



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 3, Part 2**

**2010, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2010] 3 F.C.R., {<sup>195-394</sup><sub>D-11-D-16</sub>

Renvoi [2010] 3 R.C.F., {<sup>195-394</sup><sub>F-11-F-17</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2010.

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2010.

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

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

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

## **CONTENTS**

Appeals noted .....	I
Judgments .....	195–394
Digests .....	D-11–D-16

### **Aalto v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 312**

Constitutional Law—Fundamental Principles—Judicial independence—Judicial review of Minister of Justice’s decision rejecting recommendations of Special Advisor on adequacy of salary, benefits of prothonotaries—Minister’s response basing rejection on deterioration of global economic situation, adverse effects on Government’s financial position, concerns with assumptions underpinning Special Advisor’s recommendations—Remuneration for judicial officers determined following independent, effective commission process—Government may depart from recommendations if decision to do so justified on rational, legitimate grounds—Here, extraordinary economic circumstances providing reasonable basis for decision not to accept Special Advisor’s recommendations—Otherwise, response not meeting accepted test for rational, legitimate response to recommendations—Response making no reference to Special Advisor’s recommendations, not meeting

*Continued on next page*

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

*Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

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

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

## **SOMMAIRE**

Appels notés .....	I
Jugements .....	195–394
Fiches analytiques .....	F-11–F-17

### **Aalto c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 312**

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Indépendance judiciaire—Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice rejetant les recommandations du conseiller spécial concernant le caractère adéquat du traitement et des avantages sociaux des protonotaires—La réponse du ministre attribue le rejet à la détérioration de la situation économique globale et à ses effets défavorables sur la situation financière du gouvernement et aux réserves à l’égard de présomptions sur lesquelles le rapport du conseiller spécial était fondé—La rémunération des fonctionnaires judiciaires doit être fixée par le recours au mécanisme d’examen par une commission, lequel présente les garanties d’indépendance et d’efficacité—Le gouvernement peut écarter les recommandations s’il justifie sa décision par des motifs rationnels et légitimes—En l’espèce, les conditions économiques extraordinaires constituaient un fondement raisonnable pour la décision de ne pas accepter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

constitutional requirements of process for establishing judicial remuneration—Application dismissed.

### **Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General) (F.C.A) ..... 374**

Agriculture—Appeal from Federal Court decision declaring Canadian Wheat Board Direction Order, prohibiting Canadian Wheat Board from expending funds on advocating retention of monopoly powers, *ultra vires Canadian Wheat Board Act*—Direction Order issued pursuant to Act, s. 18(1)—Federal Court erring to extent holding authority conferred to Governor in Council under Act, s. 18(1) aimed at protecting government funds—Plain purpose of Direction Order to ensure Wheat Board no longer advocating mandate conflicting with government policy using funds made available to it under Act—Act, s. 18(1) very broad, intended to provide Governor in Council with authority to direct Wheat Board on any matter of governance if disagreement with board of directors arising—Direction Order also coming within ambit of Act, s. 18(1), consistent with Act read as whole—Furthermore, in accordance with Act, s. 18(1.2), compliance with direction “deemed” by Act to be in Wheat Board’s best interest—Thus following that after Direction Order issued, spending producer funds to advocate Wheat Board’s monopoly no longer in Board’s best interest for purposes of Act—Therefore, Federal Court wrong in holding Direction Order not falling within ambit of Act, s. 18(1)—Appeal allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Rights—Federal Court finding Canadian Wheat Board Direction Order, prohibiting Canadian Wheat Board from expending funds on advocating retention of monopoly powers, violating freedom of expression—Wheat Board creature of statute, thus having no powers, rights, duties except those conferred thereon by *Canadian Wheat Board Act*—Since as result of Direction Order, Wheat Board having no authority under Act to use producer funds to advocate against government policy, no Charter, s. 2(b) right to protect.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

les recommandations du conseiller spécial—Autrement, la réponse ne satisfaisait pas au critère établi d’une réponse rationnelle ou légitime aux recommandations—La réponse ne faisait aucunement référence aux recommandations du conseiller spécial et ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles relatives au mécanisme de fixation du traitement de fonctionnaires judiciaires—Demande rejetée.

### **Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) ..... 374**

Agriculture—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a statué que le Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé, interdisant à la Commission canadienne du blé d’engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques, était *ultra vires* de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*—Le décret a été pris conformément à l’art. 18(1)—La Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l’art. 18(1) de la Loi vise à protéger les fonds du gouvernement—L’objet évident du décret est de s’assurer que la Commission de blé ne prône pas un mandat qui est contraire à la politique gouvernementale en utilisant des fonds qui sont mis à sa disposition en vertu de la Loi—L’art. 18(1) de la Loi est très large et a pour objet de fournir au gouverneur en conseil le pouvoir de donner des instructions à la Commission du blé relativement à toute question liée à la gestion dans l’éventualité d’un désaccord avec le conseil d’administration—De même, le décret est visé par l’art. 18(1) de la Loi et est conforme à la Loi dans son ensemble—En outre, conformément à l’art. 18(1.2) de la Loi, le respect des instructions est « présumé » être au mieux des intérêts de la Commission du blé—Ainsi, après la prise du décret, le fait d’engager les fonds des producteurs pour prôner un monopole n’était plus au mieux des intérêts de la Commission du blé aux fins de la Loi—Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le décret n’était pas visé par l’art. 18(1) de la Loi—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La Cour fédérale a statué que le Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé, interdisant à la Commission canadienne du blé d’engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques, portait atteinte à la liberté d’expression—La Commission du blé est un organisme créé par le législateur et elle n’a donc aucun autre pouvoir, droit ou obligation que ceux qui lui sont conférés par la *Loi sur la Commission canadienne du blé*—En raison du décret, la Commission du blé n’a aucun pouvoir en vertu de la Loi

