail, et cette jurisprudence comporte de nombreuses affaires où on a appliqué le critère des attentes raisonnables des employés dans des circonstances analogues à celles en l'espèce.

[31] La Commission a conclu, comme dans ces précédents, que les employés n'avaient pas pu raisonnablement prévoir la modification contestée apportée à la politique vu qu'il n'existait pas de tendance antérieure concernant des modifications similaires et qu'ils n'avaient pas été informés de la modification imminente avant le début du gel prévu par la loi. Elle a également estimé que l'employeur ne pouvait pas invoquer l'exception du cours normal des affaires puisqu'il n'avait jamais mis en œuvre de modifications similaires auparavant et que les employés n'avaient reçu aucun avis avant le début du gel.

[32] The Board noted that arguments like those advanced by the employer had been rejected by other labour boards. It also found that if the employer's argument were accepted, it would "mean ignoring decades of labour board jurisprudence" (at paragraph 74). The Board therefore rejected the employer's argument regarding the import of the Supreme Court of Canada's decision in *Wal-Mart*.

[33] The Board concluded that the employer had violated section 56 of the FPSLRA and issued remedial orders. These required the employer to:

- a. allow RCMP Corporals and Sergeants to apply for promotions to the ranks of Sergeant and Staff Sergeant, respectively, without completing the Supervisor Development Program or Management Development Program;
- b. identify the employees who were screened out of promotions to the ranks of Sergeant and Staff Sergeant, respectively, because they had not completed the Supervisor Development Program or Management Development Program and reassess any such employee for that promotion, regardless of his or her completion of the Supervisor Development Program or Management Development Program;
- c. complete the identification and reassessment and report the results to the Federation within 120 days; and
- d. pay any employee identified as a result of that identification and reassessment who is entitled to a promotion all lost wages and benefits that the employee would have received had he or she been promoted but for the violation of section 56 of the FPSLRA.

[32] La Commission a fait observer que les arguments comme ceux avancés par l'employeur n'avaient pas été retenus par d'autres tribunaux du travail. Elle a également conclu que, si la thèse de l'employeur était retenue, cela « signifierait ignorer des décennies de jurisprudence des commissions des relations du travail » (au paragraphe 74). La Commission n'a donc pas retenu l'argument de l'employeur concernant l'importance de l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada.

[33] La Commission a conclu que l'employeur avait contrevenu à l'article 56 de la Loi et elle a rendu des ordonnances octroyant des mesures de redressement. Ces ordonnances enjoignaient à l'employeur de faire ce qui suit :

- a. permettre aux caporaux et aux sergents de la GRC de présenter une demande de promotion aux grades de sergent et de sergent d'état-major, respectivement, sans avoir suivi le Programme de perfectionnement des superviseurs ou le Programme de perfectionnement des gestionnaires;
- b. faire la liste des employés dont la candidature a été rejetée pour des promotions aux rangs de sergent et de sergent d'état-major, respectivement, parce qu'ils n'avaient pas terminé le Programme de perfectionnement des superviseurs ou le Programme de perfectionnement des gestionnaires et réévaluer la candidature de ces employés pour cette promotion, indépendamment du fait qu'ils aient suivi ou non ces programmes;
- c. achever l'établissement de cette liste et cette réévaluation et en communiquer les résultats à la Fédération de la police nationale dans les 120 jours; et
- d. payer à tout employé identifié à la suite de cet exercice et qui est admissible à une promotion toutes les pertes de salaire et d'avantages qu'il aurait reçus s'il avait été promu sans la violation de l'article 56 de la Loi.

## II. Analysis

[34] The reasonableness standard of review applies to review of the Board's decisions. As for procedural fairness, while there is some debate in this Court, the most frequently expressed view at this time is that it is for this Court to determine whether the Board violated an applicant's procedural fairness rights (see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Alexis*, 2021 FCA 216, 2021 CarswellNat 4869 (WL Can.), at paragraph 2; *Gulia v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 106, 2021 CarswellNat 1617 (WL Can.), at paragraph 8; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraph 54).

### A. *Was there a denial of procedural fairness?*

[35] I turn first to examine the alleged violation of procedural fairness arising from the determination that the impugned change to the RCMP's promotion policy was not made until after the onset of the certification freeze. In light of the allegations made in the Federation's application and written submissions, the date the impugned change was reached was very much a live issue before the Board. Thus, the applicant cannot claim to have been taken by surprise when the Board ruled on the issue. Therefore, I find there to have been no denial of procedural fairness.

### B. *Did the Board reverse the onus of proof?*

[36] I turn next to the applicant's claim that the Board improperly reversed the onus of proof.

[37] The Board's case law recognizes that, in the context of a section 107 complaint, an applicant union must establish that: (1) a condition of employment existed on the day the freeze commenced; (2) the condition was changed without the consent of the bargaining agent; (3) the change was made during the freeze period; and (4) the condition is one that is capable of being included

## II. Discussion

[34] La norme de contrôle applicable au contrôle des décisions de la Commission est celle de la décision raisonnable. Quant à l'équité procédurale, bien que notre Cour ne soit pas unanime à ce sujet, l'avis le plus souvent exprimé pour le moment est qu'il appartient à notre Cour d'établir si la Commission a manqué au droit à l'équité procédurale du demandeur (voir, par exemple, les arrêts *Canada (Procureur général) c. Alexis*, 2021 CAF 216, 2021 CarswellNat 4869 (WL Can.), au paragraphe 2; *Gulia c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 106, 2021 CarswellNat 1617 (WL Can.), au paragraphe 8; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, au paragraphe 54).

### A. *Y a-t-il eu manquement à l'équité procédurale?*

[35] Je me penche d'abord sur le manquement allégué à l'équité procédurale qui découlerait de la conclusion que la modification contestée à la politique sur les promotions de la GRC a été apportée après le début du gel lié à l'accréditation. À la lumière des allégations formulées dans la demande et les observations écrites de la Fédération, la date à laquelle la modification contestée a été apportée a été une question fortement débattue devant la Commission. Le demandeur ne peut donc pas alléguer qu'il a été pris de court lorsque la Commission a tranché la question. Par conséquent, je conclus qu'il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale.

### B. *La Commission a-t-elle inversé le fardeau de la preuve?*

[36] Passons ensuite à l'allégation du demandeur selon laquelle la Commission a indûment inversé le fardeau de la preuve.

[37] Il est reconnu, dans la jurisprudence de la Commission que, dans le contexte d'une plainte présentée en vertu de l'article 107 de la Loi, le syndicat demandeur doit établir : 1) qu'une condition d'emploi existait le jour où le gel a commencé; 2) que cette condition a été modifiée sans le consentement de l'agent négociateur; 3) que la modification a été apportée pendant la période

in a collective agreement. The Board has stated that the focus then shifts to any defence the employer may have offered. In *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2019 FPSLRB 110, the Board stated as follows at paragraph 137:

In cases involving s. 107, the Board often conducts what is, in effect, a two-stage analysis. First, it tests whether a complainant has met its principal evidentiary burden of establishing that notice to bargain was served, that an employer subsequently changed a term and condition of employment that might have been included in a collective agreement and that was in force on the date notice to bargain was served, and that the complainant did not consent to that change. In the second stage, the Board considers any defence offered by the employer that despite the fact of a change in a term and condition of employment within the meaning of s. 107, its action did not comprise a violation of s. 107, most often because it was conducting “business as usual”. In some cases, the Board views business as usual as an approach permitting a complainant to discharge its burden of proof by demonstrating that a term and condition of employment were in place before notice to bargain was served but subsequently was changed by the employer, in violation of s. 107.

[38] Contrary to what the applicant asserts, a fair reading of the Board’s reasons demonstrates that it did not stray from these principles in the decision under review or cast the burden on the employer. Indeed, it made its evidentiary determinations based on all the evidence it heard, and the question of which party bore the onus of proof did not play any role in its decision.

[39] Therefore, I conclude that the Board did not commit a reviewable error concerning the burden of proof.

*C. Was the Board’s factual determination reasonable?*

[40] I turn next to consider whether the Board’s factual determination that the impugned change was not made

de gel; et 4) que la condition peut être incluse dans une convention collective. La Commission a affirmé qu’il faut ensuite examiner les moyens de défense invoqués par l’employeur. Dans la décision *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2019 CRTESPF 110, la Commission a formulé les observations suivantes au paragraphe 137 :

Dans les affaires visées par l’art. 107, la Commission procède souvent à ce qui est en réalité une analyse en deux étapes. En premier lieu, la Commission vérifie si un plaignant s’est acquitté du principal fardeau de présentation lui incombant, soit d’établir qu’un avis de négocier a été signifié, qu’un employeur a subséquemment modifié une condition d’emploi qui pouvait faire partie d’une convention collective et qui était en vigueur à la date de la signification d’un avis de négocier, et que le plaignant n’y consentait pas. À la deuxième étape, la Commission examine la défense présentée par l’employeur selon laquelle, bien qu’une condition d’emploi ait été modifiée au sens de l’art. 107, ses actes n’ont donné lieu à aucune violation dudit article, le plus souvent parce que l’employeur maintenait ses pratiques habituelles. Dans certains cas, la Commission assimile les pratiques habituelles à une approche qui autorise un plaignant à s’acquitter du fardeau de la preuve en démontrant qu’une condition d’emploi était en place avant la signification d’un avis de négocier, mais que l’employeur l’a modifiée subséquemment, en violation de l’art. 107.

[38] Contrairement à ce que le demandeur affirme, une lecture raisonnable des motifs de la Commission montre qu’elle ne s’est pas écartée de ces principes dans la décision faisant l’objet du contrôle et qu’elle n’a pas imposé à l’employeur le fardeau de la preuve. En fait, elle a tiré des conclusions liées à la preuve en se fondant sur l’ensemble des témoignages qu’elle a entendus et la question de savoir à quelle partie incombe le fardeau de la preuve n’a joué aucun rôle dans sa décision.

[39] Par conséquent, je conclus que la Commission n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle à l’égard du fardeau de la preuve.

*C. La conclusion de fait de la Commission était-elle raisonnable?*

[40] Je me penche maintenant sur la question de savoir si la conclusion de fait qu’a tirée la Commission selon

until after the commencement of the freeze period was reasonable. Given the ample evidence before the Board upon which it relied to support its determination that the decision to implement the change was not reached until October 23, 2017, this determination was entirely reasonable.

[41] Contrary to what the applicant asserts, the Board was not required to accept the evidence from an employer witness who testified as to the nature of the decision made at the June 27, 2016, SEC meeting, and the authority of the SEC. It was open to the Board to instead rely on other evidence, which supported its conclusion that the decision to amend the promotion policy was not made until after the certification freeze had commenced.

[42] As the Board suggested at paragraph 131 of its decision, its conclusion concerning the date the decision was made, in and of itself, provided a sufficient basis for granting the complaint because the employer had not “set the wheels in motion” before the onset of the statutory freeze period. Thus, as the respondent rightly submits, my conclusion that this factual determination was a reasonable one requires that this application for judicial review be dismissed. Therefore, strictly speaking, it is not necessary to address the parties’ arguments regarding the import of the *Wal-Mart* decision.

[43] Despite this, I believe it important that I do so in light of the nature of those arguments, which, if accepted, would mark a radical change in the way most labour boards have applied statutory freeze provisions over the last several decades.

D. *Was the Board’s interpretation of the decision of the Supreme Court of Canada in Wal-Mart reasonable?*

[44] As noted, the applicant makes two interconnected submissions with respect to the reasonableness of the Board’s interpretation of the decision in *Wal-Mart*. It

laquelle la modification contestée a été apportée après le début de la période de gel était raisonnable. Compte tenu des nombreux éléments de preuve qui ont été présentés à la Commission et sur lesquels celle-ci s’est fondée pour étayer sa conclusion selon laquelle la décision de mettre en œuvre la modification n’a pas été prise avant le 23 octobre 2017, cette conclusion était tout à fait raisonnable.

[41] Contrairement à ce que le demandeur affirme, la Commission n’était pas tenue de retenir la preuve présentée par le témoin de l’employeur qui a parlé de la nature de la décision prise lors de la réunion du 27 juin 2016 de l’EMS et du pouvoir exercé par l’EMS. Au contraire, il était loisible à la Commission de se fonder sur d’autres éléments de preuve qui étayaient sa conclusion selon laquelle la décision de modifier la politique sur les promotions a été prise après le début du gel lié à l’ accréditation.

[42] Comme la Commission l’a indiqué au paragraphe 131 de sa décision, sa conclusion concernant la date à laquelle la décision a été prise constituait en soi un motif suffisant pour accueillir la plainte, étant donné que l’employeur n’avait pas [TRADUCTION] « mis la machine en marche » avant le début de la période de gel prévue par la loi. Ainsi, comme la défenderesse le soutient à juste titre, ma conclusion selon laquelle cette conclusion de fait était raisonnable implique que la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée. Par conséquent, à proprement parler, il n’est pas nécessaire que je me penche sur les observations des parties concernant la signification de l’arrêt *Wal-Mart*.

[43] Malgré cela, il me semble important de le faire, étant donné la nature de ces observations qui, si elles étaient retenues, représenteraient un changement radical par rapport à la façon dont la plupart des tribunaux du travail appliquent les dispositions législatives de gel depuis les dernières décennies.

D. *L’interprétation faite par la Commission de l’arrêt Wal-Mart de la Cour suprême du Canada était-elle raisonnable?*

[44] Comme je l’ai indiqué plus haut, le demandeur a présenté deux observations interreliées relativement au caractère raisonnable de l’interprétation par la Commission

first submits that the Supreme Court of Canada held in *Vavilov* that failure to apply an applicable precedent renders a decision unreasonable and, second, that the Board failed to follow *Wal-Mart*, which it was bound to do.

[45] I disagree with both assertions.

(1) Impact of a Departure from Precedent

[46] As concerns the administrative law point, contrary to what the applicant submits, the Supreme Court of Canada did not establish a bright line test in *Vavilov*, which would require that failure to follow a case law precedent must necessarily result in an administrative decision being set aside. Quite the contrary, the Supreme Court's approach in *Vavilov* to the role of precedent is much more nuanced and contextual.

[47] In this regard, the Court in *Vavilov* dealt with the impact of a failure to follow two types of precedents, namely, those from the administrative decision maker, itself, and those from the courts.

[48] When dealing with the administrative decision maker's own precedents, the Supreme Court held that an administrative decision maker may sometimes reasonably depart from them if it provides adequate reasons for so doing. At paragraphs 131–132, the majority stated:

Whether a particular decision is consistent with the administrative body's past decisions is also a constraint that the reviewing court should consider when determining whether an administrative decision is reasonable. Where a decision maker *does* depart from longstanding practices or established internal authority, it bears the justificatory burden of explaining that departure in its reasons. If the decision maker does not satisfy this burden, the decision will be unreasonable. In this sense, the legitimate expectations of the parties help to determine both whether reasons are required and what those reasons must explain: *Baker*, at para. 26. We repeat that this does not mean administrative decision makers are bound by internal precedent in the same manner as courts. Rather, it means that a

de l'arrêt *Wal-Mart*. Il soutient d'abord que la Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *Vavilov* que le fait de ne pas appliquer un précédent applicable rend une décision déraisonnable, puis il soutient que la Commission n'a pas suivi l'arrêt *Wal-Mart* alors qu'elle était tenue de le faire.

[45] Je ne souscris à aucune de ces deux affirmations.

1) Conséquence d'une dérogation à un précédent

[46] En ce qui concerne l'observation sur le droit administratif, contrairement à ce que le demandeur soutient, la Cour suprême du Canada n'a pas établi, dans l'arrêt *Vavilov*, un critère de démarcation nette qui voudrait que le défaut de suivre une jurisprudence donne nécessairement lieu à l'annulation de la décision administrative. Bien au contraire, dans l'arrêt *Vavilov*, l'approche de la Cour suprême concernant le rôle des précédents est beaucoup plus nuancée et contextuelle.

[47] À cet égard, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a formulé des observations sur les conséquences liées au défaut de se conformer à deux types de précédents, à savoir ceux établis par le décideur administratif lui-même et ceux établis par les cours.

[48] La Cour suprême a conclu que, lorsqu'il étudie les précédents de son propre tribunal, le décideur administratif peut parfois déroger raisonnablement de ces précédents s'il fournit des motifs raisonnables à cet égard. Aux paragraphes 131 et 132, les juges majoritaires ont formulé les observations suivantes :

La question de savoir si une décision en particulier est conforme à la jurisprudence de l'organisme administratif est elle aussi une contrainte dont devrait tenir compte la cour de révision au moment de décider si cette décision est raisonnable. Lorsqu'un décideur *s'écarte* d'une pratique de longue date ou d'une jurisprudence interne constante, c'est sur ses épaules que repose le fardeau d'expliquer cet écart dans ses motifs. Si le décideur ne s'acquitte pas de ce fardeau, la décision est déraisonnable. En ce sens, les attentes légitimes des parties servent à déterminer à la fois la nécessité de motiver la décision et le contenu des motifs : *Baker*, par. 26. Nous le répétons, il ne s'ensuit pas pour autant que les décideurs administratifs sont liés par les décisions antérieures au même titre



decision that departs from longstanding practices or established internal decisions will be reasonable if that departure is justified, thereby reducing the risk of arbitrariness, which would undermine public confidence in administrative decision makers and in the justice system as a whole.

As discussed above, it has been argued that correctness review would be required where there is “persistent discord” on questions of law in an administrative body’s decisions. While we are not of the view that such a correctness category is required, we would note that reviewing courts have a role to play in managing the risk of persistently discordant or contradictory legal interpretations within an administrative body’s decisions. When evidence of internal disagreement on legal issues has been put before a reviewing court, the court may find it appropriate to telegraph the existence of an issue in its reasons and encourage the use of internal administrative structures to resolve the disagreement. And if internal disagreement continues, it may become increasingly difficult for the administrative body to justify decisions that serve only to preserve the discord.

[49] As concerns departure from judicial precedents, the Supreme Court also held that, providing adequate explanations are given, an administrative decision maker may sometimes decline to follow a decision from the courts, depending on the circumstances. The inquiry is an inherently contextual one; the degree to which a precedent will constrain the administrative decision maker will depend on the nature of the precedent and the reasons for declining to follow it given by the administrative decision maker. The majority stated at paragraphs 112–113 of *Vavilov*:

Any precedents on the issue before the administrative decision maker or on a similar issue will act as a constraint on what the decision maker can reasonably decide. An administrative body’s decision may be unreasonable on the basis that the body failed to explain or justify a departure from a binding precedent in which the same provision had been interpreted. Where, for example, there is a relevant case in which a court considered a statutory provision, it would be unreasonable for an administrative decision maker to interpret or apply the provision without regard to that precedent. The decision maker would have to be able to explain

que les cours de justice. Cela veut plutôt dire qu’une décision dérogeant à une pratique de longue date ou à une jurisprudence interne établie sera raisonnable si cette dérogation est justifiée, ce qui réduit le risque d’arbitraire, lequel a un effet préjudiciable sur la confiance du public envers les décideurs administratifs et le système de justice dans son ensemble.

Comme nous l’avons expliqué, certains ont soutenu qu’un contrôle selon la norme de la décision correcte s’imposerait dans les cas où des questions de droit « sèment constamment la discorde » dans les décisions d’un organisme administratif. Nous estimons que point n’est besoin d’une telle catégorie de questions où la norme de la décision correcte s’applique; nous devons toutefois souligner que les cours de révision ont un rôle à jouer lorsqu’il s’agit de réduire le risque d’interprétations juridiques constamment discordantes ou contradictoires dans les décisions d’un organisme administratif. Lorsqu’elle dispose d’une preuve concernant l’existence d’un désaccord au sein d’un organisme administratif sur la façon de trancher des questions de droit, une cour de révision pourrait estimer opportun d’en faire mention dans ses motifs et d’encourager le recours aux mécanismes internes pour résoudre le désaccord. Et si le désaccord interne persiste, il pourrait devenir de plus en plus difficile pour l’organisme administratif de justifier des décisions qui ne serviraient qu’à perpétuer la discorde.

[49] En ce qui concerne le fait de déroger à la jurisprudence, la Cour suprême a également conclu que, tant que des explications raisonnables sont fournies, le décideur administratif peut parfois s’abstenir de suivre une décision rendue par les cours, selon les circonstances. La question est intrinsèquement contextuelle; la mesure dans laquelle un précédent liera le décideur administratif dépendra de la nature du précédent et des motifs que le décideur administratif donnera pour justifier sa décision d’y déroger. Les juges majoritaires de l’arrêt *Vavilov* ont déclaré ce qui suit aux paragraphes 112 et 113 :

Tout précédent sur la question soumise au décideur administratif ou sur une question semblable aura pour effet de circonscrire l’éventail des issues raisonnables. La décision d’un organisme administratif peut être déraisonnable en raison de l’omission d’expliquer ou de justifier une dérogation à un précédent contraignant dans lequel a été interprétée la même disposition. Si, par exemple, une cour de justice a examiné une disposition législative dans un jugement pertinent, il serait déraisonnable que le décideur administratif interprète ou applique celle-ci sans égard à ce précédent. Le décideur devrait être en mesure

why a different interpretation is preferable by, for example, explaining why the court's interpretation does not work in the administrative context: M. Biddulph, "Rethinking the Ramification of Reasonableness Review: *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law" (2018), 56 *Alta. L.R.* 119, at p. 146. There may be circumstances in which it is quite simply unreasonable for an administrative decision maker to fail to apply or interpret a statutory provision in accordance with a binding precedent. For instance, where an immigration tribunal is required to determine whether an applicant's act would constitute a criminal offence under Canadian law (see, e.g., *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 35 to 37), it would clearly not be reasonable for the tribunal to adopt an interpretation of a criminal law provision that is inconsistent with how Canadian criminal courts have interpreted it.

That being said, administrative decision makers will not necessarily be required to apply equitable and common law principles in the same manner as courts in order for their decisions to be reasonable. For example, it may be reasonable for a decision maker to adapt a common law or equitable doctrine to its administrative context: see *Nor-Man Regional Health Authority*, at paras. 5-6, 44-45, 52, 54 and 60. Conversely, a decision maker that rigidly applies a common law doctrine without adapting it to the relevant administrative context may be acting unreasonably: see *Delta Air Lines*, at paras. 16-17 and 30. In short, whether an administrative decision maker has acted reasonably in adapting a legal or equitable doctrine involves a highly context-specific determination.

[50] Thus, if the Board failed to follow the decision of the Supreme Court of Canada in *Wal-Mart* and provided an adequate explanation for doing so, it would not necessarily render its decision in the case at bar unreasonable.

[51] In deciding when an administrative decision maker may decline to follow a judicial precedent, the Federation submits that the decision of the Federal Court in *Service d'administration P.C.R. Ltée v. Reyes*, 2020 FC 659 (*P.C.R. Ltée*) (*per* Grammond J.) provides a useful analytical approach. There, the Federal Court held that, in assessing the binding nature of a precedent, the reviewing court should first assess the degree of legal constraint attaching to the precedent and then assess the reasonableness of the decision in light of the nature of that constraint. The Federal

d'indiquer pourquoi il est préférable d'adopter une autre interprétation, par exemple en expliquant pourquoi l'interprétation de la cour de justice ne fonctionne pas dans le contexte administratif : M. Biddulph, « Rethinking the Ramification of Reasonableness Review : *Stare Decisis* and Reasonableness Review on Questions of Law » (2018), 56 *Alta. L.R.* 119, p. 146. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il est tout simplement déraisonnable que le décideur administratif n'applique ou n'interprète pas une disposition législative en conformité avec un précédent contraignant. Par exemple, dans les cas où une cour de justice compétente en matière d'immigration est appelée à décider si un acte constitue une infraction criminelle en droit canadien (voir, p. ex., la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 35 à 37), il serait à l'évidence déraisonnable que le tribunal retienne une interprétation d'une disposition pénale qui soit incompatible avec l'interprétation que lui ont donnée les cours criminelles canadiennes.

Cela dit, les décideurs administratifs ne seront pas nécessairement tenus d'appliquer les principes d'équité et de common law de la même façon qu'une cour de justice pour que leurs décisions soient raisonnables. Par exemple, il serait raisonnable pour le décideur d'adapter une doctrine de common law ou d'équité au contexte administratif qui lui est propre : voir *Nor-Man Regional Health Authority*, par. 5-6, 44-45, 52, 54 et 60. En revanche, le décideur qui applique de manière rigide une doctrine de common law sans l'adapter au contexte administratif pertinent agit peut-être de manière déraisonnable : voir *Delta Air Lines*, par. 16-17 et 30. Bref, la question de savoir si le décideur administratif a agi raisonnablement en adaptant une règle de droit ou d'équité appelle un examen fondé dans une très large mesure sur le contexte.

[50] Ainsi, si la Commission n'a pas suivi l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada et a justifié de manière adéquate cette décision, il s'ensuit que sa décision en l'espèce n'était pas nécessairement déraisonnable.

[51] En ce qui concerne les circonstances dans lesquelles le décideur administratif peut refuser de se conformer à un précédent, la Fédération soutient que la décision *Service d'administration P.C.R. Ltée c. Reyes*, 2020 CF 659 (*P.C.R. Ltée*), de la Cour fédérale (sous la plume du juge Grammond) fournit une méthode d'analyse pratique. Dans cette décision, la Cour fédérale a conclu que, lorsqu'elle examine le caractère contraignant d'un précédent, la cour de révision doit d'abord évaluer le degré de contrainte juridique qui découle du précédent, puis elle doit évaluer le

Court outlined its approach as follows at paragraph 24 of *P.C.R. Ltée*:

... when a court analyzes a claim that an administrative decision-maker applied the “wrong test” by departing from a precedent, be it judicial or administrative, the following method is useful :

1. The Court must assess the degree of legal constraint imposed by the precedent, which involves the following factors:

- (a) The position of the author of the precedent in the judicial or administrative hierarchy;
- (b) The degree of consensus about the alleged precedent;
- (c) If the precedent was a decision on an application for judicial review, whether other outcomes could be deemed reasonable; and
- (d) The fact that, in order to decide the question that would be governed by the precedent, the decision-maker has to weigh a range of factors;

2. The Court must then determine whether the impugned decision is reasonable, which, depending on the circumstances, may raise the following questions:

- (a) If the decision maker explicitly disregarded the precedent, did they give adequate reasons?
- (b) Taken as a whole, is the decision incompatible with the alleged precedent?

[52] With respect, I do not find this analytical framework a useful one to prescribe as it commences from the wrong starting point and is overly Cartesian. I also fear this formula would lead to the compartmentalization of a list of factors for a reviewing court to consider in all cases, even where this may not be necessary or appropriate. Moreover, this approach contradicts the approach mandated by *Vavilov*, where the Supreme Court held that the required analysis involves a highly context-specific determination—the antithesis of a list of factors applied in a mechanistic way. In my view, it is undesirable to prescribe an analytical methodology that will fit all cases beyond the general outlines the Supreme Court provided in *Vavilov*.

caractère raisonnable de la décision eu égard au caractère de cette contrainte. La Cour fédérale a exposé sa méthode au paragraphe 24 de la décision *P.C.R. Ltée* de la manière suivante :

[...] j’estime que, pour analyser une allégation selon laquelle un décideur administratif a appliqué le « mauvais critère » en s’écarter d’un précédent, qu’il soit judiciaire ou administratif, la méthode suivante est indiquée :

1. On doit évaluer le degré de contrainte juridique qui découle du précédent invoqué, ce qui nécessite la prise en compte des facteurs suivants :

- a) La place de l’auteur du précédent dans la hiérarchie judiciaire ou administrative;
- b) Le degré de consensus dont le précédent allégué fait l’objet;
- c) Si le précédent invoqué porte sur une demande de contrôle judiciaire, la possibilité que d’autres issues soient jugées raisonnables;
- d) Le fait que, pour trancher la question qui fait l’objet du précédent allégué, le décideur doit soulever un ensemble de facteurs;

2. On doit ensuite déterminer si la décision contestée est raisonnable, ce qui peut, selon le cas, soulever les questions suivantes :

- a) Si le décideur s’écarte explicitement du précédent, a-t-il donné des raisons adéquates?
- b) Prise dans son ensemble, la décision est-elle incompatible avec le précédent allégué?

[52] En toute déférence, je ne pense pas qu’il soit utile d’imposer l’application de ce cadre analytique parce que son point de départ n’est pas le bon et qu’il est trop cartésien. Cette méthode risque, selon moi, d’entraîner la compartimentation d’une liste de facteurs que la cour de révision devra dans tous les cas prendre en considération, même lorsque ce ne serait pas nécessaire ni approprié. En outre, cette méthode est contraire à celle imposée par l’arrêt *Vavilov*, où la Cour suprême a conclu que l’analyse requise comprend un examen fondé dans une très large mesure sur le contexte, soit l’antithèse de la méthode consistant à appliquer machinalement une liste de facteurs. À mon avis, il n’est pas souhaitable d’imposer une méthode d’analyse à appliquer dans toutes les

[53] *Vavilov* teaches that the focus of the review must be consideration of the reasons of the administrative decision maker, where reasons are given. At paragraphs 82–84, the majority in *Vavilov* stated:

Reasonableness review aims to give effect to the legislature’s intent to leave certain decisions with an administrative body while fulfilling the constitutional role of judicial review to ensure that exercises of state power are subject to the rule of law: see *Dunsmuir*, at paras. 27-28 and 48; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 10; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 10.

It follows that the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to *review*, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the “range” of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the “correct” solution to the problem. The Federal Court of Appeal noted in *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, that, “as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did”: at para. 28; see also *Ryan*, at paras. 50-51. Instead, the reviewing court must consider only whether the decision made by the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable.

As explained above, where the administrative decision maker has provided written reasons, those reasons are the means by which the decision maker communicates the rationale for its decision. A principled approach to reasonableness review is one which puts those reasons first. A reviewing court must begin its inquiry into the reasonableness of a decision by examining the reasons provided with “respectful attention” and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker

affaires qui va au-delà du cadre général établi par la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov*.

[53] L’arrêt *Vavilov* enseigne que le contrôle doit porter principalement sur les motifs du décideur administratif lorsqu’ils sont fournis. Dans l’arrêt *Vavilov*, les juges majoritaires ont indiqué, aux paragraphes 82 à 84, ce qui suit :

Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable vise à donner effet à l’intention du législateur de confier certaines décisions à un organisme administratif, tout en exerçant la fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire qui vise à s’assurer que l’exercice du pouvoir étatique est assujéti à la primauté du droit : voir *Dunsmuir*, par. 27-28 et 48; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 10; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 10.

Il s’ensuit que le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à *réviser* la décision et, en général à tout le moins, à s’abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l’« éventail » des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème. Dans l’arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, la Cour d’appel fédérale a signalé que « le juge réformateur n’établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu’a fait l’administrateur » : par. 28 (CanLII); voir aussi *Ryan*, par. 50-51. La cour de révision n’est plutôt appelée qu’à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu.

Comme nous l’avons expliqué précédemment, les motifs écrits fournis par le décideur administratif servent à communiquer la justification de sa décision. Toute méthode raisonnée de contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’intéresse avant tout aux motifs de la décision. Dans le cadre de son analyse du caractère raisonnable d’une décision, une cour de révision doit d’abord examiner les motifs donnés avec « une attention respectueuse », et chercher à comprendre le fil du raisonnement

to arrive at its conclusion: see *Dunsmuir*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.

[54] Thus, on issues regarding the impact of precedent, as any other issue in judicial review, the reviewing court’s analysis must be focussed on the reasons the administrative decision maker gave for interpreting or declining to follow a precedent. As part of this inquiry, the precedent at issue must be understood in the context of the case in which it arose and within its place in the broader case law. In understanding this context, the reasons given by the administrative decision maker on these points are of central importance, especially where, as here, the judicial precedent falls within the heartland of the administrative decision maker’s area of expertise.

## (2) The Board’s Treatment of *Wal-Mart*

[55] With this background in mind, I turn to assess the reasonableness of the Board’s treatment of the decision of the Supreme Court of Canada in *Wal-Mart* and, as directed by *Vavilov*, commence my analysis with a more detailed review of what the Board said about the *Wal-Mart* decision in its reasons. Because they are so thoughtful and so thoroughly review the relevant issues, it is worthwhile commenting at some length on the Board’s reasons.

### (a) Detailed Review of the Board’s Reasons

[56] The Board commenced its consideration of the employer’s argument by noting that “it has long been accepted in the jurisprudence of this and other labour boards that ... some changes may be made without violating [a statutory freeze provision], if they are business as usual for the employer or if they are within the employees’ reasonable expectations or both” (at paragraph 49).

suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion : voir *Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286.

[54] Ainsi, pour ce qui est de l’incidence des précédents, à l’instar de toute autre question examinée en contrôle judiciaire, la cour de révision, dans son analyse, doit se concentrer sur les motifs que le décideur administratif a donnés pour justifier son interprétation d’un précédent ou son refus de le suivre. Dans cet examen, le précédent en question doit être interprété dans le contexte de l’affaire à son origine et dans le contexte plus large de la jurisprudence dans laquelle il s’inscrit. Lorsqu’on se penche sur ce contexte, les motifs donnés par le décideur administratif sur ces points revêtent une importance capitale, particulièrement lorsque, comme en l’espèce, le précédent relève du domaine d’expertise du décideur administratif.

