

2006 FCA 124
A-419-04

2006 CAF 124
A-419-04

**Kozak Geza, Csepregi Attila, Kozak Geza (minor)
and Csepregi Szilvia (Appellants)**

**Kozak Geza, Csepregi Attila, Kozak Geza (mineur)
et Csepregi Szilvia (appelants)**

v.

c.

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

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

A-420-04

A-420-04

**Smajda Sandor, Smajda Zsolt, Smajda Sandor,
Gyulavics Timea, Smajda Claudia and Smajda Jozef
(Appellants)**

**Smajda Sandor, Smajda Zsolt, Smajda Sandor,
Gyulavics Timea, Smajda Claudia et Smajda Jozef
(appelants)**

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court of Appeal, Décary, Evans and Sharlow
JJ.A.—Toronto, November 22, 2005; Ottawa, March
27, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Evans et Sharlow,
J.C.A.—Toronto, 22 novembre 2005; Ottawa, 27 mars
2006.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada —
Convention Refugees — Appeals from decision of Federal
Court dismissing application for judicial review of
Immigration and Refugee Board decision rejecting
appellants' claims for refugee status — Appellants alleging
well-founded fear of persecution in Hungary because of Roma
ethnicity — Board proceeding by way of "lead case" to
determine appellants' claims — Reasonable apprehension of
bias in way lead case established, by not separating functions
of management, adjudication — Appeals allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada —
Réfugiés au sens de la Convention — Appels d'une décision
de la Cour fédérale refusant la demande de contrôle
judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration
et du statut de réfugié refusant les demandes d'asile des
appelants — Ceux-ci disaient craindre avec raison d'être
persécutés en Hongrie parce qu'ils sont d'origine ethnique
rome — La Commission a appliqué une « cause type » pour
trancher les demandes d'asile des appelants — Il y avait une
crainte raisonnable de partialité par suite de la création de la
cause type, aucune différence n'ayant été faite entre les
fonctions de gestion et les fonctions de décision — Appels
accueillis.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice —
Immigration and Refugee Board establishing "lead case"
format for determining appellants' refugee claims — Purpose
of lead case to identify claim in which to create full evidential
record on which hearing panel capable of making findings of
fact, law, providing guidance to future panels, promoting
consistent, informed, efficient, expeditious decision making—
Here, lead case strategy giving rise to reasonable*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière
d'immigration — La Commission de l'immigration et du
statut de réfugié a établi une « cause type » pour trancher les
demandes d'asile des appelants — Une cause type a pour but
de constituer un dossier de preuve complet sur lequel la
formation pourrait se fonder pour tirer des conclusions de fait
et de droit éclairées et elle vise à guider les formations
futurs pour qu'elles puissent rendre des décisions cohérentes*

apprehension of bias.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Reasonable apprehension of bias — Immigration and Refugee Board establishing “lead case” format to determine appellants’ refugee claims — Reasonable person, having considered matter and thought it through, could reasonably conclude lead case strategy not only designed to bring consistency to future decisions, increase accuracy, but also to reduce number of positive decisions in favour of Hungarian Roma — Facts leading to conclusion Board hearing panel biased, not acting independently when rejected appellants’ claims for refugee status.

These were appeals from a decision of the Federal Court dismissing the appellants’ applications for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (now the Refugee Protection Division) of the Immigration and Refugee Board rejecting the appellants’ refugee claims. These claims were based on the appellants’ alleged well-founded fear of persecution in Hungary because of their Roma ethnicity.

The central issue in this case was whether the Board breached the duty of fairness by creating a reasonable apprehension of bias in the way that it established a “lead” case format for determining the appellants’ refugee claims, and by not separating the functions of management and adjudication.

According to the Board, the purpose of a lead case is to identify a refugee claim in which to create a full evidential record on which the hearing panel can make informed findings of fact and provide a complete analysis of the relevant legal issues. These findings and conclusions are intended to provide guidance to future panels hearing similar cases, and thus promote consistent, informed, efficient, and expeditious decision making.

The appellants argued that in the present instance, the lead case strategy was designed to reduce the percentage of successful refugee claims by Hungarian Roma and to deter potential claimants from coming to Canada, thus precluding an unbiased adjudication of the appellants’ claims.

Held, the appeals should be allowed.

Because Charter rights are at stake in refugee proceedings before the Board, the reasonable apprehension of bias standard

et éclairées de manière efficiente et rapide — En l’espèce, la stratégie relative aux causes types a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Crainte raisonnable de partialité — La Commission de l’immigration et du statut de réfugié a établi une « cause type » pour trancher les demandes d’asile des appelants — Une personne raisonnable ayant examiné l’affaire et y ayant réfléchi pourrait raisonnablement conclure que la stratégie relative aux causes types n’avait pas uniquement pour but d’assurer la cohérence et l’exactitude des futures décisions, mais également de réduire le nombre de décisions favorables rendues en faveur des Roms hongrois — Les faits amenaient à conclure que la formation de la Commission était partielle et n’agissait pas de manière indépendante lorsqu’elle a rejeté les demandes d’asile des appelants.

Il s’agissait d’appels à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire que les appelants ont présentées à l’encontre d’une décision de la Section du statut de réfugié (maintenant la Section de la protection des réfugiés) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié rejetant leurs demandes d’asile. Ces demandes reposaient sur la crainte fondée des appelants d’être persécutés en Hongrie du fait de leur origine ethnique rom.

La principale question en litige en l’espèce consistait à décider si la Commission avait manqué à l’obligation d’agir de manière équitable en faisant naître une crainte raisonnable de partialité par suite de la création d’une cause « type » devant servir à trancher les demandes d’asile des appelants et en ne faisant pas de différence entre ses fonctions de gestion et ses fonctions de décision.

Selon la Commission, une cause type a pour but de constituer un dossier de preuve complet sur lequel la formation peut se fonder pour tirer des conclusions de fait éclairées et analyser de manière exhaustive les questions de droit pertinentes. Ces conclusions visent à guider les formations qui seront saisies de cas similaires et à faire en sorte que des décisions cohérentes et éclairées soient rendues de manière efficiente et rapide.

Les appelants ont soutenu que la stratégie relative aux causes types en l’espèce avait pour but de réduire la proportion de demandeurs d’asile roms hongrois ayant gain de cause et de dissuader les demandeurs éventuels de venir au Canada et qu’en conséquence, les demandes des appelants n’ont pas été tranchées de manière impartiale.

Jugement : les appels doivent être accueillis.

Étant donné que des droits garantis par la Charte sont en jeu dans les procédures relatives aux réfugiés se déroulant

is particularly demanding. The appellants could establish a reasonable apprehension of bias without proving the motivation of the Board in orchestrating the lead cases. The evidence considered in the case at bar included e-mail exchanges between management at the Board and officials at Citizenship and Immigration. These-mails expressed the Board and CIC's concern with the ever-growing intake of Hungarian cases. Also considered was the fact that one of the panel members who heard the appellants' claims may have been predisposed towards denying these claims since he had been involved in the planning process of the lead cases, thus providing a link between the adjudication of the appellants' claims, and the activities on the part of the Board's management. Equally troubling was the lack of consultation with members of the immigration and refugee bar or NGOs interested in the planning process for the lead case initiative, and the appearance that the search was for a procedure to satisfy concerns about the high number of decisions regarding claims by Hungarian Roma believed to have been based on inaccurate information. This was supported by a leak to the Hungarian media of the negative decisions before they were released. As such, a reasonable person having considered every aspect of the matter and thought it through carefully, would think that the hearing panel was biased and was not acting independently when it rejected the appellants' claims for refugee status. This person could reasonably conclude that the lead case strategy was not only designed to bring consistency to future decisions and to increase accuracy, but also to reduce the number of positive decisions that otherwise might be rendered in favour of the 15,000 Hungarian Roma expected to arrive in 1998, and to reduce the number of potential claimants.

devant la Commission, la norme servant à déterminer si une crainte raisonnable de partialité existe est particulièrement exigeante. Les appelants pouvaient démontrer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité sans prouver les raisons pour lesquelles la Commission a élaboré les causes types. La preuve examinée en l'espèce comprenait des courriels échangés entre des gestionnaires de la Commission et des dirigeants de Citoyenneté et Immigration. Ces courriels faisaient état des préoccupations de la Commission et de CIC relativement au nombre de plus en plus élevé de cas de Hongrois. La preuve portait aussi sur le fait que l'un des membres qui a entendu les demandes des appelants aurait pu être prédisposé à les rejeter étant donné qu'il avait participé au processus de planification des causes types, créant ainsi un lien entre le règlement des demandes des appelants et les activités de la direction de la Commission. Le fait de ne pas avoir demandé le concours des avocats spécialisés en droit de l'immigration et des réfugiés ou des ONG intéressées par l'initiative des causes types et le fait d'avoir semblé chercher un moyen de répondre aux préoccupations relatives au nombre élevé de décisions concernant des demandes de Roms hongrois, qui auraient été rendues à partir de renseignements inexacts sont aussi fort troublants. Le fait que les décisions défavorables aient été l'objet d'une fuite dans les médias hongrois avant qu'elles ne soient rendues appuyait cette croyance. Ainsi, une personne raisonnable ayant examiné chaque aspect de l'affaire et y ayant réfléchi de manière approfondie penserait que la formation devant laquelle l'audience s'est déroulée était partielle et n'agissait pas de manière indépendante lorsqu'elle a rejeté les demandes d'asile des appelants. Cette personne pourrait raisonnablement conclure que la stratégie relative aux causes types n'avait pas uniquement pour but d'assurer la cohérence des futures décisions et d'accroître leur exactitude, mais également de réduire le nombre de décisions favorables qui auraient pu, n'eût été de cette stratégie, être rendues en faveur des 15 000 Roms hongrois dont on prévoyait l'arrivée au Canada en 1998 et de diminuer le nombre de demandeurs éventuels.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.
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].
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), s. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19).

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 159(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 317 (mod. par

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 65(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 159(1).

DORS/2002-417, art. 19).

Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al., [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

CONSIDERED:

A.S.S. (Re), [1999] C.R.D.D. No. 1 (QL); *F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 2 (QL).

REFERRED TO:

Polgari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 263; 2001 FCT 626; *Sarkozi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 182; 2001 FCT 649; *Balogh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 809; 22 Imm. L.R. (3d) 93; 2002 FCT 809; *Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 771; (2003), 231 F.T.R. 276; 27 Imm. L.R. (3d) 91; 2003 FCT 429; *Racz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1293.

AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*. Policy No. 2003-01. Ottawa: Immigration and Refugee Board, March 21, 2003.