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Grain Workers' Union, Local 333 v. B.C. Terminal Elevator Operators' Assn. (F.C.A.) . . . . . 255**

Labour Relations—Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision holding applicants engaging in illegal strike within meaning of *Canada Labour Code*, ss. 3(1), 88.1 during term of collective agreement—Applicants' members not reporting for work because not willing to cross lawful picket line of striking Public Service Alliance of Canada (PSAC) members working for Canadian Grain Commission (CGC)—Board deciding Code's broad definition of "strike" including work stoppage resulting from employees' refusal to cross picket line—Whether Board correctly concluding definition of "strike" not violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b) right to freedom of expression—*Per* Evans J.A.: Board's interpretation of "strike" infringing applicant members' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b)—By including work stoppages herein within definition of "strike", prohibiting stoppages taking place mid-contract, Code discouraging employees from participating in "social and political decision-making", "in the community", values underlying guarantee of free expression—However, that breach justified under Charter, s. 1—*Per* Blais J.A. (concurring in the result): Definition of "strike" in Code, s. 3(1) not engaging right to freedom of expression as guaranteed under Charter, s. 2(b)—Not aiming to silence workers wishing to support legally striking workers—Strike activity in which applicants participating having neither social, political purpose—Constituting intrusion into private contractual dispute between PSAC employees, CGC—*Per* Ryer J.A. (concurring): Canada Labour Code provisions at issue not infringing applicants' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b)—Decision making taking place in private context not within ambit of "participation in social and political decision-making"—Only connection between negotiations between PSAC employees, CGC, any political decision making was that CGC constituting government emanation but connection too tenuous—Applications dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d'utiliser les fonds des producteurs pour agir contre la politique du gouvernement et il n'y avait aucun droit à protéger en vertu de l'art. 2b) de la Charte.

### **Grain Workers' Union, section locale 333 c. B.C. Terminal Elevator Operators' Assn. (C.A.F.) . . . . . 255**

Relations du travail—Contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles portant que les demandeurs s'étaient engagés dans une grève illégale au sens des art. 3(1) et 88.1 du *Code canadien du travail* pendant la durée d'une convention collective—Les membres des demandeurs ne s'étaient pas présentés au travail parce qu'ils refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des membres de l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) qui travaillaient pour la Commission canadienne des grains (CCG)—Le Conseil a conclu que la définition large d'une « grève » visait un arrêt de travail résultant du refus par un employé de franchir une ligne de piquetage—Il s'agissait de savoir si le Conseil a conclu à juste titre que la définition de « grève » ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Selon le juge Evans, J.C.A. : L'interprétation que le Conseil a donnée au mot « grève » portait atteinte au droit à la liberté d'expression des membres du demandeur protégé par l'art. 2b) de la Charte—En incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d'une convention collective, le Code empêche les employés de participer « à la prise de décisions d'intérêt social et politique » et de s'impliquer « au sein de la société », des valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression—Cependant, cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier de la Charte—Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La définition de « grève » prévue à l'art. 3(1) du Code ne fait pas entrer en jeu la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte—Ces dispositions ne visent pas à réduire au silence les travailleurs qui désirent exprimer leur solidarité à l'égard des travailleurs légalement en grève—L'activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n'avait pas un objet social ni politique—Il s'agissait d'une intrusion dans un conflit de travail privé entre les employés membres de l'AFPC et la CCG—Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs concourants) : Les dispositions du Code canadien du travail en cause ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression des demandeurs garantie à l'art. 2b) de la Charte—Une prise de décision qui s'effectue dans un contexte privé ne relève pas de la « participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique »—Le seul lien entre les négociations impliquant les employés membres

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Applicant unions’ members not willing to cross lawful picket line of striking Public Service Alliance of Canada—Canada Industrial Relations Board holding applicants engaging in illegal strike within meaning of *Canada Labour Code*, ss. 3(1), 88.1 during term of collective agreement—Whether definition of “strike” in Code, s. 3(1) violating freedom of expression under Charter, s. 2(b)—*Per* Evans J.A.: Board’s interpretation of “strike” infringing applicant members’ right to freedom of expression under Charter, s. 2(b)—By including work stoppages herein within definition of “strike”, prohibiting stoppages taking place mid-contract, Code discouraging employees from participating in “social and political decision-making”, “in the community”, values underlying guarantee of free expression—However, that breach justified under Charter, s. 1 since provisions not impairing freedom of expression of employees more than necessary to achieve Code’s statutory objective—Extent of impairment of employees’ freedom of expression not disproportionate to achievement of Code’s objectives—*Per* Blais J.A. (concurring in the result): Definition of “strike” in Code, s. 3(1) not engaging right to freedom of expression—Strike activity in which applicants participating having neither social nor political purpose—*Per* Ryer J.A. (concurring): Canada Labour Code provisions at issue not infringing applicants’ right to freedom of expression under Charter, s. 2(b)—Decision making taking place in private context not within ambit of “participation in social and political decision-making”.