## 2) La manière dont la Commission a interprété l’arrêt *Wal-Mart*

[55] En gardant ce contexte à l’esprit, j’examine maintenant le caractère raisonnable de la manière dont la Commission a interprété l’arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada et, comme l’enseigne l’arrêt *Vavilov*, je commence mon analyse par un examen plus détaillé de ce que la Commission a indiqué dans ses motifs au sujet de l’arrêt *Wal-Mart*. Étant donné que les motifs de la Commission sont très réfléchis et qu’ils présentent un examen très rigoureux des questions pertinentes, il vaut la peine de les regarder en détail.

### a) Examen détaillé des motifs de la Commission

[56] La Commission a commencé son examen de la thèse de l’employeur en faisant observer qu’« il est admis depuis longtemps dans la jurisprudence de la Commission et d’autres commissions des relations de travail que [...] certaines modifications peuvent être apportées sans violer [une disposition législative sur le gel], si elles s’inscrivent dans le cours normal des affaires de l’employeur ou si elles répondent aux attentes raisonnables des employés, ou les deux » (au paragraphe 49).

[57] The Board then set out its conclusion on the employer's argument at paragraphs 50–51, stating:

The employer argues that the two tests are distinct and that employees' expectations cannot be considered in a business-as-usual analysis. It adds that intermingling them not only runs counter to the way they developed historically but also was confirmed as wrong by the Supreme Court of Canada's approach in the *Wal-Mart* decision.

I have to disagree with the employer on both counts. Jurisprudence that applies these two analytical approaches in a complementary and interconnected way is entirely in line with how they developed historically. Furthermore, I see nothing in *Wal-Mart* that changes that or that even suggests that an assessment of employees' expectations should not form part of a business-as-usual analysis.

[58] In the subsequent sections of its decision, the Board set out the reasons for this conclusion.

[59] The Board began with a historical overview of the case law interpreting statutory freeze provisions. It noted that labour boards initially developed the business-as-usual test and rejected the notion of a static freeze in recognition of employers' needs to continue to run their businesses during freeze periods, which sometimes may be lengthy. The Board went on to state that "analyzing when a change breaches a freeze provision is not an exact science" and that the "business-as-usual test has not proved helpful in every situation" (at paragraph 53). The Board noted that labour boards accordingly developed the reasonable employee expectation test, which the Board stated, "[was] not a recent development" (at paragraph 55).

[60] The Board then quoted at length from the seminal decision of the Ontario Labour Relations Board (the O.L.R.B.) in *Canadian Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink & Distillery Workers v. Simpsons Limited*, [1985] O.L.R.B. Rep. April 594, 1985 CanLII 949. In that case, the O.L.R.B. was required to rule on

[57] La Commission a ensuite formulé sa conclusion concernant la thèse de l'employeur aux paragraphes 50 et 51, en indiquant ce qui suit :

L'employeur fait valoir que les deux critères sont distincts et que les attentes des employés ne peuvent pas être prises en compte dans une analyse concernant le cours normal des affaires. Il ajoute que de mélanger les deux critères va non seulement à l'encontre de leur évolution historique, mais qu'il a été confirmé par l'approche de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wal-Mart* qu'il s'agissait d'une erreur d'agir ainsi.

Je suis en désaccord avec l'employeur sur les deux points. La jurisprudence qui applique ces deux approches analytiques de manière complémentaire et interreliée est entièrement conforme à la façon dont ces critères ont évolué historiquement. En outre, je ne vois rien dans l'arrêt *Wal-Mart* qui change cela ou qui suggère même qu'une évaluation des attentes des employés ne devrait pas faire partie d'une analyse relative au cours normal des affaires.

[58] Dans les sections suivantes de sa décision, la Commission a exposé les motifs de cette conclusion.

[59] La Commission a commencé par un survol historique de la jurisprudence interprétant les dispositions législatives de gel. Elle a noté que les tribunaux du travail, dès le départ, ont établi le critère relatif au cours normal des affaires et rejeté l'idée d'un gel statique parce qu'ils ont reconnu que les employeurs doivent continuer à exploiter leur entreprise pendant les périodes de gel, qui sont parfois longues. La Commission a ensuite indiqué que « la question de savoir si une modification enfreint une disposition de gel n'est pas une science exacte » et que « le critère relatif au cours normal des affaires ne s'est pas avéré utile dans toutes les situations » (au paragraphe 53). La Commission a noté que les tribunaux du travail ont en conséquence établi le critère des attentes raisonnables des employés, lequel, selon la Commission, n'est pas un nouveau développement (au paragraphe 55).

[60] La Commission a ensuite cité de larges extraits de la décision charnière *Canadian Union of United Brewery, Flour, Cereal, Soft Drink & Distillery Workers v. Simpsons Limited*, [1985] O.L.R.B. Rep. April 594, 9 C.L.R.B.R. (N.S.) 343, 1985 CanLII 949, de la Commission des relations de travail de l'Ontario (la C.R.T.O.). Dans cette



whether lay-offs undertaken during a severe recession, when there was no previous pattern of similar lay-offs, constituted a violation of the statutory freeze. In deciding that they did not, the O.L.R.B., in the part of the passage cited by the Board, enunciated the reasonable employee expectations test, stating as follows [at paragraphs 30–34]:

The freeze provisions catch two categories of events. There are those changes which can be measured against a pattern (however difficult to define) and the specific history of that employer's operation is relevant to assess the impact of the freeze. There are also first time events and it is with respect to that category that the business as before formulation is not always helpful in measuring the scope of employees' privileges....

... the [O.L.R.B.] considers it appropriate to assess the privileges of employees which are frozen under the statute and thereby, delimit the otherwise unrestricted rights of the employer, by focussing on the reasonable expectations of employees. The reasonable expectations approach, in the [O.L.R.B.]'s opinion, responds to both categories of events caught by the freeze, integrates the [O.L.R.B.]'s jurisprudence and provides the appropriate balance between employer's rights and employees' privileges in the context of the legislative provisions.

Reasonable expectations language has appeared in a number of decisions dealing with the freeze section .... Thus, in the [O.L.R.B.]'s view, the reasonable expectations of employees as the appropriate measure of the employees' privileges which are protected by the freeze is a common thread running through the earlier decisions. In the instant case, the [O.L.R.B.] is expressly articulating the test.

The reasonable expectations approach clearly incorporates the practice of the employer in managing the operation. The standard is an objective one: what would a reasonable employee expect to constitute his or her privileges (or, benefits, to use a term often found in the jurisprudence) in the specific circumstances of that employer. .... [Citations omitted.]

The reasonable expectations approach also integrates those cases which affirm the right of the employer to implement programmes during the freeze where such

affaire, la C.R.T.O. devait déterminer si des licenciements effectués pendant une grave récession, alors qu'il n'y avait jamais eu auparavant de licenciements similaires, constituaient une violation du gel prévu par la loi. Pour en arriver à la conclusion que ces licenciements ne constituaient pas une violation, la C.R.T.O., dans l'extrait cité par la Commission, a énoncé le critère des attentes raisonnables des employés [aux paragraphes 30 à 34] :

[TRADUCTION]

Les dispositions sur le gel visent deux catégories d'événements. Il y a les changements qui peuvent être comparés à une tendance (aussi difficile qu'elle soit à préciser), et l'historique précis des activités de cet employeur, qui sont pertinents lors de l'évaluation de l'incidence du gel. Il y a aussi les événements survenant pour la première fois, une catégorie pour laquelle le principe relatif au cours normal des activités n'est pas toujours utile pour mesurer la portée des privilèges des employés [...]

[...] la [C.R.T.O.] juge appropriée d'évaluer les privilèges des employés qui sont gelés en vertu de la loi et, par conséquent, de délimiter les droits autrement illimités de l'employeur, en se concentrant sur les attentes raisonnables des employés. L'approche fondée sur les attentes raisonnables, de l'avis de la [C.R.T.O.], répond aux deux catégories d'événements visés par le gel, intègre la jurisprudence de la [C.R.T.O.] et établit un équilibre approprié entre les droits des employeurs et les privilèges des employés dans le contexte de la disposition législative.

Le langage relatif aux attentes raisonnables est apparu dans un certain nombre de décisions portant sur la disposition sur le gel [...] Ainsi, de l'avis de la [C.R.T.O.], les attentes raisonnables des employés en tant que mesure appropriée des privilèges accordés aux employés qui sont protégés par le gel constituent un fil conducteur commun aux décisions antérieures. En l'espèce, la [C.R.T.O.] formule expressément le critère.

L'approche des attentes raisonnables intègre clairement la pratique de l'employeur dans la gestion de ses activités. La norme est objective : quels privilèges (ou « avantages », pour reprendre un terme souvent utilisé dans la jurisprudence) un employé raisonnable considère-t-il comme acquis dans les circonstances propres à cet employeur [...] [Renvois omis.]

L'approche des attentes raisonnables inclut également les affaires qui confirment le droit de l'employeur de mettre en œuvre des programmes pendant le gel, lorsque

programs have been adopted prior to the freeze and communicated (expressly or implicitly) to the employees prior to the onset of the freeze: ....

[61] The Board went on to note that the Board and the Canada Industrial Relations Board (the C.I.R.B.) have previously held that the business as usual and the reasonable employee expectation test are not mutually exclusive (citing to its decision in *Canadian Association of Professional Employees v. Treasury Board (Department of Public Works and Government Services)*, 2016 PSLREB 68, the decision of the C.I.R.B. in *Office and Professional Employees International Union v. Canadian Helicopters Limited (Canadian Helicopters Offshore)* [sub nom. *Canadian Helicopters Limited doing business as Canadian Helicopters Offshore*] 2018 CIRB 891, and to the decisions of this Court in *Canadian Helicopters Limited v. Office and Professional Employees International Union*, 2020 FCA 37 and *Canadian Federal Pilots Association v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 52).

[62] The Board concluded on this point by stating at paragraph 61:

Clearly, the employees'-reasonable-expectations test developed historically as an alternative but complementary approach to determining whether a change was business as usual or whether it violated a statutory freeze by asking the question, "What would a reasonable employee expect to constitute his or her terms and conditions of employment or benefits in the specific circumstances of his or her employer?" A review of the jurisprudence reveals no difference in how these analytical approaches have been applied from their very beginnings some 40 years ago to the present.

[63] In the next section of its reasons, the Board highlighted the importance of a purposive interpretation of the freeze provisions, citing case law from the O.L.R.B. in support of this assertion.

de tels programmes ont été adoptés avant le gel et communiqués (expressément ou implicitement) aux employés avant le début du gel [...]

[61] La Commission a ensuite fait observer que la Commission et le Conseil canadien des relations industrielles (le C.C.R.I.) ont conclu auparavant que le critère du cours normal des affaires et celui des attentes raisonnables des employés ne sont pas mutuellement exclusifs (en renvoyant à sa décision *Association canadienne des employés professionnels c. Conseil du Trésor (ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2016 CRTEFP 68, 2016 LNCRTEFP 68 (QL); à la décision du C.C.R.I. *Syndicat international des employées et employés professionnels(les) et de bureau c. Hélicoptères Canadiens limitée (Hélicoptères Canadiens Offshore)* [sub nom. *Hélicoptères Canadiens limitée faisant affaire sous la raison sociale Hélicoptères Canadiens Offshore*] 2018 CCRI 891 [sub nom. *Hélicoptères Canadiens Ltée (f.a.s. Hélicoptères Canadiens Offshore) (Re)*] [2018] D.C.C.R.I. n° 21 (QL); et aux arrêts de notre Cour *Canadian Helicopters Limited c. Syndicat international des employées et employés professionnels(les) et de bureau*, 2020 CAF 37 [sub nom. *Hélicoptères Canadiens limitée (f.a.s. Hélicoptères Canadiens Offshore) (Re)*], [2020] A.C.F. n° 169 (QL); et *Association des pilotes fédéraux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 52).

[62] La Commission a conclu sur ce point en formulant les observations suivantes, au paragraphe 61 :

De toute évidence, le critère des attentes raisonnables des employés s'est développé historiquement comme une approche alternative, mais complémentaire, pour déterminer si une modification constituait le cours normal des affaires ou si elle violait un gel statuaire en posant la question, [TRADUCTION] « quelles seraient les attentes d'un employé raisonnable quant à ses conditions d'emploi ou ses avantages sociaux dans les circonstances particulières de son employeur? » Un examen de la jurisprudence ne révèle aucune différence dans la façon dont ces approches analytiques ont été appliquées depuis leurs tout débuts, il y a une quarantaine d'années, jusqu'à aujourd'hui.

[63] Dans la section suivante de ses motifs, la Commission a souligné l'importance de l'interprétation téléologique des dispositions de gel, en citant de la jurisprudence de la C.R.T.O. à l'appui de cette affirmation.

[64] The Board then proceeded to discuss what the Supreme Court decided in *Wal-Mart* and held that it had not determined that “reasonable employees’ expectations have no relevance to the consideration of any business-as-usual defence or that [the business as usual and reasonable employee expectation] tests must somehow be kept separate and distinct” (at paragraph 72).

[65] The Board noted that the fact pattern in *Wal-Mart* involved the closure of a profitable *Wal-Mart* store following certification in circumstances where there had not been any suggestion of closure prior to unionization. It also underscored that the Supreme Court restored the decision of the arbitrator, who had found that the closure violated the freeze provisions in the Quebec *Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 59.

[66] In deciding that *Wal-Mart* had not recast the law applicable to the interpretation of statutory freeze provisions in the way the employer suggested, the Board pointed to several places in the Supreme Court’s reasons where employee expectations were considered, citing paragraphs 42, 95, and 96 of the majority’s reasons in *Wal-Mart*. They provide:

The condition of continued employment is implicitly incorporated into the contract of employment and need not be expressly stipulated. The essence of every contract is that it requires each party to perform its obligations as long as the other party does so and no other recognized cause of extinction of obligations occurs (art. 1458, para. 1 and art. 1590, para. 1 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), .... The law applicable to contracts of employment does not stray from this principle in providing that where a contract is resiliated, a “serious reason” (art. 2094 C.C.Q.) or “good and sufficient cause” (s. 124 A.L.S.) must be shown, or reasonable notice must be given (art. 2091 C.C.Q. and s. 82 A.L.S.). Absent one of these justifications, the employer is bound by an obligation to continue employing the employee. This principle is all the more fundamental in our modern society, because the systemic importance of work means that the vast majority of employees are completely dependent on their jobs .... In this context, it can be said that such employees have a reasonable expectation that their employer will not terminate their employment except to the extent and in the circumstances provided for by law.

[64] La Commission a ensuite examiné l’arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême et a conclu que cette dernière n’avait pas établi que « les attentes raisonnables des employés n’étaient pas pertinentes à la prise en considération de toute défense fondée sur le cours normal des affaires ni que ces critères [du cours normal des affaires et des attentes raisonnables des employés] doivent d’une manière ou d’une autre être séparés et distincts » (au paragraphe 72).

[65] La Commission a noté que les faits dans l’arrêt *Wal-Mart* se rapportaient à la fermeture d’un magasin *Wal-Mart* rentable après une accréditation, alors que rien ne laissait présager sa fermeture avant la syndicalisation. Elle a aussi souligné que la Cour suprême a rétabli la décision de l’arbitre, qui avait conclu que la fermeture violait les dispositions de gel du *Code du travail* du Québec, RLRQ, ch. C-27, art. 59.

[66] Lorsqu’elle a déterminé que l’arrêt *Wal-Mart* n’avait pas recadré le droit applicable à l’interprétation des dispositions législatives de gel comme l’employeur l’avait soutenu, la Commission a mis en évidence plusieurs passages dans les motifs de la Cour suprême révélant que les attentes des employés avaient été prises en considération, dont les paragraphes 42, 95 et 96 des motifs des juges majoritaires dans l’arrêt *Wal-Mart*. Ils sont rédigés ainsi :

La condition du maintien du lien d’emploi est intégrée de manière implicite au contrat de travail, sans qu’il soit nécessaire de la stipuler expressément. En effet, c’est le propre de tout contrat que d’obliger chacune des parties à exécuter ses prestations, tant et aussi longtemps que l’autre en fait autant ou que n’intervient pas une autre cause reconnue d’extinction des obligations (art. 1458, al. 1 et art. 1590, al. 1 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »)). En soumettant la résiliation du contrat à la démonstration d’un « motif sérieux » (art. 2094 C.c.Q.) ou d’une « cause juste et suffisante » (art. 124 L.n.t.) ou à la communication d’un avis raisonnable (art. 2091 C.c.Q. et art. 82 L.n.t.), le droit applicable au contrat de travail ne fait pas exception à ce principe. Jusqu’à ce que survienne un de ces cas, l’employeur se trouve lié par une obligation de maintenir le salarié dans son emploi. D’ailleurs, ce principe est d’autant plus fondamental, dans notre société moderne, que l’importance systémique du travail rend la grande majorité des salariés totalement dépendants de leur emploi [...] Dans ce contexte, on peut affirmer qu’il existe chez ces salariés une attente raisonnable que l’employeur ne remettra pas en

cause leur emploi, sauf dans la mesure et les circonstances prévues par la loi.

...

[...]

In discussing the “business as usual” rule and its application in this case, Arbitrator Ménard did not place an inappropriate burden of proof on the employer. In fact, it is clear from his review of the Union’s evidence that the Union had shown that the store’s situation did not suggest it would be closed. For example, Mr. Ménard stated early in his reasons that he was adopting the following [TRANSLATION] “additional evidence”:

[TRANSLATION] [T]he Employer at no time told anyone that it intended to go out of business or that it was experiencing financial difficulties. On the contrary, it indicated that, from a perspective of five (5) years, the store was performing very well and that its objectives were being met. [para. 2]

He then quoted a passage from the testimony of Gaétan Plourde in which Mr. Plourde revealed that the establishment’s manager had indicated to him that bonuses would be paid for 2003 (para. 2).

In this context, it must be understood that the arbitrator’s statement that the employer had not shown the closure to have been made in the ordinary course of the company’s business was grounded in his view that the Union had *already* presented sufficient evidence to satisfy him that the change was not consistent with the employer’s past management practices or with those of a reasonable employer in the same circumstances. It was in fact reasonable to find that a reasonable employer would not close an establishment that “was performing very well” and whose “objectives were being met” to such an extent that bonuses were being promised. [Emphasis in original; citations omitted.]

[67] The Board also noted that the Supreme Court nowhere in *Wal-Mart* indicated that it intended to cast aside decades of labour board case law, stating at paragraph 74 that:

.... Even in the absence of any analysis considering employees’ reasonable expectations, I would not conclude that the Supreme Court of Canada intended to draw an artificial boundary between two serviceable but imperfect analytical approaches, which have undeniably proven

Dans ses commentaires sur la règle des « pratiques habituelles de gestion » et sur son application en l’espèce, l’arbitre Ménard n’a pas imposé à l’employeur un fardeau de preuve inapproprié. En effet, à l’examen de la décision, il ressort clairement de son analyse de la preuve présentée par le Syndicat que celui-ci avait démontré que le magasin n’était pas dans une situation laissant présager sa fermeture. À titre d’exemple, au tout début de ses motifs, M<sup>c</sup> Ménard indique qu’il retient notamment ce qui suit de « compléments de preuve » :

[L]’employeur n’a jamais révélé à quiconque qu’il entendait cesser ses activités ou encore qu’il rencontrait des difficultés financières. Au contraire, il laissait savoir que, dans une perspective de cinq (5) ans, le magasin évoluait très bien et que les objectifs étaient rencontrés. [par. 2]

Un peu plus loin, il cite un extrait du témoignage de Gaétan Plourde, dans lequel ce dernier révèle que le directeur de l’établissement lui avait laissé entendre que des bonis seraient versés pour l’année 2003 (par. 2).

Dans ce contexte, on comprend que, lorsqu’il affirme que l’employeur n’a pas démontré que la fermeture s’inscrivait dans le cours normal des affaires de l’entreprise, il retient que le Syndicat a *déjà* présenté suffisamment d’éléments de preuve pour le convaincre que la modification n’était pas conforme aux pratiques antérieures de gestion de l’employeur ou à celles d’un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En effet, on peut raisonnablement conclure que cet employeur raisonnable n’aurait pas fermé les portes d’un établissement qui « évoluait très bien » et où « les objectifs étaient rencontrés », à tel point que des bonis étaient promis. [Italique dans l’original; renvois omis.]

[67] La Commission a aussi fait observer que la Cour suprême n’avait mentionné nulle part dans l’arrêt *Wal-Mart* qu’elle avait l’intention d’abandonner des décennies de jurisprudence des tribunaux du travail, en indiquant ce qui suit au paragraphe 74 :

[...] Même en l’absence d’analyse tenant compte des attentes raisonnables des employés, je ne conclurais pas que la Cour suprême du Canada avait l’intention de tracer une frontière artificielle entre deux approches analytiques utilisables, mais imparfaites, qui se sont incontestablement

more useful in most situations when applied together. Nothing about the decision suggests that. Interpreting *Wal-Mart* in that way would mean ignoring decades of labour board jurisprudence, the vast majority of which has used the two tests to complement each other. And it would mean doing so in the absence of any suggestion from the Supreme Court of Canada that that was its intent.

[68] The Board continued by noting that the approach urged by the employer would contradict the strong statements of the majority of the Supreme Court in *Wal-Mart* about the critical role of freeze provisions and the importance of a purposive approach in interpreting them. The Board [at paragraph 75] pointed to paragraphs 34 to 37, 49 and 51 of the majority’s decision in *Wal-Mart*, which state:

... the purpose of [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] in circumscribing the employer’s powers is not merely to strike a balance or maintain the *status quo*, but is more precisely to facilitate certification and ensure that in negotiating the collective agreement the parties bargain in good faith ....

The “freeze” on conditions of employment codified by this statutory provision limits the use of the primary means otherwise available to an employer to influence its employees’ choices: its power to manage during a critical period .... By circumscribing the employer’s unilateral decision-making power in this way, the “freeze” limits any influence the employer might have on the association-forming process, eases the concerns of employees who actively exercise their rights, and facilitates the development of what will eventually become the labour relations framework for the business.

In this context, it is important to recognize that the true function of [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] is to foster the exercise of the right of association. ...

By codifying a mechanism designed to facilitate the exercise of the right of association, [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] thus creates more than a mere procedural guarantee. In a way, this section, by imposing a *duty* on the employer not to change how the business is managed at the time the union arrives, gives employees a substantive *right* to the maintenance of their conditions of employment during the statutory period.

révélées plus utiles dans la plupart des situations lorsqu’elles sont appliquées ensemble. Rien dans la décision ne le suggère. Interpréter l’arrêt *Wal-Mart* de cette façon signifierait ignorer des décennies de jurisprudence des commissions des relations du travail, dont la grande majorité a utilisé les deux critères de façon complémentaire. Une telle interprétation signifierait également de le faire en l’absence de toute suggestion de la Cour suprême du Canada que telle était son intention.

[68] La Commission a ensuite fait observer que l’approche préconisée par l’employeur serait contraire aux affirmations fermes des juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Wal-Mart* concernant le rôle capital des dispositions de gel et l’importance de les interpréter de manière téléologique. La Commission [au paragraphe 75] a renvoyé aux paragraphes 34 à 37, 49 et 51 des motifs de la majorité de l’arrêt *Wal-Mart*, qui sont libellés ainsi :

[...] [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec] ne vise pas seulement à créer un équilibre ni à assurer le statu quo, mais plus exactement à faciliter l’accreditation et à favoriser entre les parties la négociation de bonne foi de la convention collective [...]

En effet, le « gel » des conditions de travail que codifie cette disposition législative limite l’utilisation du moyen principal dont disposerait autrement l’employeur pour influencer les choix de ses employés : son pouvoir de gestion au cours d’une période critique [...] Or, en limitant ainsi le pouvoir de décision unilatérale de l’employeur, le « gel » restreint l’influence potentielle de celui-ci sur le processus associatif, diminue les craintes des employés qui exercent activement leurs droits et facilite le développement de ce qui deviendra éventuellement le cadre des relations de travail au sein de l’entreprise.

Dans ce contexte, il importe de reconnaître la fonction véritable de [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec], qui consiste à favoriser l’exercice du droit d’association [...]

En codifiant un mécanisme destiné à faciliter la mise en œuvre du droit d’association, [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec] crée donc plus qu’une simple garantie de nature procédurale. Pour ainsi dire, en imposant à l’employeur le *devoir* de ne pas modifier le cadre normatif existant dans l’entreprise au moment de l’arrivée du syndicat, cette disposition reconnaît aux employés un *droit* substantiel au maintien de leurs conditions

This being said, it is the employees, as the holders of that right, who must ensure that it is not violated.

...

On this point, I wish to stress that to accept the opposite argument — that the employer can change its management practices in all circumstances because it had the power to do so before the union’s arrival — would be to deprive [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] of any effect. Thus [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] was enacted for the specific purpose of preventing the employer from [TRANSLATION] “exercising its great freedom of action at the last minute by being particularly generous or adopting any other pressure tactic” .... To permit the employer to keep using its managerial powers as if nothing had changed would, when all is said and done, be to allow the employer to do that which the law is actually meant to prohibit.

...

An interpretation that would leave the employer with all the freedom it had before the petition for certification was filed would be contrary to s. 41 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, which favours a broad and purposive interpretation of the provision. It seems to me that such an interpretation would also overlook the fact that the employer ceases to have sole control over labour relations in its business after the union arrives on the scene. Once the petition for certification is filed, the employer is dealing with [TRANSLATION] “the possible implementation of a new scheme of labour relations in the business, a system that is now institutionalized”, and it must take this new system into account in exercising its management power .... [Emphasis in original; citations omitted.]

[69] The Board concluded this portion of its reasoning by commenting as follows on the employer’s argument [at paragraphs 76–77]:

I also note that the employer does not argue that employees’ expectations are completely irrelevant. It simply states that they are relevant only to an employees’-reasonable-expectations test and that they cannot be used as part of a business-as-usual analysis. As indicated earlier, I see no merit in that argument; it is difficult to even conceptualize a completely separate application of these approaches. However, even if I accepted that the employees’ reasonable expectations could be applied only as a separate and distinct test, in my view, it would lead to the same conclusion.

de travail durant la période prévue par la loi. Ceci étant dit, puisque les employés sont titulaires de ce droit, il leur appartient de veiller à sa mise en œuvre.

[...]

Sur ce point, je tiens à souligner que le fait d’accepter la thèse contraire — à savoir que l’employeur peut toujours modifier ses normes de gestion, parce qu’il jouissait de ce pouvoir avant l’arrivée du syndicat — priverait [la disposition législative de gel du *Code du travail*] de tout effet. Cette [disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec], je le rappelle, a été édictée dans le but précis d’empêcher l’employeur d’« utiliser *in extremis* sa grande liberté de manœuvre pour être particulièrement généreux ou exercer quelque autre moyen de pression » [...] Or, lui permettre de continuer à utiliser ses pouvoirs de gestion comme si rien n’avait changé reviendrait en définitive à lui permettre de faire ce que la loi vise pourtant à prohiber.

[...]

Une interprétation laissant à l’employeur toute la latitude qu’il possédait avant le dépôt de la requête en accréditation violerait les prescriptions de l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, RLRQ, ch. I-16, lesquelles privilégient une interprétation large et téléologique de la disposition. Il m’apparaît que cette interprétation ferait aussi abstraction du fait que, après l’arrivée du syndicat, l’employeur ne contrôle désormais plus seul les relations de travail dans son entreprise. En effet, à partir du dépôt de la demande d’accréditation, il fait face à « l’éventualité de l’implantation d’un nouvel ordre de relations du travail dans l’entreprise, un régime dorénavant institutionnalisé » et doit il doit tenir compte dans l’exercice de son pouvoir de gestion [...] [Italique dans l’original; renvois omis.]

[69] La Commission a conclu cette partie de son raisonnement en formulant les observations suivantes à propos de la thèse de l’employeur [aux paragraphes 76 et 77] :

Je précise également que l’employeur ne prétend pas que les attentes des employés ne sont absolument pas pertinentes. Il déclare simplement qu’elles ne sont pertinentes que pour le critère des attentes raisonnables d’un employé et qu’elles ne peuvent pas être utilisées dans le cadre d’une analyse relative au cours normal des affaires. Tel qu’il a été mentionné, je considère cet argument sans mérite; il est même difficile de conceptualiser une application complètement distincte de ces approches. Cependant, même si j’acceptais le fait que les attentes raisonnables des employés



The employer argued that although the Board could still apply the employees’-reasonable-expectations test (albeit separately), it would not trump the business-as-usual test. In making this argument, the employer implicitly suggests that business as usual should trump the employees’ reasonable expectations. It is not at all clear what that proposition is based on, but in any event, in my view, this argument is also without merit. Neither of these complementary analytical approaches can be said to trump the other; that is simply not how they work.

[70] The Board then applied the reasonable employee expectation test. It held that, in accordance with a long line of case law of its own and of several other labour boards, to meet that test, “a change must be part of an established pattern such that the employees would reasonably expect it, or there must have been a firm decision to make the change that was communicated to the employees before the onset of the freeze period” (at paragraph 78). Because there was no such pattern or employee communication made by the RCMP, the Board determined that the impugned changes violated the freeze in section 56 in the FPFLRA.

[71] In subsequent sections of its reasons, the Board considered alternate tests that could be applied and concluded they would all come to the same result.

[72] One of these involved consideration of whether the change to the policy was the sort that could be bargained collectively and that, if unilaterally changed, would “unduly disrupt, vitiate or distort that bargaining process” (to cite one of the cases the Board quoted, the decision of the O.L.R.B. in *Ontario Public Service Employees Union v. Royal Ottawa Health Care Group Institute of Mental Health Research* (1999), [1999] O.L.R.B. Rep. 711, 1999 CanLII 20151, at paragraph 89). The Board determined that the change to the RCMP’s promotion policy was such a change and that, accordingly, this test would also lead to the conclusion that the adoption of the policy change after the onset of the freeze violated section 56 of the FPFLRA.

ne peuvent être appliquées qu’à titre de critère séparé et distinct, à mon avis, cela conduirait à la même conclusion.

L’employeur a soutenu que, bien que la Commission puisse appliquer le critère des attentes raisonnables des employés (quoique séparément), celui-ci ne l’emporterait pas sur le critère relatif au cours normal des affaires. En faisant cet argument, l’employeur suggère implicitement que le cours normal des affaires devrait l’emporter sur les attentes raisonnables des employés. Le fondement de cette proposition n’est pas clair, mais, en tout état de cause, à mon avis, cet argument est également sans fondement. Ni l’une ni l’autre de ces approches analytiques complémentaires ne l’emporte sur l’autre; ce n’est tout simplement pas ainsi qu’elles fonctionnent.

[70] La Commission a ensuite appliqué le critère des attentes raisonnables des employés. Elle a conclu que, conformément à sa propre jurisprudence de longue date et celle d’autres tribunaux du travail, pour qu’il soit satisfait à ce critère, « un changement doit faire partie d’une tendance établie de telle sorte que les employés s’y attendraient raisonnablement, ou il doit y avoir eu une décision ferme d’apporter le changement qui a été communiquée aux employés avant le début de la période de gel » (au paragraphe 78). Puisqu’il n’existait pas de telle tendance et que la GRC n’avait rien communiqué aux employés, la Commission a conclu que les modifications contestées violaient le gel prévu à l’article 56 de la Loi.

[71] Dans les parties suivantes de ses motifs, la Commission a examiné d’autres critères qui auraient pu être appliqués et elle a conclu qu’ils auraient tous produit le même résultat.

[72] L’un d’entre eux consistait à déterminer si la modification apportée à la politique était le genre de modification pouvant être négociée collectivement et si elle aurait « perturb[é], entach[é] ou fauss[é] indûment [le] processus de négociation » (pour citer l’une des décisions auxquelles renvoie la Commission, la décision de la C.R.T.O. *Ontario Public Service Employees Union v. Royal Ottawa Health Care Group Institute of Mental Health Research*, [1999] O.L.R.B. Rep. 711, 1999 CanLII 20151, au paragraphe 89). La Commission a conclu que la modification à la politique sur les promotions de la GRC était ce genre de modification et, en conséquence, que ce critère mènerait aussi à la conclusion que l’adoption de la modification

[73] The Board next examined the business-as-usual defence. In respect of it, the Board focussed on the paragraphs from *Wal-Mart*, on which the employer relied, namely paragraphs 55–57. There, the majority stated:

Regardless of who adduced the evidence to be considered by the arbitrator, there are two ways for the arbitrator to determine whether a specific change is consistent with the employer’s normal management practices. First, for the employer’s decision not to be considered a change in conditions of employment within the meaning of [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] the arbitrator must be satisfied that it was made in accordance with the employer’s *past* management practices. In the words of Judge Auclair, the arbitrator must be able to conclude that the employer’s decision was made [TRANSLATION] “in accordance with criteria it established for itself before the arrival of the union in its workplace ....

Second, the courts have held that the employer must continue to be able to adapt to the changing nature of the business environment in which it operates. For example, in some situations in which it is difficult or impossible to determine whether a particular management practice existed before the petition for certification was filed, the courts accept that a decision that is [TRANSLATION] “reasonable”, based on “sound management” and consistent with what a “reasonable employer in the same position” would have done can be seen as falling within the employer’s normal management practices ....