APPEAL from a decision of the Federal Court (*Geza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 3; (2004), 244 D.L.R. (4th) 218; 20 Admin. L.R. (4th) 79; 257 F.T.R. 114; 44 Imm. L.R. (3d) 57; 2004 FC 1039) concluding that the Immigration and Refugee Board hearing panel that rejected the appellants' claims for refugee status was not biased. Appeals allowed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres, [1978] 1 R.C.S. 369; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

A.S.S. (Re), [1999] D.S.S.R. n° 1 (QL); *F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 2 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Polgari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 626; *Sarkozi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 649; *Balogh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 809; *Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 771; 2003 CFPI 429; *Racz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1293.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01. Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 21 mars 2003.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (*Geza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 3; 2004 CF 1039) portant que la formation de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté les demandes d'asile des appelants n'a pas fait preuve de partialité. Appels accueillis.

APPEARANCES:

Rocco Galati for appellants.
I. John Loncar and Gordon Lee for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Galati, Rodrigues, Azevedo & Associates, Toronto,
 for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

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

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Administrative agencies are often required to be procedurally innovative in order to handle a heavy caseload effectively and to make the most efficient use of scarce resources. They are also required to observe the duty of fairness. The central issue in this case is whether the Immigration and Refugee Board breached that duty by creating a reasonable apprehension of bias in the way that it established a “lead case” format for determining the appellants’ refugee claims, and by not separating the functions of management and adjudication.

[2] The appellants are Hungarian citizens who claim refugee status in Canada. They say that they have a well-founded fear of persecution in Hungary because of their Roma ethnicity. In particular, the appellants allege that they have been subject to persecution by gangs of racist skinheads, from whom state authorities, including the police, are unable or unwilling to protect them.

[3] After conducting a hearing spread over 14 days in October and November 1998 under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the Convention Refugee Determination Division (as it then was) of the Immigration and Refugee Board rejected the appellants’

ONT COMPARU :

Rocco Galati pour les appelants.
I. John Loncar et Gordon Lee pour l’intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Galati, Rodrigues, Azevedo & Associates, Toronto,
 pour les appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour
 l’intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Les organismes administratifs doivent souvent trouver de nouvelles façons de procéder afin de venir à bout de leur lourde charge de travail et de faire une utilisation optimale des ressources limitées dont ils disposent. Ils ont aussi l’obligation d’agir de manière équitable. La principale question en litige en l’espèce consiste à déterminer si la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) a manqué à cette obligation en faisant naître une crainte raisonnable de partialité par suite de la création d’une « cause type » devant servir à trancher les demandes d’asile des appelants et en ne faisant pas de différence entre ses fonctions en matière de gestion et ses fonctions en matière de décision.

[2] Les appelants sont des citoyens hongrois qui demandent l’asile au Canada. Ils disent craindre avec raison d’être persécutés en Hongrie parce qu’ils sont d’origine ethnique rome. Ils allèguent en particulier qu’ils ont été persécutés par des gangs de skinheads racistes et que les autorités de l’État, notamment la police, ne peuvent pas ou ne veulent pas les protéger contre ces gangs.

[3] Au terme d’une audience tenue en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, qui a duré 14 jours en octobre et en novembre 1998, la Section du statut de réfugié (maintenant la Section de la protection des réfugiés) de la Commission de l’immigra-

claims [A-419-04 (*A.S.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 1 (QL)) and A-420-04 (*F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. No. 2 (QL))]. The Board found that the appellants had failed to prove that they had a well-founded fear of persecution in Hungary and that state authorities would not, or could not, provide them adequate protection.

[4] The Board relied on common evidence of contemporary country conditions in Hungary, but heard separate evidence relating to the particular incidents on which individual appellants relied. The Board preferred the written and expert oral testimony provided on behalf of the Minister on the situation facing Roma in Hungary, and on the availability of protection by the police and other state authorities. It found that the appellants exaggerated the seriousness of the problems that they had faced, which amounted only to discrimination, not persecution.

[5] The appellants applied to the Federal Court for leave to make applications for judicial review to set aside the decisions, alleging that the Board's process was unauthorized and unfair. They also argued that, in finding that adequate state protection would be available to them in Hungary, the Board ignored important evidence supporting their claims, and thus committed a reviewable error. The leave applications were granted.

[6] However, their applications for judicial review were dismissed: although the family name of the principal claimant in one of the appeals is Kozak, the decision is reported as *Geza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 3 (F.C.). The applications Judge certified the following question under paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) [at paragraph 80]:

Did the IRB have jurisdiction to conduct a "lead case" under the *Immigration Act*?

tion et du statut de réfugié a rejeté les demandes des appelants [A-419-04 (*A.S.S. (Re)*, [1999] D.S.S.R. n° 1 (QL)) et A-420-04 (*F.N.S. (Re)*, [1999] C.R.D.D. n° 2 (QL))]. La Commission a jugé que les appelants n'avaient pas prouvé qu'ils craignaient avec raison d'être persécutés en Hongrie et que les autorités de l'État ne les protégeraient pas ou ne pourraient pas les protéger adéquatement.

[4] La Commission s'est appuyée sur une preuve commune pour ce qui est des conditions existant en Hongrie à l'époque, mais a entendu le témoignage de chaque appelant sur les incidents particuliers qu'il invoquait. Elle a préféré les dépositions écrites et les témoignages d'expert produits pour le compte du ministre sur la situation à laquelle les Roms doivent faire face en Hongrie et sur la protection offerte par la police et par les autres autorités de l'État. Elle a conclu que les appelants exagéraient la gravité des problèmes qu'ils avaient vécus et que ces problèmes ne constituaient pas de la persécution, mais seulement de la discrimination.

[5] Les appelants ont demandé à la Cour fédérale l'autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire dans le but de faire annuler les décisions au motif que la procédure de la Commission n'était pas autorisée ni équitable. Ils prétendaient également que la Commission avait commis une erreur susceptible de contrôle en ne tenant pas compte d'éléments de preuve importants qui étayaient leurs demandes lorsqu'elle avait conclu qu'ils pourraient compter sur les autorités de l'État pour les protéger de manière adéquate en Hongrie. Les demandes d'autorisation ont été accueillies.

[6] Leurs demandes de contrôle judiciaire ont cependant été rejetées. Même si le nom de famille du demandeur principal dans l'un des appels est Kozak, la décision est publiée sous le titre de *Geza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 3 (C.F.). Le juge saisi des demandes a certifié la question suivante en application de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) [au paragraphe 80] :

La CISR avait-elle compétence pour entendre une « cause type » en vertu de la *Loi sur l'immigration*?

[7] In a document entitled, “Lead Case Backgrounder”, the Board stated that the purpose of a “lead case” is to identify a refugee claim in which to create a full evidential record on which the hearing panel could make informed findings of fact and provide a complete analysis of the relevant legal issues.

[8] While not binding on other panels of the Board, the factual findings and legal conclusions in the lead case were said by the Board to be intended to provide guidance to future panels hearing similar cases. The lead case would thus promote consistent, informed, efficient, and expeditious decision making. The appellants’ cases were the first and, to date, only, “lead case” organized and heard by the Board.

[9] A “lead case” is different in at least two respects from a “jurisprudential guide”, another technique used by the Board to enhance the quality and consistency of decisions. A Board decision is identified as a jurisprudential guide after it has been rendered, while a “lead case” is planned and organized before the case is heard. In addition, a jurisprudential guide is normally intended to be persuasive on questions of law, and mixed law and fact. In contrast, it was intended that lead cases would also establish persuasive findings of fact on country conditions. See further, *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01 (Ottawa: Immigration and Refugee Board, March 21, 2003).

[10] Counsel for the appellants says that, even if the Board had the legal authority in principle to adopt a lead case strategy in the interests of consistency, quality and efficiency in decision making (which he does not admit), the circumstances surrounding the Board’s organization and conduct of the hearings of these lead cases gave rise to a reasonable apprehension of bias and of a lack of independence in the decision makers. In particular, he argues, a reasonable person would conclude that the Board’s lead case strategy was designed to reduce the

[7] Dans un document intitulé « Document d’information sur les cas types », la Commission a écrit qu’une « cause type » avait pour but de constituer un dossier de preuve complet sur lequel la formation pourrait se fonder pour tirer des conclusions de fait éclairées et analyser de manière exhaustive les questions de droit pertinentes.

[8] Les conclusions de fait et de droit de la cause type ne lient pas les autres formations de la Commission, mais, selon cette dernière, elles visent à donner des indications aux formations qui seront saisies de cas similaires. Ainsi, la cause type ferait en sorte que des décisions cohérentes et éclairées soient rendues de manière efficiente et rapide. Les affaires des appelants ont constitué la première « cause type »—et la seule jusqu’à maintenant—organisée et entendue par la Commission.

[9] Une « cause type » est différente d’un « guide jurisprudential », une autre technique utilisée par la Commission pour accroître la qualité et la cohérence de ses décisions, à au moins deux égards : une décision de la Commission est désignée comme « guide jurisprudential » après avoir été rendue, alors qu’une « cause type » est planifiée et organisée avant d’être entendue, et un guide jurisprudential a normalement pour but d’avoir un caractère persuasif quant à des questions de droit et à des questions mixtes de fait et de droit, alors que les causes types sont censées établir aussi des conclusions de fait persuasives sur les conditions existant dans un pays. Voir également le document intitulé *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01 (Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié, 21 mars 2003).

[10] L’avocat des appelants dit que, même si la Commission avait, en principe, le pouvoir légal d’adopter une stratégie relative aux causes types afin d’assurer la cohérence, la qualité et l’efficacité de son processus décisionnel (ce qu’il n’admet pas), les circonstances entourant l’organisation de ces causes types par la Commission et la conduite des audiences les concernant ont fait naître une crainte raisonnable de partialité et de manque d’indépendance chez les décideurs. Il soutient en particulier qu’une personne

percentage of successful refugee claims by Hungarian Roma and to deter potential claimants from coming to Canada, thus precluding an unbiased adjudication of the appellants' claims.

[11] The appellants were heard together before both the Board, which provided separate reasons for dismissing their refugee claims, and the applications Judge. We also heard the appeals in Court file No. A-419-04 (*Geza*) and Court file No. A-420-04 (*Smajda*) at the same time, since they raise many of the same legal and factual issues. These reasons apply to both appeals, and a copy will be inserted in each file.

B. FACTUAL BACKGROUND

[12] In this appeal, most of the primary facts about the origins of the lead cases and the consequent planning process, the hearing itself, and certain post-hearing events, are not seriously disputed. Nor is the applicable legal test of impartiality contested. The dispute in this appeal is essentially about whether the primary facts give rise to a reasonable apprehension of bias.

[13] The record compiled by the Board in response to the appellants' request for its certified record pursuant to rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] contains little information about the facts alleged to give rise to a reasonable apprehension of bias. It was not an issue that the Board was asked to address when hearing the appellants' claims.