### **Kurukkal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 195**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of immigration officer’s decision refusing application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds given applicant’s failure to provide late wife’s death certificate before decision rendered

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de l’AFPC et la CCG et une quelconque prise de décision d’intérêt politique est que la CCG est une émanation du gouvernement, et ce lien était trop ténu—Demandes rejetées.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—Les membres des syndicats demandeurs refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des grévistes membres de l’Alliance de la Fonction publique du Canada—Le Conseil canadien des relations industrielles a statué que les demandeurs s’étaient engagés dans une grève illégale au sens des art. 3(1) et 88.1 du *Code canadien du travail* pendant la durée d’une convention collective—Il s’agissait de savoir si la définition de « grève » prévue à l’art. 3(1) du Code portait atteinte à la liberté d’expression garantie par l’art. 2b) de la Charte—Selon le juge Evans, J.C.A. : L’interprétation que le Conseil a donnée au mot « grève » portait atteinte au droit à la liberté d’expression des membres du demandeur protégé par l’art. 2b) de la Charte—En incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d’une convention collective, le Code empêche les employés de participer « à la prise de décisions d’intérêt social et politique » et de s’impliquer « au sein de la société », des valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d’expression—Cependant, cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la Charte parce que les dispositions ne portaient pas atteinte à la liberté d’expression des employés plus qu’il n’était nécessaire pour réaliser les objectifs de la loi—La portée de la restriction à la liberté d’expression des employés n’était pas disproportionnée par rapport aux objectifs visés par le Code—Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La définition de « grève » prévue à l’art. 3(1) du Code ne fait pas entrer en jeu la liberté d’expression—L’activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n’avait pas un objet social ni politique—Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs concourants) : Les dispositions du Code canadien du travail en cause ne portaient pas atteinte à la liberté d’expression des demandeurs garantie à l’art. 2b) de la Charte—Une prise de décision qui s’effectue dans un contexte privé ne relève pas de la « participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique ».

### **Kurukkal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) ..... 195**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d’immigration a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur fondée sur des motifs d’ordre humanitaire (CH) parce que le demandeur a omis de fournir le certificat de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

—Officer refusing to reconsider application on basis of doctrine of *functus officio*—Whether doctrine of *functus officio* applying in H&C application context—Case law divided on application of doctrine to non-adjudicative immigration decisions—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1), *Immigration and Refugee Protection Regulations* silent on reconsideration issue in context of H&C applications—Not necessarily following therefrom that no power of reconsideration existing in relation to H&C applications—H&C process informal, suggesting greater procedural flexibility than in more formal contexts—Judicial review only recourse unsuccessful H&C applicant having—Reviewing court not considering new evidence—This limitation on admissibility of new evidence militating in favour that *functus officio* not apply in relation to H&C decisions—Need for flexibility, responsiveness to changing circumstances, new information in H&C assessment process outweighing desirability of having finality, certainty in decision-making process—Doctrine not applying to determinations of H&C applications—Application allowed—Question certified as to whether H&C officer *functus officio* after rendering decision on H&C application.

Administrative Law—Doctrine of *functus officio* providing that once decision maker doing everything necessary to perfect decision, barred thereafter from revisiting decision—Doctrine not limited to judicial decisions but can apply to decisions of administrative tribunals—However, in administrative tribunal context, may be necessary to apply doctrine in more flexible, less formalistic fashion.

### **Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 347**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of visitors—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision respondents persons described in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

décès de sa défunte épouse avant le prononcé de la décision—L’agent a refusé de réexaminer la demande sur le fondement du principe du *functus officio*—Il s’agissait de savoir si le principe du *functus officio* s’applique dans le contexte d’une demande CH—La jurisprudence est divisée sur l’application du principe aux décisions de nature non juridictionnelle en matière d’immigration—L’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* sont muets sur la question du réexamen dans le contexte des demandes CH—Il ne s’ensuit pas nécessairement que ce mutisme législatif est synonyme de l’absence d’un pouvoir de réexamen relativement aux demandes CH—Le processus fondé sur des motifs d’ordre humanitaire est informel, donnant à penser qu’il y a une souplesse procédurale plus grande que dans le cas de processus décisionnels plus formalistes—Le seul recours dont peut se prévaloir un demandeur qui n’a pas eu gain de cause est le contrôle judiciaire—Une cour de révision ne tiendra pas compte de nouveaux éléments de preuve—La restriction quant à l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve milite en faveur d’une conclusion selon laquelle le principe du *functus officio* ne devrait pas s’appliquer relativement aux décisions CH—Le besoin de souplesse et de réponse à l’évolution d’une situation et à de nouveaux renseignements dans le processus d’appréciation des motifs d’ordre humanitaire l’emporte sur l’avantage d’avoir un processus décisionnel comportant un caractère définitif—Le principe ne s’applique pas à la détermination des demandes CH—Demande accueillie—Question certifiée quant à la question de savoir si l’agent responsable d’apprécier les demandes CH est dessaisi après avoir rendu une décision à l’égard d’une demande CH.

Droit administratif—Le principe du *functus officio* prévoit qu’une fois qu’un décideur a tout fait ce qui était nécessaire pour compléter sa décision, il lui est alors interdit de réexaminer cette décision—Le principe n’est pas limité aux décisions judiciaires; il peut également s’appliquer aux décisions des tribunaux administratifs—Cependant, il peut être nécessaire d’appliquer le principe d’une manière plus souple et moins formaliste dans le contexte des tribunaux administratifs.