Thus, a change can be found to be consistent with the employer’s “normal management policy” if (1) it is consistent with the employer’s past management practices or, failing that, (2) it is consistent with the decision that a reasonable employer would have made in the same circumstances. In other words, a change [TRANSLATION] “that would have been handled the same way had there been no attempt to form a union or process to renew a collective agreement should not be considered a change in conditions of employment to which [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] applies” .... [Emphasis in original; citations omitted.]

[74] The Board first considered whether the change to the RCMP’s promotion policies was in accordance with

à la politique, après le début du gel, contrevenait à l’article 56 de la Loi.

[73] La Commission a ensuite examiné la défense fondée sur le cours normal des affaires. À cet égard, la Commission s’est concentrée sur les paragraphes tirés de l’arrêt *Wal-Mart* que l’employeur a invoqués, soit les paragraphes 55 à 57. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont formulé les observations suivantes :

Quelle que soit la source des éléments de preuve qu’il considérera, l’arbitre dispose de deux moyens pour se prononcer sur la conformité entre un changement donné et les pratiques habituelles de gestion de l’employeur. Dans un premier temps, pour que la décision de l’employeur ne soit pas assimilée à une modification des conditions de travail au sens de [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec], l’arbitre devra être convaincu qu’elle a été prise en conformité avec ses pratiques *antérieures* de gestion. Pour reprendre l’expression du juge Auclair, il devra être en mesure de conclure que la décision patronale a été prise « selon les paramètres qu’il s’est lui-même imposés avant la venue du syndicat chez lui » [...]

Dans un deuxième temps, la jurisprudence reconnaît que l’entreprise doit rester en mesure de s’adapter au contexte variable de l’environnement commercial dans lequel elle évolue. Par exemple, dans certains scénarios où il est difficile ou impossible de déterminer si une pratique de gestion donnée existait avant le dépôt de la requête en accréditation, la jurisprudence pertinente admet qu’il est possible de considérer qu’une décision « raisonnable », de « saine gestion », conforme à ce qu’aurait fait un « employeur raisonnable placé dans la même situation », relève des pratiques habituelles de gestion [...]

Un changement pourra donc être déclaré conforme à la « politique habituelle de gestion » de l’employeur (1) s’il est cohérent avec ses pratiques antérieures de gestion ou, à défaut, (2) s’il est conforme à la décision qu’aurait prise un employeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances. En d’autres mots, la modification « qui aurait été administrée de la même façon, en dehors d’un processus de syndicalisation ou de renouvellement de convention collective, ne doit pas être considérée comme un changement dans les conditions de travail visé par [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec] » [...] [Italique dans l’original; renvois omis.]

[74] La Commission a d’abord examiné si la modification apportée aux politiques sur les promotions de la

the RCMP's past management practices, the first sort of situation discussed by the Supreme Court in paragraphs 55–57 of its reasons in *Wal-Mart*. The Board held that the impugned change to the RCMP's promotion policy was not consistent with its past management practices as it had only once before made a somewhat similar change and “one previous change does not reveal an established pattern of past management practices with respect to substantive policy changes” (at paragraph 98).

[75] Although the employer was not relying on the second exception outlined in paragraphs 55–57 of *Wal-Mart*, the Board went on to consider whether the change in question was an action that a reasonable employer would take in the same situation or represented the way the RCMP would have acted in the absence of a certification application. The Board answered both questions in the negative.

[76] In determining that a reasonable employer would not have instituted the change, the Board held that the change was significant but not one that was urgently required. In this regard, it noted that the change had been under discussion for some time before it was made and was even put on hold at one point. The Board also noted that it would have been reasonable for the RCMP to have waited on making the change when it received negative feedback from supervisors about the impact it was likely to have. It also underscored that the RCMP could have sought the concurrence of the Board to the change—an option open to employers under section 56 of the FPSLRA—but that it had declined to do so. Taken together, these factors led the Board to conclude that the change was not one a reasonable employer would have made in similar circumstances.

[77] As concerns the wording used by the majority of the Supreme Court of Canada in paragraph 57 of *Wal-Mart*—to the effect that, to be permissible, a change must

GRC s'inscrivait dans les pratiques de gestion antérieures de la GRC, le premier type de situation examiné par la Cour suprême aux paragraphes 55 à 57 de ses motifs de l'arrêt *Wal-Mart*. La Commission a conclu que la modification contestée à la politique sur les promotions de la GRC ne s'inscrivait pas dans les pratiques de gestion antérieures, étant donné qu'une modification similaire n'avait été apportée auparavant qu'une seule fois et qu'« [u]ne modification antérieure ne révèle pas une tendance établie de pratiques de gestion antérieures en ce qui concerne les modifications de fond aux politiques » (au paragraphe 98).

[75] Bien que l'employeur n'ait pas invoqué la deuxième exception énoncée dans les paragraphes 55 à 57 de l'arrêt *Wal-Mart*, la Commission a ensuite examiné si un employeur raisonnable se trouvant dans la même situation aurait procédé à la modification en question ou si cette modification correspondait à la manière dont la GRC aurait agi s'il n'y avait pas eu de demande d'accréditation. La Commission a répondu par la négative aux deux questions.

[76] En jugeant qu'un employeur raisonnable n'aurait pas mis en œuvre la modification, la Commission a conclu qu'il s'agissait d'une modification importante, mais qui n'était pas urgente. À cet égard, elle a fait observer qu'avant sa mise en œuvre, la modification avait été à l'étude pendant un certain temps et avait même été suspendue à un moment donné. La Commission a également fait remarquer qu'il aurait été raisonnable que la GRC attende avant de mettre en œuvre la modification, étant donné qu'elle avait reçu de la part des superviseurs des commentaires négatifs au sujet des répercussions que cette modification aurait. Elle a aussi souligné que la GRC aurait pu demander l'accord de la Commission concernant la modification — une option dont disposent les employeurs en vertu de l'article 56 de la Loi — mais qu'elle s'est abstenue de le faire. Ensemble, ces facteurs ont amené la Commission à conclure qu'un employeur raisonnable n'aurait pas mis en œuvre la modification dans des circonstances similaires.

[77] En ce qui concerne les termes utilisés par les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada au paragraphe 57 de l'arrêt *Wal-Mart*, selon lequel, pour qu'une

be one “that would have been handled in the same way had there been no attempt to form a union or process to renew a collective agreement”—the Board held that this “notion is just another way of thinking about whether the employer managed its business as usual” (at paragraph 109).

[78] The Board firmly rejected the employer’s argument that the Supreme Court had decided that “an employer [could] meet the business-as-usual test simply by showing that it would have acted the same way in the absence of a certification application”, holding that “[l]abour jurisprudence in every jurisdiction of the country has always explicitly rebuffed such a notion” (at paragraphs 110–111). The Board continued by noting that, were such a notion to be accepted, it would be tantamount to requiring there to be anti-union animus to establish a violation of a freeze violation—a proposition firmly rejected in the case law and by the Supreme Court, itself, in paragraph 38 of *Wal-Mart*, where Justice Binnie, writing for the majority wrote:

I wish to note first that, since [the statutory freeze provision in the Quebec *Labour Code*] is not directly concerned with the punishment of anti-union conduct, the prohibition for which it provides will apply regardless of whether it is proven that the employer’s decision was motivated by anti-union animus .... The essential question in applying [the provision] is whether the employer *unilaterally* changed its employees’ conditions of employment *during the period of the prohibition*. [Emphasis in original; citations omitted.]

[79] The Board concluded by stating that the Supreme Court in *Wal-Mart* [at paragraph 119]:

... had no intention to change and did not change the jurisprudence in any substantial way, whether to remove any consideration of employees’ reasonable expectations from a business-as-usual analysis, or to suggest that an employer could establish a business-as-usual defence simply by showing that it would have acted the same way had there been no application for certification.

modification soit possible, elle doit être une modification « qui aurait été administrée de la même façon, en dehors d’un processus de syndicalisation ou de renouvellement de convention collective », la Commission a conclu que « cette notion n’est qu’une autre façon d’examiner si l’employeur a géré son entreprise comme il l’aurait fait normalement » (au paragraphe 109).

[78] La Commission a fermement rejeté l’argument de l’employeur, selon lequel la Cour suprême avait décidé « qu’un employeur pouvait satisfaire au critère relatif au cours normal des affaires simplement en démontrant qu’il aurait agi de la même façon en l’absence d’une demande d’accréditation », en concluant que « [l]a jurisprudence du travail dans toutes les administrations du pays a toujours explicitement rejeté une telle notion » (aux paragraphes 110 et 111). La Commission a ensuite fait observer que, si cette notion était acceptée, cela reviendrait à exiger qu’il existe un sentiment antisyndical pour qu’il y ait violation de la disposition de gel — une idée fermement rejetée par la jurisprudence et par la Cour suprême elle-même, au paragraphe 38 de l’arrêt *Wal-Mart*, où le juge Binnie, s’exprimant au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

Comme [la disposition législative de gel du *Code du travail* du Québec] ne vise pas directement à punir un comportement antisyndical, je tiens d’abord à souligner qu’une preuve indiquant que la décision de l’employeur est motivée par un quelconque *animus* antisyndical n’est pas nécessaire pour que s’applique la prohibition édictée par cet article [...]. En effet, la question essentielle dans la mise en œuvre de [la disposition] consiste à décider si l’employeur a modifié *unilatéralement* les conditions de travail de ses employés *durant la période prohibée*. [Italique dans l’original; renvois omis.]

[79] La Commission a conclu en indiquant [au paragraphe 119] que, dans l’arrêt *Wal-Mart*, la Cour suprême :

[...] n’avait pas l’intention de modifier et n’a pas modifié la jurisprudence de manière substantielle, que ce soit pour retirer toute considération relative aux attentes raisonnables des employés d’une analyse portant sur le cours normal des affaires, ou pour suggérer qu’un employeur pourrait établir une défense fondée sur le cours normal des affaires simplement en démontrant qu’il aurait agi de la même façon s’il n’y avait pas eu de demande d’accréditation.

[80] In support of this conclusion, the Board referred to the myriad of cases, decided after *Wal-Mart*, where labour boards have continued to apply the same approaches to statutory freeze provisions as they have for several decades (citing to *Canadian Helicopters Limited doing business as Canadian Helicopters Offshore*, 2018 CIRB 891 [cited above]; *Canadian Federal Pilots Association v. Department of Transport Transportation Safety Board, and Treasury Board Secretariat*, 2018 FPSLREB 91; *Public Service Alliance of Canada v. Anishinabek Police Service*, 2018 CanLII 81987 (Ont. L.R.B.); *Teamsters Local Union No. 31 v. 669779 Ontario Ltd. O/A CSA Transportation, sub nom. 669779 Ontario Ltd. O/A CSA Transportation*, 2018 CIRB 894; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2017 FPSLREB 16; *Union of Canadian Correctional Officers – Syndicat des agents correctionnels du Canada – CSN v. Treasury Board*, 2016 PSLREB 47; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Correctional Service of Canada)*, 2017 FPSLREB 11; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board*, 2016 PSLREB 107; *Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union 647, affiliated with the International Brotherhood of Teamsters v. Canada Bread Company Limited*, 2016 CanLII 25094 (Ont. L.R.B.); *Canadian Association of Professional Employees v. Treasury Board (Department of Public Works and Government Services)*, 2016 PSLREB 68; *Federal Government Dockyard Chargehands Association v. Treasury Board (Department of National Defence)*, 2016 PSLREB 26; *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency)*, 2016 PSLREB 19; *Alberta Union of Provincial Employees and Shepherd's Care Foundation*, [2016] Alta. L.R.B.R. 33 [sub nom. *Shepherd's Care Foundation and AUPE, Re*, 2016 CarswellAlta 796 (WL Can.), sub nom. *Shepherd's Care Foundation (Re)*, [2016] A.L.R.B.D. No. 30 (QL); *New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1840, sub nom. [New Brunswick (Board of Management) (Re)]*, [2014] N.B.L.E.B.D. No. 27 (QL)).

[80] À l'appui de cette conclusion, la Commission a renvoyé à une kyrielle de décisions qui ont été rendues après l'arrêt *Wal-Mart*, dans lesquelles les tribunaux du travail ont continué à appliquer les mêmes approches à l'égard des dispositions législatives de gel qu'elles appliquent depuis plusieurs décennies (les décisions *Hélicoptères Canadiens limitée faisant affaire sous la raison sociale Hélicoptères Canadiens Offshore*, 2018 CCRI 891 [précitée]; *Association des pilotes fédéraux du Canada c. Ministère des Transports, Bureau de la sécurité des transports et Secrétariat du Conseil du Trésor*, 2018 CRTESPF 91, 2018 LNFPSLREB 95 (QL); *Public Service Alliance of Canada v. Anishinabek Police Service*, [2018] O.L.R.B. Rep. 635, 2018 CanLII 81987 (C.R.T. de l'Ont.); *Section locale 31 de la Fraternité internationale des Teamsters c. 669779 Ontario limitée s/n CSA Transportation [sub nom. 669779 Ontario limitée s/n CSA Transportation]* 2018 CCRI 894 [sub nom. 669779 Ontario litée (f.a.s. CSA Transportation (Re))], [2018] D.C.C.R.I. n° 29 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2017 CRTESPF 16, 2017 LNCRTESPF 16 (QL); *Syndicat des agents correctionnels – Union of Canadian Correctional Officers – CSN c. Conseil du Trésor*, 2016 CRTEFP 47, 2016 LNCRTTEFP 47 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2017 CRTESPF 11, 2017 LNCRTESPF 11 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor*, 2016 CRTEFP 107, 2016 LNCRTTEFP 107 (QL); *Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union 647, affiliated with the International Brotherhood of Teamsters v. Canada Bread Company Limited*, [2016] O.L.R.B. Rep. March/April 161, 2016 CanLII 25094 (C.R.T. de l'Ont.); *Association canadienne des employés professionnels c. Conseil du Trésor (ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2016 CRTEFP 68, 2016 LNCRTTEFP 68 (QL); *L'Association des chefs d'équipe des chantiers maritimes du gouvernement fédéral c. Conseil du Trésor (ministère de la Défense nationale)*, 2016 CRTEFP 26, 2016 LNCRTTEFP 26 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2016 CRTEFP 19, 2016 LNCRTTEFP 19 (QL); *Alberta Union of Provincial Employees and Shepherd's Care Foundation*, [2016] Alta. L.R.B.R. 33 [sub nom. *Shepherd's Care Foundation and AUPE, Re*, 2016 CarswellAlta 796 (WL Can.), sub nom. *Shepherd's Care*



[81] The Board further underscored some cases that specifically rejected arguments similar to those made by the employer (namely, *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2019 FPRLREB 110; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN v. Conseil des Innus de Pessamit* [sub nom. *Conseil des Innus de Pessamit*] 2016 CIRB 831; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN v. Conseil des Innus de Pessamit* [sub nom. *Conseil des Innus de Pessamit*] 2017 CIRB 861; *Corporation de l'École Polytechnique de Montréal c. Association syndicale des salarié-e-s étudiant-e-s de la Polytechnique*, 2015 CanLII 13848 (Qc SAT)).

[82] The Board therefore rejected the employer's interpretation of *Wal-Mart*, applied the usual approach of Canadian labour boards to the situation, and determined that the RCMP had violated section 56 of the FPRLRA in making the impugned change to its promotion policy.

(b) *Was the Board's Treatment of Wal-Mart Reasonable?*

[83] I turn now to the employer's assertion that the Board's interpretation of *Wal-Mart* was unreasonable.

[84] At the outset, it is worthwhile remembering that decisions like the one in the case at bar are relatively unconstrained due to their subject-matter, the statutory remit of the Board, and its specialization in discharging that remit. Thus, as a practical matter, the decisions of the Board on matters such as this receive significant deference. Interpretation of the statutory freeze lies at the centre of the setting the balance of power in labour-management relations—a matter that the legislators have left explicitly to expert labour relations boards to settle and over which

*Foundation (Re)*, [2016] A.L.R.B.D. No. 30 (QL); [*New Brunswick (Board of Management) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1840, sub nom.*] *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2014] N.B.L.E.B.D. n° 27 (QL), 252 C.L.R.B.R. (2d) 149).

[81] La Commission a ensuite mis certaines affaires en évidence, dans lesquelles des thèses semblables à celles défendues par l'employeur ont été rejetées (à savoir les décisions *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2019 CRTESPF 110; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN c. Conseil des Innus de Pessamit*, [sub nom. *Conseil des Innus de Pessamit*], 2016 CCRI 831, 18 C.L.R.B.R. (3d) 214; *Syndicat des enseignantes et enseignants de la communauté Innue de Pessamit-CSN c. Conseil des Innus de Pessamit* [sub nom. *Conseil des Innus de Pessamit*] 2017 CCRI 861, 51 C.L.R.B.R. (3d) 246; *Corporation de l'École Polytechnique de Montréal c. Association syndicale des salarié-e-s étudiant-e-s de la Polytechnique*, 2015 CanLII 13848 (Qc SAT)).

[82] La Commission a donc rejeté l'interprétation que proposait l'employeur de l'arrêt *Wal-Mart*, elle a adopté l'approche habituelle des tribunaux canadiens du travail relativement à la situation et elle a conclu que la GRC avait contrevenu à l'article 56 de la Loi en apportant la modification contestée à sa politique sur les promotions.

(b) *La manière dont la Commission a interprété l'arrêt Wal-Mart était-elle raisonnable?*

[83] Je me penche maintenant sur l'affirmation de l'employeur selon laquelle l'interprétation qu'a faite la Commission de l'arrêt *Wal-Mart* était déraisonnable.

[84] D'emblée, il convient de rappeler que les décisions comme celle en l'espèce sont relativement dépourvues de contraintes du fait de leur objet, du mandat légal de la Commission et de sa spécialisation dans l'exécution de ce mandat. Ainsi, concrètement, les décisions de la Commission dans ce type d'affaire font l'objet d'une grande déférence. L'interprétation du gel prévu par la loi est au cœur de l'établissement de l'équilibre des pouvoirs dans les relations patronales-syndicales, une question que les législateurs ont expressément confiée



they have accumulated much know-how by dealing with so many cases in this area.

[85] For well over half a century, courts in this country have consistently held that decisions of this nature cannot be lightly interfered with. That has been the approach to such decisions from the 1970's in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.* (1973), [1975] 1 S.C.R. 382, 1973 CanLII 191 and *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, 97 D.L.R. (3d) 417 to the present day.

[86] The privative clause in subsection 34(1) of the *Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board Act*, S.C. 2013, c. 40, s. 365 is a strong indication of the requirement for such deference, as this Court has held in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, 2019 FCA 41, 432 D.L.R. (4th) 170, at paragraph 34 and *Canada (Attorney General) v. Best Buy Canada Ltd.*, 2021 FCA 161, at paragraphs 122–123.

[87] In the instant case, the Board provided more than adequate reasons for its rejection of the employer's argument and an entirely reasonable interpretation of the decision of the Supreme Court of Canada in *Wal-Mart*.

[88] The applicant does not take issue with the adequacy of the Board's reasons and instead focuses his argument on the assertion that its interpretation of *Wal-Mart* was one that the Board was required to follow. I disagree for several reasons.

[89] First, and perhaps most importantly, the applicant is inviting this Court to engage in something akin to a correctness analysis and to substitute our interpretation of *Wal-Mart* for that of the Board to measure the reasonableness of its interpretation against our own. However, as discussed above, that is precisely what *Vavilov* instructs must not be done.

aux tribunaux spécialisés des relations de travail et sur laquelle ces derniers ont acquis un grand savoir-faire en traitant un grand nombre d'affaires dans ce domaine.

[85] Depuis plus d'un demi-siècle, les cours de ce pays ont uniformément conclu que les décisions de cette nature ne peuvent pas être infirmées à la légère. Il s'agit de l'approche qui a été adoptée à leur égard depuis les années 1970, dans les décisions *Union internationale des employés des services, Local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et al.* (1973), [1975] 1 R.C.S. 382, 1973 CanLII 191, et *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, 1979 CanLII 23, et jusqu'à ce jour.

[86] La disposition privative du paragraphe 34(1) de la *Loi sur la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral*, L.C. 2013, ch. 40, art. 365, est un indice fort de l'obligation de faire preuve de retenue, comme notre Cour l'a conclu dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction Publique du Canada*, 2019 CAF 41, [2019] A.C.F. n° 217 (QL), au paragraphe 34, et *Canada (Procureur général) c. Best Buy Canada Ltd.*, 2021 CAF 161, aux paragraphes 122–123.

[87] En l'espèce, la Commission a fourni des motifs plus que suffisants étayant son rejet de la thèse de l'employeur et a fait à une interprétation tout à fait raisonnable de l'arrêt *Wal-Mart* de la Cour suprême du Canada.

[88] Le demandeur ne conteste pas le fait que la Commission a fourni des motifs suffisants, mais il fonde plutôt sa thèse essentiellement sur l'affirmation selon laquelle l'interprétation qu'il a faite de l'arrêt *Wal-Mart* correspondait à celle que la Commission était tenue de suivre. Je ne suis pas de cet avis, et ce, pour plusieurs raisons.

[89] Premièrement, et peut-être l'élément le plus important, le demandeur invite notre Cour à s'engager dans ce qui s'apparente à une analyse fondée sur la norme de la décision correcte et à substituer notre interprétation de l'arrêt *Wal-Mart* à celle de la Commission afin que le caractère raisonnable de l'interprétation qu'il propose soit examiné par rapport à l'interprétation de notre Cour. Cependant, comme mentionné plus haut, il s'agit précisément, selon les enseignements de l'arrêt *Vavilov*, de ce qu'il ne faut pas faire.

[90] Second, the Board’s interpretation of *Wal-Mart* squarely conforms to the labour precedents decided both before and after *Wal-Mart*. This is a strong—if not decisive—indicia of its reasonableness.

[91] Indeed, were the applicant’s interpretation of *Wal-Mart* to be accepted, it would largely undermine statutory freeze provisions in labour legislation and allow employers to make unprecedented changes to employee wages and working conditions during a freeze period so long as there was a business justification for the decision that is not tainted by anti-union animus and management had reached the decision internally before the freeze commenced. However, there are other provisions in labour legislation that prohibit employer actions tainted by anti-union animus (in the FPSLRA, for example, in subsections 186(1) and 186(2)). The applicant’s interpretation would lead to the unreasonable result of rendering the freeze provisions largely superfluous by giving them much the same scope of operation as these other provisions.

[92] Third, with respect, I believe that the applicant has taken some of the comments in paragraphs 55–57 of *Wal-Mart* out of context and placed an undue emphasis on a few of the words used by the majority of the Supreme Court in those paragraphs. As noted, the fact pattern in *Wal-Mart* involved a store closure. The employer’s arguments in *Wal-Mart* centred on what was asserted to be the fundamental principle that an employer cannot be required to continue in operation against its will and possesses a fundamental right to cease operations. By definition, there cannot ever be a prior pattern of ceasing operations. Thus, the business as usual exception to the statutory freeze did not fit the situation in *Wal-Mart*.

[93] The Supreme Court found that *Wal-Mart* violated the freeze because it was unreasonable for it to have

[90] Deuxièmement, l’interprétation qu’a faite la Commission de l’arrêt *Wal-Mart* est tout à fait conforme à la jurisprudence en droit des relations de travail antérieure et postérieure à l’arrêt *Wal-Mart*. Il s’agit d’indices forts, voire décisifs, du caractère raisonnable de son interprétation.

[91] En fait, si l’interprétation que propose le demandeur de l’arrêt *Wal-Mart* était retenue, elle affaiblirait considérablement les dispositions législatives de gel des lois sur les relations du travail et elle permettrait aux employeurs d’apporter des modifications sans précédent aux salaires et conditions d’emploi des employés pendant une période de gel, tant que la décision serait motivée par des considérations administratives qui ne seraient pas entachées de sentiment antisyndical et que la direction avait pris la décision à l’interne avant le début du gel. Cependant, d’autres dispositions des lois sur les relations du travail interdisent les actions des employeurs qui sont entachées d’un sentiment antisyndical (dans la Loi, par exemple, les paragraphes 186(1) et 186(2)). Si on suivait l’interprétation du demandeur, la portée des dispositions de gel serait à peu près la même que celle des autres dispositions, ce qui mènerait à l’issue déraisonnable que les dispositions de gel seraient en grande partie superflues.

[92] Troisièmement, j’estime que le demandeur a sorti de leur contexte certaines des observations formulées aux paragraphes 55 à 57 de l’arrêt *Wal-Mart* et qu’il a accordé trop d’importance à quelques-uns des termes utilisés par les juges majoritaires de la Cour suprême dans ces paragraphes. Comme il a été noté plus haut, les faits dans l’affaire *Wal-Mart* portaient sur la fermeture d’un magasin. Les arguments de l’employeur dans l’arrêt *Wal-Mart* étaient axés sur ce qui était soi-disant un principe fondamental, selon lequel l’employeur ne peut pas être contraint de poursuivre l’exploitation d’une entreprise contre son gré et qu’il possède le droit fondamental de mettre fin à cette entreprise. Par définition, il ne peut pas exister de tendance antérieure concernant la cessation de l’exploitation d’une entreprise. Ainsi, l’exception du cours normal des affaires relativement au gel prévu par la loi cadrerait mal avec la situation dans l’arrêt *Wal-Mart*.

[93] La Cour suprême a conclu que *Wal-Mart* avait violé le gel puisqu’il était déraisonnable que l’entreprise

closed a profitable store following certification in the absence of any prior plans to do so. In so deciding, the Supreme Court applied an objective test that is not unlike the reasonable employee expectations test.

[94] Whether viewed from the point of view of the employer or the employees, what is evaluated is whether the decision to impose a change is a reasonable one in light of the prohibition on making unilateral change to employees' terms and conditions of employment during the period of the freeze. In other words, the Supreme Court in effect asked whether a reasonable employer, aware and desirous of complying with the freeze provisions, would have closed the store. It answered no, in part, because so doing would have contradicted the reasonable expectations of its employees.

[95] In sum, I agree with the Board that the Supreme Court intended to apply and not fundamentally alter the decades of labour board jurisprudence in *Wal-Mart*. The numerous passages from *Wal-Mart*, cited above, aptly demonstrate this.

[96] Finally, it must be borne in mind that freeze cases are inherently factual in nature. In such cases, labour boards are required to determine whether a change is a reasonable one the employer is permitted to make in light of all the relevant surrounding circumstances and a purposive interpretation of the statutory freeze provisions. Where there is evidence to support the factual conclusions reached by a labour board, a reviewing court owes deference to a labour board's assessment. At the end of the day, legislators have determined that these questions are ones for labour boards and not for reviewing courts to decide.

[97] Thus, for all these reasons, it is my view that the Board's decision in the instant case was reasonable.

ferme un magasin rentable après l'accréditation alors qu'elle n'avait pas eu au préalable l'intention de le faire. Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême a appliqué un critère objectif qui n'est pas sans ressembler au critère des attentes raisonnables des employés.

[94] Que l'on se place du point de vue de l'employeur ou des employés, l'élément à examiner est la question de savoir si la décision d'imposer une modification est raisonnable à la lumière de l'interdiction d'apporter des modifications unilatérales aux conditions d'emploi des employés pendant la période de gel. En d'autres termes, la Cour suprême a en fait examiné si un employeur raisonnable, averti et soucieux de se conformer aux dispositions de gel aurait fermé le magasin. Elle a répondu par la négative, notamment parce qu'en agissant de la sorte, l'employeur serait allé à l'encontre des attentes raisonnables de ses employés.

[95] En résumé, je suis d'accord avec la Commission pour dire que, dans l'arrêt *Wal-Mart*, la Cour suprême avait l'intention de suivre, et non de modifier fondamentalement, les décennies de jurisprudence issue des tribunaux du travail. Les nombreux passages cités plus haut de l'arrêt *Wal-Mart* le démontrent parfaitement.

[96] Enfin, il faut garder à l'esprit que les affaires de gel sont intrinsèquement factuelles par nature. Dans ces affaires, les tribunaux du travail sont tenus de déterminer si la modification qu'un employeur entend apporter est raisonnable et s'il peut la mettre en œuvre à la lumière de toutes les circonstances pertinentes et d'une interprétation téléologique des dispositions législatives de gel. Lorsqu'il existe des éléments de preuve qui étayent les conclusions de fait tirées par le tribunal du travail, la cour de révision doit faire preuve de déférence à l'égard de l'examen fait par le tribunal du travail. Au bout du compte, les législateurs ont établi que ces questions doivent être tranchées par les tribunaux du travail et non par les cours de révision.

[97] Ainsi, pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la décision de la Commission en l'espèce était raisonnable.

III. Proposed Disposition

[98] Therefore, I would dismiss this application, with costs. These I would fix in the agreed-upon, all-inclusive amount of \$2,500, which I find to be appropriate.

STRATAS J.A.: I agree.

WEBB J.A.: I agree.

III. Dispositif proposé

[98] Par conséquent, je rejetterais la présente demande, avec dépens, fixés à la somme globale convenue de 2 500 \$ qui, à mon avis, est appropriée.

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

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

IMM-643-22  
2022 FC 286

IMM-643-22  
2022 CF 286

**Minister of Public Safety and Emergency Preparedness**  
(Applicant)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile**  
(demandeur)

v.

c.

**Magabi Lashury Suleiman** (Respondent)

**Magabi Lashury Suleiman** (défendeur)

**INDEXED AS: CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) v. SULEIMAN**

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

Federal Court, Sadrehashemi J.—By videoconference, February 16; Ottawa, March 1, 2022.

Cour fédérale, juge Sadrehashemi—Par vidéoconférence, 16 février; Ottawa, 1<sup>er</sup> mars 2022.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision ordering respondent's release from immigration detention — ID Member determined that after approximately two-and-a-half years in immigration detention, efforts to remove respondent from Canada had stalled to point where removal could no longer be considered possible — Having found that respondent's removal no longer possible, Member ordered respondent to be released from detention centre — Respondent coming to Canada as stateless refugee with family; obtained permanent resident status — Denied Canadian citizenship due to criminal convictions — Found inadmissible for serious criminality under Immigration and Refugee Protection Act, s. 36(1)(a); ordered deported — Also found to be danger to public; lost protected person status — Now considered foreign national with enforceable removal order — Has had over 30 detention reviews — ID Member found that respondent's removal no longer seen as achievable; therefore, relying on Federal Court of Appeal's decision in *Brown v. Canada* (Citizenship and Immigration), detention no longer hinged to immigration purpose of removal — Respondent released from immigration detention on several conditions; however, respondent's release stayed by Federal Court until determination of application for judicial review — Issues whether Member erred in finding that respondent's removal was not possible; whether Member erred in finding no nexus to immigration purpose that could justify continued detention; whether terms, conditions of release Member imposing unreasonable — In this case, ID Member's determination on threshold question of whether respondent's detention remained tied to immigration purpose was central issue on this judicial review — Member's pivotal determination was that possibility of deporting respondent had become illusory, speculative — There was no basis to interfere with Member's assessment of this issue — Member's finding was*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ordonnant la libération du défendeur — La commissaire de la SI a estimé que, après quelque deux ans et demi de détention, les démarches entreprises en vue du renvoi du défendeur du Canada s'étaient enlisées au point où son renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible — Ayant conclu que le renvoi du défendeur n'était plus possible, la commissaire a ordonné sa libération du centre de détention — Le défendeur est arrivé au Canada en tant que réfugié apatride avec sa famille et il a obtenu le statut de résident permanent — On lui a refusé la citoyenneté canadienne en raison de ses antécédents criminels — Il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui — Il a également été déclaré personne constituant un danger pour le public et a perdu son statut de personne protégée — Il est maintenant considéré comme un étranger visé par une mesure de renvoi exécutoire — Il a fait l'objet de 30 examens des motifs de détention — La commissaire de la SI a estimé que le renvoi du défendeur n'était plus considéré comme réalisable et que, en conséquence, vu l'arrêt *Brown c. Canada* (Citoyenneté et Immigration) de la Cour d'appel fédérale, il n'y avait plus de lien entre la détention et le renvoi comme objet intéressant l'immigration — Le défendeur a été libéré par les autorités de l'immigration, sous réserve de plusieurs conditions; toutefois, la libération du défendeur a été suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire — Il s'agissait de déterminer si la commissaire a eu tort de dire que le renvoi du défendeur n'était pas possible, si elle a eu tort de conclure à l'absence d'un lien susceptible de justifier le maintien en détention et si les modalités de mise en liberté imposées par la commissaire étaient*

transparent, intelligible, justified based on review of extensive evidence on file, guidance set out by Federal Court of Appeal in *Brown* on how to assess when removal is no longer possible — Member's evaluation, conclusion on this issue were therefore reasonable — Regarding possibility that detention could be ordered on stand-alone ground of being danger to public even where removal found not to be possible, *Brown* not enumerating other circumstances in which detention could occur where it was not pending removal — Member's interpretation was that *Brown* held that in circumstances like those in respondent's case, there was implicit requirement that deportation be possible in order for detention to be continued under Act, ss. 58(1),(2); there was nothing in *Brown* that explicitly excluded those being detained on public danger grounds from requirement that their deportation be possible — Applicant failed to establish that Member's view unreasonable — Member's reasoning intelligible, transparent, justified — Conditions of release also reasonable — Overall, Member considered that in this context, where detention could no longer be ordered because of their determination that removal was no longer possible, these were appropriate conditions to order on release — Application dismissed.