[14] However, counsel for the appellants supplemented the Board's record with material obtained from the Board, after the appellants had been granted leave to make an application for judicial review. The material was obtained in response to requests made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Much

raisonnable conclurait que cette stratégie avait pour but de réduire la proportion de demandeurs d'asile roms hongrois ayant gain de cause et de dissuader les demandeurs éventuels de venir au Canada; en conséquence, les demandes des appelants n'ont pas été tranchées de manière impartiale.

[11] Les appelants ont été entendus ensemble par la Commission, qui a donné des motifs séparés de sa décision de rejeter leurs demandes, et par le juge saisi des demandes. La Cour a, elle aussi, entendu en même temps les appels dans les dossiers n° A-419-04 (*Geza*) et n° A-420-04 (*Smajda*) parce que bon nombre des questions de droit et de fait soulevées dans les deux affaires sont identiques. Les présents motifs s'appliquent aux deux appels et une copie en sera versée dans chaque dossier.

B. FAITS

[12] Dans le présent appel, la plus grande partie des principaux faits concernant l'origine des causes types, le processus de planification, l'audience elle-même et certains événements survenus après celle-ci ne sont pas sérieusement contestés. Il en est de même du critère juridique de l'impartialité qui s'applique. C'est essentiellement sur la question de savoir si les principaux faits font naître une crainte raisonnable de partialité que les parties ne s'entendent pas en l'espèce.

[13] Le dossier certifié qui a été transmis par la Commission aux appelants après que ceux-ci en eurent fait la demande conformément à la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] renferme peu de renseignements sur les faits qui auraient donné naissance à une crainte raisonnable de partialité. La Commission n'était pas saisie de cette question lorsqu'elle a entendu les demandes des appelants.

[14] L'avocat des appelants a toutefois complété le dossier de la Commission par des documents obtenus auprès de celle-ci après que les appelants eurent été autorisés à présenter une demande de contrôle judiciaire. Les documents ont été obtenus en réponse à des demandes faites en vertu de la *Loi sur l'accès à*

of it comprises e-mails among Board officials about the origins and organization of the “lead case”. The e-mails also reveal the involvement in the planning process of Board Member Vladimir Bubrin, the leader of the Board’s case management team for Europe, who was also a member of the two-person panel which heard the appellants’ refugee claims. Further information is contained in affidavits prepared for the applications for judicial review. All the material in the appeal book was before the applications Judge.

(i) Origins of the lead case initiative

[15] As evidence of the context in which the lead case initiative was developed, counsel referred to an e-mail, dated May 6, 1998, from Joan Steegstra, who was then the Operations Service Manager for the European case management team. In this e-mail to a colleague (appeal book, Vol. 10, pages 3128-3129), Ms. Steegstra follows up on a previous conversation with the recipient about the “growing intake of Hungarians”, and advises him that she has heard from a lawyer who had been involved in Czech Roma claims, that “there are 15,000 (yes, fifteen thousand) Hungarian Roma on their way to Canada.” She also says that the same lawyer asked her to confirm a press story that the Board had already rendered 28 positive decisions in Hungarian Roma cases in the first five months of 1998. She says that she declined to confirm the “specifics” but said that she did tell the lawyer that “the Hungarian intake is growing.” Mr. Bubrin was on the distribution list for this e-mail.

[16] E-mails dated May 7, 1998 (appeal book, Vol. 10, page 3140), suggest that, as of that date, media interest in Hungary seemed not to have caused an increase in the number of Roma refugee claimants arriving in Canada. However, one official noted that “the figures do not look so good” and that, although there had been no increase in April, “the numbers remain relatively high.”

l’information, L.R.C. (1985), ch. A-1. Il s’agit principalement de courriels traitant de la création et de l’organisation de la « cause type » qui ont été échangés entre des fonctionnaires de la Commission. Les courriels révèlent en outre que le commissaire Vladimir Bubrin, qui dirige l’équipe de gestion des cas de l’Europe de la Commission et qui était également l’un des deux membres de la formation qui a entendu les demandes d’asile des appelants, a participé au processus de planification. D’autres renseignements figurent dans des affidavits préparés pour les besoins des demandes de contrôle judiciaire. Le juge saisi des demandes disposait de tous les documents contenus dans le dossier d’appel.

i) L’origine de l’initiative relative aux causes types

[15] Pour établir le contexte dans lequel l’initiative relative aux causes types a été élaborée, l’avocat a fait référence à un courriel adressé à l’un de ses collègues par la chef du Service des opérations pour l’équipe de gestion des cas de l’Europe, Joan Steegstra, le 6 mai 1998. Dans ce courriel (dossier d’appel, vol. 10, pages 3128 et 3129), M^{me} Steegstra donne suite à une conversation avec le destinataire au sujet du [TRADUCTION] « nombre croissant de nouveaux arrivants hongrois » et mentionne qu’un avocat qui s’était occupé de demandes de Roms tchèques lui a appris qu’[TRADUCTION] « il y a 15 000 (et oui, quinze mille) Roms hongrois en route vers le Canada ». Elle ajoute que le même avocat lui a demandé de confirmer un article paru dans les médias selon lequel la Commission avait déjà rendu 28 décisions favorables dans des affaires concernant des Roms hongrois au cours des cinq premiers mois de 1998. Elle affirme qu’elle a refusé de confirmer les [TRADUCTION] « détails », mais qu’elle a dit à l’avocat que [TRADUCTION] « les cas concernant des Hongrois augmentent ». Le nom de M. Bubrin figurait sur la liste de diffusion de ce courriel.

[16] Des courriels datés du 7 mai 1998 (dossier d’appel, vol. 10, page 3140) laissent entendre que l’intérêt des médias hongrois ne semblait pas avoir entraîné jusque-là une augmentation du nombre de Roms arrivant au Canada pour y demander l’asile. Un fonctionnaire a toutefois noté que [TRADUCTION] « les chiffres ne présagent rien de bon » et que, même s’il n’y avait pas eu d’augmentation en avril, [TRADUCTION] « les chiffres sont demeurés relativement élevés ».

[17] These e-mails appear to have been exchanged among a management group at the Board, and officials of Citizenship and Immigration Canada (CIC). An affidavit from Robert Orr, who was appointed Director General of CIC in 2003, describes in general terms the contacts between CIC and the Refugee Protection Division (as it now is) of the Board: appeal book, Vol. 12, pages 3358-3359. He said that contacts take place at the headquarters level and involve directors general and above. Discussions focus on policy issues of mutual interest, not individual cases. For example, CIC shares with the Board its information about trends and anticipated increases in the volume of claimants from a particular country. The broader implications of a particular decision may also be discussed at meetings at the regional level. Board members do not attend any of these meetings.

[18] In further intra-Board e-mail exchanges on May 27, 1998 (appeal book, Vol. 11, page 2888), Ms. Steegstra states that "HQ is now interested in the ever-growing intake of Hungarian cases" and reports that, since the beginning of the year, "we have had 12 positives, but only 4 with reasons, two of which have been bench positive reasons." In an e-mail sent earlier that day, Ms. Steegstra had said that, since November 1997, there had been "13 positives and 2 negatives". "HQ" appears to refer to the Board, not CIC. Mr. Bubrin was on the distribution list for these e-mails. In an e-mail from the Deputy Chair, dated July 2, 1998, it was reported that, since the beginning of the year, approximately 65 Hungarian refugee claims had been decided by the Board, most of them from Roma, and that almost all had been in favour of the claimants.

[19] In an e-mail addressed to Mr. Bubrin on May 28, 1998 (appeal book, Vol. 11, page 3212), Mr. Gregory James, a coordinating member of the Convention Refugee Determination Division, emphasized the importance of "fully elaborated reasons" for positive decisions in Hungarian Roma cases and expressed the

[17] Ces courriels semblent avoir été échangés entre des gestionnaires de la Commission et des dirigeants de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Dans son affidavit, Robert Orr, qui est devenu directeur général de CIC en 2003, décrit en termes généraux les contacts entre CIC et la Section de la protection des réfugiés (qui a remplacé la Section du statut de réfugié) de la Commission : dossier d'appel, vol. 12, pages 3358 et 3359. Selon ce qu'il dit, les directeurs généraux et leurs supérieurs de chacune des administrations centrales ont des contacts. Les discussions portent sur des questions stratégiques d'intérêt commun et non sur des cas individuels. Par exemple, CIC partage avec la Commission son information sur les tendances et les augmentations escomptées du nombre de demandeurs venant d'un pays donné. Les répercussions plus générales d'une décision particulière peuvent aussi être analysées lors de réunions régionales. Les commissaires n'assistent à aucune de ces réunions.

[18] Dans d'autres courriels internes échangés le 27 mai 1998 (dossier d'appel, vol. 11, page 2888), M^{me} Steegstra écrit que [TRADUCTION] « l'AC s'intéresse à l'heure actuelle au nombre de plus en plus élevé de cas de Hongrois » et signale que, depuis le début de l'année, [TRADUCTION] « 12 décisions favorables ont été rendues; quatre seulement étaient accompagnées de motifs, ceux-ci ayant été prononcés à l'audience dans deux cas ». Dans un courriel envoyé plus tôt le même jour, M^{me} Steegstra avait écrit que, depuis novembre 1997, il y avait eu [TRADUCTION] « 13 décisions favorables et 2 défavorables ». Les lettres « AC » semblent désigner la Commission et non CIC. Le nom de M. Bubrin figurait sur la liste de diffusion de ces courriels. Par ailleurs, dans un courriel du vice-président daté du 2 juillet 1998, il était écrit que, depuis le début de l'année, la Commission avait statué sur environ 65 demandes d'asile présentées par des Hongrois, en majorité des Roms, et qu'elle a presque toujours donné raison aux demandeurs.

[19] Dans un courriel adressé à M. Bubrin le 28 mai 1998 (dossier d'appel, vol. 11, page 3212), un commissaire coordonnateur de la Section du statut de réfugié, Gregory James, a insisté sur l'importance d'avoir des [TRADUCTION] « motifs très détaillés » dans les cas où une décision favorable est rendue en faveur

view that “it is inevitable that public scrutiny will rise to levels similar to Czech cases.” He said that he would be recommending that a special hearing should be set up “for a real but archetypal case”, the processing of which would be expedited. Mr. James proposed that the Minister participate at the hearing of the “lead case” and that “good counsel” should be involved.

[20] Mr. James noted in this e-mail that he had suggested a similar strategy to deal with Czech Roma claims and expressed disappointment that it had not been acted upon. He further stated that the Department (that is, CIC) is “not impressed with our decisions and keeps making noises that they have information that we didn’t consider”. A “full blown hearing” of a Hungarian Roma claim, with full participation by the Minister, he opined, may cause CIC “to put up rather than simply snipe from the sidelines.” Mr. James concludes by saying that Board members hearing subsequent claims by Hungarian Roma would not be bound by the findings made in the lead case, “but they may find it persuasive and at least it should serve to clear the air.”