### **Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) ..... 347**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de visiteurs—Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision d’une agente chargée d’examiner les risques avant renvoi (l’agente

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, s. 112(3)—Respondents, Chinese nationals, entering Canada on temporary resident visas but issued exclusion orders thereafter—Since respondents found ineligible to make refugee claims, submitting PRRA applications—While respondents found to be excluded from refugee protection under IRPA, s. 98, *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b), nonetheless found to be at risk of torture if returned to China pursuant to IRPA, ss. 97, 113(d)—Federal Court finding PRRA officer erring when proceeding under IRPA, s. 113(d) rather than s. 113(c) to assess applications—Exclusion in Convention, Art. 1F) applying to respondents even if respondents not claiming refugee status prior to admission to Canada—By incorporating Convention exclusions into IRPA refugee protection scheme, exclusions intended to extend to all claims for refugee protection, not only Convention refugee status—Application under IRPA, s. 112 to Minister constituting application for refugee protection, even where applicant precluded from applying for refugee protection by reason of exclusion order—PRRA officer having jurisdiction to determine whether person excluded under IRPA, s. 98 given clear wording in s. 112 that application made to Minister—PRRA officer considering PRRA application under IRPA, s. 113(c) and determining applicant excluded from protection under IRPA, s. 98 entitled to consider application under s. 113(d), determine whether stay of removal order warranted—Federal Court thus erring when finding otherwise—Appeal allowed.

### **Monge Monge v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 291**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Minister’s delegate under *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, s. 44(2) that immigration officer’s report under IRPA, s. 44(1) finding applicant to be inadmissible well founded, referring report to Immigration Division of Immigration and Refugee Board for admissibility hearing—Case dealing with removal of inadmissible persons, extent to which immigration officers, Minister’s delegates having discretion to allow

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’ERAR) portant que les intimés étaient visés par l’art. 112(3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Les intimés, des ressortissants chinois, sont entrés au Canada grâce à des visas de résident temporaire, mais des mesures d’exclusion ont été prises contre eux par la suite—Comme les intimés ont été déclarés inadmissibles à présenter des demandes d’asile, ils ont soumis des demandes d’ERAR—Même si la Cour a conclu à leur exclusion de la protection accordée aux réfugiés par application de l’art. 98 de la LIPR parce qu’ils étaient visés par l’alinéa Fb) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, elle a néanmoins statué, par application des art. 97 et 113d) de la LIPR, qu’ils seraient exposés au risque d’être torturés s’ils étaient renvoyés en Chine—La Cour fédérale a conclu que l’agente d’ERAR avait commis une erreur en appliquant l’art. 113d) plutôt que l’art. 113c) pour examiner les demandes—L’exclusion prévue à l’art. 1F de la Convention s’appliquait aux intimés même si ceux-ci n’avaient pas demandé l’asile avant d’entrer au Canada—En incorporant dans le régime de protection des réfugiés de la LIPR les exclusions prévues dans la Convention, le législateur voulait que ces exclusions s’appliquent à toutes les demandes d’asile et non seulement aux demandes de statut de réfugié—La demande présentée au ministre en vertu de l’art. 112 de la LIPR est une demande d’asile, même si le demandeur était irrecevable à présenter une demande d’asile en raison d’une mesure d’exclusion—L’agent d’ERAR a compétence pour décider d’exclure une personne par application de l’art. 98 de la LIPR compte tenu du libellé clair de l’art. 112 précisant que la demande est présentée au ministre—L’agente d’ERAR, ayant examiné la demande d’ERAR en vertu de l’art. 113c) de la LIPR et ayant conclu que le demandeur était exclu de la protection en vertu de l’art. 98 de la LIPR, avait le droit d’examiner la demande en vertu de l’art. 113d) et d’établir si un sursis de la mesure de renvoi était justifié—La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant autrement—Appel accueilli.

### **Monge Monge c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) . . . . . 291**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision prise par la représentante du ministre en application de l’art. 44(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) dans laquelle elle a indiqué que le rapport de l’agent d’immigration établi en vertu de l’art. 44 de la LIPR précisant que le demandeur était interdit de territoire était bien fondé et de la décision de la représentante de déférer ce rapport à la Section de l’immigration de la Commission

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

permanent residents to remain in Canada—Applicant seeking judicial review on ground delegate refusing to carry out pre-removal risk assessment, failing to assess applicant’s addiction to alcohol, drugs as disability—Word “may” in s. 44 connoting certain amount of discretion—Scope of that discretion at issue—Case law diverging on matter—Here, not necessary to determine whether delegate having discretion to consider *Ribic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* factors, whether having discretion to refer well-founded report for admissibility hearing—If having discretion, that discretion exercised reasonably—Argument treating addiction as disability attempt to invoke *Canadian Charter of Rights and Freedoms* equality rights—Serious criminals subject to removal without discrimination, removal not engaging Charter, ss. 7, 15—Application dismissed.