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision ordering the respondent's release from immigration detention. The ID member determined that after approximately two-and-a-half years in immigration detention, efforts to remove the respondent from Canada had stalled to a point where removal could no longer be considered possible. Having found that the respondent's removal was no longer possible, the Member ordered the respondent to be released from the Ottawa-Carleton Detention Centre. The applicant first argued that the Member erred in finding that removal could no longer be considered possible. Second, because the respondent was detained on the ground of being a danger to the public, the applicant's view was that there remained a nexus to the immigration purpose of public safety that could justify detention, even if removal was no longer possible. Lastly, the applicant argued that the release conditions imposed by the Member were unreasonable by failing to adequately address the public safety and/or flight risk concerns

déraisonnables — En l'espèce, la question posée dans le présent contrôle judiciaire portait sur la conclusion de la commissaire de la SI sur la question préliminaire de savoir si la détention du défendeur restait liée à un objet intéressant l'immigration — La conclusion décisive de la commissaire était que l'expulsion du défendeur était devenue illusoire et si lointaine qu'elle [était] fondée sur des conjectures — Il n'y avait aucune raison de s'immiscer dans l'analyse de la commissaire concernant cette question — La conclusion de la commissaire était transparente, intelligible et justifiée, après examen de la preuve considérable versée au dossier, et compte tenu des indications données par la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brown*, sur la manière de déterminer le moment à partir duquel un renvoi n'est plus possible — L'analyse et la conclusion de la commissaire étaient donc raisonnables — Quant à la possibilité que la détention soit ordonnée au seul motif que le défendeur constitue un danger pour le public, même lorsque le renvoi a été déclaré impossible, l'arrêt *Brown* n'énumère pas les autres circonstances dans lesquelles le pouvoir de détention pourrait être exercé en dehors de la période précédant le renvoi — L'interprétation de la commissaire était que, selon l'arrêt *Brown*, dans un cas comme celui du défendeur, il existe une règle implicite selon laquelle l'expulsion doit être possible pour que la détention puisse être maintenue en vertu des paragraphes 58(1) et (2) de la Loi et que l'arrêt *Brown* n'exécute nulle part explicitement les personnes en détention pour cause de danger public de la règle selon laquelle leur expulsion doit être possible — Le demandeur n'a pas démontré que l'opinion de la commissaire était déraisonnable — Le raisonnement de la commissaire était intelligible, transparent et justifié — Les conditions de la mise en liberté étaient aussi raisonnables — Globalement, la commissaire a considéré que, dans ce contexte, où la détention ne pouvait plus être ordonnée parce que, selon elle, le renvoi n'était plus possible, ces conditions étaient celles qu'il convenait d'imposer dans le cas d'une mise en liberté — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ordonnant la libération du défendeur. La commissaire de la SI avait estimé que, après quelque deux ans et demi de détention, les démarches entreprises en vue du renvoi du défendeur du Canada s'étaient enlisées au point où son renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible. Ayant conclu que le renvoi du défendeur n'était plus possible, la commissaire a ordonné au Centre de détention d'Ottawa-Carleton de le libérer. Le demandeur a d'abord soutenu que la commissaire a eu tort de conclure que le renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible. Ensuite, parce que le défendeur était détenu au motif qu'il constituait un danger pour le public, le demandeur a considéré qu'un lien subsistait avec un objet intéressant l'immigration, à savoir la sécurité publique, et que ce lien pouvait justifier la détention, même si le renvoi n'était plus possible. Enfin, le demandeur a soutenu que les conditions de mise en liberté imposées par la commissaire



and in failing to balance the factors under section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*.

The respondent is considered stateless and might have been born in Uganda. He arrived in Canada as a stateless refugee almost 30 years ago through the refugee resettlement program. He came to Canada from a refugee camp in Kenya and was granted permanent residence upon entry into Canada with his family in 1993. In Canada, the respondent was removed from his family home and placed in foster care for several years during his adolescence. He was later returned to his mother's care. Though other members of his family applied for and received Canadian citizenship, no citizenship application was submitted for the respondent while he was a minor. He applied for citizenship in 2007 when he was approximately 25 years old, but this application was ultimately refused in 2015, presumably due to his criminal convictions. Between 2011–2015, the respondent was convicted of a number of serious criminal offences, including violent offenses. As a result of these criminal convictions, the respondent faced a number of immigration proceedings. In 2016, he was found inadmissible for serious criminality under paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) and a deportation order was issued against him. The respondent lost his permanent resident status. Later, he was also found to be a danger to the public under paragraph 115(2)(a) of the Act, which resulted in his protected person status no longer being an impediment to the applicant removing him from Canada. The respondent is now considered a foreign national in Canada with an enforceable removal order. Following the completion of his criminal prison sentence in August 2019, the respondent was immediately taken into immigration custody. He remained in immigration detention in a provincial jail since then. Since the respondent has been in immigration detention, he has had over 30 statutory detention reviews where the ID consistently declined to release him. At each detention review, the ability to remove the respondent was at issue since his nationality had still not been confirmed. Throughout this time, the respondent was cooperative with the applicant's extensive efforts to ascertain his nationality for the purposes of acquiring travel documents to facilitate his removal. The applicant and respondent had recently been working toward an agreement with a specific organization for the respondent to be admitted into their in-residence program for treatment.

At the last detention review hearing, the ID Member found that given the failure by Canadian authorities to access any useful information from Kenya or Uganda since the respondent's

étaient déraisonnables parce qu'elles ne prenaient pas suffisamment en compte la sécurité publique et/ou le risque de fuite, et parce qu'il n'a pas mis en équilibre les critères de l'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Le défendeur est considéré comme apatride; il est possible qu'il soit né en Ouganda. Il est arrivé au Canada en tant que réfugié apatride il y a près de 30 ans à la faveur du programme de réinstallation des réfugiés. Il est arrivé au Canada depuis un camp de réfugiés au Kenya et il a obtenu la résidence permanente dès son entrée au Canada avec sa famille en 1993. Au Canada, le défendeur a été retiré de son foyer familial et placé en foyer d'accueil plusieurs années durant son adolescence. Il a ensuite été retourné aux soins de sa mère. D'autres membres de sa famille ont demandé et obtenu la citoyenneté canadienne, mais aucune demande de citoyenneté n'a été présentée pour lui durant sa minorité. Il a demandé la citoyenneté en 2007 quand il avait environ 25 ans, mais sa demande a finalement été repoussée en 2015, vraisemblablement en raison de ses antécédents criminels. Entre 2011 et 2015, le défendeur a été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles graves, notamment des infractions violentes. En conséquence de ces condamnations, le défendeur a dû affronter plusieurs procédures intéressant l'immigration. En 2016, il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui. Il a perdu son statut de résident permanent. Il a ensuite été déclaré personne constituant un danger pour le public au sens de l'alinéa 115(2)a) de la Loi, la conséquence étant que son statut de personne protégée ne constituait plus un obstacle empêchant le demandeur de le renvoyer du Canada. Le défendeur est alors considéré comme un étranger au Canada, visé par une mesure de renvoi exécutoire. Après avoir purgé sa peine d'emprisonnement en août 2019, le défendeur a été immédiatement placé sous la garde des autorités de l'immigration. Il est demeuré en détention depuis lors dans une prison provinciale par les autorités de l'immigration. Depuis que le défendeur est détenu par les autorités de l'immigration, il a subi plus de 30 examens des motifs de sa détention, à l'issue desquels la SI a toujours refusé de le libérer. À chacun des examens, la capacité de renvoyer le défendeur a été mise en doute, sa nationalité n'ayant toujours pas été confirmée. Tout au long de cette période, le défendeur a coopéré avec le demandeur dans ses multiples efforts pour déterminer sa nationalité en vue d'obtenir les titres de voyage devant faciliter son renvoi. Récemment, le demandeur et le défendeur se sont appliqués à conclure une entente avec un organisme afin qu'il puisse être admis dans le programme en résidence de cet organisme pour y suivre un traitement.

Lors du dernier examen des motifs de détention, la commissaire de la SI a estimé que, vu l'échec des autorités canadiennes à obtenir des renseignements utiles du Kenya ou de l'Ouganda

detention, removal was no longer seen as achievable and therefore, relying on the Federal Court of Appeal's decision in *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, detention was no longer hinged to the immigration purpose of removal. The respondent was released from immigration detention on several conditions. However, the respondent's release was stayed until the determination of this application for judicial review.

The issues raised by the applicant in challenging the ID Member's release decision were whether the Member erred in finding that the respondent's removal was not possible; whether the Member erred in finding no nexus to an immigration purpose that could justify continued detention; and whether the terms and conditions of release the Member imposed were unreasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The Member's assessment that the efforts to remove the respondent had stalled and could no longer be said to be possible was a reasonable evaluation of the evidence and application of the principles set out in the Federal Court of Appeal's decision in *Brown*.

The Federal Court of Appeal's decision in *Brown*, in response to a challenge to the fairness and constitutionality of the detention review scheme under sections 7, 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, comprehensively addressed numerous parts of the scheme. Ultimately, the Federal Court of Appeal determined that the appellants' challenge to the validity of the detention scheme failed but noted that many of their arguments were vindicated as to what judges conducting detention reviews must consider. The Federal Court of Appeal found that there were implicit requirements informing the interpretation of whether a member could find that there were grounds to detain under subsection 58(1) of the Act. It held that as a threshold issue, the member had to be satisfied that the applicant had established that there remained a nexus between the detention and an immigration purpose; in cases where the person was detained pending removal, this nexus would not be fulfilled if there was no possibility of removal. In this case, the ID Member's determination on this threshold question of whether the respondent's detention remained tied to an immigration purpose was the central issue on this judicial review. The Member's pivotal determination was that the possibility of deporting the respondent had become "illusory" and "so remote as to be speculative." The Member reached this conclusion after a thorough review of the applicant's and the respondent's efforts to date in determining his country of birth and obtaining travel documents to facilitate removal. The Member reviewed the Federal Court of Appeal's guidance in *Brown* on how decision makers should approach the assessment of whether removal remains a possibility and applied

depuis la détention du défendeur, le renvoi de celui-ci n'était plus considéré comme réalisable et, en conséquence, vu l'arrêt *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* de la Cour d'appel fédérale, il n'y avait plus de lien entre la détention et le renvoi comme objet intéressant l'immigration. Le défendeur a été libéré par les autorités de l'immigration, sous réserve de plusieurs conditions. Cependant, la libération du défendeur a été suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire.

Les questions soulevées par le demandeur dans sa contestation de la décision de la commissaire de la SI de libérer le défendeur étaient celles de savoir si la commissaire a eu tort de dire que le renvoi du défendeur n'était pas possible, s'il a eu tort de conclure à l'absence d'un lien susceptible de justifier le maintien en détention et si les modalités de mise en liberté imposées par la commissaire étaient déraisonnables.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La commissaire a eu raison de dire que les démarches entreprises en vue de renvoyer le défendeur se sont enlisées, rendant son renvoi désormais impossible. Elle a fait une appréciation raisonnée de la preuve et a suivi les principes énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Brown*.

Dans son arrêt *Brown*, la Cour d'appel fédérale, saisie d'une contestation portant sur l'équité et la constitutionnalité, selon les articles 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, du régime d'examen des motifs d'une détention, a fait une analyse approfondie des nombreux volets du régime. La Cour d'appel fédérale a finalement débouté les appelants de leur contestation de la validité du régime, tout en notant que plusieurs de leurs arguments étaient validés quant aux éléments dont les juges doivent tenir compte au moment de l'examen des motifs de détention. La Cour d'appel fédérale a estimé qu'il existe des règles implicites auxquelles doit se référer le commissaire pour savoir s'il y a des motifs justifiant une détention aux termes du paragraphe 58(1) de la Loi. Elle a estimé que, à titre préliminaire, le commissaire devait être persuadé que le demandeur avait prouvé l'existence d'un lien entre la détention et un objet intéressant l'immigration; lorsque la personne est en détention dans l'attente de son renvoi, ce lien sera inexistant en cas d'impossibilité de renvoi. La question posée en l'espèce portait sur la conclusion de la commissaire sur cette question préliminaire, soit celle de savoir si la détention du défendeur restait liée à un objet intéressant l'immigration. La conclusion décisive de la commissaire était que l'expulsion du défendeur était devenue « illusoire » et « si lointaine qu'elle [était] fondée sur des conjectures ». La commissaire est arrivée à cette conclusion après examen approfondi des efforts faits jusque-là par le demandeur et par le défendeur pour déterminer son pays de naissance et obtenir les titres de voyage devant faciliter son renvoi. La commissaire a passé en revue les pistes données dans l'arrêt *Brown*

this framework to their evaluation of the evidence. There was no basis to interfere with the Member's assessment of this issue. The Member's determination that removal was no longer a possibility was not premature. In reviewing the applicant's efforts in their full context, the Member determined that the prospect of being able to obtain travel documents for the respondent, a stateless person, 30 years after his landing in Canada, had become illusory. The Member's finding was transparent, intelligible and justified based on a review of the extensive evidence on file and the guidance set out by the Federal Court of Appeal in *Brown* on how to assess when removal is no longer possible. The Member's evaluation and conclusion on this issue were therefore reasonable.

The applicant argued that the Member's interpretation of *Brown* was not reasonable because the Federal Court of Appeal left open a possibility that detention could be ordered on the stand-alone ground of being a danger to the public, even where removal was found to not be possible. The Federal Court of Appeal did not enumerate the other circumstances in which detention could occur where it was not pending removal. Neither the applicant nor the respondent could be certain about the meaning of the circumstances, other than removal, that the Federal Court of Appeal might have been referring to in its decision on this point. The applicant argued that this was a "grey area" left by the *Brown* decision. The Member's interpretation of this grey area was that: (i) the Federal Court of Appeal in *Brown* held that in circumstances like those in the respondent's case, there was an implicit requirement that deportation be possible in order for detention to be continued under subsections 58(1) and (2) of the Act; and (ii) there was nothing in *Brown* that explicitly excluded those being detained on public danger grounds from the requirement that their deportation be possible. The applicant failed to establish that the Member's view was unreasonable. There was no basis to interfere with the Member's decision. The reasoning was intelligible, transparent and justified in light of the record and the submissions made to the Member.

The conditions of release were also reasonable. The release decision had to be considered in its context. The Member had before them materials from over 30 detention reviews. Parliament has conferred upon the Immigration Division, not the Court, the task of balancing the risk factors and the effectiveness of the release conditions to mitigate the risk. There is an inherent element of subjectivity in this exercise, as there is no mathematical formula to determine the outcome. Overall, the Member considered that in this context, where detention could no longer be ordered because of their determination that

par la Cour d'appel fédérale sur la manière dont les décideurs doivent s'y prendre pour dire si le renvoi reste une possibilité, et elle s'en est servi dans son appréciation de la preuve. Il n'y avait aucune raison de s'immiscer dans l'analyse de la commissaire concernant cette question. La conclusion de la commissaire selon laquelle le renvoi n'était plus une possibilité n'était pas prématurée. Dans son examen des efforts du demandeur interprétés dans leur contexte global, la commissaire a estimé que la perspective de pouvoir obtenir des titres de voyage pour le défendeur, un apatride, 30 ans après son droit d'établissement au Canada, était devenue illusoire. La conclusion de la commissaire était transparente, intelligible et justifiée, après examen de la preuve considérable versée au dossier, et compte tenu des indications données par la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brown*, sur la manière de déterminer le moment à partir duquel un renvoi n'est plus possible. L'analyse de la commissaire et sa conclusion sur cette question étaient donc raisonnables.

Le demandeur a prétendu que l'interprétation de l'arrêt *Brown* donnée par la commissaire n'était pas raisonnable parce que la Cour d'appel fédérale a laissé ouverte la possibilité que la détention soit ordonnée au seul motif que la personne constitue un danger pour le public, même lorsque le renvoi était déclaré impossible. La Cour d'appel fédérale n'a pas énuméré les autres circonstances dans lesquelles le pouvoir de détention pouvait être exercé quand ce n'était pas pendant la période précédant le renvoi. Ni le demandeur ni le défendeur ne pouvait savoir avec certitude ce que sont les circonstances, en dehors d'un renvoi, que la Cour d'appel fédérale pouvait avoir à l'esprit dans sa décision à cet égard. Le demandeur a soutenu que c'était là une « zone grise » de l'arrêt *Brown*. L'interprétation faite par la commissaire de cette « zone grise » était la suivante : (i) dans l'arrêt *Brown*, la Cour d'appel fédérale a conclu que, dans un cas comme celui du défendeur, il existe une règle implicite selon laquelle l'expulsion doit être possible pour que la détention puisse être maintenue en vertu des paragraphes 58(1) et (2) de la Loi et que (ii) l'arrêt *Brown* n'excepte nulle part explicitement les personnes en détention pour cause de danger public de la règle selon laquelle leur expulsion doit être possible. Le demandeur n'a pas démontré que l'opinion de la commissaire était déraisonnable. Il n'y avait aucune raison de s'immiscer dans la décision de la commissaire. Son raisonnement était intelligible, transparent et justifié au regard du dossier et des observations qui lui ont été présentées.

Les conditions de libération étaient également raisonnables. La décision devait être considérée dans son contexte. La commissaire disposait de documents émanant de plus de 30 examens des motifs de détention. Le législateur a confié à la Section de l'immigration, et non à la Cour, la tâche de pondérer les facteurs de risque et l'efficacité des conditions de mise en liberté pour atténuer le risque. Cet exercice comporte un élément inhérent de subjectivité, car il n'y a pas de formule mathématique pour déterminer le résultat. Globalement, la commissaire a considéré que, dans ce contexte, où la détention ne pouvait

removal was no longer possible, these were the appropriate conditions to order on release. The Member considered the rehabilitation programs the respondent had already attended, his most recent behaviour in immigration detention, his cooperation with the CBSA officials, and his willingness to participate in two specific programs for sex offenders that were available to him. In the exceptional circumstances of this case, the conditions were reasonable.

plus être ordonnée parce que, selon elle, le renvoi n'était plus possible, ces conditions étaient celles qu'il convenait d'imposer dans le cas d'une mise en liberté. Il a considéré les programmes de réadaptation que le défendeur avait déjà suivis, son plus récent comportement durant sa détention, sa coopération avec les responsables de l'ASFC et son désir de participer à deux programmes spécifiques pour délinquants sexuels qui lui étaient offerts. Vu les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, les conditions imposées étaient raisonnables.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 12.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a), 58, 115(2)(a).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 248.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3.

##### CONSIDERED:

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Suleiman*, IMM-643-22, Fothergill J., order dated February 1, 2022 (F.C.) (unreported); *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino*, 2020 FC 427, [2020] 4 F.C.R. D-1; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Samuels*, 2009 FC 1152, 85 Imm. L.R. (3d) 226, [2010] 2 F.C.R. D-13; *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 137 O.R. (3d) 498; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Thavagnanathiruchelvam*, 2021 FC 592.

##### REFERRED TO:

*Isse v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 405, 387 F.T.R. 280; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Thomas*, 2021 FC 456, 82 Imm. L.R. (4th) 196; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405.

#### 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, 9, 12.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a), 58, 115(2)a).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 248.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Suleiman*, IMM-643-22, le juge Fothergill, ordonnance en date du 1<sup>er</sup> février 2022 (C.F.) (non publiée); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino*, 2020 CF 427, [2020] 4 R.C.F. F-1; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Samuels*, 2009 CF 1152, [2010] 2 R.C.F. F-13; *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 137 O.R. (3d) 498; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Thavagnanathiruchelvam*, 2021 CF 592.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Isse c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 405; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Thomas*, 2021 CF 456; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision (2022 CanLII 131157) ordering the respondent's release from immigration detention. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (2022 CanLII 131157) ordonnant la libération du défendeur. Demande rejetée.

#### APPEARANCES

*Kevin Spykerman* for applicant.  
*Jessica Chandrashekar* and *Benjamin Liston* for respondent.

#### ONT COMPARU :

*Kevin Spykerman* pour le demandeur.  
*Jessica Chandrashekar* et *Benjamin Liston* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Legal Aid Ontario Refugee Law Office*, Toronto, for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Aide juridique Ontario, Bureau du droit des réfugiés*, Toronto, pour le défendeur.

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

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

SADREHASHEMI J.:

LA JUGE SADREHASHEMI :

#### I. Overview

[1] On January 21, 2022, a Member of the Immigration Division (Member) ordered Mr. Suleiman's release from immigration detention [*Suleiman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2022 CanLII 131157 (I.R.B.)]. The Member determined that after approximately two and a half years in immigration detention, efforts to remove Mr. Suleiman from Canada had stalled to a point where removal could no longer be considered possible. Having found that Mr. Suleiman's removal was no longer possible, the Member ordered Mr. Suleiman to be released from the Ottawa-Carleton Detention Centre.

[2] The applicant, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister), has challenged Mr. Suleiman's release from immigration detention. The Minister first argues that the Member erred in finding that removal could no longer be considered possible. Second, because Mr. Suleiman was detained on the ground of being a danger to the public, the Minister's view is that there remained a nexus to the immigration purpose of public safety that could justify detention, even if removal

#### I. Aperçu

[1] Le 21 janvier 2022, une commissaire de la Section de l'immigration (la commissaire) a ordonné aux autorités de l'immigration de libérer M. Suleiman [*Suleiman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2022 CanLII 131157 (C.I.S.R.)]. Elle a estimé que, après quelque deux ans et demi de détention, les démarches entreprises en vue du renvoi de M. Suleiman du Canada s'étaient enlisées au point où son renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible. Ayant conclu que le renvoi de M. Suleiman n'était plus possible, la commissaire a ordonné au Centre de détention d'Ottawa-Carleton de le libérer.

[2] Le demandeur, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre), a contesté l'ordre donné aux autorités de l'immigration de libérer M. Suleiman. Il soutient d'abord que la commissaire a eu tort de conclure que le renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible. Deuxièmement, parce que M. Suleiman était détenu au motif qu'il constituait un danger pour le public, le ministre considère qu'un lien subsistait avec un objet intéressant l'immigration, à savoir la sécurité publique, et que ce



was no longer possible. Lastly, the Minister argues that the release conditions imposed by the Member were unreasonable by failing to adequately address the public safety and/or flight risk concerns, and in failing to balance the factors under section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR).

[3] I find the Member's assessment that the efforts to remove Mr. Suleiman had stalled and could no longer be said to be possible was a reasonable evaluation of the evidence and application of the principles set out in the Federal Court of Appeal's decision in *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53 (*Brown*). On the issue of nexus to an immigration purpose, I find it reasonable that the Member, relying on *Brown*, held that there was no longer a nexus given their finding that removal was no longer possible. Overall, given the exceptional circumstances of this case, I find the Member's determination on the conditions for release to be reasonable.

[4] For the reasons set out below, the Minister's application for judicial review is dismissed.

## II. Background Facts

[5] Mr. Suleiman is considered stateless as he has no confirmation of citizenship in any country. It is believed that he was born in Uganda but this has not been confirmed.

[6] Mr. Suleiman arrived in Canada as a stateless refugee almost 30 years ago, at 11 years old, through the refugee resettlement program. He came to Canada from a refugee camp in Kenya, where he and his family lived for several years. Mr. Suleiman was granted permanent residence upon entry into Canada with his family in 1993.

[7] In Canada, Mr. Suleiman was removed from his family home and placed in foster care for several years during his adolescence. He was returned to his mother's care when he was approximately 16 years old. Though other

lien pouvait justifier la détention, même si le renvoi n'était plus possible. Enfin, le ministre soutient que les conditions de mise en liberté imposées par la commissaire sont déraisonnables parce qu'elles ne prennent pas suffisamment en compte la sécurité publique et/ou le risque de fuite, et parce qu'elles ne mettent pas en équilibre les critères de l'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[3] Je suis d'avis que la commissaire a eu raison de dire que les démarches entreprises en vue de renvoyer M. Suleiman se sont enlisées, rendant son renvoi désormais impossible. Elle a fait une appréciation raisonnée de la preuve et a suivi les principes énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53 (*Brown*). S'agissant de l'existence d'un lien avec un objet intéressant l'immigration, je crois que la commissaire, citant cet arrêt, était fondé à dire qu'il n'existait plus de lien puisque, selon elle, un renvoi n'était plus possible. Finalement, vu les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je suis d'avis que les conditions imposées par la commissaire pour la libération du défendeur étaient raisonnables.

[4] Pour les motifs exposés ci-après, la demande de contrôle judiciaire présentée par le ministre est rejetée.

## II. Exposé des faits

[5] M. Suleiman est considéré comme apatride puisque sa nationalité n'est confirmée dans aucun pays. On pense qu'il est né en Ouganda, mais cela n'a pas été confirmé.

[6] Il est arrivé au Canada en tant que réfugié apatride il y a près de 30 ans, à l'âge de 11 ans, à la faveur du programme de réinstallation des réfugiés. Il est arrivé au Canada depuis un camp de réfugiés au Kenya, où lui-même et sa famille ont vécu plusieurs années. Il a obtenu la résidence permanente dès son entrée au Canada avec sa famille en 1993.

[7] Au Canada, M. Suleiman a été retiré de son foyer familial et placé en foyer d'accueil plusieurs années durant son adolescence. Il a été retourné aux soins de sa mère quand il avait environ 16 ans. D'autres membres



members of his family applied for and received Canadian citizenship, no citizenship application was submitted for Mr. Suleiman while he was a minor. He applied for citizenship in 2007 when he was approximately 25 years old, but this application was ultimately refused in 2015, presumably due to his criminal convictions.

*A. Criminality and loss of status*

[8] Between 2011–2015, Mr. Suleiman was convicted of a number of serious criminal offences, including: (1) failing to comply; (2) possession of a Schedule 1 substance; (3) causing a disturbance; (4) trafficking in a Schedule 1 substance; (5) possession of a Schedule 2 substance for the purpose of trafficking; (6) mischief under \$5,000; (7) sexual assault; (8) criminal harassment; (9) mischief in relation to property; (10) forcible confinement; and (11) theft.

[9] Mr. Suleiman’s criminal offences that took place between June 2010 and April 2011 were particularly serious and violent. He was convicted of two counts of sexual assault, where he was found to have preyed upon vulnerable young women, who were intoxicated, by posing as an underground cab driver.

[10] I pause to note for the completeness of the record that during the course of these judicial review proceedings, it was confirmed by both parties that the Member had misstated the extent of Mr. Suleiman’s criminal convictions in their decision, where they found that he had been convicted of 14 counts of sexual assault, and erroneously referred to him as the high profile “Byward Market Rapist”. Neither of the parties are relying on this error in advancing any argument on judicial review.

[11] On October 30, 2014, Mr. Suleiman was sentenced to four years, nine months and ten days. He served the majority of his sentence at Millhaven Maximum Security Institution and was detained until his warrant expiry on August 7, 2019.

de sa famille ont demandé et obtenu la citoyenneté canadienne, mais aucune demande de citoyenneté n’a été présentée pour lui durant sa minorité. Il a demandé la citoyenneté en 2007 quand il avait environ 25 ans, mais sa demande a finalement été repoussée en 2015, vraisemblablement en raison de ses antécédents criminels.

*A. Criminalité et perte de statut*

[8] Entre 2011 et 2015, M. Suleiman a été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles graves, à savoir : 1) manquement à une obligation; 2) possession d’une substance de l’annexe 1; 3) avoir créé des troubles; 4) trafic d’une substance inscrite à l’annexe 1; 5) possession d’une substance inscrite à l’annexe 2 en vue d’en faire le trafic; 6) méfait portant sur un bien d’une valeur inférieure à 5 000 \$; 7) agression sexuelle; 8) harcèlement criminel; 9) méfait à l’égard d’un bien; 10) séquestration; et 11) vol.

[9] Les infractions criminelles de M. Suleiman qui ont eu lieu entre juin 2010 et avril 2011 étaient particulièrement graves et violentes. Il a été déclaré coupable de deux chefs d’agression sexuelle, ayant été convaincu d’attaques sur des jeunes femmes vulnérables, qui étaient en état d’ébriété, en se faisant passer pour un chauffeur de taxi clandestin.

[10] Je signale en passant, pour la complétude du dossier, que, durant le présent contrôle judiciaire, les deux parties ont confirmé que la commissaire avait rapporté erronément, dans sa décision, l’étendue des condamnations au criminel de M. Suleiman, la commissaire ayant conclu qu’il avait été déclaré coupable de 14 chefs d’agression sexuelle. Elles ont confirmé aussi que la commissaire l’avait erronément désigné comme le très médiatisé « violeur du Marché By ». Aucune des parties ne s’est reposée sur cette erreur dans son argumentation lors du contrôle judiciaire.

[11] Le 30 octobre 2014, M. Suleiman a été condamné à une peine d’emprisonnement de quatre ans, neuf mois et dix jours. Il a purgé la majorité de sa peine à l’établissement à sécurité maximale de Millhaven, où il a été détenu jusqu’à l’expiration de son mandat de dépôt le 7 août 2019.

[12] As a result of these criminal convictions, Mr. Suleiman faced a number of immigration proceedings. In February 2016, Mr. Suleiman was found inadmissible for serious criminality under paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and a deportation order was issued against him. Mr. Suleiman lost his permanent resident status. He also was found, on October 1, 2019, to be a danger to the public under paragraph 115(2)(a) of IRPA (Danger Opinion), which resulted in his protected person status no longer being an impediment to the Minister removing him from Canada. Mr. Suleiman is now considered a foreign national in Canada with an enforceable removal order.

#### B. *Immigration detention*

[13] Following the completion of his criminal prison sentence on August 7, 2019, Mr. Suleiman was immediately taken into immigration custody. He has remained in immigration detention in a provincial jail since then.

[14] Since Mr. Suleiman has been in immigration detention, he has had over 30 statutory detention reviews where the Immigration Division has consistently declined to release him on the grounds that he is a danger to the public in Canada, he is unlikely to appear for removal and there are no adequate alternatives to detention proposed to mitigate those risks if Mr. Suleiman was released. At each detention review, the ability to remove Mr. Suleiman has been at issue since his nationality has still not been confirmed.

[15] Throughout this time, Mr. Suleiman has been cooperative with the Minister's extensive efforts to ascertain his nationality for the purposes of acquiring travel documents to facilitate his removal.

[16] Recently, the Minister and Mr. Suleiman have been working toward an agreement with the John Howard Society for Mr. Suleiman to be admitted into their in-residence program. The John Howard Society stated that it would consider admitting Mr. Suleiman into

[12] En conséquence de ces condamnations, M. Suleiman a dû affronter plusieurs procédures intéressantes l'immigration. En février 2016, il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité en application de l'alinéa 36(1)a de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui. Il a perdu son statut de résident permanent. Il a aussi été déclaré, le 1<sup>er</sup> octobre 2019, personne constituant un danger pour le public au Canada au sens de l'alinéa 115(2)a de la LIPR (l'avis de dangerosité), la conséquence étant que son statut de personne protégée ne constituait plus un obstacle empêchant le ministre de le renvoyer du Canada. M. Suleiman est maintenant considéré comme un étranger au Canada, visé par une mesure de renvoi exécutoire.

#### B. *Détention par les autorités de l'immigration*

[13] Après avoir purgé sa peine d'emprisonnement le 7 août 2019, M. Suleiman a été immédiatement placé sous la garde des autorités de l'immigration. Il est demeuré en détention depuis lors dans une prison provinciale par les autorités de l'immigration.

[14] Depuis que M. Suleiman est détenu par les autorités de l'immigration, il a subi plus de 30 examens des motifs de sa détention, à l'issue desquels la Section de l'immigration a toujours refusé de le libérer au motif qu'il constituait un danger pour le public au Canada, qu'il se soustrairait vraisemblablement à son renvoi et qu'il n'existait aucune solution de rechange adéquate propre à atténuer ces risques s'il était mis en liberté. À chacun des examens, la capacité de renvoyer M. Suleiman a été mise en doute, sa nationalité n'ayant toujours pas été confirmée.

[15] Tout au long de cette période, M. Suleiman a coopéré avec le ministre dans ses multiples efforts pour déterminer sa nationalité en vue d'obtenir les titres de voyage devant faciliter son renvoi.

[16] Récemment, le ministre et M. Suleiman se sont appliqués à conclure une entente avec la Société John Howard du Canada afin qu'il puisse être admis dans le programme en résidence de cet organisme. La Société John Howard a dit qu'elle étudierait l'admission de

its in-residence program provided that he was also accepted into treatment programs at Circles of Support and Accountability Ottawa (CoSA) and the Royal's Sexual Behaviour Clinic (RSBC). Mr. Suleiman had been accepted into the CoSA program some time ago, and was recently admitted into the RSBC program.

*C. January 12, 2022 detention review hearing and decision*

[17] At the most recent detention review hearing on January 12, 2022, Minister's counsel advised that the John Howard Society would take a few weeks to assess Mr. Suleiman's file now that he had been accepted into the required programs. If and when the John Howard Society accepted Mr. Suleiman into its in-residence program, the parties would work together to make a plan for release as soon as possible.

[18] Minister's counsel also presented evidence that Public Services and Procurement Canada (PSPC) International had declined to approve the contract to commence a private investigation in Uganda into Mr. Suleiman's identity. Minister's counsel advised the Member that it was unclear whether the issue was with the private investigative company or Uganda itself, since Canada does not have a bilateral security agreement with Uganda.