[21] Counsel for the Minister said that it is clear from Mr. James’ e-mail that the lead case strategy was an initiative of the Chair and the Deputy Chair of the Board, and did not emanate from CIC.

(ii) Planning the lead case

[22] Ms. Steegstra was responsible for the day-to-day management of the lead cases. She testified in her affidavit that Peter Wuebbolt was selected as the lawyer who would represent claimants, on the ground that he had more Hungarian Roma files before the Board than any other lawyer. It was contemplated that the lawyer selected to represent the claimants in the lead case would be able to obtain a level of funding from the Ontario Legal Aid Plan which would adequately reflect the hours involved in preparing for and attending a lead case hearing, and that, once a lawyer had been

d’un Rom hongrois. Selon lui, [TRADUCTION] « il est inévitable que le public finira par s’intéresser autant à ces cas qu’aux cas tchèques ». Il a dit qu’il recommanderait qu’[TRADUCTION] « un cas réel mais pouvant constituer un modèle » soit choisi et entendu rapidement. Il proposait en outre que le ministre participe à l’audience relative à la « cause type » et que l’on fasse appel à un [TRADUCTION] « bon conseil ».

[20] M. James a écrit dans ce courriel qu’il avait proposé une stratégie semblable dans le cas des Roms tchèques et s’est dit déçu que sa proposition n’ait pas eu de suite. Il a ajouté que le ministère (c’est-à-dire CIC) [TRADUCTION] « n’est pas impressionné par nos décisions et continue à laisser entendre qu’il possède des renseignements que nous n’avons pas pris en compte ». Selon lui, l’[TRADUCTION] « audition complète » d’une demande présentée par un Rom hongrois à laquelle le ministre participerait pleinement pourrait obliger CIC [TRADUCTION] « à dire réellement ce qu’il pense au lieu de se contenter de critiquer par en-dessous ». M. James ajoute finalement que les commissaires qui entendraient les futures demandes présentées par des Roms de Hongrie ne seraient pas liés par les conclusions tirées dans la cause type, [TRADUCTION] « mais ils pourraient considérer que ces conclusions ont un caractère persuasif et elles devraient à tout le moins permettre d’y voir plus clair ».

[21] Selon l’avocat du ministre, le courriel de M. James indique clairement que la stratégie relative aux causes types était une initiative du président et du vice-président de la Commission et non de CIC.

ii) La planification de la cause type

[22] M^{me} Steegstra était chargée de la gestion quotidienne des causes types. Elle a déclaré dans son affidavit que l’avocat Peter Wuebbolt avait été choisi pour représenter les demandeurs parce qu’il avait un plus grand nombre de dossiers de Roms hongrois devant la Commission que tout autre avocat. Il était prévu que l’avocat choisi pour représenter les demandeurs dans la cause type serait rémunéré par le Régime d’aide juridique de l’Ontario pour les heures consacrées à la préparation de l’audition de la cause type et à l’audition comme telle et que, une fois cet avocat choisi, le

identified, the Deputy Chair should contact legal aid for this purpose: appeal book, Vol. 11, page 3071.

[23] Ms. Steegstra described the process by which the appellants' claims were selected as the lead case. The aim was to select "very typical claims, not particularly complex or high profile." As requested, Mr. Wuebbolt brought into a Board meeting all his files and, after the main part of the meeting had ended, he and Ms. Steegstra reviewed them, removing from consideration "particularly problematic files".

[24] Meanwhile, Mr. Wuebbolt explained the lead case "scenario" to his clients and submitted a short list to Ms. Steegstra and Mr. Bubrin. Ms. Steegstra made the final selection, "not someone involved in the hearing process." It is clear that Mr. Wuebbolt participated actively and willingly in the lead case process.

[25] A refugee claims officer was selected for the hearing, and the Minister of Citizenship and Immigration was invited to participate. The Minister's representative at the hearing was selected by the CIC Manager in Toronto.

[26] Refugee claims are normally decided on the basis of written material about country conditions available in the Board's documentation centre. The most distinctive feature of the hearing of the lead case was that expert witnesses were to be called to testify about the situation facing Roma in Hungary, especially regarding the availability of protection against discrimination and persecution provided by state authorities, including the police.

[27] Mr. Wuebbolt selected two witnesses whom he would call to testify at the hearing on behalf of the appellants. The Minister's representative selected four witnesses: Dr. Holtzl, a representative of the Hungarian government; Dr. Kaltenbach, an ombudsman for

vice-président communiquerait avec les responsables du Régime à cette fin : dossier d'appel, vol. 11, page 3071.

[23] M^{me} Steegstra a décrit comment les demandes des appelants ont été choisies pour constituer la cause type. Il s'agissait de choisir [TRADUCTION] « des demandes très typiques qui n'étaient pas particulièrement complexes ou très médiatisées ». Comme il le lui avait été demandé, M. Wuebbolt a apporté tous ses dossiers à une réunion de la Commission et, après que les principales questions eurent été discutées, lui et M^{me} Steegstra les ont passés en revue et ont écarté les [TRADUCTION] « dossiers particulièrement problématiques ».

[24] Entre-temps, M. Wuebbolt a expliqué le [TRADUCTION] « scénario » des causes types à ses clients et a soumis une liste de dossiers sélectionnés à M^{me} Steegstra et à M. Bubrin. C'est M^{me} Steegstra qui a fait le choix final parce qu'elle [TRADUCTION] « n'avait aucun rôle à jouer relativement à l'audience ». Il ne fait aucun doute que M. Wuebbolt a participé activement et volontairement au processus concernant les causes types.

[25] Un agent chargé de la revendication a été choisi en vue de l'audience et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a été invité à participer à celle-ci. Le représentant du ministre à l'audience a été choisi par le gestionnaire de CIC à Toronto.

[26] Les demandes d'asile sont normalement tranchées sur la foi de documents écrits décrivant les conditions existant dans le pays concerné que l'on peut obtenir au centre de documentation de la Commission. La plus grande particularité de l'audition de la cause type résidait dans le fait que des experts devaient être appelés à témoigner au sujet de la situation des Roms en Hongrie, en particulier au regard de la protection que les autorités de l'État, notamment la police, peuvent leur assurer contre la discrimination et la persécution.

[27] M. Wuebbolt a choisi deux témoins qu'il allait appeler à témoigner à l'audience pour le compte des appelants. De son côté, le représentant du ministre a choisi quatre témoins : M. Holtzl, un représentant du gouvernement hongrois; M. Kaltenbach, un protecteur

minority rights in Hungary; Mr. Farkas, president of the National Roma Minority Self-Government; and Mr. Biro, a journalist and, among other things, Chair of the Board of the European Roma Rights Centre.

[28] The hearing panel originally comprised one Toronto-based Board Member, Mr. Popatia, and one from Montréal, Ms. Berger. The rationale for including a Montréal-based member to sit on a panel to hear a case arising in Toronto was that, to the extent that there were differing regional perspectives on refugee claims made by Hungarian Roma, it would increase the persuasiveness of the lead case to include on the panel Board members from Toronto and Montréal.

[29] However, in an e-mail dated September 18, 1998 (appeal book, Vol. 11, page 3096), Mr. Bubrin stated that he would sit on the panel in place of Mr. Popatia, who had withdrawn for “personal reasons”. In an e-mail, dated October 26, 1998, Ms. Steegstra wrote that Mr. Bubrin was concerned that he remain “distanced” from the lead cases since he was going to sit on the panel that would hear them: appeal book Vol. 11, page 3098. Accordingly, Mr. Bubrin had asked not to be included in further communications about the lead cases, a suggestion with which the Deputy Chair concurred (*ibid.*), saying:

. . . it is a good idea to provide some distance between the panel and Board management to avoid any possible inference of improper influence over the panel’s deliberations.

[30] Finally, it should be noted that the Board planned the lead cases without either publicity, or consultation with interested NGOs [non-governmental organizations] or members of the immigration and refugee law bar, other than Mr. Wuebbolt. The Board’s first public explanation of the lead case strategy appeared in the “Lead Case Background”, which was not published until March 1999, a month after the appellants had filed their applications for leave to commence an application for judicial review challenging the procedural fairness of the Board’s rejection of their refugee claims.

des droits des minorités en Hongrie; M. Farkas, le président de l’administration autonome nationale de la minorité rome; et M. Biro, un journaliste qui était aussi, notamment, président du conseil d’administration de l’European Roma Rights Centre.

[28] La formation devant laquelle l’audience devait avoir lieu était composée à l’origine de M. Popatia, un commissaire de Toronto, et de M^{me} Berger, une commissaire de Montréal. La présence d’une commissaire de Montréal au sein d’une formation entendant une affaire survenue à Toronto avait pour but, si les points de vue sur les demandes d’asile présentées par les Roms de Hongrie différaient d’une région à l’autre, de renforcer le caractère persuasif de la cause type.

[29] Toutefois, dans un courriel daté du 18 septembre 1998 (dossier d’appel, vol. 11, page 3096), M. Bubrin a écrit qu’il remplacerait M. Popatia parce que ce dernier s’était retiré pour des [TRADUCTION] « raisons personnelles ». Dans un courriel daté du 26 octobre 1998, M^{me} Steegstra a écrit que M. Bubrin estimait qu’il devait rester [TRADUCTION] « éloigné » des causes types étant donné qu’il allait faire partie de la formation chargée de les entendre : dossier d’appel, vol. 11, page 3098. Par conséquent, M. Bubrin avait demandé de ne plus recevoir de communications concernant les causes types. Le vice-président a accédé à cette demande (*ibid.*), disant :

[TRADUCTION] [. . .] c’est une bonne idée de garder une certaine distance entre la formation et la direction de la Commission afin d’éviter toute apparence d’influence indue sur les délibérations de la formation.

[30] Finalement, il faut mentionner que la Commission a planifié les causes types sans en parler publiquement et sans consulter les ONG [organisations non gouvernementales] concernées ou les avocats spécialisés en droit de l’immigration et des réfugiés, à l’exception de M. Wuebbolt. La Commission a expliqué publiquement pour la première fois la stratégie relative aux causes types dans le « Document d’information sur les cas types », qui n’a été publié qu’en mars 1999, soit un mois après que les appelants eurent demandé l’autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire afin de contester l’équité procédurale de la décision de la Commission de rejeter leurs demandes d’asile.

(iii) The lead cases' hearing

[31] As already noted, while the Board normally assesses country conditions solely on the basis of information available in the Board's documentation centre, the lead cases were distinguished by the presence at the hearing of the expert witnesses called by the Minister's representative. They testified on the country conditions prevailing in Hungary for Roma, and were cross-examined by Mr. Wuebbolt, counsel for the appellants.