### **Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn. (F.C.A.) . . . . . 219**

Public Service—Jurisdiction—Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision allocating, on application under *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA), s. 58, three positions in federal public service to bargaining unit comprising Aircraft Operations (AO) occupational group—Definition of AO group, bargaining unit expressly excluding positions not requiring pilot’s licence, experience as pilot—References to flying aircraft removed from job descriptions re-allocated to AO group herein—Whether Board exceeding jurisdiction by re-allocating positions to AO group notwithstanding exclusion—*Per* Evans J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Board having legal authority to interpret, apply PSLRA, s. 58 given Parliament’s express conferral of power thereon—Board’s decision, interpretation of PSLRA, s. 58 entitled to curial deference, reviewable for unreasonableness—Applicants having to establish that Board’s interpretation of s. 58 unreasonable because not reading into it direction in PSLRA, ss. 57(3), 70(2) that bargaining units must be co-extensive with occupational groups established by employer—Board concluding exclusion could not be determinative and thus

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de l’immigration et du statut de réfugié pour enquête—L’affaire traitait du renvoi de personnes interdites de territoire et de l’étendue du pouvoir des agents d’immigration et des représentants du ministre de permettre, selon leur pouvoir discrétionnaire, aux résidents permanents de rester au Canada—Le demandeur sollicitait le contrôle judiciaire au motif que la représentante du ministre a refusé d’effectuer un examen des risques avant renvoi et qu’elle n’a pas estimé que la dépendance du demandeur à l’alcool et aux drogues était une déficience—Le terme « peut » à l’art. 44 connote un certain degré de pouvoir discrétionnaire—La portée de ce pouvoir discrétionnaire était en cause—La jurisprudence diverge à cet égard—En l’espèce, il n’était pas nécessaire d’établir si la représentante avait ou non le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération les facteurs exposés dans *Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* et si elle avait le pouvoir discrétionnaire de déférer pour enquête le rapport bien-fondé—Si la représentante avait ce pouvoir discrétionnaire, elle l’a exercé de façon raisonnable—L’argument relatif au fait de traiter la dépendance comme étant une déficience était une tentative d’invoquer l’égalité devant la loi énoncée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*—Les grands criminels peuvent faire l’objet d’un renvoi, sans qu’il y ait de discrimination; le renvoi ne portait pas atteinte aux art. 7 et 15 de la Charte—Demande rejetée.

### **Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada (C.A.F.) . . . 219**

Fonction publique—Compétence—Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d’une demande présentée en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP), trois postes de la fonction publique fédérale à l’unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne (AO)—La définition du groupe AO et de son unité de négociation excluait expressément les postes qui n’exigeaient pas de licence de pilote et d’expérience de pilotage—Les mentions relatives au pilotage d’un aéronef ont été supprimées de la description de travail des postes attribués au groupe AO en l’espèce—Il s’agissait de savoir si la Commission avait outrepassé sa compétence en incluant les postes dans l’unité de négociation AO malgré l’exclusion—Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Commission était légalement habilitée à interpréter l’art. 58 de la LRTFP et à l’appliquer étant donné que le législateur lui a expressément conféré ce pouvoir—La déférence s’imposait à l’égard de la décision de la Commission et de son interprétation de l’art. 58 de la LRTFP et cette décision devait être examinée selon la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

override its statutory responsibility “to oversee and ultimately decide the proper composition of bargaining units”—Board also not persuaded that where primary duties of positions at issue falling within AO group, should automatically give priority to the specific exclusion in the AO group definition—Board’s disposition of application not unreasonable—Applications dismissed—*Per* Pelletier J.A. (dissenting): Board’s task under PSLRA, s. 58 to apply bargaining unit definitions to facts of given position, group—Board not allowed to reconsider appropriateness of bargaining unit definitions—In present case, Board erring in treating task under s. 58 as though having to define appropriate bargaining unit under s. 57—Board erring when failing to distinguish between formal, functional criteria—Because experience as pilot, possession of valid pilot’s licence not mandatory elements of positions at issue, positions explicitly excluded from AO bargaining unit—Unreasonable for Board to conclude positions could be included in group from which specifically excluded.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision allocating, on application under *Public Service Labour Relations Act*, s. 58, three positions in federal public service to bargaining unit comprising Aircraft Operations occupational group—Jurisdictional error only ground of review available herein—Interpretation of enabling legislation normally reviewable on standard of unreasonableness—While Supreme Court of Canada retaining category of “questions of jurisdiction or vires” reviewable on standard of correctness, no justification for characterizing as “jurisdictional issue” interpretations of provisions not raising question of law of central importance to legal system, outside administrative decision maker’s area of expertise—In order to establish in present case that Board exceeding jurisdiction by misinterpreting provision in enabling statute, applicant having to establish Board’s interpretation unreasonable.

## SOMMAIRE (Suite)

norme de la décision raisonnable—Les demandeurs devaient établir que la Commission avait formulé une interprétation déraisonnable de l’art. 58 en n’y incluant pas la directive énoncée aux art. 57(3) et 70(2) de la LRTFP, que les unités de négociation doivent correspondre aux groupes professionnels établis par l’employeur—La Commission a conclu que l’exclusion ne pouvait pas être déterminante et ne pouvait en conséquence primer sur la responsabilité que lui imposait la loi de « veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d’analyse de décider de cette composition »—De même, la Commission n’était pas convaincue que si les fonctions principales des postes en cause relevaient du groupe AO, elle devait automatiquement accorder pré-séance à l’exclusion explicite énoncée dans la définition de ce groupe—La décision que la Commission a rendue relativement à la demande n’était pas déraisonnable—Demandes rejetées—Selon le juge Pelletier, J.C.A. (motifs dissidents) : Il incombe à la Commission, en application de l’art. 58 de la LRTFP, d’appliquer les définitions aux faits se rapportant à un poste ou à un groupe donné—Rien n’autorisait la Commission à examiner de nouveau la justesse de la définition de l’unité de négociation—En l’espèce, la Commission a commis une erreur en considérant la tâche à accomplir en application de l’art. 58 comme s’il s’agissait de définir l’unité habile à négocier sous le régime de l’art. 57—La Commission a commis une erreur en ne distinguant pas entre les critères de forme et les critères fonctionnels—L’expérience de pilotage et la possession d’une licence valide de pilote n’étant pas des éléments obligatoires des poste en cause, les postes étaient exclus expressément de l’unité de négociation de la navigation aérienne—Il était déraisonnable de la part de la Commission de conclure que les postes pourraient être ramenés dans une unité dont ils sont expressément exclus.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d’une demande présentée en vertu de l’art. 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, trois postes de la fonction publique fédérale à l’unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne—En l’espèce, le seul motif de contrôle pouvant être invoqué était celui de l’erreur de compétence—L’interprétation de la loi habilitante se fait généralement suivant la norme de la raisonabilité—Bien que la Cour suprême du Canada ait retenu une catégorie de « question[s] de compétence ou de constitutionnalité » commandant l’application de la norme de la décision correcte, aucun raisonnement ne justifiait de considérer comme une « question de compétence » l’interprétation d’autres dispositions ne soulevant pas de question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique et qui est