[19] Counsel for Mr. Suleiman had only learned about the setback in the Uganda investigation the day prior to the hearing. At the hearing, counsel asked the Member to issue the following orders:

- (a) Summon the Canada Border Services Agency (CBSA) official liaising with PSPC International to testify and shed light on the stalled private investigation in Uganda;
- (b) Schedule an early detention review to hear the evidence from the CBSA official;

M. Suleiman dans son programme en résidence à condition qu'il soit également accepté dans le programme de traitement des Cercles de soutien et de responsabilité d'Ottawa (les CSR) et celui de la Clinique des comportements sexuels de l'Hôpital Royal d'Ottawa (la CCSHR). Il a été accepté dans le programme des CSR il y a quelque temps, et il a récemment été admis dans celui de la CCSRH.

*C. L'audience d'examen des motifs de la détention du 12 janvier 2022 et la décision*

[17] Lors de la plus récente audience d'examen des motifs de la détention, le 12 janvier 2022, le conseil du ministre a indiqué que la Société John Howard aurait besoin de quelques semaines pour évaluer le dossier de M. Suleiman, maintenant qu'il avait été accepté dans les programmes requis. Advenant que la Société John Howard décide d'accepter M. Suleiman dans son programme en résidence, les parties s'efforceraient alors d'établir de concert un plan pour une libération dès que possible.

[18] Le conseil du ministre a aussi produit une preuve selon laquelle Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) International avait refusé d'approuver le contrat pour le lancement d'une enquête privée en Ouganda portant sur l'identité de M. Suleiman. Il a informé la commissaire qu'il n'était pas clair si la question relevait du cabinet d'enquête privée ou de l'Ouganda lui-même, vu que le Canada n'a pas conclu d'accord bilatéral en matière de sécurité avec l'Ouganda.

[19] Le conseil de M. Suleiman n'avait appris le revers concernant l'enquête en Ouganda que la veille de l'audience d'examen. À l'audience, il a prié la commissaire de prononcer les ordonnances suivantes :

- a) convoquer le représentant de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) assurant la liaison avec SPAC International pour qu'il témoigne et fasse toute la lumière sur l'enquête privée qui s'enlisait en Ouganda;
- b) fixer une date pour un examen anticipé des motifs de la détention où serait entendu le témoignage du représentant de l'ASFC;

- (c) Disclose all communications between the Canadian and Ugandan authorities; and
- (d) Release Mr. Suleiman on the ground that there is no nexus between his detention and an immigration purpose, and without conditions as removal was no longer possible
- c) divulguer toutes les communications entre les autorités canadiennes et les autorités ougandaises;
- d) libérer M. Suleiman au motif qu'il n'existe aucun lien entre sa détention et un objet intéressant l'immigration, et cela sans conditions, puisqu'un renvoi n'était plus envisageable.

[20] Minister's counsel did not object to calling the CBSA official to provide testimony and agreed to produce him at the next detention review hearing. The Member determined that an early detention review hearing was unnecessary at this time, but noted that if there was progress obtaining an alternative to detention with the John Howard Society, either party could request an early hearing.

[20] Le conseil du ministre ne s'est pas opposé à l'assignation du représentant de l'ASFC pour qu'il témoigne et a consenti à le faire comparaître à la prochaine audience d'examen des motifs de la détention. La commissaire a estimé qu'un examen anticipé n'était pas requis à ce stade, mais a noté que, si l'on parvenait à obtenir, avec la Société John Howard, une solution de rechange à la détention, l'une ou l'autre des parties pourrait demander une audience anticipée.

[21] The Member advised that they were not prepared to render a decision on the two remaining orders requested by Mr. Suleiman—namely, the disclosure of communications between the Canadian and Ugandan authorities, and the issue of nexus between detention and an immigration purpose and conditions upon release—and that an interim decision would be issued prior to the next detention review.

[21] La commissaire a indiqué qu'elle n'était pas disposée à rendre une décision sur les deux ordonnances restantes que souhaitait M. Suleiman — à savoir la divulgation des communications entre les autorités canadiennes et les autorités ougandaises, et la question du lien entre la détention et un objet intéressant l'immigration, sans oublier les éventuelles conditions d'une mise en liberté — et qu'une décision provisoire serait rendue avant l'examen suivant des motifs de la détention.

[22] The Member determined that Mr. Suleiman continued to be a danger to the Canadian public and a flight risk. In considering the section 248 factors in IRPR, the Member found that the length of time in detention (two and a half years) and the ongoing setbacks in the Ugandan investigation weighed in favour of releasing Mr. Suleiman, although the Member acknowledged that these continued setbacks were out of the hands of the CBSA. Further, the Member noted while the parties have been diligent in following up with Mr. Suleiman's conditions in detention, he has had to endure difficult conditions, especially as a surge in COVID-19 cases at the detention centre had meant that there had been limited movement in detention and access to showers had been an ongoing issue.

[22] La commissaire a conclu que M. Suleiman constituait encore un danger pour le public au Canada, ainsi qu'un risque de fuite. Examinant les critères énumérés à l'article 248 du Règlement, elle a estimé que la durée de la détention (deux ans et demi) et les entraves à l'enquête ougandaise plaidaient en faveur d'une mise en liberté de M. Suleiman, tout en reconnaissant que les entraves en question ne dépendaient pas de l'ASFC. Elle a d'ailleurs relevé que, bien que les parties se soient efforcées de surveiller les conditions de détention de M. Suleiman, celui-ci avait dû endurer des conditions difficiles, en particulier quand une hausse des cas de COVID-19 au centre de détention avait eu pour résultat une réduction des mouvements et un accès restreint aux douches.

[23] The Member found that there were no alternatives to detention, but noted that the parties were very close

[23] La commissaire a estimé qu'il n'y avait pas de solutions de rechange à la détention, mais a noté que les

to obtaining a reasonable alternative through the program at John Howard Society and encouraged the parties to continue to work on securing this alternative. The Member ordered Mr. Suleiman's continued detention.

*D. January 21, 2022 decision to release*

[24] In a written decision, dated January 21, 2022, the Member rendered their decision on the two remaining orders requested by Mr. Suleiman and ultimately ordered his release from immigration detention.

[25] The Member acknowledged that the CBSA had made concerted but unsuccessful efforts to determine Mr. Suleiman's country of birth. However, the latest information from the Minister regarding the Ugandan investigation showed that the procurement process had stalled and the next steps were not sufficiently concrete to satisfy the Member that travel documents would be obtained through the investigation. The Member found that given the failure by Canadian authorities to access any useful information from Kenya or Uganda since Mr. Suleiman's detention, removal is no longer seen as achievable and therefore, relying on the Federal Court of Appeal's decision in *Brown*, detention was no longer hinged to the immigration purpose of removal.

[26] The Member further found, relying on subsection 58(3) of IRPA and the *habeas corpus* jurisprudence, that they had the authority to impose conditions on Mr. Suleiman's release, despite having found that removal could no longer be considered possible. However, since they had already found that detention was not permissible if removal was no longer possible, the Member found that a *de facto* detention created through house arrest, curfews or in-residence programs, would not be reasonable in these circumstances.

[27] The Member ordered the release of Mr. Suleiman from immigration detention on the following conditions:

parties étaient près d'arriver à une solution raisonnable grâce au programme de la Société John Howard, et elle a encouragé les parties à poursuivre leurs efforts pour concrétiser cette solution. Elle a ordonné le maintien en détention de M. Suleiman.

*D. La décision de mise en liberté du 21 janvier 2022*

[24] Dans une décision écrite portant la date du 21 janvier 2022, la commissaire s'est prononcé sur les deux ordonnances restantes demandées par M. Suleiman et a finalement ordonné aux autorités de l'immigration de le libérer.

[25] La commissaire a reconnu que l'ASFC avait fait des efforts concertés, mais infructueux, pour déterminer le pays de naissance de M. Suleiman. Cependant, les dernières nouvelles reçues du ministre concernant l'enquête ougandaise montraient que le processus de conclusion du contrat devant l'autoriser s'était enlisé, et les étapes suivantes n'étaient pas suffisamment concrètes pour convaincre la commissaire que des titres de voyage seraient obtenus grâce à l'enquête. La commissaire a estimé que, vu l'échec des autorités canadiennes à obtenir des renseignements utiles du Kenya ou de l'Ouganda depuis la détention de M. Suleiman, le renvoi de celui-ci n'était plus considéré comme réalisable et, en conséquence, vu l'arrêt *Brown* de la Cour d'appel fédérale, il n'y avait plus de lien entre la détention et le renvoi comme objet intéressant l'immigration.

[26] La commissaire a estimé aussi, citant le paragraphe 58(3) de la LIPR et la jurisprudence en matière d'*habeas corpus*, qu'elle avait le pouvoir d'imposer des conditions à la libération de M. Suleiman, bien qu'ayant conclu qu'un renvoi ne pouvait plus être considéré comme possible. Cependant, ayant déjà conclu que la détention n'était pas admissible si un renvoi n'était plus possible, elle a estimé qu'une détention *de facto*, prenant la forme d'une assignation à résidence, de couvre-feux ou de programmes en résidence, ne serait pas raisonnable dans ces conditions.

[27] La commissaire a ordonné que M. Suleiman soit libéré par les autorités de l'immigration, aux conditions suivantes :

- |  |   |
|--|---|
| (a) Keep the peace and be of good behaviour;   | a) qu'il s'abstienne de troubler l'ordre public et qu'il observe une bonne conduite;  |
| (b) Provide the CBSA with a residential address prior to release, and then advise the CBSA of any change of address thereafter before it takes effect; | b) qu'il communique à l'ASFC une adresse domiciliaire avant sa libération, et qu'il informe ensuite l'ASFC de tout changement d'adresse avant qu'il prenne effet; |
| (c) Present himself at the date, time, and place required by the CBSA;   | c) qu'il se présente à la date, à l'heure et à l'endroit fixés par l'ASFC;  |
| (d) Fully participate in the CoSA counselling program in accordance with its terms and conditions; and   | d) qu'il participe pleinement au programme de consultation des CSR selon les modalités de ce programme;   |
| (e) Fully participate in the RSBC counselling program in accordance with its terms and conditions.   | e) qu'il participe pleinement au programme de consultation de la CCSHR, selon les modalités de ce programme.  |

[28] The Member concluded that given there was no possibility of removal, Mr. Suleiman's application for an order to disclose all communications between the Canadian and Ugandan authorities was no longer required. The Member further annulled its orders made at the detention review hearing on January 12, 2022.

#### E. *Proceedings before this Court*

[29] On January 22, 2022, the Minister filed the notice for this application for leave and judicial review of the order to release Mr. Suleiman. Counsel for the Minister also wrote to the Court asking for an interim stay of the release order until they could bring a motion for a further order staying Mr. Suleiman's release pending the determination of the underlying application for leave and judicial review. The interim stay was granted and the stay motion was scheduled to be heard on January 31, 2022.

[30] Following the stay motion hearing, on February 1, 2022, Justice Fothergill granted the stay of the order to release Mr. Suleiman from detention [*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Suleiman*, IMM-643-22,

[28] La commissaire a conclu que, puisqu'il n'y avait aucune possibilité de renvoi, l'ordonnance demandée par M. Suleiman pour que soient divulguées toutes les communications entre les autorités canadiennes et les autorités ougandaises n'était plus nécessaire. La commissaire a en outre annulé ses ordonnances rendues lors de l'audience d'examen des motifs de la détention du 12 janvier 2022.

#### E. *Déroulement de la procédure devant la Cour*

[29] Le 22 janvier 2022, le ministre a déposé l'avis de la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire portant sur l'ordonnance de libération de M. Suleiman. L'avocat du ministre a aussi écrit à la Cour pour la prier de suspendre provisoirement l'ordonnance de libération jusqu'à ce qu'il soit en mesure de présenter une requête pour que soit rendue une autre ordonnance suspendant la libération de M. Suleiman en attendant qu'il soit statué sur la demande sous-jacente d'autorisation et de contrôle judiciaire. La suspension provisoire a été accordée, et l'instruction de la requête en suspension a été fixée au 31 janvier 2022.

[30] Après l'instruction de la requête en suspension, le 1<sup>er</sup> février 2022, le juge Fothergill a autorisé la suspension de l'ordonnance de libération de M. Suleiman [*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Suleiman*,



Fothergill J., order dated February 1, 2022 (F.C.) (unreported)]. Justice Fothergill was satisfied that the Minister had established serious issues to be tried and irreparable harm if the stay was not granted because the conditions of release imposed by the Member were insufficient to address the danger Mr. Suleiman presents to the Canadian public. He found that the Member imposed minimal conditions of release that were not sufficient to “virtually eliminate” the risk because the Member did not believe it had the authority to do anything more. Further, Justice Fothergill found that the balance of convenience lay in favour of the Minister and any inconvenience to Mr. Suleiman would be mitigated by granting leave to commence the underlying application for judicial review and ordering that it be determined on an expedited basis.

[31] On February 3, 2022, by way of joint request of the parties, the hearing of the judicial review was scheduled for February 16, 2022. The parties also advised the Court that Mr. Suleiman’s next detention review was scheduled before the Immigration Division on February 18, 2022.

[32] At the close of the oral hearing on the afternoon of February 16, 2022, I advised the parties that the issues raised were complex and that I required some time to consider their submissions. I advised that I was not certain whether I would be able to issue a decision prior to the detention review on February 18, 2022. I was advised by counsel for the respondent that they would seek instructions from their client and would endeavour to ask the Immigration Division to postpone the detention review, though this decision would ultimately be for the Immigration Division to make. I asked that the parties alert the Court of any subsequent decision.

[33] On February 21, 2022, I learned that the Immigration Division rejected the joint request of counsel for Mr. Suleiman and Minister’s counsel to postpone the hearing scheduled for February 18, 2022. The hearing proceeded on February 18, 2022 but the Immigration

IMM-643-22, le juge Fothergill, ordonnance en date du 1<sup>er</sup> février 2022 (C.F.) (non publiée)]. Il était persuadé que le ministre avait établi l’existence de questions sérieuses à trancher ainsi qu’un préjudice irréparable si la suspension n’était pas accordée, parce que les conditions de libération fixées par la commissaire ne permettaient pas de répondre au danger que M. Suleiman représentait pour le public au Canada. Il a estimé que la commissaire avait imposé des conditions minimales de libération qui ne suffisaient pas à [TRADUCTION] « éliminer presque totalement » le risque parce que la commissaire ne croyait pas avoir le pouvoir de faire quoi que ce soit d’autre. Le juge Fothergill a aussi estimé que la prépondérance des inconvénients favorisait le ministre et que tout inconvénient pour M. Suleiman serait atténué par une autorisation d’amorcer la demande sous-jacente de contrôle judiciaire et par une ordonnance prescrivant un examen accéléré de cette demande.

[31] Le 3 février 2022, à la suite d’une demande conjointe des parties, l’instruction de la demande de contrôle judiciaire a été fixée au 16 février 2022. Les parties ont également informé la Cour que l’examen suivant des motifs de la détention de M. Suleiman devait avoir lieu devant la Section de l’immigration le 18 février 2022.

[32] À la clôture de l’audience tenue l’après-midi du 16 février 2022, j’ai informé les parties que les points soulevés étaient complexes et que j’avais besoin de temps pour étudier leurs arguments. Je leur ai dit que je n’étais pas certaine de pouvoir rendre une décision avant l’examen des motifs de la détention fixé au 18 février 2022. J’ai été informée par l’avocat du défendeur qu’il obtiendrait les instructions de son client et qu’il s’efforceraient de demander à la Section de l’immigration de reporter l’examen des motifs de la détention, étant entendu que c’est à la Section de l’immigration qu’il appartiendrait en dernière analyse de rendre cette décision. J’ai demandé aux parties de signaler à la Cour toute décision ultérieure.

[33] Le 21 février 2022, j’ai appris que la Section de l’immigration avait rejeté la demande conjointe du conseil de M. Suleiman et du conseil du ministre visant au report de l’audience fixée au 18 février 2022. L’audience s’est déroulée le 18 février 2022, mais la Section de l’immigration

Division agreed to the joint proposal of the parties to order Mr. Suleiman's release based on the same decision issued on January 21, 2022, that is under review on this application for judicial review. No new evidence or submissions were filed.

[34] Given that Mr. Suleiman's release was stayed until a decision was issued on this judicial review, on February 23, 2022, as soon as I was in a position to release my decision, I issued an order dismissing the Minister's judicial review, with detailed reasons to follow.

#### F. *Preliminary issue: evidence before the Member*

[35] There was a preliminary issue about the evidence that had been before the Member. Despite initial objections, the parties eventually agreed that the danger opinion decision had been entered in evidence before the Immigration Division and was therefore properly before this Court on judicial review. With respect to the Correctional Service Canada Security Report, the respondent objected to its inclusion in the record given that they disputed that it had ever been before the Immigration Division. The Minister was not able to present any evidence to demonstrate that it had been entered into evidence before the Immigration Division. Accordingly, I did not consider this report in my decision or rely on the Minister's submissions in their written argument that relied upon it.

#### III. Issues and Standard of Review

[36] There are a number of issues that the Minister has raised in challenging the Member's release decision: (i) whether the Member erred in finding that Mr. Suleiman's removal was not possible; (ii) whether the Member erred in finding no nexus to an immigration purpose that could justify continued detention; and (iii) whether the terms and conditions of release the Member imposed were unreasonable. No fairness in respect of the process of the detention review were raised by either party.

a accepté la proposition conjointe des parties d'ordonner la libération de M. Suleiman sur le fondement de la même décision rendue le 21 janvier 2022, qui est l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Aucune nouvelle preuve et aucun nouvel argument n'ont été déposés.

[34] Vu que la libération de M. Suleiman a été suspendue en attendant que soit rendue une décision dans le présent contrôle judiciaire, le 23 février 2022, dès que j'ai été en mesure de faire connaître ma décision, j'ai rendu une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire du ministre. Les motifs détaillés de cette ordonnance sont exposés ci-après.

#### F. *Question préliminaire : la preuve présentée à la commissaire*

[35] Une question préliminaire s'est posée concernant la preuve qui avait été présentée à la commissaire. En dépit d'objections initiales, les parties sont finalement convenues que l'avis de dangerosité avait été joint à la preuve soumise à la Section de l'immigration et que la Cour en était donc valablement saisie pour le contrôle judiciaire. S'agissant du rapport de sécurité de Service correctionnel Canada, le défendeur s'est opposé à son inclusion dans le dossier, contestant que ce rapport ait jamais été soumis à la Section de l'immigration. Le ministre n'a pas été en mesure de montrer que ce rapport avait été joint à la preuve soumise à la Section de l'immigration. Je n'ai donc pas tenu compte de ce rapport dans ma décision, ni ne me suis fondée sur les observations inspirées de ce rapport faites par le ministre dans son argumentation écrite.

#### III. Points litigieux et norme de contrôle

[36] Le ministre a soulevé plusieurs points dans sa contestation de la décision de la commissaire de libérer M. Suleiman : (i) la commissaire a-t-elle eu tort de dire que le renvoi de M. Suleiman n'était pas possible? (ii) la commissaire a-t-elle eu tort de conclure à l'absence d'un lien, susceptible de justifier le maintien en détention, avec un objet intéressant l'immigration? et (iii) les modalités de mise en liberté imposées par la commissaire étaient-elles déraisonnables? Aucune des parties n'a mis en cause l'équité du processus d'examen des motifs de la détention.

[37] Both parties agree that the standard I should apply in evaluating the Member’s decision on these issues is reasonableness. The Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*) confirmed that reasonableness is the presumptive standard of review when reviewing administrative decisions on their merits. This case raises no issue that would justify a departure from this presumption.

[38] In *Vavilov*, the Supreme Court of Canada described the reasonableness standard as a deferential but nonetheless “robust form of review”, where the starting point of the analysis begins with the decision maker’s reasons (at paragraph 13). A decision maker’s formal reasons are assessed “in light of the record and with due sensitivity to the administrative regime in which they were given” (*Vavilov*, at paragraph 103).

[39] The Court described a reasonable decision as “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). Administrative decision makers, in exercising public power, must ensure that their decisions are “justified, intelligible and transparent, not in the abstract, but to the individuals subject to it” (*Vavilov*, at paragraph 95).

#### IV. Analysis

##### A. *Federal Court of Appeal decision in Brown*

[40] The Federal Court of Appeal’s decision in *Brown*, in response to a challenge to the fairness and constitutionality of the detention review scheme under sections 7, 9 and 12 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], comprehensively addressed numerous parts of the scheme. Ultimately, the Court determined that the appellants’ challenge to the validity of the detention scheme failed but noted that “many of their arguments are vindicated by what is said in these reasons concerning what judges conducting detention reviews

[37] Les deux parties s’accordent pour dire que la norme que je devrais appliquer dans l’examen de la décision de la commissaire sur ces questions est celle de la décision raisonnable. Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), la Cour suprême du Canada a confirmé que la norme de la décision raisonnable est celle qui est présumée s’appliquer pour l’examen au fond des décisions administratives. La présente affaire ne soulève aucune question qui justifierait une dérogation à cette présomption.

[38] Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême du Canada a qualifié la norme de la décision raisonnable de norme qui commande la retenue judiciaire, mais qui reste néanmoins une norme « rigoureux[se] », l’analyse ayant pour point de départ les motifs du décideur (au paragraphe 13). Il importe d’interpréter les motifs écrits du décideur « eu égard au dossier et en tenant dûment compte du régime administratif dans lequel ils sont donnés » (*Vavilov*, au paragraphe 103).

[39] Pour la Cour suprême, une décision raisonnable est une décision « fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et [...] justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Le décideur administratif, dans l’exercice de tout pouvoir public, doit s’assurer que sa décision est « justifié[e], intelligible et transparent[e] non pas dans l’abstrait, mais pour l’individu qui en fait l’objet » (*Vavilov*, au paragraphe 95).

#### IV. Analyse

##### A. *L’arrêt Brown de la Cour d’appel fédérale*

[40] Dans son arrêt *Brown*, la Cour d’appel fédérale, saisie d’une contestation portant sur l’équité et la constitutionnalité, selon les articles 7, 9 et 12 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*], du régime d’examen des motifs d’une détention, a fait une analyse approfondie des nombreux volets du régime. Elle a finalement débouté les appelants de leur contestation de la validité du régime, tout en notant que « plusieurs de leurs arguments sont validés par les conclusions énoncées dans les présents motifs quant aux éléments dont il faut tenir

must consider” (at paragraph 20). The Court highlighted that “[Immigration Division] members conducting detention reviews and judges sitting in judicial review, must consider Charter and administrative law standards” (at paragraph 20).

[41] A key issue in *Brown* was whether the detention scheme set out in IRPA and IRPR was constitutionally deficient in that there was no explicit time limit on the length of detention and no explicit statutory requirement that a member release a detainee where removal was no longer reasonably foreseeable. The Federal Court of Appeal found that there were implicit requirements informing the interpretation of whether a member could find that there were grounds to detain under subsection 58(1) of IRPA.

[42] Relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*) and finding there to be a general congruence with the *habeas corpus* jurisprudence on this point (*Brown*, at paragraphs 22–23 and 95), the Court of Appeal held that as a threshold issue, the member had to be satisfied that the Minister had established that there remained a nexus between the detention and an immigration purpose; in cases where the person was detained pending removal, this nexus would not be fulfilled if there was no possibility of removal (*Brown*, at paragraph 44).

[43] The Member’s determination on this threshold question of whether Mr. Suleiman’s detention remained tied to an immigration purpose, facilitating the machinery of immigration control, is the central issue on this judicial review.

B. *The Minister has failed to establish removal is possible*

[44] The Member’s pivotal determination was that the possibility of deporting Mr. Suleiman had become “illusory” and “so remote as to be speculative.” The Member

compte au moment du contrôle judiciaire des motifs de détention » (au paragraphe 20). Elle a souligné que « les commissaires de la [Section de l’immigration] qui procèdent au contrôle des motifs de détention et les juges qui président au contrôle judiciaire doivent tenir compte de la Charte et des normes du droit administratif » (au paragraphe 20).

[41] Une question clé soulevée dans l’espèce *Brown* était celle-ci : le régime de détention établi dans la LIPR et dans le Règlement était-il déficient au plan constitutionnel au motif qu’il n’y avait pas de limite explicite à la durée de la détention, ni obligation explicite pour un commissaire de libérer une personne détenue lorsque le renvoi de celle-ci n’était plus raisonnablement envisageable? La Cour d’appel fédérale a estimé qu’il existe des règles implicites auxquelles doit se référer le commissaire pour savoir s’il y a des motifs justifiant une détention aux termes du paragraphe 58(1) de la LIPR.

[42] Citant un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*) et estimant qu’il doit exister une connexité générale sur ce point avec la jurisprudence en matière d’*habeas corpus* (*Brown*, aux paragraphes 22–23 et 95), la Cour d’appel a estimé que, à titre préliminaire, le commissaire devait être persuadé que le ministre avait prouvé l’existence d’un lien entre la détention et un objet intéressant l’immigration; lorsque l’intéressé est en détention dans l’attente de son renvoi, ce lien sera inexistant en cas d’impossibilité de renvoi (*Brown*, au paragraphe 44).

[43] La question posée dans le présent contrôle judiciaire porte sur la conclusion de la commissaire sur cette question préliminaire : la détention de M. Suleiman restait-elle liée à un objet intéressant l’immigration, contribuant ainsi au mécanisme de contrôle de l’immigration?

B. *Le ministre n’a pas établi qu’un renvoi est possible*

[44] La conclusion décisive de la commissaire était que l’expulsion de M. Suleiman était devenue « illusoire » et « si lointaine qu’elle [était] fondée sur des conjectures ».

reached this conclusion after a thorough review of the Minister's and Mr. Suleiman's efforts to date in determining his country of birth and obtaining travel documents to facilitate removal. The Member reviewed the Federal Court of Appeal's guidance in *Brown* on how decision makers should approach the assessment of whether removal remains a possibility and applied this framework to their evaluation of the evidence. I see no basis to interfere with the Member's assessment of this issue.

[45] Relying on the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui*, the Federal Court of Appeal in *Brown* held that "detention is warranted where it is 'reasonably necessary' and removal 'a possibility'" (at paragraph 93). The Court rejected the reasonable foreseeability of removal test and instead adopted an approach where the decision maker would ask whether deportation still remained possible [at paragraph 92]:

.... When examining the constitutionality of indeterminate detention the question is whether removal, and not the precise date on which removal will occur, remains a possibility: *Charkaoui*, at paragraphs 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department*.

[46] The Federal Court of Appeal provided guidance to decision makers on the criteria to use in determining whether there still remained a possibility of deportation [at paragraph 95]:

.... The decision maker must be satisfied, on the evidence, that removal is a possibility. The possibility must be realistic, not fanciful, and not based on speculation, assumption or conjecture. It must be grounded in the evidence, not supposition, and the evidence must be detailed and case-specific enough to be credible.

[47] The Member acknowledged that over the last two and a half years, the CBSA had made concerted but unsuccessful efforts to determine Mr. Suleiman's country of birth and to obtain travel documents so that he could be removed from Canada. Mr. Suleiman has been cooperative with those efforts. The Member detailed the extent of these efforts:

Elle est arrivée à cette conclusion après examen approfondi des efforts faits jusque-là par le ministre et par M. Suleiman pour déterminer son pays de naissance et obtenir les titres de voyage devant faciliter son renvoi. La commissaire a passé en revue les pistes données dans l'arrêt *Brown* par la Cour d'appel fédérale sur la manière dont les décideurs doivent s'y prendre pour dire si le renvoi reste une possibilité, et il s'en est servi dans son appréciation de la preuve. Je ne vois aucune raison de m'immiscer dans l'analyse de la commissaire concernant cette question.

[45] Citant l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel fédérale écrivait, dans l'arrêt *Brown*, que « la détention est justifiée si elle est "raisonnablement nécessaire" et si le renvoi demeure "possible" » (au paragraphe 93). Elle a écarté le critère de la prévisibilité raisonnable du renvoi, privilégiant plutôt la méthode selon laquelle le décideur se demandera si une expulsion demeure possible [au paragraphe 92] :

[...] Pour déterminer la constitutionnalité d'une détention pour une durée indéterminée, il faut se demander si le renvoi, et non la date précise prévue pour le renvoi, demeure une possibilité (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l'arrêt *A. c. Secretary of State for the Home Department*).

[46] La Cour d'appel fédérale a donné des indications aux décideurs sur les critères à appliquer pour savoir s'il subsiste une possibilité d'expulsion [au paragraphe 95] :

[...] Le décideur doit être convaincu, au vu de la preuve, que le renvoi est possible. Cette possibilité doit être réaliste, et non fantaisiste, et ne saurait être fondée sur des hypothèses ou des conjectures. Elle doit être étayée par la preuve, et non par des suppositions, et la preuve doit être détaillée et suffisamment spécifique pour être crédible.

[47] La commissaire a reconnu que, au cours des derniers deux ans et demi, l'ASFC avait fait des efforts concertés, mais infructueux, pour déterminer le pays de naissance de M. Suleiman et pour obtenir les titres de voyage qui permettraient son renvoi du Canada. M. Suleiman a coopéré dans les efforts de l'ASFC. La commissaire a détaillé l'étendue de ces démarches :

- 
- |  |  |
|--|--|
| (a) Request for assistance from the Ugandan authorities for an emergency travel document;  | a) demande d'assistance adressée aux autorités ougandaises pour l'obtention d'un titre de voyage d'urgence;  |
| (b) Requests to the Ugandan Passport Control Office, the Ugandan National Identification Registration Authority and the Uganda Registration Service Bureau for any documentation on Mr. Suleiman;                  | b) demandes adressées au Bureau de contrôle des passeports de l'Ouganda, à l'Autorité nationale ougandaise de l'identification et de l'état civil et au Bureau de l'état civil ougandais, pour obtenir des documents se rapportant à M. Suleiman;                            |
| (c) Attempts to establish family connections to provide to Ugandan authorities;  | c) tentatives d'établir des liens familiaux pour les fournir aux autorités ougandaises;  |
| (d) Interviews and phone calls with family members in Canada, most notably Mr. Suleiman's sister;  | d) entretiens et appels téléphoniques avec des proches au Canada, en particulier la sœur de M. Suleiman;   |
| (e) Trips to British Columbia to conduct a door knock on the remaining relatives of Mr. Suleiman;  | e) déplacements en Colombie-Britannique pour frapper aux portes des parents restants de M. Suleiman;   |
| (f) Communications with the Ugandan High Commission;   | f) communications avec le Haut-Commissariat de l'Ouganda;  |
| (g) Soliciting information from Canada's overseas missions in Africa;  | g) demandes de renseignements adressées aux missions du Canada en Afrique;   |
| (h) A linguistic assessment in an attempt to verify Mr. Suleiman's nationality;  | h) évaluation linguistique visant à déterminer la nationalité de M. Suleiman;  |
| (i) Correspondences with the overseas Liaison Officer responsible for Kenya to reach out to both Kenyan Immigration and Kenya's National Bureau for any records of Mr. Suleiman, his mother or his sister;         | i) échanges de correspondance avec l'agent de liaison à l'étranger chargé du Kenya pour qu'il prenne contact avec les autorités de l'immigration du Kenya et avec le Bureau national du Kenya, afin d'obtenir tout dossier intéressant M. Suleiman, sa mère ou sa sœur;      |
| (j) Repeated interviews with Mr. Suleiman;   | j) entretiens répétés avec M. Suleiman;  |
| (k) Meetings with the Immigration Attaché and High Consular Official for the Ugandan High Commission;  | k) réunions avec l'attaché responsable de l'immigration et haut représentant consulaire du Haut-Commissariat de l'Ouganda;   |
| (l) Liaising with Passport Intelligence to provide copies of any documentation used by Mr. Suleiman and his family members when they applied for Canadian Passports, Canadian Citizenship and Permanent Residency; | l) prise de contact avec les organismes chargés de délivrer des passeports afin d'obtenir copies de tout document utilisé par M. Suleiman et ses proches quand ils avaient demandé des passeports canadiens, la citoyenneté canadienne et la résidence permanente au Canada; |



- |  |   |
|--|---|
| <p>(m) Seeking information and assistance from the Red Cross and the United Nations High Commission for Refugees (UNHCR);</p> <p>(n) Hiring private investigators to investigate in Kenya in the hope of finding background information and documentation on Mr. Suleiman; and</p> <p>(o) Attempts to secure a similar contract with private investigators to investigate in Uganda.</p> | <p>m) demande d'information et d'assistance adressée à la Croix-Rouge et au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR);</p> <p>n) recrutement d'enquêteurs privés pour qu'ils enquêtent au Kenya dans l'espoir de trouver des informations et des documents concernant M. Suleiman;</p> <p>o) tentatives de conclusion d'un contrat semblable avec des enquêteurs privés pour qu'ils enquêtent en Ouganda.</p> |
|--|---|

[48] The Member noted that the step taken to hire private investigators in Kenya was an extraordinary, costly, and highly unusual effort. The Immigration Division learned that this effort had failed in July 2021, after Mr. Suleiman had been detained for approximately two years. At that point, Minister's counsel advised that "all possible avenues to establish the nationality and place of birth of Mr. Suleiman were exhausted in Kenya as no official documentation was uncovered there." The Minister's next strategy was to seek to secure a contract with the same private investigators to conduct a similar inquiry in Uganda. Over the last approximately six months, at each 30-day review, Minister's counsel provided updates to the Immigration Division about their efforts at securing this contract to be able to move forward with this further investigative work in Uganda.