[32] Counsel who appeared for the appellants in the appeal to this Court, Mr. Galati, made two complaints about the procedure at the Board hearing. First, he said, the appellants were excluded from the hearing room during the testimony of Dr. Holtzl, and had to view this part of the proceeding on a monitor in another room. Second, he submitted that the translation of some of the expert testimony was inadequate.

(iv) Events after the hearing of the lead cases

[33] The reasons of the Board in *Smajda* were signed by Ms. Berger and concurred in by Mr. Bubrin, while Mr. Bubrin signed the reasons in the *Kozak* case, and Ms. Berger concurred. The reasons in both cases are dated January 20, 1999. The formal orders of the Board dismissing the appellants' refugee claims were signed on behalf of the Board on January 21, 1999.

[34] Counsel for the appellants referred to evidence of the publicity that the lead cases had received in the media in Hungary, both before and after the decisions in the appellants' cases had been released by the Board. Mr. Roger Rodrigues, a lawyer practising with Mr. Galati, attached as an exhibit to his affidavit, dated July 11, 2000, a copy of the January 1999 issue of *Roma Rights*, appeal book, Vol. 10, pages 2787-2788. This publication stated that, on January 5 and 7, 1999, two leading daily newspapers in Hungary had carried stories about two decisions by the Board on refugee claims by Hungarian Roma. One newspaper described the

(iii) L'audition des causes types

[31] Comme je l'ai mentionné précédemment, alors que la Commission évalue généralement les conditions existant dans un pays en se fondant uniquement sur les renseignements dont dispose son centre de documentation, des experts ont été appelés par le représentant du ministre à témoigner lors de l'audition des causes types. Ces témoins ont décrit les conditions dans lesquelles les Roms vivent en Hongrie et ont été contre-interrogés par M. Wuebbolt, le conseil des appelants.

[32] L'avocat qui a représenté les appelants dans le cadre du présent appel, M. Galati, s'est plaint de deux aspects de la procédure suivie à l'audience devant la Commission. Il a dit en premier lieu que les appelants ne se trouvaient pas dans la salle d'audience pendant le témoignage de M. Holtzl et qu'ils avaient dû suivre cette partie de l'audience sur un écran placé dans une autre pièce. En deuxième lieu, il a soutenu que la traduction de certaines parties des témoignages des experts était inadéquate.

(iv) Les événements qui ont suivi l'audition des causes types

[33] Les motifs rendus par la Commission dans *Smajda* ont été signés par M^{me} Berger et M. Bubrin y a souscrit; toutefois, dans *Kozak*, c'est M. Bubrin qui a signé les motifs et M^{me} Berger y a souscrit. Les motifs sont datés du 20 janvier 1999 dans les deux cas. Les ordonnances de la Commission rejetant les demandes d'asile des appelants ont été signées pour son compte le lendemain.

[34] L'avocat des appelants a fait référence à la preuve de la publicité dont les causes types avaient fait l'objet dans les médias en Hongrie avant que la Commission rende ses décisions concernant les appelants et par la suite. Roger Rodrigues, un avocat travaillant avec M. Galati, a joint à son affidavit du 11 juillet 2000 une copie du numéro de janvier 1999 de *Roma Rights*, dossier d'appel, vol. 10, pages 2787 et 2788. Cette publication indiquait que, les 5 et 7 janvier 1999, deux grands quotidiens hongrois avaient publié des articles sur deux décisions de la Commission relativement à des demandes d'asile présentées par des

decisions as “precedent-setting” and stated that they meant that Hungarian Roma refugee claims would not be accepted in Canada.

[35] In addition, each of the principal claimants of the Kozak and Smajda families swore affidavits to the effect that, while searching the Internet on January 18, 1999, they had come across the Web site of a Hungarian newspaper which stated that a Canadian decision concerning refugee claims by two families of Hungarian Roma was expected “in a couple of days”: appeal book, Vol. 10, pages 2726, 2727, 2739 and 2740.

[36] These affiants also referred to reports in two online Hungarian newspapers of January 22, 1999: appeal book, Vol. 10, pages 2727 and 2740. One newspaper announced a “precedent decision” involving refugee claims by two Hungarian Roma families. The identifying characteristics contained in the reports of the families concerned indicate that they refer to the appellants. On the same day, Hungary’s largest circulation newspaper carried a story under the headline, “Canada Does Not Grant Asylum to Hungarian Roma”: appeal book, Vol. 10, page 2788.

[37] The Board’s decisions denying the appellants’ claims were signed on January 20, 1999, and released to the appellants the next day. Counsel suggested that a reasonable person might think that these press reports referred to the appellants’ cases and that, even before the decisions in the lead cases were signed, officials of the Board or CIC had started to ensure that they were known in Hungary, in order to deter Hungarian Roma from coming to Canada to claim refugee status.

[38] Counsel for the appellants also pointed out that the percentage of positive decisions rendered by panels of the Board in Hungarian Roma claims dropped dramatically in the six months after the publication of the reasons in the lead cases: appeal book, Vol. 10, pages 2807, 2810 and 2811. Affidavits sworn by refugee lawyers and by officers from the Roma Advocacy

Roms hongrois. L’un des journaux qualifiait les décisions de [TRADUCTION] « précédents » et ajoutait qu’elles signifiaient que les demandes d’asile présentées par des Roms de Hongrie ne seraient pas acceptées au Canada.

[35] De plus, chacun des demandeurs principaux des familles Kozak et Smajda ont déclaré dans leurs affidavits qu’en effectuant des recherches dans Internet le 18 janvier 1999, ils étaient tombés sur le site Web d’un journal hongrois qui indiquait qu’une décision concernant les demandes d’asile de deux familles de Roms hongrois devait être rendue au Canada [TRADUCTION] « dans quelques jours » : dossier d’appel, vol. 10, pages 2726, 2727, 2739 et 2740.

[36] Ces personnes ont aussi parlé de reportages publiés dans deux journaux hongrois du 22 janvier 1999, accessibles en ligne : dossier d’appel, vol. 10, pages 2727 et 2740. L’un de ces journaux annonçait un [TRADUCTION] « précédent » concernant les demandes d’asile présentées par deux familles romes hongroises. Les renseignements qui y sont donnés indiquent qu’il s’agit des appelants. Le même jour, le plus grand journal de Hongrie a publié un article intitulé [TRADUCTION] « Le Canada refuse l’asile à des Roms hongrois » : dossier d’appel, vol. 10, page 2788.

[37] Les décisions de la Commission rejetant les demandes des appelants ont été signées le 20 janvier 1999 et ont été communiquées aux appelants le lendemain. Selon l’avocat, une personne raisonnable pourrait penser que ces articles parlaient des appelants et que, même avant que les décisions relatives aux causes types aient été signées, les fonctionnaires de la Commission ou de CIC avaient commencé à prendre des mesures afin qu’elles soient connues en Hongrie dans le but de dissuader les Roms hongrois de venir au Canada pour y demander l’asile.

[38] L’avocat des appelants a aussi souligné que la proportion de décisions rendues par des formations de la Commission en faveur de Roms de Hongrie avait baissé considérablement au cours des six mois ayant suivi la publication des motifs rendus dans les causes types : dossier d’appel, vol. 10, pages 2807, 2810 et 2811. Des affidavits signés par des avocats spécialisés

Centre in Toronto state that, following the release of the reasons in the lead cases, the Board routinely rejected Hungarian Roma claims on the basis of the lead cases, without any independent assessment of the evidence of country conditions: appeal book, Vol. 10, pages 2755-2774.

[39] Thus, the percentage of positive decisions dropped from 71% in December 1998 to 27% in the three months after the decisions in the lead cases were released and to 9% in the next three months. In the first six months of 2002, the percentage of positive decisions in Toronto was 6%, well below the average for this period in Montréal, Calgary and Vancouver. Based on these statistics and affidavits, counsel submitted that a reasonable person would think that the impact of the lead cases in Toronto confirmed that they had been designed to reduce the number of positive decisions in the future.

[40] To the extent that the lead cases were intended to establish a firm factual and legal foundation for the future determination of Hungarian Roma claims (especially on the questions of whether claimants faced persecution or discrimination, and the adequacy of state protection), they did not prove very successful. Several Hungarian Roma claimants, whose claims the Board had rejected on the basis of the findings of fact in the lead cases, successfully applied for judicial review.

[41] Thus, in a number of cases, the Federal Court held that the Board had relied too heavily on the country condition findings described in the "Hungarian lead case information package", which contained more than 75 documents and transcripts of the oral evidence given by the six expert witnesses at the lead case hearings, without making its own analysis of the evidence before it. See, for example, *Polgari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d)

en droit des réfugiés et par des employés du Roma Advocacy Centre de Toronto indiquent que, après la publication des motifs dans les causes types, la Commission a rejeté régulièrement les demandes d'asile présentées par des Roms de Hongrie en s'appuyant sur les causes types, sans apprécier la preuve relative aux conditions existant en Hongrie qui lui était présentée dans chaque cas : dossier d'appel, vol. 10, pages 2755 à 2774.

[39] Ainsi, la proportion de décisions favorables est passée de 71 p. 100 en décembre 1998 à 27 p. 100 au cours des trois mois qui ont suivi la publication des décisions relatives aux causes types et à 9 p. 100 au cours des trois mois suivants. Dans les six premiers mois de 2002, 6 p. 100 des affaires entendues à Toronto ont fait l'objet d'une décision favorable, ce qui est beaucoup plus bas que la moyenne atteinte pour la même période à Montréal, à Calgary et à Vancouver. Se fondant sur ces statistiques et sur ces affidavits, l'avocat a fait valoir qu'une personne raisonnable penserait que les causes types de Toronto avaient effectivement pour but de réduire le nombre de décisions favorables devant être rendues dans l'avenir.

[40] Les causes types n'ont pas réellement permis d'établir, si c'était effectivement leur but, un fondement factuel et un fondement juridique solides devant servir à statuer sur les futures demandes présentées par des Roms de Hongrie (en particulier en ce qui concerne la question de savoir si les demandeurs étaient exposés à de la persécution ou à de la discrimination, et le caractère adéquat de la protection de l'État). En effet, plusieurs Roms de Hongrie dont les demandes avaient été rejetées par la Commission sur la foi des conclusions de fait tirées dans les causes types ont présenté des demandes de contrôle judiciaire et ont eu gain de cause.

[41] Ainsi, dans un certain nombre d'affaires, la Cour fédérale a statué que la Commission s'était trop appuyée sur les conclusions relatives aux conditions existant en Hongrie décrites dans la trousse d'information sur les causes types hongroises, laquelle contenait plus de 75 documents et transcriptions de témoignages faits par les six experts lors de l'audition des causes types, sans effectuer sa propre analyse de la preuve dont elle était saisie. Voir, par exemple, *Polgari c. Canada (Ministre*

263 (F.C.T.D.); *Sarkozi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 182 (F.C.T.D.); *Balogh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 221 F.T.R. 809 (F.C.T.D.); *Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 771 (T.D.). In other cases respecting Hungarian Roma refugee claims, the Court has upheld negative decisions by the Board on the adequacy of state protection: see, for example, *Racz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1293, where some of the conflicting authorities are listed.