*Suite à la page suivante*

## **SOMMAIRE (Fin)**

étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif  
—Pour établir en l'espèce que la Commission a outrepassé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante, un demandeur doit démontrer que l'interprétation était déraisonnable.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Chilton v. Canada*, A-556-08, Pelletier, Dawson and Stratas J.J.A., judgment dated July 8, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused September 16, 2010.

*Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-251-09, 2010 FCA 75, Pelletier J.A., judgment dated March 17, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused August 12, 2010.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Chilton c. Canada*, A-556-08, les juges Pelletier, Dawson et Stratas, J.C.A., jugement en date du 8 juillet 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 septembre 2010.

*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-251-09, 2010 CAF 75, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 17 mars 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 août 2010.



**Federal Courts  
Reports**

**2010, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



IMM-309-08  
2009 FC 695

IMM-309-08  
2009 CF 695

**Kamadchy Sundaeswaraiye Gurumoorthi Kurukkal** (*Applicant*)

**Kamadchy Sundaeswaraiye Gurumoorthi Kurukkal** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Mactavish J.—Toronto, June 4; Ottawa, July 3, 2009.

Cour fédérale, juge Mactavish—Toronto, 4 juin; Ottawa, 3 juillet 2009.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds given applicant's failure to provide late wife's death certificate before decision rendered — Officer refusing to reconsider application on basis of doctrine of functus officio — Whether doctrine of functus officio applying in H&C application context — Case law divided on application of doctrine to non-adjudicative immigration decisions — Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1), Immigration and Refugee Protection Regulations silent on reconsideration issue in context of H&C applications — Not necessarily following therefrom that no power of reconsideration existing in relation to H&C applications — H&C process informal, suggesting greater procedural flexibility than in more formal contexts — Judicial review only recourse unsuccessful H&C applicant having — Reviewing court not considering new evidence — This limitation on admissibility of new evidence militating in favour that functus officio not apply in relation to H&C decisions — Need for flexibility, responsiveness to changing circumstances, new information in H&C assessment process outweighing desirability of having finality, certainty in decision-making process — Doctrine not applying to determinations of H&C applications — Application allowed — Question certified as to whether H&C officer functus officio after rendering decision on H&C application.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur fondée sur des motifs d'ordre humanitaire (CH) parce que le demandeur a omis de fournir le certificat de décès de sa défunte épouse avant le prononcé de la décision — L'agent a refusé de réexaminer la demande sur le fondement du principe du functus officio — Il s'agissait de savoir si le principe du functus officio s'applique dans le contexte d'une demande CH — La jurisprudence est divisée sur l'application du principe aux décisions de nature non juridictionnelle en matière d'immigration — L'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés sont muets sur la question du réexamen dans le contexte des demandes CH — Il ne s'ensuit pas nécessairement que ce mutisme législatif est synonyme de l'absence d'un pouvoir de réexamen relativement aux demandes CH — Le processus fondé sur des motifs d'ordre humanitaire est informel, donnant à penser qu'il y a une souplesse procédurale plus grande que dans le cas de processus décisionnels plus formalistes — Le seul recours dont peut se prévaloir un demandeur qui n'a pas eu gain de cause est le contrôle judiciaire — Une cour de révision ne tiendra pas compte de nouveaux éléments de preuve — La restriction quant à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve milite en faveur d'une conclusion selon laquelle le principe du functus officio ne devrait pas s'appliquer relativement aux décisions CH — Le besoin de souplesse et de réponse à l'évolution d'une situation et à de nouveaux renseignements dans le processus d'appréciation des motifs d'ordre humanitaire l'emporte sur l'avantage d'avoir un processus décisionnel comportant un caractère définitif — Le principe ne s'applique pas à la détermination des demandes CH — Demande accueillie — Question certifiée quant à la question de savoir si l'agent responsable*



*Administrative Law — Doctrine of functus officio providing that once decision maker doing everything necessary to perfect decision, barred thereafter from revisiting decision — Doctrine not limited to judicial decisions but can apply to decisions of administrative tribunals — However, in administrative tribunal context, may be necessary to apply doctrine in more flexible, less formalistic fashion.*

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicant's application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds because he failed to provide a death certificate for his late wife. The applicant provided the death certificate a few days after being notified of the negative decision on his application. His request that his H&C application be reconsidered was refused on the basis of the doctrine of *functus officio*.

The applicant came to Canada on a visitor's visa and had stated on his application in 2001 that his wife would not be accompanying him during his visit. However, in his H&C application, he stated that he had been a widower since 2000. Given the inconsistency in the information, the applicant was asked to produce a death certificate of his wife and was granted a delay in producing it. After being notified of the negative decision, the applicant's counsel requested a reconsideration of the officer's refusal, explaining the reasons for the delay in producing the death certificate. The applicant was returned to Sri Lanka and filed a second H&C application.