[49] However, the latest information from the Minister regarding the Ugandan investigation showed that the procurement process had stalled. The Member reviewed the evidence that had been presented about the process over the most recent detention reviews. At the December 2021 detention review, the Immigration Division was advised that there were still a few remaining issues to work out with PSPC International before the private investigation in Uganda could be finalized, but Minister's counsel expressed optimism that the contract could be awarded over the next 30 days. At the most recent detention review, on January 12, 2022, the Member learned that PSPC International refused to approve the contract because of their view that Uganda did not meet the security

[48] La commissaire a noté que la mesure prise pour recruter des enquêteurs privés au Kenya représentait une démarche extraordinaire, coûteuse et très inhabituelle. La Section de l'immigration a appris que cette démarche avait échoué en juillet 2021, alors que M. Suleiman était en détention depuis environ deux ans. À ce stade, le conseil du ministre a indiqué que [TRADUCTION] « toutes les pistes possibles visant à établir la nationalité et le lieu de naissance de M. Suleiman avaient été explorées au Kenya, aucune documentation officielle n'y ayant été découverte ». La stratégie suivante du ministre avait consisté à conclure un contrat avec les mêmes enquêteurs privés pour qu'ils entreprennent une enquête semblable en Ouganda. Au cours des quelque six derniers mois, à chacun des examens effectués à intervalles de 30 jours, le conseil du ministre a communiqué des mises à jour à la Section de l'immigration à propos des mesures que prenait le ministre pour attribuer ce contrat et pouvoir avancer dans ce nouveau travail d'enquête en Ouganda.

[49] Cependant, les dernières informations obtenues du ministre à propos de l'enquête ougandaise ont montré que le processus de conclusion du contrat s'était enlisé. La commissaire a passé en revue la preuve qui avait été présentée à propos de ce processus au cours des plus récents examens des motifs de la détention. Lors de l'examen effectué en décembre 2021, la Section de l'immigration a été informée qu'il restait des points à éclaircir avec SPAC International avant que les modalités de l'enquête privée en Ouganda puissent être finalisées, mais le conseil du ministre a dit avoir bon espoir que le contrat puisse être attribué au cours des 30 jours suivants. Lors du plus récent examen des motifs de la détention, le 12 janvier 2022, la commissaire a appris que SPAC International avait refusé

standards required. The Member reviewed the options that were presented by the CBSA official who had been liaising with PSPC and found that the options they presented about the next steps “are not sufficiently concrete to advance the process of obtaining travel documents for Mr. Suleiman.” The Member found that the steps outlined are “too oblique, too speculative, and too unrealistic, based on previous futile or unsuccessful attempts to uncover evidence from Uganda and Kenya to satisfy this Panel that the Canadian authorities will obtain travel documents through investigation.”

[50] The Member situated this last setback within the larger picture of the continuous efforts by the Minister and Mr. Suleiman in Canada, Uganda and Kenya, to obtain travel documents to facilitate removal. Ultimately, the Member found that given the failure by Canadian authorities to access any useful information from Kenya or Uganda since Mr. Suleiman’s detention, over two and a half years ago, removal could no longer be seen as achievable and therefore detention was no longer hinged to the immigration purpose of removal.

[51] The Minister argues that the Member’s determination that removal was no longer a possibility was premature. The Minister’s view is that the Member should have waited to hear more information about next steps from the CBSA official who was tasked with securing the private investigation contract, who was supposed to be testifying at the next detention review hearing.

[52] The problem with the approach advanced by the Minister is that it considers the effort to secure a contract for a private investigator in Uganda in isolation without the full context of the totality of the efforts made to date. It may well be that at each stage, the Minister is making good faith and reasonable efforts at moving forward with some activity with a view that it may lead to obtaining further information for a travel document. But this does not answer the question as to whether removal remains

d’approuver le contrat parce que, d’après cet organisme, l’Ouganda ne répondait pas aux normes de sécurité requises. Après analyse des options présentées par le représentant de l’ASFC qui avait assuré la liaison avec SPAC, elle a conclu que les options portant sur les prochaines étapes n’étaient « pas suffisamment concrètes pour faire avancer le processus d’obtention de titres de voyage pour M. Suleiman ». La commissaire a estimé que les étapes décrites étaient, « au vu des précédentes tentatives, infructueuses, en vue d’obtenir des indications de l’Ouganda et du Kenya, trop ambiguës, trop hypothétiques et trop irréalistes pour convaincre le présent tribunal que les autorités canadiennes obtiendraient des titres de voyages grâce à une enquête ».

[50] La commissaire a situé ce dernier revers dans le panorama général des efforts constants déployés par le ministre et M. Suleiman au Canada, en Ouganda et au Kenya, pour obtenir des titres de voyage devant faciliter le renvoi. Elle a finalement estimé que, vu l’échec des autorités canadiennes à obtenir des informations utiles du Kenya ou de l’Ouganda depuis que M. Suleiman était en détention, c’est-à-dire depuis plus de deux ans et demi, le renvoi ne pouvait plus être considéré comme réalisable et qu’il n’y avait donc plus de lien entre la détention et un objet intéressant l’immigration, en l’occurrence le renvoi.

[51] Le ministre soutient que la conclusion de la commissaire selon laquelle le renvoi n’était plus une possibilité était prématurée. Selon lui, la commissaire aurait dû attendre d’en savoir davantage sur les étapes suivantes de la part du représentant de l’ASFC qui était chargé d’attribuer le contrat portant sur l’enquête privée et qui devait témoigner à l’audience suivante d’examen des motifs de la détention.

[52] La difficulté que pose l’approche défendue par le ministre est qu’elle considère isolément les démarches entreprises pour attribuer un contrat visant à la désignation d’un enquêteur privé en Ouganda, sans prise en compte du contexte tout entier des démarches faites à ce jour. Il est bien possible que, à chaque étape, le ministre fasse des efforts authentiques et raisonnables pour trouver des solutions dans l’espoir qu’elles permettront d’obtenir d’autres renseignements conduisant à un titre de voyage.

a possibility, when reviewing those efforts in their full context. The Member determined that the prospect of being able to obtain travel documents for Mr. Suleiman, a stateless person, 30 years after his landing in Canada, had become illusory:

.... Considering the failure by Canadian authorities to access any useful information from Uganda in the year since Mr. Suleiman's detention, the incomplete record of Mr. Suleiman's African origins, the failed investigation in Kenya, as well as the ill-fated investigation in Uganda, this Panel concludes that obtaining travel documentation some 30 years after Mr. Suleiman's landing in Canada is illusory. The CBSA can continue looking at options *ad infinitum*. However, Mr. Suleiman cannot be held in detention indefinitely while awaiting results. There must necessarily come a point where the impasse is accepted, and removal is no longer seen as achievable.

[53] The Member's finding was transparent, intelligible and justified based on a review of the extensive evidence on file and the guidance set out by the Federal Court of Appeal in *Brown* on how to assess when removal is no longer possible.

*C. No nexus to immigration purpose where removal is no longer possible*

[54] The Member found that because they determined that Mr. Suleiman's removal was no longer possible, continued detention could no longer be ordered. The Member's assessment of this issue relied on the Federal Court of Appeal's decision in *Brown*. I find that the Member's evaluation and conclusion on this issue to be reasonable.

[55] I note that there were limited submissions made to the Member on this issue at the oral hearing. No party raised any procedural fairness concerns relating to their ability to bring forward their arguments on this issue.

[56] The Member first addressed the Minister's counsel's argument that the Member must follow the decision in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*

Mais cela ne répond pas à la question suivante : lorsque l'on considère ces démarches dans leur contexte intégral, un renvoi est-il encore possible? La commissaire a estimé que la perspective de pouvoir obtenir des titres de voyage pour M. Suleiman, un apatride, 30 ans après son droit d'établissement au Canada, était devenue illusoire :

[...] Considérant l'échec des autorités canadiennes à obtenir des informations utiles de l'Ouganda au cours des années depuis que M. Suleiman est en détention; l'état incomplet du dossier relatif aux origines africaines de M. Suleiman, l'enquête avortée au Kenya, ainsi que l'enquête qui a mal tourné en Ouganda, le présent tribunal arrive à la conclusion qu'il est illusoire d'espérer obtenir des titres de voyage quelque 30 ans après le droit d'établissement de M. Suleiman au Canada. L'ASFC peut continuer d'examiner des options à l'infini, mais M. Suleiman ne saurait rester en détention indéfiniment dans l'attente de résultats. On doit arriver au stade où l'impasse est reconnue et où le renvoi n'est plus considéré comme réalisable.

[53] La conclusion de la commissaire était transparente, intelligible et justifiée, après examen de la preuve considérable versée au dossier, et compte tenu des indications données par la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brown*, sur la manière de déterminer le moment à partir duquel un renvoi n'est plus possible.

*C. Absence de lien avec un objet intéressant l'immigration lorsque le renvoi n'est plus possible*

[54] La commissaire a estimé que, puisqu'il avait conclu que le renvoi de M. Suleiman n'était plus possible, son maintien en détention ne pouvait plus être ordonné. Elle a analysé la question en se fondant sur l'arrêt *Brown*. Je suis d'avis que son analyse et sa conclusion sont raisonnables.

[55] Je relève que les observations présentées à la commissaire sur cette question lors de l'audience ont été limitées. Aucune des parties n'a mis en doute l'équité procédurale dans la possibilité qu'elle a eue de faire valoir des arguments sur la question.

[56] La commissaire a d'abord étudié l'argument du conseil du ministre selon lequel elle devait suivre la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c.*

v. *Taino*, 2020 FC 427, [2020] 4 F.C.R. D-1 (*Taino*) where this Court found that even if a person's removal was stayed, detention could be ordered if there remained a basis to detain on the statutory ground of being a danger to the public.

[57] The Member summarized the *Taino* decision and then explained their view that *Taino* need not apply as it predates the Federal Court of Appeal's decision in *Brown*. The Member reasoned that *Brown* affirmed that, in these circumstances, where removal was not possible, there was no longer a nexus to an immigration purpose. The Member also noted that there was no indication by the Federal Court of Appeal that someone being held on the ground of being a danger to the public was an exception to the implicit requirement that there must be a possibility of deportation to be able to order continued detention under subsections 58(1) and (2) of IRPA. The Member found that the determination in *Taino*—that danger was a stand-alone ground, irrespective of whether deportation was going to occur—was not endorsed by the Court of Appeal, though the *Taino* decision itself was cited for different reasons.

[58] I find the Member's approach to the *Taino* decision on the issue of nexus to be a reasonable interpretation of the impact of *Brown*.

[59] Though nothing in this decision turns on this distinction, I acknowledge that the factual context underlying the two cases is distinct. The Member considering Mr. Suleiman's case was facing a similar fact scenario as that contemplated by the Federal Court of Appeal in *Brown*, i.e. "The person has no right to remain in Canada but Canada has no ability to effect the removal" (at paragraph 1) and has been kept in detention on immigration grounds for a lengthy period. Mr. Suleiman has no right to remain in Canada but the Member has also determined that there is no possibility that Canada could deport him. The factual context of *Taino* is different. In *Taino*, this Court was considering a decision in relation to someone who had just received a stay of their removal because of a positive decision on a pre-removal risk assessment (PRRA); in other words, Mr. Taino had a right to remain

*Taino*, 2020 CF 427, [2020] 4 R.C.F. F-1 (*Taino*), où la Cour a jugé que, même si le renvoi d'une personne est suspendu, sa détention peut être ordonnée s'il existe une raison en ce sens, par exemple le fait de constituer un danger pour le public.

[57] Après avoir résumé la décision *Taino*, la commissaire a expliqué pourquoi, selon elle, ce précédent n'était pas applicable puisqu'il était antérieur à l'arrêt *Brown*. D'après son raisonnement, l'arrêt *Brown* confirmait que, dans ce cas, lorsque le renvoi n'était plus possible, alors disparaissait tout lien avec un objet intéressant l'immigration. La commissaire a aussi noté que la Cour d'appel fédérale n'avait pas donné à entendre qu'une personne en détention au motif qu'elle constitue un danger pour le public était une exception à la règle implicite voulant qu'il doit exister une possibilité d'expulsion avant que puisse être ordonné le maintien en détention en vertu des paragraphes 58(1) et (2) de la LIPR. D'après la commissaire, la conclusion du jugement *Taino* — selon laquelle le danger en question constituait un motif à lui seul, indépendamment de la réalité éventuelle d'une expulsion — n'était pas entérinée par la Cour d'appel, quoique celle-ci ait cité ce jugement pour une diversité de raisons.

[58] Je suis d'avis que, par sa manière de considérer le jugement *Taino* sur la question du lien, la commissaire a fait une interprétation raisonnable de la portée de l'arrêt *Brown*.

[59] Bien que la présente décision ne dépende nullement de cette distinction d'avec le jugement *Taino*, je reconnais que l'espèce *Taino* et la présente affaire sont distinctes. La commissaire, dans le cas de M. Suleiman, avait affaire au même contexte que celui dont était saisie la Cour d'appel fédérale dans l'espèce *Brown*, à savoir que « [la personne faisant l'objet de la mesure de renvoi] n'est pas autorisée à demeurer au Canada, mais le Canada ne peut exécuter la mesure de renvoi » (au paragraphe 1) et qu'elle a été maintenue en détention très longtemps pour des motifs liés à l'immigration. M. Suleiman n'est pas autorisé à demeurer au Canada, mais la commissaire a aussi conclu que le Canada n'a pas la possibilité de l'expulser. Les faits de l'affaire *Taino* sont différents. Dans cette affaire, la Cour examinait une décision où le défendeur Taino venait de se voir accorder

in Canada because Canadian officials had granted him a stay of his removal. This Court in *Taino* also noted that the length of immigration detention for Mr. Taino had been considerably shorter (2.5 months) than those cases from the *habeas corpus* context upon which the Immigration Division was relying upon (at paragraph 72).

[60] The Federal Court of Appeal in *Brown* found where a person is detained pending removal, the implicit requirement that deportation be possible must be read into an interpretation of the grounds authorizing continued detention under section 58 of IRPA. The Federal Court of Appeal held that the scheme was not unconstitutional for not having set time limits or the requirement that removal be reasonably foreseeable because “to require an express statement that the power of detention can only be exercised where there is a real possibility of removal would be to read-in a redundancy” (*Brown*, at paragraph 60). This runs counter to the finding in *Taino*. This Court in *Taino* found it unreasonable for the Immigration Division to not apply the binding jurisprudence of this Court in *Isse v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 405, 387 F.T.R. 280 and *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Samuels*, 2009 FC 1152, 85 Imm. L.R. (3d) 226, [2010] 2 F.C.R. D-13, in which it had already been determined that “enforceable” could not be read into subsection 58(2) of IRPA as it was contrary to the plain meaning of the section, which only required that a “removal order” be in place (at paragraphs 57–58).

[61] It was in this context that this Court in *Taino* did not find it reasonable for the Immigration Division—instead of applying binding jurisprudence of this Court—to look to the *habeas corpus* cases, which the Court found to involve a different test and generally lengthier immigration detention, and the Supreme Court of Canada’s decision in *Charkaoui*, which related to the security certificate detention scheme (at paragraphs 70–74 and 80). In contrast, the Federal Court of Appeal in *Brown*, when

la suspension de sa mesure de renvoi après une décision favorable consécutive à un examen des risques avant renvoi (ERAR); autrement dit, M. Taino avait le droit de demeurer au Canada parce que des représentants canadiens avaient suspendu la mesure de renvoi prononcée contre lui. Dans le jugement *Taino*, la Cour notait aussi que la durée de détention de M. Taino par les autorités de l’immigration avait été considérablement plus courte (2,5 mois) que dans les affaires d’*habeas corpus* citées par la Section de l’immigration (au paragraphe 72).

[60] Dans l’arrêt *Brown*, la Cour d’appel fédérale a jugé que, lorsqu’une personne est en détention dans l’attente de son renvoi, la règle implicite exigeant que l’expulsion soit possible doit recevoir une interprétation libérale autorisant le maintien en détention en vertu de l’article 58 de la LIPR. Selon elle, le régime n’était pas inconstitutionnel du seul fait qu’il ne fixait pas de délais ou qu’il ne disait pas que le renvoi devait être raisonnablement envisageable, parce que le fait d’« [e]xiger une déclaration expresse voulant que le pouvoir de détention ne puisse être exercé que lorsqu’il existe une réelle possibilité de renvoi équivaldrait à ajouter, par interprétation, une disposition redondante » (*Brown*, au paragraphe 60). Cette affirmation va à l’encontre du jugement *Taino*, où la Cour a jugé déraisonnable la décision de la Section de l’immigration de ne pas appliquer la jurisprudence contraignante de la Cour, à savoir *Isse c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 405, et *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Samuels*, 2009 CF 1152, [2010] 2 R.C.F. F-13, où il avait déjà été jugé que la présence du mot « exécutoire » ne saurait être présumée dans le paragraphe 58(2) de la LIPR puisque cela revenait à nier le sens ordinaire de la disposition, qui exigeait uniquement la prise d’une « mesure de renvoi » (aux paragraphes 57–58).

[61] C’est dans ce contexte que la Cour, dans le jugement *Taino*, a jugé déraisonnable la décision de la Section de l’immigration — plutôt que d’appliquer la jurisprudence contraignante de la Cour — de s’en rapporter aux affaires d’*habeas corpus*, qui, selon la Cour, faisaient intervenir un critère différent et une détention généralement plus longue par les autorités de l’immigration, et à l’arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada, qui concernait le régime des certificats de sécurité (aux paragraphes 70–74 et 80).



considering the issue of nexus to an immigration purpose in the context of a comprehensive constitutional challenge to the detention scheme provided for in IRPA and IRPR, relied heavily on the *Charkaoui* decision and held that there was a “general congruence between the detention review and *habeas* tests” (at paragraph 95).

[62] The Member’s determination that the Federal Court of Appeal in *Brown* held that detention could not continue where it was found that deportation was not possible has support throughout the decision (at paragraphs 43, 44, 60, 90 and 91). The section of the decision, paragraphs 90 to 102, that specifically considers the requirement that there be a nexus with an immigration purpose addressed only the implicit requirement that deportation be possible. The Federal Court of Appeal relied on *Charkaoui* on this point [at paragraphs 91–92]:

Once again, the Supreme Court has already gone some way towards giving us guidance on this. Detention in this context is available only where it is reasonably necessary for immigration purposes: *Charkaoui*, at paragraph 124, citing *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [cited above] and *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001). Absent a “possibility of deportation”, detention in this context is no longer possible: *Charkaoui*, at paragraphs 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169.

In assessing the presence of an immigration nexus, *Charkaoui* tells us that detention may be lengthy and it may be indeterminate. *Charkaoui* instructs that length itself is not the only relevant metric, nor is the fact that the date of removal is unknown; indeed, if the date of removal were known, it is doubtful that the parties would be before the court. When examining the constitutionality of indeterminate detention the question is whether removal, and not the precise date on which removal will occur, remains a possibility: *Charkaoui*, at paragraphs 125–127, citing *A. v. Secretary of State for the Home Department* [cited above].

[63] The Member’s view was the repeated reference to this implicit requirement that there must be a “possibility of deportation” in order to detain applied to all of the

Au contraire, dans l’arrêt *Brown*, la Cour d’appel fédérale, analysant la question du lien avec un objet intéressant l’immigration, dans le contexte d’une contestation constitutionnelle globale du régime de détention prévu par la LIPR et par le Règlement, citait abondamment l’arrêt *Charkaoui*, estimant qu’il existait « une connexité générale entre les critères applicables au contrôle des motifs de la détention et ceux servant à trancher une demande d’*habeas corpus* » (au paragraphe 95).

[62] La conclusion de la commissaire selon laquelle la Cour d’appel fédérale avait jugé que le maintien en détention ne pouvait avoir lieu lorsqu’une expulsion n’était pas possible est validée tout au long de l’arrêt *Brown* (aux paragraphes 43, 44, 60, 90 et 91). La partie de l’arrêt, à savoir les paragraphes 90 à 102, qui analyse explicitement la règle selon laquelle il doit exister un lien avec un objet intéressant l’immigration ne portait que sur la règle implicite d’une possibilité d’expulsion. La Cour d’appel fédérale citait sur ce point l’arrêt *Charkaoui* [aux paragraphes 91–92] :

Une fois de plus, la Cour suprême nous fournit une orientation concernant cette question. La détention dans ce contexte est possible seulement si elle est raisonnablement nécessaire à des fins d’immigration (*Charkaoui*, au paragraphe 124, citant *R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) [précité] et *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)). Si « [l]’expulsion [est] impossible », la détention dans ce contexte n’est plus possible (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169).

À l’égard de la présence d’un lien avec l’immigration, l’arrêt *Charkaoui* nous enseigne que la détention peut être prolongée et peut être d’une durée indéterminée. Selon cette jurisprudence, la durée en soi n’est pas la seule donnée pertinente, pas plus que l’absence de date de renvoi; en fait, si la date du renvoi était connue, il est peu probable que les parties esteraient en justice. Pour déterminer la constitutionnalité d’une détention pour une durée indéterminée, il faut se demander si le renvoi, et non la date précise prévue pour le renvoi, demeure une possibilité (*Charkaoui*, aux paragraphes 125 à 127, renvoyant à l’arrêt *A. v. Secretary of State for the Home Department* [précité]).

[63] Selon la commissaire, la répétition de la référence à cette règle implicite selon laquelle il doit exister une « possibilité [...] d’expulsion » pour qu’il y ait détention



statutory grounds of detention set out in subsection 58(1) of IRPA, and that there was nowhere in *Brown* where the Federal Court of Appeal stated that this requirement did not apply where a person was detained on the ground of being a danger to the public.

[64] The Minister argued before me that the Member's interpretation of *Brown* was not reasonable because the Federal Court of Appeal left open a possibility that detention could be ordered on the stand-alone ground of being a danger to the public, even where removal was found to not be possible. The Minister referred to the section of the decision where the Federal Court of Appeal was setting out the limits to the detention power generally, and noted, at paragraph 44, that the implicit requirement that removal be possible applied where detention was ordered "for the purposes of removal" and that detention occurred "principally, but not exclusively, pending removal."

[65] The Federal Court of Appeal did not enumerate the other circumstances in which detention could occur where it was not pending removal. The parties each had their own view on the appropriate way to fill in this gap.

[66] The Minister relied on this gap to argue that detention could still be ordered, even if removal was no longer possible, if it was for the purpose of protecting public safety, where someone had been detained on the ground of being a danger to the public. The Minister's position was that in these circumstances, detention would not be for the purpose of removal, but rather for the purpose of protecting the public.

[67] I note that the Minister relied on the Federal Court of Appeal's statement that all of the grounds of detention set out in section 58 are tethered to the immigration purposes of "ensuring the safety and security of Canadians and the promotion of international justice by denying safe harbour for criminals or those who pose a security risk (IRPA, paragraphs 3(1)(h), (i))" (at paragraph 42). The Minister did not, however, engage with or provide any explanation of the basis on which, according to their view,

s'appliquait à tous les motifs de détention énoncés au paragraphe 58(1) de la LIPR, et nulle part dans l'arrêt *Brown* la Cour d'appel fédérale n'a dit que cette règle ne s'appliquait pas lorsqu'une personne se trouvait en détention au motif qu'elle constituait un danger pour le public.

[64] Le ministre a prétendu devant moi que l'interprétation de l'arrêt *Brown* donnée par la commissaire n'était pas raisonnable parce que la Cour d'appel fédérale a laissé ouverte la possibilité que la détention soit ordonnée au seul motif que l'intéressé constitue un danger pour le public, même lorsque le renvoi était déclaré impossible. Il s'est référé à la section de l'arrêt où la Cour d'appel fixait les limites au pouvoir de détention en général, et il a relevé, au paragraphe 44, que la règle implicite exigeant que le renvoi soit possible s'appliquait lorsque la détention était ordonnée « aux fins du renvoi », ajoutant que le pouvoir de détention était exercé « principalement, mais non exclusivement, pendant la période qui précède le renvoi ».

[65] La Cour d'appel fédérale n'a pas énuméré les autres circonstances dans lesquelles le pouvoir de détention pouvait être exercé quand ce n'était pas pendant la période précédant le renvoi. Les parties avaient chacune leur propre avis sur la manière adéquate de combler cette lacune.

[66] Le ministre s'est fondé sur cette lacune pour prétendre que la détention pouvait encore être ordonnée, malgré l'impossibilité du renvoi, si cela avait pour objet la protection de la sécurité publique, lorsque l'intéressé avait été mis en détention au motif qu'il représentait un danger pour le public. Selon lui, la détention, dans ce cas, ne serait pas ordonnée en vue d'un renvoi, mais plutôt pour protéger le public.

[67] J'observe que le ministre s'est fondé sur l'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle tous les motifs de détention énoncés à l'article 58 sont liés aux objets intéressant l'immigration, c'est-à-dire « assurer la sécurité des Canadiens et promouvoir la justice internationale en interdisant de territoire les criminels et les personnes qui constituent un danger à la sécurité (LIPR, alinéas 3(1)h) et i) » (au paragraphe 42). Le ministre ne s'est pas aventuré cependant à expliquer la

some of the grounds justifying detention would be subject to the implicit requirement that removal be possible, while others would not be, if the public safety purpose was later argued as providing the basis for the detention.

[68] The respondent understood this gap to be referring to where a person is awaiting other immigration processes that “facilitat[e] the machinery of immigration control”, processes related to the entry and exit of migrants that may not yet be at the removal stage, such as awaiting identity and security examination and investigations, and admissibility hearings. If one took the respondent’s view of the circumstances in which detention could be ordered other than for the purposes of removal, the Federal Court of Appeal’s comment at paragraph 44 would not be relevant for the Member’s interpretation of *Brown* as applied to Mr. Suleiman, given that there were no further immigration processes available for him, other than removal.

[69] There is no dispute between the parties that Mr. Suleiman’s detention has taken place over the last two and a half years pending the Minister’s efforts to remove him from Canada. Like Mr. Brown, Mr. Suleiman has been detained throughout this process, on the grounds of being a danger to the public and being unlikely to appear for removal. There is also no dispute that, other than removal, there are no further immigration processes remaining for Mr. Suleiman. He has already been found inadmissible, lost his permanent residence status and been found to be a danger to the public pursuant to paragraph 115(2)(a) of IRPA, allowing for his removal from Canada in spite of his protected person status. The only immigration-related process Mr. Suleiman has been awaiting, while he has been detained, is his removal from Canada.

[70] Ultimately, I am left with the impression that neither party can be certain about the meaning of the circumstances, other than removal, that the Federal Court of Appeal could be referring to in paragraph 44 of its decision. The Minister, argued, in oral submissions before me, that this was a “grey area” left by the *Brown* decision. This may well be the case. However, I am left

raison pour laquelle, d’après lui, certains des motifs justifiant une détention seraient soumis à la règle implicite exigeant qu’un renvoi soit possible, tandis que d’autres ne le seraient pas, si la sécurité publique était plus tard mise en avant comme fondement de la détention.

[68] Pour le défendeur, cette lacune se rapportait au cas où une personne est en attente d’autres processus d’immigration « [qui] contribue[nt] plus au mécanisme de contrôle de l’immigration », de processus liés à l’entrée et à la sortie de migrants qui ne sont pas encore forcément à l’étape du renvoi, par exemple ceux qui sont en attente d’examen et d’enquêtes sur leur identité et leur niveau de sécurité, ou encore en attente d’une enquête. Si l’on adoptait le point de vue du défendeur sur les cas où la détention pourrait être ordonnée autrement qu’en vue d’un renvoi, l’observation de la Cour d’appel fédérale au paragraphe 44 n’aurait aucune pertinence dans l’interprétation que fait la commissaire de l’arrêt *Brown* appliquée à M. Suleiman, puisqu’aucun autre processus d’immigration n’était envisagé pour celui-ci à l’exception d’un renvoi.

[69] Il n’est pas contesté entre les parties que la détention de M. Suleiman a eu lieu au cours des deux dernières années et demi, pendant lesquelles le ministre s’affairait à le renvoyer du Canada. Comme M. Brown, M. Suleiman a été détenu tout au long de ce processus au motif qu’il constituait un danger pour le public et qu’il se soustrairait vraisemblablement à son renvoi. Il n’est pas non plus contesté que, hormis le renvoi, M. Suleiman, ne fait plus l’objet d’aucun autre processus d’immigration. Il a déjà été déclaré interdit de territoire, il a perdu son statut de résident permanent et il est considéré comme constituant un danger pour le public au sens de l’alinéa 115(2)a) de la LIPR, ce qui autorise son renvoi du Canada en dépit de son statut de personne protégée. Le seul processus d’immigration qui attendait M. Suleiman durant sa détention était son renvoi du Canada.

[70] Finalement, j’ai l’impression qu’aucune des parties ne sait avec certitude ce que sont les circonstances, en dehors d’un renvoi, que la Cour d’appel fédérale pouvait avoir à l’esprit au paragraphe 44 de son arrêt. Le ministre a soutenu de vive voix devant moi que c’était là une « zone grise » de l’arrêt *Brown*. C’est bien possible. Cependant, il me reste l’interprétation faite par la commissaire de cette

with the Member’s interpretation of this “grey area.” The Member’s interpretation was: (i) the Federal Court of Appeal in *Brown* held that in circumstances like those in Mr. Suleiman’s case, there was an implicit requirement that deportation be possible in order for detention to be continued under subsections 58(1) and (2) of IRPA; and (ii) there was nothing in *Brown* that explicitly excluded those being detained on public danger grounds from the requirement that their deportation be possible.

[71] I do not find the Minister has established that the Member’s view is unreasonable. I am satisfied that the reasoning of the Member “adds up” (*Vavilov*, at paragraph 104; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3 (*Mason*), at paragraph 40). I do not see a basis to interfere with the Member’s decision. The reasoning is intelligible, transparent and justified in light of the record and the submissions made to the Member.

#### D. Conditions of release are reasonable

[72] Now that I have determined that the Member’s decision regarding the possibility of removal and nexus between detention and an immigration purpose is reasonable, this brings me to the third issue, namely, the reasonableness of the conditions of release. I find these conditions to be reasonable.

[73] The Member’s decision in this regard must be read in light of the parties’ submissions. At the close of the January 12, 2022 oral hearing, counsel for Mr. Suleiman argued that if the Member found no nexus to an immigration purpose, then Mr. Suleiman could be released without conditions. Minister’s counsel argued that even if there was no nexus to removal, an alternative to detention that virtually eliminated the risk was required.

[74] The Minister argues that the Member erred when they failed to impose conditions addressing Mr. Suleiman’s danger to the public that “virtually eliminated the risk.” This standard has been articulated by this Court in numerous cases, including by the Chief Justice in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428, at paragraphs 45 and 116,

« zone grise ». Cette interprétation était celle-ci : (i) dans l’arrêt *Brown*, la Cour d’appel fédérale a jugé que, dans un cas comme celui de M. Suleiman, il existe une règle implicite selon laquelle l’expulsion doit être possible pour que la détention puisse être maintenue en vertu des paragraphes 58(1) et (2) de la LIPR; et (ii) l’arrêt *Brown* n’excepte nulle part explicitement les personnes en détention pour cause de danger public de la règle selon laquelle leur expulsion doit être possible.

[71] Je ne crois pas que le ministre a prouvé que l’opinion de la commissaire est déraisonnable. Je suis persuadée que son raisonnement « se tient » (*Vavilov*, au paragraphe 104; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3 (*Mason*), au paragraphe 40). Je ne vois aucune raison de m’immiscer dans sa décision. Son raisonnement est intelligible, transparent et justifié au regard du dossier et des observations qui lui ont été présentées.

#### D. Les conditions de la mise en liberté sont raisonnables

[72] Ayant jugé raisonnable la décision de la commissaire sur la nécessaire possibilité d’un renvoi et sur le lien entre la détention et un objet intéressant l’immigration, je dois maintenant trancher la troisième question : les conditions de la mise en liberté sont-elles raisonnables? Je réponds par l’affirmative.

[73] La décision de la commissaire à cet égard doit être lue à la lumière des observations des parties. À la fin de l’audience du 12 janvier 2022, l’avocat de M. Suleiman a fait valoir que, si la commissaire ne constatait aucun lien avec un objet intéressant l’immigration, alors M. Suleiman pouvait être libéré sans conditions. L’avocat du ministre a prétendu que, même en l’absence d’un lien avec le renvoi, une solution de rechange à la détention qui éliminait presque totalement le risque était nécessaire.

[74] Le ministre soutient que la commissaire aurait dû imposer des conditions prenant en compte le danger que représentait M. Suleiman pour le public et « éliminant presque totalement le risque ». Cette norme a été explicitée par la Cour à l’occasion de nombreuses affaires, notamment par son juge en chef dans la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*,

and recently by Justice Little in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Thomas*, 2021 FC 456, 82 Imm. L.R. (4th) 196, at paragraphs 71 and 74. I find that the Member reasonably distinguished these cases.

[75] These cases do not address the circumstances of Mr. Suleiman, where the grounds for detention have not been made out because there is no longer a nexus to the immigration purpose on account of the finding that deportation is not possible. Unlike the assessment being performed in those cases, where the “virtually eliminate” standard arose in the context of assessing the section 248 of IRPR factors, the Federal Court of Appeal in *Brown* found the issue of nexus to be a threshold question that happens before an assessment of the factors under section 248.