C. THE FEDERAL COURT'S DECISION

[42] The applications Judge in this case rejected all the grounds of review advanced by the appellants. He concluded that they had failed to establish that: the "lead case" initiative was not authorized by the *Immigration Act*; its origin and execution created a reasonable apprehension of bias; the appellants were denied procedural rights at the hearing by their temporary exclusion from the hearing room and by inadequacies in the translation of oral evidence; and the Board committed reviewable errors in concluding that Hungarian authorities had not denied them adequate state protection from persecution. Nonetheless, having found that "special reasons" existed, he awarded costs to the appellants.

[43] Of particular relevance to this appeal is the Judge's conclusion that the Board's motive for the lead case initiative was to help to ensure consistent decisions in the determination of refugee claims by Hungarian Roma. He found also that the e-mail evidence relied on by the appellants was insufficient to establish a reasonable apprehension of bias on the ground of a pre-disposition on the part of the hearing panel, as a result of the prior organization of the lead cases by members of the Board's management, including Mr. Bubrin, and the contacts between the Board and the CIC regarding Hungarian Roma claims.

de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 626; *Sarkozi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 649; *Balogh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 809; *Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 771 (1^{re} inst.). Dans d'autres affaires concernant des Roms hongrois demandant l'asile, la Cour a confirmé les décisions défavorables rendues par la Commission sur le caractère adéquat de la protection de l'État : voir, par exemple, *Racz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1293, où un certain nombre de précédents contradictoires sont citées.

C. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[42] Le juge saisi des demandes en l'espèce a rejeté tous les motifs de contrôle invoqués par les appelants. Il a conclu que ces derniers n'avaient pas réussi à démontrer que l'initiative relative aux causes types n'était pas permise par la *Loi sur l'immigration*; que sa création et sa mise en œuvre créaient une crainte raisonnable de partialité; que les appelants avaient été privés de leurs droits en matière de procédure à l'audience parce qu'ils avaient été exclus temporairement de la salle d'audience et que la traduction des témoignages était inadéquate; que la Commission avait commis des erreurs susceptibles de contrôle en concluant que les autorités hongroises ne leur avaient pas refusé une protection adéquate contre la persécution. Il a néanmoins accordé les dépens aux appelants pour des « raisons spéciales ».

[43] La conclusion du juge selon laquelle la Commission avait élaboré l'initiative relative aux causes types dans le but d'assurer la cohérence de ses décisions concernant les demandes d'asile présentées par des Roms hongrois est particulièrement pertinente en l'espèce. En outre, le juge a conclu que les courriels sur lesquels les appelants se sont fondés ne démontraient pas qu'il existait une crainte raisonnable de partialité fondée parce que la formation avait déjà une idée de la décision qu'elle allait rendre avant l'audience en raison de l'organisation des causes types par des gestionnaires de la Commission, dont M. Bubrin, et des contacts entre la Commission et CIC concernant les demandes des Roms de Hongrie.

D. ANALYSIS

Two preliminary matters

(a) Standard of review

[44] Whether a tribunal's decision was made in breach of the duty of procedural fairness, including the requirement of impartiality, is determined by a reviewing court on a standard of correctness.

[45] In determining whether an administrative tribunal committed a reviewable error, an appellate court should normally put itself in the shoes of the applications Judge: the focus of an appellate court thus generally remains on the reasons and actions of the agency under review, rather than on the reasons of the applications Judge.

[46] In this case, I have reached a different conclusion from the applications Judge on whether the facts give rise to a reasonable apprehension of bias. In my respectful view, he did not recognize that, since Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] rights are at stake in refugee proceedings before the Board, an independent adjudicative body, the reasonable apprehension of bias standard is particularly demanding.

[47] Contrary to the Judge's conclusion, the appellants may establish a reasonable apprehension of bias without proving the motivation of the Board in orchestrating the lead cases. In my respectful view, it is sufficient that a reasonable person could conclude from a review of the evidence as a whole that the Board's motive was such as to make it more likely than not that the hearing panel was not impartial.

(b) The certified question

[48] In view of the conclusion to which I have come, I need only address two substantive issues in these

D. ANALYSE

Deux questions préliminaires

a) La norme de contrôle

[44] Une cour de révision applique la norme de la décision correcte lorsqu'elle doit décider si, en rendant sa décision, un tribunal administratif a manqué à l'obligation d'agir équitablement en matière de procédure, y compris l'obligation d'être impartial.

[45] Pour savoir si un tribunal administratif a commis une erreur susceptible de contrôle, une cour d'appel doit normalement se mettre à la place du juge saisi des demandes. Elle doit donc généralement s'attarder aux motifs et aux actes de l'organisme dont la décision est contestée et non aux motifs du juge saisi des demandes.

[46] En l'espèce, je ne suis pas arrivé à la même conclusion que le juge saisi des demandes sur la question de savoir si les faits font naître une crainte raisonnable de partialité. À mon humble avis, le juge saisi des demandes n'a pas reconnu que, étant donné que des droits garantis par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] sont en jeu dans les procédures relatives aux réfugiés se déroulant devant la Commission—un organisme indépendant disposant d'un pouvoir décisionnel—, la norme servant à déterminer si une telle crainte existe est particulièrement exigeante.

[47] Contrairement à ce que le juge a conclu, les appelants peuvent démontrer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité sans prouver les raisons pour lesquelles la Commission a élaboré l'initiative relative aux causes types. À mon humble avis, il suffit qu'une personne raisonnable puisse conclure, après examen de la preuve dans l'ensemble, que ces raisons font en sorte que, selon toute vraisemblance, la formation devant laquelle l'audience a eu lieu n'était pas impartiale.

b) La question certifiée

[48] Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, deux questions de fond seulement doivent être

reasons. First, did the circumstances preceding the hearing and determination of the appellants' refugee claims by the Board give rise to a reasonable apprehension of bias or lack of independence on the part of the panel members who heard and decided them? Second, if they did, was the appellants' right to relief waived by their and Mr. Wuebbolt's failure to raise the issue of bias earlier? The third issue to be addressed concerns the applications Judge's award of costs to the appellants.

[49] Accordingly, I do not find it necessary to answer the question certified by the applications Judge, namely,

Did the IRB have jurisdiction to conduct a "lead case" under the *Immigration Act*?"

The Minister relied on the following provision in the *Immigration Act* as legal authority for the lead case strategy [s. 65(3) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 55)]:

65. . . .

(3) The Chairperson may, after consulting with the Deputy Chairperson and the Assistant Deputy Chairpersons of the Refugee Division and the Appeal Division and the coordinating members of the Refugee Division, issue guidelines to assist the members of the Refugee Division and Appeal Division in carrying out their duties under this Act. [Underlining added.]

This provision has been replaced by subsection 159(1) of the IRPA:

159. (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

. . .

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons and the Director General of the Immigration Division, to assist members in carrying out their duties; [Underlining added.]

tranchées dans les présents motifs. Premièrement, les circonstances qui ont précédé l'audience et la décision rendue par la Commission relativement aux demandes d'asile des appelants ont-elles fait naître une crainte raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance chez les membres de la formation qui ont entendu les demandes et ont statué sur celles-ci? Deuxièmement, dans l'affirmative, les appelants ont-ils droit à une mesure de redressement même si ni eux ni M. Wuebbolt n'ont soulevé plus tôt la question de la partialité? La troisième question que je dois examiner a trait à l'adjudication des dépens aux appelants par le juge saisi des demandes.

[49] Par conséquent, il n'est pas nécessaire, à mon avis, de répondre à la question certifiée par le juge saisi des demandes, à savoir :

La CISR avait-elle compétence pour entendre une « cause type » en vertu de la *Loi sur l'immigration*?

Le ministre s'est appuyé sur la disposition suivante de la *Loi sur l'immigration* pour justifier la stratégie relative aux causes types [art. 65(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 55)] :

65. [. . .]

(3) Le président, après consultation du vice-président et des vice-présidents adjoints de la section du statut et de la section d'appel et des membres coordonnateurs de la section du statut, peut, par écrit, donner des directives aux membres de ces sections en vue de les assister dans l'exécution de leurs fonctions. [Soulignement ajouté.]

Cette disposition a été remplacée par le paragraphe 159(1) de la LIPR :

159. (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

[. . .]

(h) après consultation des vice-présidents et du directeur général de la Section de l'immigration et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel; [Soulignement ajouté.]

[50] The Board issued no guideline under the *Immigration Act* respecting a lead case format for claims by Hungarian Roma. However, I do not decide whether the Board required explicit statutory authority for its lead case initiative. Differences in the underlined wording of these two statutory provisions make it inappropriate to opine needlessly on the meaning of either the repealed provision or its replacement.

Issue 1: Were the lead case decisions vitiated by bias or lack of independence?

(i) the applicable test

[51] Applying the familiar test of bias articulated by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394, the applications Judge concluded that the appellants had not established that the circumstances surrounding the origin, planning and execution of the lead cases gave rise to a reasonable apprehension of bias. Accordingly, he concluded that the adoption of procedures by an administrative agency to promote consistent decision making was warranted, provided that the independence of future panels was not thereby compromised.

[52] Although trite, the definition of bias bears repetition. A tribunal's decision is liable to be set aside for bias if a reasonable person, who was reasonably informed of the facts and had thought the matter through in a practical manner, would conclude on a balance of probabilities that the decision maker was not impartial. A similar test determines whether a tribunal is independent. Three preliminary considerations may be added to this general proposition.

[53] First, the standard of impartiality expected of a particular administrative decision maker depends on context and is to be measured by reference to the factors

[50] La Commission n'a donné aucune directive sous le régime de la *Loi sur l'immigration* en ce qui a trait à la création de causes types concernant les Roms de Hongrie. Je ne me prononce pas cependant sur la question de savoir si l'initiative relative aux causes types de la Commission devait être expressément autorisée par la loi. Le libellé des passages soulignés dans les deux dispositions étant différent, il ne conviendrait pas que j'émette pour rien un avis sur la signification de la disposition abrogée ou de celle qui l'a remplacée.

Question n° 1 : Les décisions rendues dans les causes types étaient-elles entachées par la partialité ou le manque d'indépendance?

i) Le critère applicable

[51] Appliquant le critère bien connu de la partialité qui a été formulé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394, le juge saisi des demandes a considéré que les appelants n'avaient pas démontré que les circonstances entourant la création, la planification et la mise en œuvre de l'initiative relative aux causes types avaient fait naître une crainte raisonnable de partialité. Il a conclu en conséquence que l'adoption de règles de procédure par un organisme administratif dans le but d'assurer la cohérence de ses décisions était justifiée, pourvu que cela ne compromette pas l'indépendance des formations dans l'avenir.