[76] The Federal Court of Appeal characterized the nexus assessment as “the starting requirement ... in other words whether continued detention *can* be ordered” (*Brown*, at paragraph 96 [emphasis in original]). The Member’s determination that removal is not a possibility for Mr. Suleiman is not a factor, like length of continued detention, to be balanced against the other factors in section 248—it is a determinative finding that compels the Immigration Division to order release. Accordingly, it was reasonable that the Member did not apply the “virtually eliminate” standard or reassess the section 248 factors in their decision on January 21, 2022, after having found as a threshold issue, that removal was no longer a possibility.

[77] Further, the Member did not accept the argument by counsel for Mr. Suleiman that no conditions could be imposed where there was no longer a nexus to removal. The Member found that even if they no longer had the authority to detain Mr. Suleiman, they could issue conditions on release. The Member reasonably grounded this authority in the broad power under subsection 58(3) of IRPA that allows members to issue any conditions necessary upon release. I note that there is no precondition in the IRPA that this authority can only be exercised where the grounds of detention have been established.

2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428, aux paragraphes 45 et 116, et récemment par le juge Little dans la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Thomas*, 2021 CF 456, aux paragraphes 71 et 74. Je suis d’avis que la commissaire a eu raison d’écarter cette jurisprudence.

[75] Les faits de ces deux affaires ne correspondent pas au cas de M. Suleiman, dont les motifs de la détention n’ont pas été établis; il n’y a en effet plus de lien avec un objet intéressant l’immigration puisque son expulsion a été déclarée impossible. Contrairement à l’analyse faite dans ces deux jugements, où la norme de l’« élimination presque totale » guidait l’appréciation des critères de l’article 248 du Règlement, la Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Brown*, a conclu que la question du lien était une question préliminaire devant être tranchée avant toute appréciation des critères de l’article 248.

[76] La Cour d’appel a considéré l’analyse du lien comme « l’exigence initiale [...] [a]utrement dit, la question est de savoir si la détention prolongée peut être ordonnée » (*Brown*, au paragraphe 96 [souligné dans l’original]). La conclusion de la commissaire selon laquelle le renvoi n’est pas une possibilité pour M. Suleiman n’est pas un critère qui, à l’instar de la durée de la détention, doit être mis en balance avec les autres critères de l’article 248 — c’est une constatation déterminante qui contraint la Section de l’immigration à ordonner la mise en liberté. La commissaire a donc eu raison de ne pas appliquer la norme de l’« élimination presque totale » ou de ne pas réévaluer les critères de l’article 248 dans sa décision du 21 janvier 2022, après avoir conclu, à titre préliminaire, qu’un renvoi n’était plus envisageable.

[77] La commissaire a aussi rejeté l’argument du conseil de M. Suleiman selon lequel aucune condition ne pouvait être imposée en cas d’absence de lien avec le renvoi. Elle a conclu que, même si elle n’avait plus le pouvoir de détenu M. Suleiman, elle pouvait assujettir sa libération à des conditions. Elle a fondé, avec raison, ce pouvoir sur le pouvoir général conféré aux commissaires par le paragraphe 58(3) de la LIPR d’imposer les conditions qu’ils estiment nécessaires pour une mise en liberté. J’observe que la LIPR ne dit nulle part que ce pouvoir ne peut être exercé que lorsque les motifs de la détention ont été établis.

[78] The Member also referred by way of an analogy to a case from the *habeas corpus* context, *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 137 O.R. (3d) 498, in which the Ontario Superior Court ordered Mr. Ali, an immigration detainee, to be released on fairly stringent conditions, even after finding that his detention could not continue because it was unlawful.

[79] The Member next considered the types of conditions they could possibly impose in this context. The Member found that given their finding that detention was no longer lawful in Mr. Suleiman's case, it would not be reasonable for them to craft "conditions mirroring a true detention." The Member then noted that "[a *de facto*] detention created through house arrest, curfews, or in-residence programs, for example, would not be reasonable." In the next paragraph of the decision, the Member indicated that it would, however, be reasonable to impose less restrictive measures and then referenced the in-residence program at John Howard Society.

[80] When these statements are read in conjunction, I take this to mean that the Member was not referring to the examples in the preceding paragraph, i.e. in-person residence programs, the imposition of a curfew, or house arrest, as examples that would necessarily amount to *de facto* detention in each case, in and of themselves; instead, the Member was noting in a general way that if these sorts of conditions were employed in a way that truly mirrors detention, then it would not be appropriate in this context, where detention was found to be unlawful.

[81] While it would have been preferable for this section of the decision to be worded more clearly, reasons "must not be assessed against a standard of perfection" (*Vavilov*, at paragraph 91, *Mason*, at paragraph 40). I am satisfied that the Member did not constrain themselves from considering particular conditions because they amounted to *de facto* detention without any support for the proposition. This particular section of the decision needs to be read in light of the respondent's submissions to the Member that no conditions were permitted to be

[78] La commissaire s'est aussi référé, par analogie, à une jurisprudence portant sur l'*habeas corpus*, *Ali v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ONSC 2660 (CanLII), 137 O.R. (3d) 498; la Cour supérieure de l'Ontario avait ordonné que M. Ali, un détenu de l'immigration, soit mis en liberté moyennant des conditions assez rigoureuses, alors même qu'elle avait conclu que sa détention ne pouvait se poursuivre parce qu'elle était illégale.

[79] La commissaire a alors examiné les genres de conditions qu'elle pouvait décentement imposer dans ce contexte. Selon elle, puisqu'elle avait conclu que la détention de M. Suleiman n'était plus légale, il ne lui semblait pas raisonnable de fixer « des conditions reflétant une véritable détention ». Elle faisait ensuite observer qu'« [u]ne détention [*de facto*] prenant la forme d'une assignation à résidence, de couvre-feux ou de programmes en résidence par exemple ne serait pas raisonnable ». Au paragraphe suivant de sa décision, elle observait qu'il serait cependant raisonnable d'imposer des mesures moins restrictives, pour évoquer ensuite le programme en résidence de la Société John Howard.

[80] Selon moi, lues de concert, ces observations signifient que la commissaire ne se référerait pas aux exemples du paragraphe précédent, c'est-à-dire programmes en résidence, imposition d'un couvre-feu ou assignation à résidence, comme à des exemples qui équivaldraient nécessairement, en tant que tels, à une détention *de facto* dans chaque cas; elle faisait remarquer plutôt, en termes généraux, que, si des conditions de ce genre étaient employées d'une manière rappelant véritablement une détention, alors elles ne conviendraient pas dans un cas où la détention avait été déclarée illégale.

[81] Il eût été préférable que cette partie de la décision de la commissaire soit formulée plus clairement, mais les motifs écrits d'un organisme administratif « ne doivent pas être jugés au regard d'une norme de perfection » (*Vavilov*, au paragraphe 91; *Mason*, au paragraphe 40). Je conclus que la commissaire ne s'est pas dispensé d'envisager des conditions particulières au motif qu'elles équivalaient à une détention *de facto* sans pour autant appuyer l'observation. Cette section particulière de la décision doit être lue à la lumière des observations du défendeur à la



imposed where detention was found to be unlawful. It was in these circumstances that the Member explained generally that creating “a *de facto* detention” through the use of conditions would not be appropriate.

[82] *Vavilov* instructs that a “reviewing court must also read the decision maker’s reasons in light of the history and context of the proceedings in which they were rendered” (at paragraph 94; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen*, 2020 FC 405, at paragraph 46). As noted by the respondent, the John Howard Society in-residence program was not an option that was available to be ordered by the Member at that time. The last information provided to the Member at the January 12, 2022 detention hearing was that it could take weeks for the assessment to be complete and presumably even then there was no guarantee that Mr. Suleiman would be approved for the residence or that there would be space in short order. The parties were to request an early review if the John Howard Society in-residence program became an available option.

[83] The Member also considered the reasons for detention in this case and ordered that Mr. Suleiman fully participate in two separate counselling and support programs specific to sex offenders, Circles of Support and Accountability Ottawa and the Royal’s Sexual Behaviours Clinic. In order to gain entry into these programs, Mr. Suleiman had to participate in intensive intake procedures. The Member noted Mr. Suleiman’s cooperation with that process and willingness to continue to work to rehabilitate himself. The Member also noted that he had previously undertaken rehabilitation programs while incarcerated. The Member ordered that he provide his address and that he attend any meeting with CBSA officials when requested. These conditions acknowledge that Mr. Suleiman remains on a valid removal order and address concerns about his flight risk and his danger to the public.

[84] The decision has to be considered in its context. The Member had before them materials from over 30 detention

commissaire selon lesquelles aucune condition ne pouvait être imposée quand la détention était déclarée illégale. C’est dans ce contexte que la commissaire expliquait, en termes généraux, qu’il ne serait pas judicieux d’imposer une « détention *de facto* » en recourant à des conditions.

[82] L’arrêt *Vavilov* nous enseigne que « [l]a cour de révision doit également interpréter les motifs du décideur en fonction de l’historique et du contexte de l’instance dans laquelle ils ont été rendus » (au paragraphe 94; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen*, 2020 CF 405, au paragraphe 46). Comme indiqué par le défendeur, le programme en résidence de la Société John Howard n’était pas une option que la commissaire était à même d’ordonner à ce moment-là. Selon la dernière information donnée à la commissaire lors de l’audience d’examen des motifs de la détention tenue le 12 janvier 2022, il pouvait s’écouler des semaines avant que l’évaluation soit menée à son terme, et vraisemblablement, même là, il n’était nullement garanti que M. Suleiman serait admis au programme en résidence ou qu’il y aurait de l’espace pour lui à brève échéance. Les parties devaient demander un examen anticipé si le programme en résidence de la Société John Howard devenait une option disponible.

[83] La commissaire a aussi considéré les motifs de la détention dans le cas présent et ordonné que M. Suleiman participe pleinement à deux programmes distincts d’orientation et de soutien s’adressant aux délinquants sexuels, les Cercles de soutien et de responsabilité d’Ottawa et la Clinique des comportements sexuels de l’Hôpital Royal. Pour pouvoir accéder à ces programmes, M. Suleiman devait participer à des procédures d’admission poussées. La commissaire a noté que M. Suleiman avait coopéré à ce processus et qu’il était disposé à continuer de travailler à sa réadaptation. Elle a aussi relevé qu’il avait déjà entrepris des programmes de réadaptation durant son incarcération. Elle lui a ordonné de fournir son adresse et de se présenter aux responsables de l’ASFC sur demande. Ces conditions attestent que M. Suleiman demeure assujéti à une mesure de renvoi valide et répondent aux inquiétudes selon lesquelles il constitue un risque de fuite et un danger pour le public.

[84] La décision doit être considérée dans son contexte. La commissaire disposait de documents émanant de plus



reviews, which included over 120 exhibits and hundreds of pages and documents and previous decisions made by their colleagues. As noted by Justice Grammond [*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Thavagnanathiruchelvam*, 2021 FC 592, at paragraph 32]:

... Parliament has conferred upon the [Immigration Division], not this Court, the task of balancing the risk factors and the effectiveness of the release conditions to mitigate the risk. There is an inherent element of subjectivity in this exercise, as there is no mathematical formula to determine the outcome.

[85] Overall, the Member considered that in this context, where detention could no longer be ordered because of their determination that removal was no longer possible, these were the appropriate conditions to order on release. The Member considered the rehabilitation programs Mr. Suleiman had already attended, his most recent behaviour in immigration detention, his cooperation with the CBSA officials, and his willingness to participate in two specific programs for sex offenders that were available to him. In the exceptional circumstances of this case, the conditions are reasonable.

#### V. Conclusion

[86] Based on my above reasons, the application for judicial review is dismissed. At the close of the hearing, both parties agreed that there was no basis to certify a question of general importance.

[87] I want to thank counsel for both parties for their able submissions and materials that I know had to be prepared under challenging time constraints.

#### JUDGMENT in IMM-643-22

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed;
2. No question of general importance is certified.

de 30 examens des motifs de la détention, qui englobaient plus de 120 pièces et des centaines de pages, ainsi que des documents et décisions antérieures de ses collègues. Comme le notait le juge Grammond [*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Thavagnanathiruchelvam*, 2021 CF 592, au paragraphe 32] :

[...] [L]e législateur a confié à la [Section de l'immigration], et non à notre Cour, la tâche de pondérer les facteurs de risque et l'efficacité des conditions de mise en liberté pour atténuer le risque. Cet exercice comporte un élément inhérent de subjectivité, car il n'y a pas de formule mathématique pour déterminer le résultat.

[85] Globalement, la commissaire a considéré que, dans ce contexte, où la détention ne pouvait plus être ordonnée parce que, selon elle, le renvoi n'était plus possible, ces conditions étaient celles qu'il convenait d'imposer dans le cas d'une mise en liberté. Elle a considéré les programmes de réadaptation que M. Suleiman avait déjà suivis, son plus récent comportement durant sa détention, sa coopération avec les responsables de l'ASFC et son désir de participer à deux programmes spécifiques pour délinquants sexuels qui lui étaient offerts. Vu les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, les conditions imposées sont raisonnables.

#### V. Dispositif

[86] Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. À la clôture de l'audience, les deux parties sont convenues qu'il n'était pas nécessaire de certifier une question grave de portée générale.

[87] Je tiens à remercier les avocats des deux parties pour la qualité de leurs arguments et de leurs documents, lesquels, je le sais, ont dû être préparés dans des délais très serrés.

#### JUGEMENT dans le dossier IMM-643-22

LA COUR :

1. rejette la demande de contrôle judiciaire;
2. ne certifie aucune question grave de portée générale.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Permanent Residents*

#### Adopted children

Application for judicial review of decision rendered by immigration officer refusing application for permanent residence of applicant's adopted child (child) — Applicant citizen of Democratic Republic of Congo (DRC) — Before legal status of adoption completed, applicant had to leave DRC after being arrested by Congolese government agents — After applicant's departure, adoption proceedings took their course, adoption decree issued in 2012 — In 2016, applicant applied for permanent residence, included wife, children — In 2018, application for permanent resident status in protected persons class deemed eligible — Officer advised applicant of certain concerns regarding establishment of genuine bond between applicant, child — Officer rejected child's application for permanent residence concluding, *inter alia*, no evidence that child lived with applicant two months after his birth; nothing in documents submitted demonstrated emotional or financial interdependence or evidence of living together with child — These findings led officer to overall conclusion that applicant had not met burden of proving that adoption not primarily for purpose of acquiring status or privilege pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), nor that he had actually created genuine parent-child emotional bond with child — Whether officer's decision reasonable — Officer's decision unreasonable — Under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), s. 4(2), foreign national not considered adopted child of person if adoption (1) entered into primarily for purpose of acquiring status or privilege under IRPA; or (2) did not create genuine parent-child relationship between adoptee, adopter — While decision maker presumed to have considered all evidence submitted, and is not required to refer to every piece of evidence contrary to its conclusion, decision maker must at very least deal with relevant evidence that directly contradicts their conclusions — Officer did not mention or evaluate any aspects of file that provide evidence of emotional, financial dependence — Evidence submitted referred to applicant's financial support of his family, through his sister, explained why applicant could not provide evidence of his relationship with child — Only evidence in file is that child always lived with his adoptive mother, brother, sister — Officer asked no questions about child's best interests, even though decision particularly affected him — Officer's decision also unreasonable because she did not consider whether child qualified as "family member" under IRPR, s. 1(3)(b), since he is a "dependent child" of applicant's wife, having been adopted by her within meaning of IRPR, s. 2 — Parties agreeing that marriage between applicant, wife genuine, that adoption of child by applicant, wife also legal and genuine — Officer provided no analysis of relationship between child, applicant's wife — It is for officer, not Court, to define scope of s. 1(3)(b), whether child would qualify as "family member" under ss. 1(3)(b), 2 — In other words, child may qualify under ss. 1(3)(b), 2, because of his adoptive relationship with applicant's wife, even though he would have no relationship, legal or emotional, with applicant himself — Although another reasonable interpretation of ss. 1(3)(b), 2 might be possible, officer had to determine whether child could qualify in this respect, which she did not do — Officer should have analyzed this element, provided justification if she was not satisfied that relationship between adoptive mother, child not sufficient — If she had analyzed this element, officer could have reached different conclusion on application of IRPR, s. 4(2) — Application allowed.

NYEMBO V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2238-22, 2023 FC 1336, Régimbald J., reasons for judgment dated October 6, 2023, 18 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

## ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS

*Rights Reconciliation Agreement on Fisheries*

*Related subjects: Indigenous Peoples, Crown, Fisheries, Practice*

Motion brought by respondent Listuguj Mi'gmaq Government (LMG) to strike applicants' notice of application for judicial review seeking to invalidate Rights Reconciliation Agreement on Fisheries (RRA or the Agreement) signed between respondent First Nation, federal Crown — Second motion brought by applicants pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 317, 318, seeking further disclosure of documents from respondent ministers (Ministers), including financial annex to RRA, internal memoranda, emails relating to reconciliation efforts and fisheries management for particular lobster fishing zone — Underlying notice of application for judicial review raising four fundamental questions — Applicants submitted those questions deserving full hearing on merits — Extent to which Indigenous peoples in Atlantic Canada have access to fishery, on what terms, has been source of controversy, litigation for many years — Modern context for development of RRA begins with Supreme Court's *Marshall* decisions — In *Marshall* decisions, Supreme Court recognized that Mi'kmaq signatories to Treaties of Peace and Friendship signed in 1760-61 had certain treaty rights to fish guaranteed by *Constitution Act, 1982*, s. 35 — A series of events followed release of *Marshall* decisions — Developments most pertinent to this litigation include policy efforts by federal government to open space for First Nations to fish for food, cultural, ceremonial purposes, to integrate First Nations into existing commercial fisheries, and litigation launched by LMG seeking to clarify scope of their exercise of treaty rights — Framework Agreement signed in 2018 — Agreement confirming that Canada acknowledging that LMG having certain Aboriginal and Treaty rights concerning fisheries governance and fishing protected by section 35 — Significant focus of Agreement on mechanisms to seek to prevent, resolve disputes regarding LMG fisheries access, enforcement of federal laws, policies regarding fishery — Issues herein whether notice of application should be struck; whether further disclosure should be ordered — *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 leading decision on test for motions to strike notices of application for judicial review in Federal Court — Under *JP Morgan* framework, first task is to examine notice of application to gain realistic appreciation of its essential character — Applicants essentially challenging three primary things in notice of application: (1) government's rights recognition approach; (2) Ministers' authorities and alleged unlawful delegation/alleged restriction on Minister of Fisheries and Oceans' power to regulate fishery; (3) process by which RRA finalized — Applicants' ultimate goal was to obtain declaration invalidating Agreement — For its part, LMG submitted that entire claim essentially political rather than legal, that applicants' arguments all doomed to fail — Applicants' claim that Ministers exceeded their authority by entering into an agreement ignores that Ministers signed Agreement on behalf of federal Crown and is also based on misinterpretation of case law — Whatever specific authorities assigned by statute to respective Ministers, no question that Ministers were authorized to act on behalf of Crown in right of Canada, nor that federal Crown having authority to enter into an agreement with LMG regarding Aboriginal, treaty rights — Second major problem with applicants' claim on this point relating to scope of Crown's authority to acknowledge, give legal effect to Aboriginal and/or treaty rights — Text of section 35 itself stating that "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed" — Constitution "recognizes", "affirms" such rights, rights recognition approach applicants challenged consistent with text of provision — Law abundantly clear that section 35 protecting rights not yet recognized or declared by court of law — Crown's obligation to seek negotiated solutions to Aboriginal or treaty rights disputes having constitutional dimension that invokes concept of honour of Crown — Imposing prior restraint on scope of Crown's authority to negotiate unless and until such rights formally established by court of law running counter to that idea — Delineation of reciprocal rights, obligations (before they have been formally established in any court of law) has been constant feature of agreements between Crown, Aboriginal peoples — Applicants did not demonstrate any reason why clock should be turned back now — Applicants' challenge to rights recognition approach running counter to many cases in which courts have called for negotiated approach rather than litigation — On face of Agreement, Framework Agreement, no ministerial powers or authorities delegated, either as between the two respondent ministers, or between either of them and LMG — Governance authorities recognized by Agreement limited to LMG's fisheries — As to applicants' process claims, applicants objected to fact they were not consulted about negotiations that resulted in Agreement, that Minister of Fisheries and Oceans required to publish terms of Agreement in *Canada Gazette* before it was finalized, then again once it was completed — No merit in argument about failure to publish draft Agreement in *Canada Gazette* — LMG's Aboriginal, treaty rights standing on completely different footing than interests asserted by applicants — Applicants' argument on this point not necessarily resting on any such false equivalency — Case law confirming that section 35 rights will be exercised in context of wider society, that there will often be competition for access to limited resource — Scope of rights recognized by *Marshall* decisions has been litigated, but not finally determined — Federal government aware of interests of people applicants represent in fishery, in respect of any decisions that might affect allocation of resource and/or increase access to resource for some particular users — Specific rights protected by section 35 rooted in history of

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

particular group, often limited to specific locations, must be asserted, proven before a court will recognize, protect them — LMG’s position misreading essential character of applicants’ process claim — Essential nature of applicants’ process claim is that law has not yet determined to what extent governments must consult or involve non-Indigenous people with interest in subject-matter before they enter into agreements that recognize, acknowledge or implement section 35 Aboriginal or treaty rights not yet determined by a court decision — Analysis set out in *Potlotek First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2021 NSSC 283 having certain parallels with considerations relevant herein — Question open whether there are any procedural aspects to duty imposed on governments to consider interests of both Aboriginal rights holders, others who use or rely on resource in making regulatory allocation decisions — Question of whether there was any obligation on federal Crown to consult, involve or seek input from non-Aboriginal individuals or groups involved in fishery remaining open — Applicants’ process claim not inevitably doomed to failure — Some elements of notice of application struck, including challenge to rights recognition approach, challenge based on unlawful delegation of authorities — However, applicants’ process claim not struck at this stage — Rule 317 not applying, applicants not demonstrating that requested documents necessary for Court to conduct judicial review of their claim — Requests for background briefing materials, reports lacked specificity appropriate to rule 317 request, instead these requests appeared to be impermissible fishing expedition — None of this material necessary for determination of applicants’ claim, going well beyond type of material that even generous reading of their pleadings would suggest necessary, relevant — In conclusion, while applicants have attempted to advance number of novel claims, only one will proceed to hearing — Applicants’ process claim not plainly doomed to fail, therefore not struck — Motion to strike granted in part; motion for further disclosure dismissed.

REGROUPEMENT DES PÊCHEURS PROFESSIONNELS DU SUD DE LA GASPÉSIE V. LISTUGUJ Mi’GMAQ FIRST NATIONS (T-1608-21, 2023 FC 1206, Pentney J., public reasons for order dated October 12, 2023, 75 pp.)

**PATENTS**

Application for judicial review of Minister of Health (Minister) decision finding that through transfer of ownership, respondent Biosimilar Collaborations Ireland Limited (BCIL), as successor second person on new drug submission (NDS) could adopt notice of allegation (NOA) of predecessor second person, BGP Pharma ULC doing business as Viatris Canada (Viatris) — Minister found that with transfer, BCIL obtained benefits of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (Regulations), SOR/93-133, s. 5, including prior service of NOA under subsection 5(3) — NOA at issue precursor to proceeding under Regulations, s. 6(1) involving two Canadian patents listed on Patent Register in association with medicine aflibercept and its related drug product EYLEA — Viatris filed NDS seeking notice of compliance (NOC) for EYLEA biosimilar known as YESAFILI — Served applicant Bayer Inc. (Bayer) with NOA alleging non-infringement, invalidity of two listed patents for EYLEA — Bayer commenced Regulations, s. 6(1) action, naming Viatris as defendant — Ownership of NDS for YESAFILI subsequently transferred to BCIL — Minister of view that BCIL should be made a defendant in docket T-1241-22, other Regulations, s. 8.2 actions that had been commenced in respect of NDS for YESAFILI, for purpose of Minister’s administration of Regulations, s. 7 — Applicants seeking order quashing, setting aside Minister’s decision, declaration that BCIL cannot adopt steps previously taken by Viatris to comply with Regulations, s. 5, declaration that BCIL had not complied with requirements of s. 5 — Applicants asserting that decision unreasonable because: (1) it falls outside Regulations, is not supported by principles of statutory interpretation; (2) it contemplates premature issuance of NOC to successor second person; (3) it frustrates applicants’ express right to be able to renounce 24-month stay — Further contending that respondents’ fear of prolonging 24-month stay not justified, not supporting decision — Whether Minister’s decision that successor second person can adopt NOA served under Regulations, s. 5(3) by its predecessor unreasonable or incorrect — Decision transparent, intelligible, justified, consistent with scheme, objectives, purpose of Regulations — Applicants’ arguments not persuasive — Regulations creating patent linkage regime that ties regulatory approval of generic medicines to protection of patent rights — Objective of Regulations to “balance effective patent enforcement over new and innovative drugs with the timely market entry of their lower priced generic competitors” — Dual purpose of Regulations, balance it seeks to achieve reflected in its overall scheme — NOA not act of infringement, as pre-approval regulatory activities of second person exempt from infringement — Transfer of NOA implicit from scheme of Regulations, its underlying policies, including those relating to associated review and handling of drug submissions under *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 — As matter of policy, change in name of manufacturer during review of NDS not changing filing date of submission, successor manufacturer not required to refile submission or to address any patents added to Patent Register between date NDS filed, date successor second person assumed ownership of NDS — Drug submission process continues uninterrupted under successor manufacturer, regardless of whether change of name due to merger, buyout, or transfer of rights in drug — Upon transfer of ownership of NDS, successor manufacturer becomes second person under Regulations, their predecessor ceases to be second person — Allowing successor second person to adopt NOA served by its predecessor is consistent with handling of change in ownership after review of NDS — Transfer of rights to BCIL result of

**PATENTS—Concluded**

administrative change of ownership over drug product — If NOA served on first person, the new second person need only notify first person of its new name in order to ensure transparency — Interpretation of Regulations requiring successor second person to re-serve same NOA on first person would be contrary to objectives of Regulations, balance set out in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 — Nothing in Minister’s decision or Regulations, s. 8 confirming whether second person may recover damages for period that it is not second person — Applicant’s interpretation ignoring express balance that scheme of Regulations intended to protect as any additional time the subsequent entry version was kept off market due to restarted 24-month stay would not be result of early working but rather because of administrative change alone — Minister not erring in finding that scheme of Regulations, mechanism of handling submissions under *Food and Drug Regulations* supporting view that NOA, its service would be transferred to BCIL — Reasonable for Minister to find that successor second person would not be issued NOC in some intervening period before change made to named defendants in pending action commenced under Regulations, s. 6(1) in respect of predecessor’s NOA — *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 104, 107 allowing successor second person to be added as defendant to action — Application dismissed.

BAYER INC. v. BGP PHARMA ULC (VIATRIS CANADA) (T-1178-23, 2023 FC 1325, Furlanetto J., reasons for judgment dated October 3, 2023, 25 pp.)

**PENSIONS**

Application for judicial review of Social Security Tribunal, Appeal Division decision (2022 SST 1237) overturning General Division decision (2022 SST 1238) dismissing respondent’s appeal of ministerial decision terminating respondent’s disability pension under *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP) — Respondent, 65-year-old man who worked for many years as pharmacist — In January 2010, respondent stopped working due to chronic back pain caused by car accident; applied for CPP disability pension — Minister of Employment and Social Development (Minister) agreed that respondent had severe disability, was entitled to benefits — Disability is “severe” if it renders person “incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation” (CPP, s. 42(2)(a)(i)) — In 2020, Minister terminated respondent’s disability pension as of July 2016 — Respondent’s medical condition had not improved; he continued to have functional limitations affecting his ability to work — However, from July 2016 respondent had been paid to work as part-time consultant in his son’s business — In 2016, 2017, 2018, respondent earned amounts that were over “substantially gainful” threshold set in *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385 (Regulations), s. 68.1(1) — Minister determined that, because of these earnings, respondent’s disability was no longer “severe” as of July 2016, that \$30,438.88 of disability pension amounts had been overpaid — Respondent requested reconsideration of cessation of benefits, which Minister denied — In overturning General Division decision, Appeal Division concluded that General Division had erred in law by failing to adequately consider whether respondent was benevolently employed, not in “substantially gainful occupation”, notwithstanding his earnings — Appeal Division made decision that it determined General Division should have made, concluding that respondent was engaged in benevolent employment, not an “occupation” — Accordingly, despite “substantially gainful” earnings, respondent continued to have “severe” disability, was entitled to disability pension — Applicant seeking to have Appeal Division’s decision set aside, decision by General Division restored — Issue was whether Appeal Division’s decision reasonable — To qualify for CPP disability pension, individual must have disability that is both “severe”, “prolonged” (CPP, s. 42(2)(a)) — Sole issue Appeal Division considering was whether respondent’s disability continued to be “severe” as of July 2016 — Concept of “benevolent employment” examined; term not appearing in CPP or Regulations but featuring prominently in Appeal Division’s decision — Term was in *Canada Pension Plan Adjudication Framework* (Framework), document issued by Department of Employment and Social Development to provide CPP decision makers with factors, legal principles required to adjudicate disability pension applications — Hearings in present matter proceeded on basis that concept of “benevolent employment” could apply to respondent — Framework defining “benevolent employer” — Appeal Division determined that General Division had erred in law within scope of *Department of Economic and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34 (DESDA), s. 58(1) in failing to fully consider whether respondent’s employment in his son’s business was benevolent and, accordingly, whether he had “substantially gainful occupation” — Observed that while Regulations, s. 68.1(1) defining what was meant by “substantially gainful”, not defining “occupation” or other words in CPP, s. 42(2)(a)(i) — Rejected notion that Regulations, s. 68.1(1) obviates need to consider all of words in CPP, s. 42(2)(a)(i), which conclusion was reasonable — Indeed, Regulations, s. 68.1 prescribing “substantially gainful” amounts in respect of occupation — Appeal Division reasonably concluding that “occupation” in context of CPP, s. 42(2)(a)(i) not including benevolent employment — Was also reasonable for Appeal Division to consider Framework concept of “benevolent employment” in determining whether respondent was “incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation” — Thus, Appeal Division’s interpretation of CPP, s. 42(2)(a)(i), Regulations, s. 68.1(1) reasonable — Appeal Division’s finding of benevolent employment reasonable — When respondent’s son became authorized dealer for cellphone company in 2011, respondent



**PENSIONS—Concluded**

provided advice without pay — In 2016, when respondent’s income became insufficient to pay his bills, he was “hired” to work in his son’s business, was paid salary — Son employed respondent out of sense of obligation, rather than due to need for his services — Appeal Division reasonably concluded that respondent’s employment was benevolent, not “occupation” — Was open to Appeal Division to conclude that respondent continued to have “severe” disability despite earning amounts exceeding “substantially gainful” threshold — Conclusion was justified in relation to relevant factual, legal constraints; reasons reflected rational chain of analysis — Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. IBRAHIM (A-269-22, 2023 FCA 204, Biringer J.A., reasons for judgment dated October 5, 2023, 17 pp.)

**PRACTICE**

## CLASS PROCEEDINGS

*Extension of time*

*Related subjects: Crown, RCMP*

Motion by defendant under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 8 for extension of time to serve, file statement of defence until after final disposition of motion for certification of underlying proposed class proceeding — Representative plaintiffs members of Royal Canadian Mounted Police (RCMP) who allege that their right to privacy was violated by RCMP — Consequently claiming damages, other relief against Canada — Proposed class proceeding in its early stages — In course of scheduling case management conference, parties’ counsel conferred with view to providing Court with update on status of matter — Defendant’s counsel advised that it intended to seek to defer filing of defence until after certification — Whether Court should grant defendant extension of time to file statement of defence until after final disposition of motion for certification of proposed class proceeding — In support of its motion, defendant identified contested motions before Court, in which defendant had sought to defer statement of defence in context of proposed class action, including *Poundmaker Cree Nation v. Canada*, 2017 FC 447, [2018] 1 F.C.R. D-4 (*Poundmaker*) — In contrast, plaintiffs referred to recent British Columbia Superior Court (B.C.S.C.) case law, including *Shaver v. Mallinckrodt Canada ULC*, 2021 BCSC 404 (CanLII) (*Shaver*), identifying that practice of permitting late filing of responses in B.C.S.C. class actions has fallen out of favour in British Columbia, absent good reason for granting such permission — Rules not contemplating filing of statement of defence subsequent to determination of motion for certification of proposed class proceeding — However, rule 8 providing that Court may extend period provided by Rules, rule 3 stating that Rules shall be interpreted, applied so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding on its merits — Ultimately, matter of judicial discretion as to whether, in any given circumstance, time for filing of statement of defence should be extended until after determination of certification motion — Authorities of Federal Court (F.C.), B.C.S.C. identified by parties demonstrating significant commonality — Factors in *Poundmaker* to be considered including whether statement of defence would serve any useful purpose at this stage in proceeding — That is, is statement of defence essential to determination of issues to be addressed at certification motion or likely to be of assistance to Court — Commonality in F.C., B.C.S.C. case law evident in *Shaver* characterization of *Poundmaker* factors as applicable to overall assessment of whether there is good reason not to require response before certification materials delivered and whether that good reason outweighing benefits of having complete set of pleadings to inform certification, identification of certification issues, analysis of certification issues — Applying *Poundmaker* factors herein, statement of defence would serve useful purpose prior to certification, and in absence thereof, uncertainty as to issues in dispute could operate to prejudice of plaintiffs — However, as result of breadth of allegations pleaded, defendant raised legitimate concerns surrounding complexity of matter, whether statement of defence may have to be reformulated depending on outcome of certification hearing, in particular amount of time, effort involved to prepare statement of defence — Absence of defence not eliminating need for a plaintiff to contemplate defence issues in its certification materials, particularly if those issues identified in other pre-certification materials — Nevertheless, possible that proceeding to certification before such issues crystallized in a statement of defence could result in effort having been wasted — However, risk of such wasted effort by plaintiffs outweighed by risk of wasted effort by defendant, in conducting investigations across entire RCMP for nearly 40-year period to file defence to allegations in class proceeding not yet certified — Discretion exercised herein to grant defendant’s motion, extend deadline to serve, file statement of defence until 30 days after final disposition of motion for certification of proposed class proceeding — Requiring defendant to serve, file statement of defence prior to adjudication of certification motion in this proposed class proceeding would not achieve the just, most expeditious and least expensive determination of this proceeding — However, possible to revisit in event it becomes apparent that different result warranted — Motion granted.