[52] Même si la notion est bien connue, il convient de rappeler ce qu'est la partialité. La décision d'un tribunal administratif doit être annulée pour partialité si une personne raisonnable qui est raisonnablement au courant des faits et qui a examiné l'affaire d'une manière pratique conclurait, suivant la prépondérance des probabilités, que le décideur n'a pas été impartial. Un critère semblable sert à déterminer si un tribunal administratif est indépendant. Trois considérations préliminaires peuvent compléter cette proposition générale.

[53] En premier lieu, le degré d'impartialité que l'on attend d'un décideur administratif dépend du contexte et doit être évalué en fonction des facteurs décrits par la

identified by L'Heureux-Dubé J. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 47. The independence of the Board, its adjudicative procedure and functions, and the fact that its decisions affect the Charter rights of claimants, indicate that the content of the duty of fairness owed by the Board, including the duty of impartiality, falls at the high end of the continuum of procedural fairness.

[54] The reasonable person in the rule against bias is not to be equated with either the losing parties or the unduly suspicious. However, the high standard of impartiality and independence applicable to the Board will be reflected in the determination of whether the appellants have established a reasonable apprehension of bias.

[55] Second, the Board is charged with a uniquely difficult mandate of administrative adjudication. For instance, throughout the 1990s, the Board carried a very heavy caseload and had a large membership. Its approximately 200 members sat across Canada in panels of two. The Board had to keep abreast of the often rapidly changing human rights conditions in the places from which refugee claimants came, and was subject to unpredictable and sudden increases in claimants from particular countries. In addition, because of the often sensitive nature of its subject-matter, the Board operated in the glare of the political and public attention attracted both by individual decisions and more systemic issues, such as the time taken to render decisions and the backlog of cases waiting to be heard.

[56] In view of these challenges, the Board has had to devise means of maintaining and enhancing the consistency and quality of its decisions, which is of critical importance to its ability to perform its statutory functions and to retain its legitimacy. To this end, the Board's procedure should not be confined in a model of due process that draws exclusively on the judicial paradigm and discourages innovation. Nonetheless,

juge L'Heureux-Dubé dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 47. L'indépendance de la Commission, son processus et ses fonctions décisionnels ainsi que le fait que ses décisions ont une incidence sur les droits qui sont garantis par la Charte aux demandeurs font en sorte que son obligation d'agir équitablement, notamment d'être impartiale, se trouve au sommet de l'échelle de l'équité procédurale.

[54] La personne raisonnable dont il est question dans la règle interdisant la partialité ne doit pas être assimilée à la partie perdante ou à une personne exagérément méfiante. Le degré élevé d'impartialité et d'indépendance qui s'applique à la Commission caractérisera cependant la décision concernant la question de savoir si les appelants ont démontré l'existence d'une crainte raisonnable de partialité.

[55] En deuxième lieu, le mandat confié à la Commission de rendre des décisions administratives est particulièrement difficile. Par exemple, pendant les années 1990, la Commission avait une charge de travail très lourde et était composée d'un grand nombre de commissaires. Les 200 membres environ qui la composaient siégeaient partout au Canada en groupes de deux. La Commission devait se tenir au courant des changements souvent rapides touchant la situation des droits de la personne dans les endroits d'où les demandeurs d'asile venaient et devait faire face à des augmentations imprévisibles et soudaines du nombre de demandeurs venant de certains pays. De plus, en raison de la nature souvent délicate de son travail, la Commission attirait l'attention des politiciens et du public à cause de certaines décisions et de questions plus systémiques, par exemple le temps qu'elle prenait pour rendre ses décisions et l'arriéré des affaires qu'elle devait entendre.

[56] Pour faire face à ces défis, la Commission a dû trouver des moyens de maintenir et d'accroître la cohérence et la qualité de ses décisions afin de pouvoir s'acquitter des fonctions que la loi lui confie et conserver sa légitimité. Aussi, la procédure de la Commission ne doit pas se limiter à un modèle d'application régulière de la loi s'inspirant uniquement du paradigme judiciaire et décourageant l'innovation. Les procédures destinées à

procedures designed to increase quality and consistency cannot be adopted at the expense of the duty of each panel to afford to the claimant before it a high degree of impartiality and independence.

[57] Third, the legal notion of bias connotes circumstances that give rise to a belief by a reasonable and informed observer that the decision maker has been influenced by some extraneous or improper consideration. Similarly, a belief that a decision maker is not independent goes to the improper surrender of freedom as to how disputes should be decided. In determining propriety, the legitimate interests of the agency in the overall quality of its decisions cannot be ignored.

(ii) Applying the test to the facts

[58] I cannot point to a single fact which, on its own, is sufficient to establish bias. There is, for example, no evidence of a statement by a senior Board official or member that the purpose of the lead cases was to reduce the number of positive decisions in Hungarian Roma cases and to deter potential claimants, although there are references early in the planning stage to the high rate of positive decisions previously rendered, to CIC's concerns about this, and to public opinion.

[59] I would identify Mr. Bubrin's participation in the hearings as particularly unfortunate, given the leading role that he had had in planning and organizing with Board management the lead cases. The fact that the Board did not involve members of the refugee Bar or interested NGOs in the planning process for this novel initiative, and released no explanatory public statement until after the appellants had sought leave in the Federal Court to apply for judicial review, also contributed to creating a cloud of suspicion.

[60] Nonetheless, despite the absence of a "smoking gun", I have concluded on the basis of the entire factual

accroître la qualité et la cohérence ne doivent toutefois pas être adoptées au détriment de l'obligation de chaque formation d'assurer au demandeur qui comparaît devant elle un degré élevé d'impartialité et d'indépendance.

[57] En troisième lieu, la notion juridique de partialité évoque des circonstances qui amènent un observateur raisonnable et informé à croire que le décideur a été influencé par une considération extrinsèque ou injustifiée. De la même façon, on peut en arriver à croire qu'un décideur n'est pas indépendant lorsqu'il a renoncé à tort à sa liberté de rendre la décision qui devrait être rendue. On ne peut négliger l'intérêt légitime que représente pour l'organisme la qualité générale de ses décisions lorsqu'on évalue son intégrité.

ii) L'application du critère aux faits

[58] Je ne peux trouver un seul fait qui, en soi, suffit à démontrer qu'il y a eu partialité. Par exemple, aucune preuve indiquant qu'un haut fonctionnaire ou un membre supérieur de la Commission a affirmé que les causes types avaient pour but de réduire le nombre de décisions rendues en faveur des Roms hongrois et de dissuader les demandeurs éventuels n'a été produite, quoique l'on ait fait référence au début de la planification à la proportion élevée de décisions favorables rendues précédemment, aux préoccupations de CIC à cet égard et à l'opinion publique.

[59] J'estime qu'il est particulièrement malheureux que M. Bubrin ait participé à l'audience compte tenu du rôle de premier plan qu'il a joué lors de la planification et de l'organisation des causes types avec la direction de la Commission. Le fait que la Commission n'a pas demandé le concours des avocats spécialisés en droit des réfugiés ou des ONG concernées à l'étape de la planification de cette initiative inédite et qu'elle n'a expliqué celle-ci publiquement qu'après que les appelants eurent demandé à la Cour fédérale l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire a également contribué à faire naître des soupçons.

[60] Néanmoins, même si je ne dispose pas d'une preuve incontestable, j'ai conclu, en me fondant sur

matrix of this case that a reasonable person who had considered every aspect of the matter and had thought it through carefully, would think that the hearing panel was biased and was not acting independently when it rejected the appellants' claims for refugee status.

[61] Reading the e-mails exchanged among members of the senior management in the early stages, a person could reasonably conclude that the lead case strategy was not only designed to bring consistency to future decisions and to increase their accuracy, but also to reduce the number of positive decisions that otherwise might be rendered in favour of the 15,000 Hungarian Roma claimants expected to arrive in 1998, and to reduce the number of potential claimants.

[62] As counsel for the appellants pointed out, the Board's previous decisions on similar claims had been overwhelmingly positive, with little evidence of inconsistency. The e-mails also reveal that, on the basis of meetings with CIC officials, members of the Board's management believed that CIC had concerns about the high number of positive decisions, which they believed resulted from the inaccuracy of the information on which the Board had based decisions regarding claims by Hungarian Roma, and were looking for a procedure that would satisfy those concerns.

[63] When considered in the context described above, the Board's selection of both the lawyer and the cases to serve as the "lead cases", without any wider consultation with the immigration and refugee bar, would also trouble the reasonable observer. The Board's selection of the lawyer and of the lead cases may be seen as part of Board management's response to the concerns of CIC about the Board's previous positive decisions and its future handling of a large number of Hungarian Roma claims.

l'ensemble des faits en l'espèce, qu'une personne raisonnable ayant examiné chaque aspect de l'affaire et y ayant réfléchi de manière approfondie penserait que la formation devant laquelle l'audience s'est déroulée était partielle et n'agissait pas de manière indépendante lorsqu'elle a rejeté les demandes d'asile des appelants.

[61] Par ailleurs, une personne qui lirait les courriels échangés entre les membres de la haute direction au début de l'initiative relative aux causes types pourrait raisonnablement conclure que cette stratégie n'avait pas uniquement pour but d'assurer la cohérence des futures décisions et d'accroître leur exactitude, mais également de réduire le nombre de décisions favorables qui auraient pu, n'eût été de cette stratégie, être rendues en faveur des 15 000 Roms hongrois dont on prévoyait l'arrivée au Canada en 1998 et de diminuer le nombre de demandeurs éventuels.

[62] Comme l'avocat des appelants l'a souligné, le nombre de décisions favorables rendues dans le passé par la Commission relativement à des demandes semblables était extrêmement élevé, et un petit nombre seulement semblaient incohérentes. Les courriels révèlent également qu'à la suite de réunions avec des hauts fonctionnaires de CIC, les membres de la direction de la Commission croyaient que CIC était préoccupé par le grand nombre de décisions qui étaient rendues en faveur des Roms hongrois, parce que, d'après ce dernier, la Commission ne disposait pas de renseignements exacts, et souhaitaient élaborer une procédure qui réglerait ce problème.

[63] Lorsqu'on tient compte du contexte décrit ci-dessus, le choix, par la Commission, de l'avocat et des affaires devant servir de « causes types », sans qu'aucune consultation plus large n'ait été menée auprès d'avocats spécialisés en droit de l'immigration et en droit des réfugiés, amènerait aussi l'observateur raisonnable à se poser des questions. Le choix, par la Commission, de l'avocat et des causes types pourrait être considéré comme une partie de la réponse de la direction de la Commission aux préoccupations de CIC concernant les décisions favorables rendues dans le passé par les commissaires et la manière dont ces derniers allaient traiter le grand nombre de demandes émanant de Roms hongrois dans l'avenir.

[64] Mr. Bubrin's decision to sit on the hearing panel provided a link between the adjudication of the appellants' claims, and the activities on the part of the Board's management, including Mr. Bubrin as head of the European case management team, in initiating and planning the lead cases. Indeed, recognizing the delicacy of his position, Mr. Bubrin requested after he had decided to sit on the panel that he be not included in e-mails regarding the lead cases.

[65] To summarize, given the high standard of impartiality to which the Board is held in its adjudicative capacity, a reasonable person might well have concluded on the basis of the above that the panel hearing the appellants' claims was not impartial. This is because one of its two panel members may have been predisposed towards denying the appellants' claims since he had played a leading role in an exercise that may seem to have been partly motivated by a desire by CIC and the Board to produce an authoritative, if non-binding legal and factual "precedent", particularly on the adequacy of state protection, which would be used to reduce the percentage of positive decisions in claims for refugee status by Hungarian Roma. The panel may reasonably be seen to have been insufficiently independent from Board management and thus tainted by the Board's motivation for the leading case strategy. Support for a belief that the lead case strategy was motivated by a desire to deter potential claimants is the apparent leak to the Hungarian media of the negative decisions before they were released, and the ensuing publicity calculated to deter Roma from leaving for Canada in order to claim refugee status.

Issue 2: Did the appellants waive their right to judicial review?

[66] Parties are not normally able to complain of a breach of the duty of procedural fairness by an administrative tribunal if they did not raise it at the

[64] La décision de M. Bubrin de faire partie de la formation devant laquelle l'audience allait avoir lieu a créé un lien entre la résolution des demandes des appelants et les activités de la direction de la Commission, notamment le travail de M. Bubrin en tant que chef de l'équipe de gestion des cas de l'Europe, dans le cadre de la création et de la planification des causes types. Sachant qu'il se trouvait dans une position délicate, M. Bubrin a demandé, après avoir décidé de faire partie de la formation, de ne pas recevoir les courriels traitant des causes types.

[65] En résumé, compte tenu du degré élevé d'impartialité dont la Commission doit faire preuve lorsqu'elle rend une décision, une personne raisonnable aurait très bien pu conclure, sur la foi de ce qui précède, que la formation qui a entendu les demandes des appelants n'était pas impartiale, car l'un de ses deux membres aurait pu être prédisposé à rejeter la demande des appelants étant donné qu'il avait joué un rôle de premier plan dans un exercice qui peut sembler avoir été justifié en partie par le désir de CIC et de la Commission de produire un « précédent » juridique et factuel faisant autorité— sans avoir peut-être de force obligatoire—, en particulier en ce qui concerne le caractère adéquat de la protection de l'État, qui serait utilisé pour réduire la proportion de décisions rendues en faveur de Roms hongrois demandant l'asile. On peut raisonnablement considérer que la formation n'était pas suffisamment indépendante de la direction de la Commission et était, de ce fait, influencée par les raisons pour lesquelles cette dernière avait élaboré la stratégie relative aux causes types. On peut penser que cette stratégie était motivée par le désir de dissuader les demandeurs éventuels compte tenu du fait que les décisions défavorables semblent avoir fait l'objet d'une fuite dans les médias hongrois avant qu'elles soient rendues et de la publicité visant à dissuader les Roms de venir au Canada pour y demander l'asile qui a suivi.

Question n° 2 : Les appelants ont-ils renoncé à leur droit à un contrôle judiciaire?

[66] Les parties ne peuvent généralement pas se plaindre d'un manquement à l'obligation d'équité procédurale par un tribunal administratif si elles n'en ont

earliest reasonable moment. A party cannot wait until it has lost before crying foul. In this case, however, the appellants could not have known of the circumstances surrounding the origin and planning of the lead cases, including the involvement of a panel member, Mr. Bubrin. Indeed, the Board provided the appellants with no explanation of the format and potential significance of the “lead case”.

[67] Nonetheless, the Minister argues that the appellants’ counsel before the Board, Mr. Wuebbolt, was fully aware of the situation and had participated willingly and actively in the planning process for the lead cases, and therefore had sufficient knowledge to enable him to object before the decisions were rendered.

[68] While parties to litigation are generally bound by the conduct of their counsel, in the circumstances of this case it does not serve the interests of justice to apply this general rule. While Mr. Wuebbolt gave some kind of briefing to the appellants on their hearing and obtained their consent to the process, he was not aware of all the facts that gave rise to the reasonable apprehension of bias. In particular, he was not privy to most of the intra-Board e-mails referred to in these reasons. Nor is there reason to believe that he was aware of the apparent “leak” to the Hungarian news media about the Board’s decisions prior to their release. Second, Mr. Wuebbolt’s involvement with the Board’s selection of the lead cases, and other aspects of the process, may have caused him to lose sight of his role as the appellants’ counsel.

Issue 3: Should the applications Judge’s award of costs to the appellants be set aside?

[69] Costs may only be awarded in immigration and refugee matters if “for special reasons” the Courts so orders: *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], section 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11]. Nonetheless, and despite the fact that he dismissed the appellants’ application for judicial review, the

rien dit à la première occasion raisonnable. Une partie ne peut pas attendre d’avoir perdu pour crier à l’injustice. En l’espèce cependant, les appelants ne pouvaient pas connaître les circonstances entourant la création et la planification des causes types, notamment le fait qu’un membre de la formation, M. Bubrin, y avait participé. En fait, la Commission n’a fourni aux appelants aucune explication concernant le concept et l’importance éventuelle de la « cause type ».

[67] Le ministre soutient néanmoins que le conseil qui a représenté les appelants devant la Commission, M. Wuebbolt, était parfaitement au courant de la situation et avait participé volontairement et activement au processus de planification des causes types. Ce dernier en savait donc suffisamment pour intervenir avant que les décisions ne soient rendues.

[68] Bien que les parties à un litige soient généralement liées par la conduite de leur conseil, il n’est pas dans l’intérêt de la justice d’appliquer cette règle générale dans les circonstances de l’espèce. M. Wuebbolt a donné aux appelants certaines indications sur leur audience et a obtenu leur consentement, mais il n’était pas au courant de tous les faits ayant fait naître la crainte raisonnable de partialité. En particulier, il n’était pas au courant de la plupart des courriels échangés à la Commission dont il est question dans les présents motifs. En outre, il n’y a pas de raison de croire qu’il était au courant de ce qui semble avoir été une [TRADUCTION] « fuite » des décisions de la Commission dans les médias hongrois avant qu’elles soient rendues. Finalement, la participation de M. Wuebbolt au choix des causes types ainsi que d’autres aspects du processus peuvent l’avoir amené à perdre de vue son rôle de conseil des appelants.

Question n° 3 : L’adjudication des dépens aux appelants par le juge saisi des demandes devrait-elle être annulée?

[69] Des dépens ne peuvent être adjugés en matière d’immigration et de réfugiés que si la Cour l’ordonne « pour des raisons spéciales » : *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], article 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11]. Le juge saisi des demandes a néanmoins accordé les dépens

applications Judge awarded the appellants their costs. The Judge held (at paragraph 77) that “the novel and recognized contentious nature of the lead case at the time that it was brought” constituted “special reasons” warranting an award of costs.

[70] Given the broad discretion exercisable over costs, and the Judge’s awareness of the fact that costs are only awarded in immigration and refugee matters in limited circumstances, I am not persuaded that, on the unusual facts of this case, the Judge erred in principle in awarding costs to the appellants. Having so concluded, I need not determine the appellants’ motion to strike from the Minister’s memorandum of fact and law the paragraphs challenging the applications Judge’s award of costs.

E. CONCLUSIONS

[71] For these reasons, I would allow the appeals, set aside the order of the applications Judge except for the award of costs, allow the applications for judicial review, set aside the decisions of the Board, and remit the matters to the Board, differently constituted, for redetermination. For the reasons given by the applications Judge, as well as the extra-record material obtained by counsel in order to establish that the process culminating in the decisions in the lead cases was flawed, the appellants should be awarded costs on this appeal pursuant to section 22.

[72] I do not know how many negative decisions have been rendered subsequently by the Board in which the “lead case information package” was used. Nor do I know how many of these decisions have been upheld on judicial review. I would only note that the decision in the present appeals does not necessarily mean that the factual conclusions in the lead cases are unreliable, or that subsequent decisions which have

aux appelants et ce, en dépit du fait qu’il a rejeté leur demande de contrôle judiciaire. Le juge a statué (au paragraphe 77) que « la nature nouvelle et [le] caractère litigieux reconnu de la cause type au moment de son audition » constituaient des « raisons spéciales » justifiant l’adjudication des dépens.

[70] Vu le large pouvoir discrétionnaire dont le juge saisi des demandes disposait en ce qui concerne l’adjudication des dépens et du fait qu’il savait que les dépens sont adjugés uniquement dans certaines circonstances limitées en matière d’immigration et de réfugiés, je ne suis pas convaincu que, dans les faits inusités de l’espèce, il a commis une erreur de principe en accordant les dépens aux appelants. En conséquence, il n’est pas nécessaire que je me prononce sur la requête présentée par les appelants afin que soient radiés les paragraphes contestant l’adjudication des dépens faite par le juge saisi des demandes qui figurent dans le mémoire des faits et du droit du ministre.

E. CONCLUSIONS

[71] Pour ces motifs, j’accueillerais les appels, j’annulerais l’ordonnance rendue par le juge saisi des demandes, sauf pour ce qui est de l’adjudication des dépens, j’accueillerais les demandes de contrôle judiciaire, j’annulerais les décisions de la Commission et je renverrais les affaires à un tribunal différemment constitué de la Commission afin qu’une nouvelle décision soit rendue. Pour les motifs exposés par le juge saisi des demandes, ainsi que pour les documents additionnels obtenus par l’avocat pour démontrer que le processus ayant mené aux décisions dans les causes types était déficient, les dépens devraient être accordés aux appelants en l’espèce, conformément à l’article 22.

[72] J’ignore combien de décisions défavorables dans lesquelles la trousse d’information sur les causes types a été utilisée ont été rendues subséquemment par la Commission. J’ignore également combien de ces décisions ont été confirmées dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Je tiens seulement à souligner que la décision en l’espèce ne signifie pas nécessairement que les conclusions de fait tirées dans les causes types ne sont

relied, to any extent, on the findings in the lead cases are thereby vitiated.

pas valables ou que les décisions subséquentes fondées dans quelque mesure que ce soit sur les conclusions tirées dans les causes types sont viciées.

DÉCARY J.A.: I agree.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

SHARLOW J.A.: I agree.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.