DUGAS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-529-23, 2023 FC 1331, Southcott J., reasons for order dated October 5, 2023, 14 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Santé (le ministre) concluant qu'en raison d'un transfert de propriété, la défenderesse Biosimilar Collaborations Ireland Limited (BCIL) pouvait, en tant que seconde personne successeuse nommée dans la présentation de drogue nouvelle (PDN), s'approprier l'avis d'allégation (AA) de la seconde personne prédécesseuse, BGP Pharma ULC, faisant affaire sous le nom de Viatris Canada (Viatris) — Le ministre a conclu qu'en raison du transfert, BCIL pouvait se prévaloir des formalités déjà accomplies au titre de l'article 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), dont la signification de l'AA visée au paragraphe 5(3) qui avait été faite préalablement — L'AA en cause dans la décision contestée précédait une action intentée en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement concernant deux brevets canadiens inscrits au registre des brevets en lien avec un médicament, l'afflibercept, commercialisé sous le nom EYLEA — Viatris a déposé une PDN afin d'obtenir un avis de conformité (AC) pour un biosimilaire d'EYLEA appelé YESAFILI — Dans son AA signifié à Bayer, Viatris a allégué l'absence de contrefaçon et l'invalidité des deux brevets inscrits concernant EYLEA — Bayer a intenté une action en vertu du paragraphe 6(1) et désigné Viatris comme défenderesse — La PDN relative à YESAFILI a éventuellement été transférée à BCIL — Le ministre était d'avis que BCIL devait être désignée comme défenderesse dans le dossier T-1241-22 et dans d'autres actions intentées en vertu de l'article 8.2 concernant la PDN relative à YESAFILI afin que le ministre puisse appliquer l'article 7 du Règlement — Les demanderesses ont demandé à la Cour d'ordonner l'annulation de la décision contestée, de déclarer que BCIL ne peut s'approprier les mesures que Viatris avait prises auparavant pour se conformer à l'article 5 du Règlement et que BCIL ne s'était pas conformée aux exigences de l'article 5 du Règlement — Les demanderesses ont soutenu que la décision contestée était déraisonnable pour les motifs suivants : 1) elle s'écartait du Règlement et n'était pas étayée par les principes d'interprétation législative; 2) elle envisageait la délivrance prématurée d'un AC à la seconde personne successeuse; 3) elle bafouait le droit exprès des demanderesses de renoncer au sursis de 24 mois — Elles ont ajouté que la crainte de prolongement du sursis de 24 mois exprimée par les défenderesses n'était pas justifiée et n'appuyait pas la décision contestée — La décision du ministre selon laquelle une seconde personne successeuse peut s'approprier une AA signifiée au titre du paragraphe 5(3) du Règlement par sa prédécesseuse était-elle déraisonnable ou incorrecte? — La décision contestée était transparente, intelligible, justifiée et conforme au régime établi par le Règlement, aux objectifs et à l'objet de ce règlement — Aucun des arguments des demanderesses n'était convaincant — Le Règlement crée un régime liant l'approbation réglementaire des médicaments génériques à la protection des droits de brevet — Le Règlement vise à « équilibrer, d'une part, une protection efficace des brevets visant des drogues innovantes et, d'autre part, l'entrée sur le marché en temps opportun des médicaments génériques moins coûteux qui leur font concurrence » — Le régime établi par le Règlement reflète son double objectif et l'équilibre qu'il vise à atteindre — La présentation d'un AA n'est pas un acte de contrefaçon, car les actes réglementaires que pose la seconde personne préalablement à l'approbation ne peuvent entraîner une contrefaçon de brevet — Le transfert de l'AA est implicite dans le régime établi par le Règlement et les politiques sous-jacentes, y compris celles relatives à l'examen connexe et au traitement des présentations de drogues au titre du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 — Pour des raisons de politique générale, dans l'éventualité d'un changement dans le nom du fabricant durant l'examen d'une PDN, la date de dépôt de la présentation demeure la même, et le fabricant successeur n'est pas tenu de déposer à nouveau la présentation ou de tenir compte des brevets ajoutés au registre des brevets entre la date de dépôt de la PDN et la date à laquelle la seconde personne successeuse s'est approprié la PDN — Le processus de présentation de drogue au nom du fabricant successeur se poursuit sans interruption, que le changement dans le nom résulte d'une fusion, d'un rachat ou d'un transfert des droits sur la drogue — Après le transfert de la PDN, le fabricant successeur devient la seconde personne au regard du Règlement et son prédécesseur cesse d'être une seconde

**BREVETS—Fin**

personne — Le fait de permettre à la seconde personne successeure de s'approprier l'AA signifié par sa prédécesseure suit la même logique que le traitement d'un transfert après l'examen d'une PDN — Le transfert des droits à BCIL résulte d'un changement administratif de propriété du médicament — Si un AA a été signifié à la première personne, la nouvelle seconde personne doit seulement avertir la première personne de son nouveau nom pour assurer la transparence — Une interprétation du Règlement selon laquelle la seconde personne successeure doit signifier à nouveau le même AA à la première personne irait à l'encontre des objectifs du Règlement et de l'équilibre décrit dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 — Rien dans la décision contestée ou dans l'article 8 ne confirme qu'une seconde personne peut obtenir des dommages-intérêts à l'égard d'une période où elle n'était pas une seconde personne — L'interprétation des demanderesse ne tenait pas compte de l'équilibre que le régime établi par le Règlement est expressément censé préserver, car tout délai supplémentaire pendant lequel la deuxième version serait tenue à l'écart du marché en raison de la reprise du sursis de 24 mois ne résulterait pas de travaux préalables, mais plutôt uniquement d'un changement administratif — Le ministre n'a pas commis d'erreur en concluant que le régime établi par le Règlement et le mécanisme de traitement des présentations au titre du *Règlement sur les aliments et drogues* appuient le point de vue selon lequel l'AA et sa signification seraient transférés à BCIL — Il était raisonnable que le ministre conclue qu'une seconde personne successeure ne se verrait pas délivrer un AC avant que ne soit changée la partie défenderesse désignée à une action pendante intentée en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement concernant l'AA de sa prédécesseure — Les règles 104 et 117 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, permettent l'ajout de la seconde personne successeure comme défenderesse à l'action — Demande rejetée.

BAYER INC. C. BGP PHARMA ULC (VIATRIS CANADA) (T-1178-23, 2023 CF 1325, juge Furlanetto, motifs du jugement en date du 3 octobre 18, 2023, 25 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## STATUT AU CANADA

*Résidents permanents*

## Enfants adoptifs

Demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par une agente d'immigration rejetant la demande de résidence permanente de l'enfant adoptif (l'enfant) du demandeur — Le demandeur est citoyen de la République démocratique du Congo (la RDC) — Avant que le statut juridique de l'adoption ne soit complété, le demandeur a dû quitter la RDC après avoir été arrêté par des agents du gouvernement congolais — Après le départ du demandeur, les procédures d'adoption ont suivi leur cours et le jugement d'adoption a été rendu en 2012 — En 2016, le demandeur a présenté une demande de résidence permanente et a inclus son épouse et ses enfants — En 2018, la demande de statut de résident permanent de la catégorie des personnes protégées a été jugée recevable — L'agente a avisé le demandeur de certaines préoccupations concernant l'établissement d'un lien véritable entre le demandeur et l'enfant — Elle a rejeté la demande de résidence permanente de l'enfant, concluant, entre autres, qu'il n'y avait pas de preuve que l'enfant a vécu avec le demandeur deux mois après sa naissance, et que rien dans les documents soumis ne démontrait un lien d'interdépendance émotionnelle et financier ni des preuves de vie commune avec l'enfant — Ces conclusions ont amené l'agente à la conclusion globale que le demandeur ne s'est pas déchargé de son fardeau de prouver que l'adoption ne visait pas principalement l'acquisition d'un statut ou privilège sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), ni qu'il a réellement créé un véritable lien affectif parent-enfant avec l'enfant — Il s'agissait de déterminer si la décision de l'agente était raisonnable — La décision de l'agente était déraisonnable — Selon le paragraphe 4(2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR), l'étranger n'est pas considéré l'enfant adoptif d'une personne si l'adoption : 1) visait principalement l'acquisition d'un statut ou d'un privilège sous le régime de la LIPR; ou 2) n'a pas créé un véritable lien affectif parent-enfant entre l'adopté et l'adoptant — Bien qu'une décideuse soit présumée avoir pris en considération la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis et qu'elle n'a pas à mentionner chacun des éléments de preuve contraire à sa conclusion, une décideuse doit à tout le moins traiter des éléments de preuve pertinents qui contredisent directement ses conclusions — L'agente n'a mentionné ni n'a évalué aucun des aspects du dossier qui fournissent des preuves de dépendance émotionnelle et financière — La preuve soumise faisait état de l'appui financier du demandeur auprès de sa famille, par l'entremise de sa sœur, et expliquait pourquoi le demandeur ne pouvait fournir de preuve de sa relation avec l'enfant — La seule preuve au dossier est que l'enfant a toujours habité avec sa mère adoptive, son frère et sa sœur — L'agente n'a posé aucune question sur les meilleurs intérêts de l'enfant, alors que la décision l'affectait particulièrement — La décision de l'agente était aussi déraisonnable puisqu'elle n'a pas considéré si l'enfant se qualifiait en tant que « membre de la famille » en vertu de l'alinéa 1(3)b)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

du RIPR puisqu'il est un « enfant à charge » de l'épouse du demandeur, celui-ci ayant été adopté par celle-ci au sens de l'article 2 du RIPR — Les parties se sont entendues que le mariage entre le demandeur et son épouse est authentique, et que l'adoption de l'enfant par le demandeur et son épouse est aussi légale et authentique — L'agente n'a fourni aucune analyse sur la relation entre l'enfant et l'épouse du demandeur — Il appartient à l'agente, et non à la Cour, de définir la portée de l'alinéa 1(3)b) et à savoir si l'enfant se qualifierait à titre de « membre de la famille » en vertu de l'alinéa 1(3)b) et de l'article 2 — En d'autres mots, il se peut que l'enfant soit admissible en vertu de l'alinéa 1(3)b) et de l'article 2, en raison de son lien adoptif avec l'épouse du demandeur et même s'il n'aurait aucun lien, légal ou affectif, avec le demandeur lui-même — Bien qu'une autre interprétation raisonnable puisse être possible de l'alinéa 1(3)b) et de l'article 2, l'Agente devait déterminer si l'enfant pouvait se qualifier à cet égard, ce qu'elle n'a pas fait — L'agente aurait dû analyser cet élément et fournir une justification si elle n'était pas satisfaite que la relation entre la mère adoptive et l'enfant n'était pas suffisante — Suite à cette détermination, l'agente aurait pu en venir à une autre conclusion sur l'application du paragraphe 4(2) du RIPR — Demande accueillie.

NYEMBO C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2238-22, 2023 CF 1336, juge Régimbald, motifs du jugement en date du 6 octobre 2023, 18 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****DROITS ANCESTRAUX OU ISSUS DE TRAITÉS***Entente de réconciliation et de reconnaissance des droits sur les pêches*

*Sujets connexes : Peuples autochtones, Couronne, Pêches, Pratique*

Requête déposée par le défendeur Listuguj Mi'gmaq Government (le LMG), en vue de faire radier l'avis de demande de contrôle judiciaire présenté par les demandeurs en vue de faire invalider l'Entente de réconciliation et de reconnaissance des droits sur les pêches (l'Entente) intervenu entre la Première Nation et la Couronne fédérale — Dans une seconde requête, les demandeurs sollicitaient, aux termes des règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, la communication de documents supplémentaires auprès des ministres défendeurs, y compris une annexe financière à l'Entente ainsi que des mémoires et courriels internes liés aux efforts de réconciliation et à la gestion d'une zone précise de pêche au homard — L'avis de demande de contrôle judiciaire principal soulevait quatre questions fondamentales — Les demandeurs ont affirmé que ces questions méritent d'être examinées sur le fond dans le cadre d'une audience en bonne et due forme — La mesure et les conditions dans lesquelles les peuples autochtones du Canada atlantique ont accès aux pêches sont source de controverses et de litiges depuis de nombreuses années — Le contexte moderne entourant l'élaboration de l'Entente prend forme dans les décisions rendues par la Cour suprême dans les arrêts *Marshall* — Dans les arrêts *Marshall*, la Cour suprême a reconnu que les Mi'kmaq signataires aux Traités de paix et d'amitié de 1760-1761 avaient certains droits de pêche, issus de traités, garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — La publication des arrêts *Marshall* a déclenché une série d'événements — Les faits les plus pertinents en lien avec le présent litige comprennent des efforts stratégiques déployés par le gouvernement fédéral pour faire de la place aux Premières Nations afin qu'elles puissent pêcher à des fins alimentaires, culturelles et cérémonielles, et les intégrer aux pêches commerciales existantes, et une action intentée par le LMG afin de clarifier l'étendue de l'exercice des droits issus de traités — Une entente-cadre (l'Entente-cadre) a été signée en 2018 — L'Entente confirme la reconnaissance, par le Canada, du fait que le LMG détient certains droits ancestraux et issus de traités en matière de gouvernance des pêches et de pêche qui sont protégés par l'article 35 — Une partie de l'Entente porte essentiellement sur les mécanismes visant à prévenir ou à régler les litiges relatifs à l'accès aux pêches par le LMG ainsi qu'à l'application des lois et politiques fédérales concernant les pêches — En l'espèce, il s'agissait principalement de déterminer si l'avis de demande devrait être radié, et si la communication de documents supplémentaires devrait être ordonnée — L'arrêt de principe portant sur le critère relatif aux requêtes en radiation d'un avis de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale est *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 — Selon le cadre énoncé dans l'arrêt *JP Morgan*, il faut d'abord examiner l'avis de demande afin d'obtenir une appréciation réaliste de sa nature essentielle — Les demandeurs contestent essentiellement trois choses principales dans l'avis de demande : 1) l'approche fondée sur la reconnaissance des droits; 2) les pouvoirs des ministres et la délégation prétendument illégale des pouvoirs ainsi que la restriction qui serait imposée au pouvoir du ministre des Pêches et des Océans de réglementer les pêches; et 3) le processus par lequel l'Entente a été conclue — L'objectif ultime des demandeurs était d'obtenir une déclaration invalidant l'Entente — De son côté, le LMG a soutenu que la contestation dans son ensemble était politique plutôt que juridique et que tous les arguments des demandeurs étaient voués à l'échec — L'allégation des demandeurs selon laquelle les ministres ont outrepassé leurs pouvoirs en concluant une entente fait abstraction du fait que les ministres ont signé l'Entente au nom de la Couronne fédérale, et

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

ils se sont fondés sur une interprétation erronée de la jurisprudence — Peu importe les pouvoirs précis attribués par la loi aux ministres, il ne fait aucun doute que ces derniers étaient autorisés à agir au nom de la Couronne du chef du Canada et que la Couronne fédérale avait le pouvoir de conclure une entente avec le LMG relativement aux droits ancestraux et issus de traités — Le deuxième problème majeur que renferme l'allégation des demandeurs à cet égard concernait la portée du pouvoir de la Couronne de reconnaître les droits ancestraux et issus de traités et d'y donner effet — Le libellé de l'article 35 prévoit que « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés » — La Constitution « reconnaît » et « confirme » ces droits, et l'approche fondée sur la reconnaissance des droits qui était contestée par les demandeurs est conforme au libellé de la disposition — Le droit établit très clairement que l'article 35 protège les droits n'ayant pas encore été reconnus ou confirmés par un tribunal — L'obligation de la Couronne de chercher des solutions négociées aux différends en matière de droits ancestraux ou issus de traités revêt une dimension constitutionnelle qui fait intervenir le concept de l'honneur de la Couronne — Le fait d'imposer une restriction préalable à l'étendue du pouvoir de la Couronne de négocier tant et aussi longtemps que les droits n'ont pas été formellement établis par un tribunal va à l'encontre de cette idée — La délimitation des droits et obligations réciproques, avant qu'ils aient été formellement établis par un tribunal, constitue un élément constant dans les ententes intervenues entre la Couronne et les peuples autochtones — Les demandeurs n'ont pas démontré pourquoi il faudrait maintenant revenir en arrière — La contestation, par les demandeurs, de l'approche fondée sur la reconnaissance des droits est contraire aux nombreuses affaires où les tribunaux ont préconisé une approche négociée plutôt qu'un recours judiciaire — À la lecture de l'Entente et de l'Entente-cadre, aucun pouvoir ministériel n'a été délégué, que ce soit entre les deux ministres défendeurs ou entre l'un d'eux et le LMG — Les pouvoirs de gestion reconnus par l'Entente sont limités aux pêches du LMG — En ce qui concerne les allégations portant sur le processus, les demandeurs ont contesté le fait qu'ils n'ont pas été consultés au sujet des négociations ayant mené à l'Entente, et ils affirment que la ministre des Pêches et des Océans aurait dû publier les modalités de l'Entente dans la *Gazette du Canada* avant qu'elle ne soit finalisée, puis une autre fois après sa signature — L'argument concernant le défaut de publier l'ébauche d'entente dans la *Gazette du Canada* n'avait aucun fondement — Les droits ancestraux et issus de traités du LMG sont complètement différents des droits revendiqués par les demandeurs — Toutefois, l'argument des demandeurs sur ce point ne reposait pas nécessairement sur une quelconque fausse équivalence — La jurisprudence confirme que les droits garantis par l'article 35 sont exercés dans le contexte d'une société plus large et qu'il y aura souvent de la concurrence pour avoir accès à une ressource limitée — La portée des droits reconnus par les arrêts *Marshall* a fait l'objet de litiges, mais n'a pas été tranchée définitivement — Le gouvernement fédéral savait que les personnes représentées par les demandeurs avaient des intérêts dans la pêche et à l'égard des décisions qui pourraient avoir une incidence sur la répartition des ressources ou accroître l'accès aux ressources pour certains pêcheurs — Les droits précis protégés par l'article 35 sont ancrés dans l'histoire d'un groupe particulier, souvent limité à un lieu précis (désigné par les pratiques historiques ou les modalités du traité), et ils doivent être revendiqués et prouvés avant que le tribunal puisse les reconnaître et les protéger — Le LMG a mal interprété la nature essentielle de l'allégation des demandeurs concernant le processus — La nature essentielle de l'allégation des demandeurs concernant le processus est qu'il n'a pas encore été déterminé en droit dans quelle mesure le gouvernement doit consulter et inclure les personnes non autochtones ayant un intérêt dans l'affaire avant de conclure une entente qui reconnaît ou met en œuvre des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l'article 35, qui n'ont pas encore été confirmés par les tribunaux — L'analyse exposée dans la décision *Potlotek First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2021 NSSC 283 présente certains parallèles avec les éléments qui sont d'intérêt dans la présente affaire — On peut se demander s'il existe des aspects procéduraux à l'obligation imposée aux gouvernements de tenir compte des intérêts des titulaires de droits autochtones et des autres personnes qui utilisent la ressource ou en dépendent lorsqu'ils prennent des décisions sur la répartition — La question de savoir si la Couronne fédérale a l'obligation de consulter les personnes ou groupes non autochtones qui participent à la pêche demeure entière — L'allégation des demandeurs concernant le processus n'est pas inévitablement vouée à l'échec — Certains éléments de l'avis de demande ont été radiés, dont la contestation de l'approche fondée sur la reconnaissance de droits, et la contestation visant la délégation illégale de pouvoirs — Toutefois, l'allégation des demandeurs concernant le processus n'a pas été radiée à cette étape — La règle 317 ne s'applique pas, et les demandeurs n'ont pas démontré que l'un ou l'autre des documents demandés est nécessaire pour permettre à la Cour de procéder au contrôle judiciaire — Leur requête en vue d'obtenir des documents d'information et des rapports n'était pas assez précise pour répondre aux exigences de la règle 317 et constituait plutôt une recherche à l'aveuglette inadmissible — Aucun de ces documents n'était nécessaire pour trancher la demande des demandeurs, et ceux-ci allaient bien au-delà du genre de documents qui serait nécessaire et pertinent selon une lecture même généreuse de leurs actes de procédure — En conclusion, bien que les demandeurs aient tenté de formuler plusieurs allégations inédites, une seule sera examinée — L'allégation des demandeurs concernant le processus n'était pas totalement vouée à l'échec et n'a donc pas été radiée — Requête en radiation accueillie en partie; requête en vue d'obtenir des renseignements supplémentaires rejetée.



## PRATIQUE

## RECOURS COLLECTIFS

*Prorogation de délai*

*Sujets connexes : Couronne; GRC*

Requête du défendeur en vertu de la règle 8 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 prorogeant le délai de signification et de dépôt de la défense jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur la requête en autorisation du recours collectif envisagé en l'espèce — Les représentants demandeurs sont tous trois membres de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et allèguent que leur droit à la vie privée a été violé par la GRC — Ils réclament ainsi des dommages-intérêts et d'autres réparations à la Couronne fédérale (le Canada) — Le recours collectif envisagé n'en est qu'à ses premières étapes — Dans le cadre de la planification de cette conférence de gestion d'instance, les avocats des parties se sont consultés en vue de fournir à la Cour une mise à jour de l'état de la présente affaire — Les avocats du défendeur ont fait part de l'intention de ce dernier de demander que le délai pour déposer la défense soit prorogé à une date postérieure à l'audience relative à l'autorisation — La question soulevée en l'espèce était de savoir si la Cour devrait accorder au défendeur une prorogation du délai pour déposer une défense jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue quant à la requête en autorisation du recours collectif envisagé — À l'appui de sa requête, le défendeur a expliqué avoir ciblé des requêtes ayant été débattues devant la Cour fédérale, et dans lesquelles la partie défenderesse avait demandé une prorogation du délai pour déposer une défense dans le cadre d'un recours collectif envisagé, notamment *Nation Crie Poundmaker c. Canada*, 2017 CF 447, [2018] 1 R.C.F. F-6 (*Poundmaker*) — En revanche, les demandeurs renvoient la Cour à une jurisprudence relativement récente de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique (C.S.C.B.), notamment *Shaver v. Mallinckrodt Canada ULC*, 2021 BCSC 404 (CanLII) (*Shaver*), selon laquelle la pratique consistant à permettre le dépôt tardif de dossiers de réponse lors de recours collectifs devant la C.S.C.B. n'est plus en vogue en Colombie-Britannique, en l'absence d'une bonne raison d'accorder une telle permission — Rien n'est prévu dans les Règles quant à la possibilité de déposer la défense après le prononcé de la décision sur la requête en autorisation d'un recours collectif envisagé — Toutefois, la règle 8 prévoit que la Cour peut proroger tout délai prévu par les Règles, et la règle 3 dispose que les Règles doivent être interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — En fin de compte, la question de savoir si, dans une situation donnée, il y a lieu de proroger le délai prescrit pour le dépôt de la défense jusqu'au prononcé de la décision sur la requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge — La jurisprudence de la Cour fédérale et de la C.S.C.B. évoquée par les parties démontre qu'il existe des similitudes importantes entre les deux juridictions — Parmi les facteurs à prendre en compte selon la décision *Poundmaker*, il y a la question de savoir si la défense servira à la Cour à ce stade de la procédure — En d'autres termes, la défense est-elle essentielle pour trancher les questions qui doivent être examinées dans le cadre de la requête en autorisation ou est-elle susceptible d'être utile à la Cour? — La similarité dans la jurisprudence des deux juridictions est également manifeste si l'on considère le fait que les facteurs de la décision *Poundmaker* ont été décrits dans la décision *Shaver* comme étant applicables à une évaluation globale quant à la question de savoir s'il existe une « bonne raison » de ne pas exiger que les réponses soient déposées avant la remise des documents relatifs à l'autorisation, et à savoir si cette « bonne raison » l'emporte sur les avantages de disposer d'un ensemble complet d'actes de procédure pour orienter la décision quant à l'autorisation, la détermination des questions liées à l'autorisation et l'analyse de ces questions — En appliquant les facteurs décrits dans la décision *Poundmaker*, il serait utile d'obtenir la défense avant l'audience relative à l'autorisation et, en l'absence d'une défense, l'incertitude quant aux questions en litige pourrait être préjudiciable aux demandeurs — Cependant, en raison de la portée des allégations invoquées, le défendeur a soulevé des préoccupations légitimes concernant la complexité de l'affaire et la question de savoir si la défense pourrait devoir être reformulée en fonction de l'issue de la requête en autorisation, notamment en ce qui a trait aux temps et aux efforts devant être consacrés à la préparation de la défense — L'absence de défense n'élimine pas la nécessité pour un demandeur d'envisager, dans ses documents relatifs à l'autorisation, les questions susceptibles d'être soulevées par la défense, surtout si ces questions ont été soulevées dans d'autres documents relatifs à l'autorisation — Néanmoins, il se peut que de passer à l'étape de l'autorisation avant que ces questions ne soient éclaircies dans une défense aboutisse à un gaspillage de ressources et d'efforts. — Cependant, le risque encouru par les demandeurs de gaspiller leurs efforts est surpassé par ce même risque qu'encourt le défendeur, qui devra mener des recherches au sein de l'ensemble de l'organisation de la GRC pour une période couvrant près de 40 ans, de manière à pouvoir déposer une défense adéquate contre des allégations qui seront avancées dans le cadre d'un recours collectif qui n'a pas encore été autorisé — Le pouvoir discrétionnaire de la Cour a été exercé en l'espèce afin d'accueillir la requête du défendeur et de proroger le délai de signification et de dépôt de la défense jusqu'à 30 jours après le prononcé de la décision finale sur la requête en autorisation du recours collectif envisagé — Exiger du défendeur qu'il signifie et dépose une défense avant qu'il ne soit statué sur la requête en autorisation du présent recours collectif envisagé ne permettrait pas d'obtenir une résolution qui soit juste et la plus expéditive et économique possible — Toutefois, cette prorogation pourra être réexaminée si, au cours de l'affaire, il devient manifeste qu'une conclusion différente est justifiée — Requête accueillie.

DUGAS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-529-23, 2023 CF 1331, juge Southcott, motifs de l'ordonnance en date du 5 octobre 2023, 14 p.)

**PENSIONS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (2022 TSS 1237) infirmant une décision de la division générale (2022 TSS 1238) rejetant l'appel de l'intimé d'une décision ministérielle mettant fin à une pension d'invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (RPC) — L'intimé est un homme de 65 ans ayant travaillé comme pharmacien pendant de nombreuses années — En janvier 2010, l'intimé a cessé de travailler en raison de douleurs chroniques au dos à la suite d'un accident de voiture; il a soumis une demande de pension d'invalidité en vertu du RPC — Le ministre de l'Emploi et du Développement social (le ministre) a reconnu l'invalidité grave de l'intimé ainsi que son droit à des prestations — L'invalidité est « grave » si « elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice » (RPC, sous-alinéa 42(2)a(i)) — En 2020, le ministre a mis fin à la pension d'invalidité de l'intimé en date du juillet 2016 — L'état de santé de l'intimé ne s'est pas amélioré; il éprouvait toujours des limitations fonctionnelles affectant sa capacité à travailler — Toutefois, l'intimé était payé depuis juillet 2016 pour travailler à temps partiel comme consultant au sein de l'entreprise de son fils — En 2016, 2017 et 2018, l'intimé a gagné des montants qui dépassaient le seuil véritablement rémunérateur établi au paragraphe 68.1(1) du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385 (le Règlement) — Le ministre a conclu qu'en raison de ces gains, l'invalidité de l'intimé n'était plus « grave » en date de juillet 2016 et qu'un montant de 30 438,88 \$ en prestations d'invalidité avait été versé en trop — L'intimé a demandé la révision de la décision de mettre fin à ses prestations, ce que le ministre a refusé — La division d'appel a annulé la décision de la division générale, concluant que celle-ci avait commis une erreur de droit en ne prenant pas suffisamment en compte la question de savoir si l'intimé était au service d'un employeur bienveillant et ne détenait pas une « occupation véritablement rémunératrice », en dépit de ses revenus — La division d'appel a rendu la décision que, selon elle, la division générale aurait dû prendre, concluant que l'intimé était à l'emploi d'un employeur bénévole et ne détenait pas une « occupation » — En conséquence, malgré des revenus « véritablement rémunérateurs », l'intimé avait toujours une invalidité « grave » et avait droit à une pension d'invalidité — Le demandeur cherchait à faire annuler la décision de la division d'appel et à rétablir la décision de la division générale — Il s'agissait de savoir si la décision de la division d'appel était raisonnable — Pour avoir droit à une pension d'invalidité au titre du RPC, une personne doit avoir une invalidité qui est à la fois « grave » et « prolongée » (RPC, alinéa 42(2)a)) — La seule question examinée par la division d'appel était de celle de savoir si l'invalidité de l'intimé était toujours « grave » en date de juillet 2016 — Le concept d'être « au service d'un employeur bienveillant » a été examiné; le terme ne figure pas dans le RPC ni dans le Règlement, mais compte plusieurs occurrences dans la décision de la division d'appel — Le terme figurait dans le Cadre d'évaluation de l'invalidité du Régime de pensions du Canada (le Cadre), un document publié par le ministère de l'Emploi et du Développement social afin de fournir aux décideurs du RPC les facteurs et les principes juridiques dont ils ont besoin pour trancher les demandes de pension d'invalidité — En l'espèce, les audiences se sont déroulées en partant du principe que le concept d'être « au service d'un employeur bienveillant » pouvait s'appliquer à l'intimé — Le terme « être au service d'un employeur bienveillant » est défini dans le Cadre — La division d'appel a conclu que la division générale avait commis une erreur de droit au sens du paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34 (LMEDS) en ne prenant pas pleinement en compte la question de savoir si l'intimé était au service d'un employeur bienveillant dans l'entreprise de son fils et, par conséquent, s'il détenait une « occupation véritablement rémunératrice » — L'observation de la division d'appel était que le paragraphe 68.1(1) du Règlement définissait l'expression « occupation véritablement rémunératrice », mais ne définissait pas le terme « occupation » ou les autres termes employés dans le sous-alinéa 42(2)a(i) du RPC — La division d'appel a rejeté l'idée que le paragraphe 68.1(1) du Règlement rendait inutile la prise en compte de tous les termes du sous-alinéa 42(2)a(i) du RPC, conclusion qui était raisonnable — En effet, le paragraphe 68.1(1) du Règlement prescrit des montants « véritablement rémunérat[eurs] » à l'égard d'une occupation — La division d'appel a raisonnablement conclu que le terme « occupation » dans le contexte du sous-alinéa 42(2)a(i) du RPC n'inclut pas l'emploi au service d'un employeur bienveillant — En outre, il était raisonnable pour la division d'appel de prendre en compte le concept d'emploi « au service d'un employeur bienveillant » du Cadre pour déterminer si l'intimé était « incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice » — Par conséquent, l'interprétation qu'a faite la division d'appel du sous-alinéa 42(2)a(i) du RPC et du paragraphe 68.1(1) du Règlement était raisonnable — La conclusion de la division d'appel quant à l'emploi au service d'un employeur bienveillant était raisonnable — Lorsque le fils de l'intimé est devenu revendeur autorisé d'une compagnie de téléphonie mobile en 2011, l'intimé a fourni des conseils sans être rémunéré — En 2016, alors que les revenus de l'intimé ne suffisaient plus à payer ses comptes, il a été « embauché » pour travailler dans l'entreprise de son fils et a reçu un salaire — Le fils de l'intimé a employé ce dernier par obligation et non parce qu'il avait besoin de ses services — La division d'appel a raisonnablement conclu que l'intimé était au service d'un employeur bienveillant et que cet emploi ne constituait pas une « occupation » — Il était loisible à la division d'appel de conclure que l'intimé avait toujours une invalidité « grave » en dépit de revenus dépassant le seuil de gains « véritablement rémunérat[eurs] » — La conclusion était justifiée à l'égard des faits pertinents et des contraintes juridiques; et les motifs reflétaient une chaîne d'analyse rationnelle — Demande rejetée.

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3