The issue was whether the doctrine of *functus officio* applies in the context of an H&C application so as to prevent an immigration officer from considering new evidence.

*Held*, the application should be allowed.

The doctrine of *functus officio* provides that once a decision maker has done everything necessary to perfect his or her decision, he or she is then barred from revisiting that decision. While this doctrine is not limited to judicial decisions but can apply to decisions of administrative tribunals, it may be necessary to apply it in a more flexible and less formalistic fashion in the administrative tribunal context. The Federal Court case law is divided on the question of whether the doctrine applies to those making non-adjudicative immigration decisions, such as H&C decisions. Given this disagreement, it had to be determined whether "the

*d'apprécier les demandes CH est dessaisi après avoir rendu une décision à l'égard d'une demande CH.*

*Droit administratif — Le principe du functus officio prévoit qu'une fois qu'un décideur a tout fait ce qui était nécessaire pour compléter sa décision, il lui est alors interdit de réexaminer cette décision — Le principe n'est pas limité aux décisions judiciaires; il peut également s'appliquer aux décisions des tribunaux administratifs — Cependant, il peut être nécessaire d'appliquer le principe d'une manière plus souple et moins formaliste dans le contexte des tribunaux administratifs.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur fondée sur des motifs d'ordre humanitaire (CH) parce que ce dernier a omis de fournir le certificat de décès de sa défunte épouse. Le demandeur a fourni le certificat de décès quelques jours après avoir été avisé de la décision défavorable. La demande de réexamen de la demande CH du demandeur a été rejetée sur le fondement du principe du *functus officio*.

Le demandeur est venu au Canada muni d'un visa de visiteur en 2001 et il avait déclaré dans sa demande que son épouse ne l'accompagnerait pas pendant son séjour. Cependant, dans sa demande CH, le demandeur a déclaré qu'il était veuf depuis 2000. Compte tenu des renseignements contradictoires, l'agent a demandé au demandeur de présenter le certificat de décès de son épouse et il a obtenu un délai pour ce faire. Après avoir pris connaissance de la décision défavorable, l'avocat du demandeur a demandé le réexamen de la décision de rejet de l'agent, expliquant les motifs du retard dans la présentation du certificat de décès. Le demandeur a été renvoyé au Sri Lanka et il a présenté une deuxième demande CH.

La question litigieuse à trancher était celle de savoir si le principe du *functus officio* s'applique dans le contexte des demandes CH, de manière à empêcher un agent d'immigration d'examiner un nouvel élément de preuve.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Le principe du *functus officio* prévoit qu'une fois qu'un décideur a tout fait ce qui était nécessaire pour compléter sa décision, il lui est alors interdit de réexaminer cette décision. Bien que ce principe ne soit pas limité aux décisions judiciaires, mais qu'il puisse également s'appliquer aux décisions des tribunaux administratifs, il peut être nécessaire d'appliquer le principe d'une manière plus souple et moins formaliste dans le contexte des tribunaux administratifs. La jurisprudence de la Cour fédérale est divisée sur la question de savoir si le principe s'applique à ceux qui prennent des décisions de nature non juridictionnelle en matière

benefits of finality and certainty in decision-making outweigh those of responsiveness to changing circumstances, new information and second thoughts”.

Both subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations* are silent on the reconsideration question in the context of H&C applications. It does not necessarily follow from this legislative silence that there is no power of reconsideration on immigration officers in relation to H&C applications. Legislative silence in cases where decisions are arrived at through more informal processes by officials on whom no time limits are imposed may not reflect an intention by Parliament that no reconsideration of the decision be allowed. It may instead mean that the discretion to do so or to refuse to do so was left with the official. Subsection 25(1) of the IRPA confers a very broad discretion on immigration officers, allowing them the flexibility to approve deserving cases not anticipated in the legislation. Unlike judicial or adjudicative tribunal processes, the H&C process is quite informal, suggesting that there be greater procedural flexibility than in the case of more formalized or adjudicative decision-making processes. Moreover, there is no right of appeal from the decision of an immigration officer in relation to H&C decisions. The only recourse that an unsuccessful applicant has is by way of judicial review with leave of the Federal Court. Because a reviewing court will not consider new evidence, this limitation on the admissibility of new evidence would tend to militate in favour of a finding that *functus officio* should not apply in relation to H&C decisions. Finally, unlike a civil judgment or a tribunal decision that resolves a dispute between two or more parties, an H&C decision will likely only have a direct effect on the applicant or applicants themselves.

Given these various considerations, the need for flexibility and responsiveness to changing circumstances and new information in the H&C assessment process outweighs the desirability of having finality and certainty in the decision-making process. Therefore, the doctrine of *functus officio* does not apply to the informal, non-adjudicative decision-making process involved in the determination of H&C applications.

d’immigration, telles que les décisions CH. Compte tenu de cette divergence, la Cour devait décider si « les avantages du caractère définitif et certain du processus décisionnel l’emportent sur la capacité de répondre à l’évolution des situations, aux nouveaux renseignements ou aux changements d’avis ».

Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* sont muets sur la question du réexamen dans le contexte des demandes CH. Il ne s’ensuit pas nécessairement que ce mutisme législatif est synonyme de l’absence d’un pouvoir de réexamen relativement aux demandes CH. Le silence de la loi dans le cas de décisions rendues en application de processus plus informels par des fonctionnaires à qui aucun délai n’est imposé n’indique pas forcément que l’intention du législateur était de ne pas permettre le réexamen de la décision. Il peut vouloir dire que le pouvoir discrétionnaire d’accepter ou de refuser de le faire a été laissé au fonctionnaire. Le paragraphe 25(1) de la LIPR accorde aux agents d’immigration un très vaste pouvoir discrétionnaire, leur permettant d’offrir la souplesse d’approuver les cas fondés non prévus dans la loi. Contrairement au processus judiciaire ou à celui des tribunaux juridictionnels, le processus fondé sur des motifs d’ordre humanitaire est assez informel, donnant à penser qu’il y a une souplesse procédurale plus grande que dans le cas de processus décisionnels plus formalistes ou juridictionnels. Qui plus est, il n’existe pas de droit d’appel de la décision d’un agent d’immigration relativement aux décisions CH. Le seul recours dont peut se prévaloir un demandeur qui n’a pas eu gain de cause est le contrôle judiciaire avec l’autorisation de la Cour fédérale. Étant donné qu’une cour de révision ne tiendra pas compte de nouveaux éléments de preuve, la restriction quant à l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve tendrait à militer en faveur d’une conclusion selon laquelle le principe du *functus officio* ne devrait pas s’appliquer relativement aux décisions CH. Enfin, contrairement à un jugement civil ou la décision d’un tribunal qui règle un différend entre deux ou plusieurs parties, une décision concernant une demande CH aura probablement uniquement un effet direct sur le demandeur ou les demandeurs mêmes.

Compte tenu de ces divers facteurs, le besoin de souplesse et de réponse à l’évolution d’une situation et à de nouveaux renseignements dans le processus d’appréciation des motifs d’ordre humanitaire l’emporte sur l’avantage d’avoir un processus décisionnel comportant un caractère définitif. En conséquence, le principe du *functus officio* ne s’applique pas au processus décisionnel informel et de nature non juridictionnelle que comporte la détermination des demandes CH.

Finally, the question of whether an H&C officer is *functus officio* after rendering a decision in relation to an application for an H&C exemption was certified.

Enfin, la question de savoir si un agent responsable d'apprécier les demandes CH est dessaisi après avoir rendu une décision à l'égard d'une demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire a été certifiée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1) (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227.  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 11.401 (as enacted by SOR/94-681, s. 3).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(3).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Nouranidoust v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 123, (1999), 172 F.T.R. 115 (T.D.); *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 872, 37 Imm. L.R. (3d) 263, 256 F.T.R. 53, aff'd 2005 FCA 160, 50 Imm. L.R. (3d) 105, 339 N.R. 233.

##### DISTINGUISHED:

*Park v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 165, 13 Imm. L.R. (3d) 1, 272 N.R. 181; *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515, 278 D.L.R. (4th) 268, 60 Imm. L.R. (3d) 159.

##### CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 101 A.R. 321, 62 D.L.R. (4th) 577; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349, (1996), 136 D.L.R. (4th) 433, 43 Admin. L.R. (2d) 314 (T.D.); *Soimu v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 285 (F.C.T.D.); *Kherei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 265, 193 F.T.R. 112 (F.C.T.D.); *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 76, 101 F.T.R. 230 (F.C.T.D.); *Herzig v. Canada (Department of Industry)*, 2002 FCA 36, 287 N.R. 105.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C (1985), ch. I-21, art. 31(3).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78/172, art. 11.401 (édicte par DORS/94-681, art. 3).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Nouranidoust c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 123 (1<sup>re</sup> inst.); *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 872, conf. par 2005 CAF 160.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Park c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 165; *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349 (1<sup>re</sup> inst.); *Soimu c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1330 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Kherei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1383 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Herzig c. Canada (Ministère de l'Industrie)*, 2002 CAF 36.

## REFERRED TO:

*Tchassovnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *McLaren v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 373, 203 F.T.R. 313, 14 Imm. L.R. (3d) 229; *Jimenez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199 (F.C.T.D.); *Duque v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1367, 67 Imm. L.R. (3d) 271; *Dimenene v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1101; *Phuti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 7 Imm. L.R. (3d) 270, 194 F.T.R. 282 (F.C.T.D.); *Brar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 163 (F.C.T.D.); *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 38, [2004] 2 F.C.R. 635, 318 N.R. 300; *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, 392 N.R. 163.

## AUTHORS CITED

Bower, George Spencer and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. London: Butterworths, 1969.

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

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/ip/ip05-eng.pdf>>.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicant's application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds because the applicant failed to provide a death certificate of his late wife before a decision was rendered. Application allowed.

## APPEARANCES

*Max Berger* for applicant.  
*I. John Loncar* for respondent.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Tchassovnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1111 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *McLaren c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 373; *Jimenez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 372 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Duque c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1367; *Dimenene c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1101; *Phuti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1233 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Brar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1527 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 38, [2004] 2 R.C.F. 635; *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189.

## DOCTRINE CITÉE

Bower, George Spencer et Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2<sup>e</sup> éd. Londres : Butterworths, 1969.

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

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/ip/ip05-fra.pdf>>.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2005.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur fondée sur des motifs d'ordre humanitaire parce que le demandeur a omis de fournir le certificat de décès de sa défunte épouse avant le prononcé d'une décision. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Max Berger* pour le demandeur.  
*I. John Loncar* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Max Berger Professional Law Corporation*,  
Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACTAVISH J.: Kamadchy Sundareswaraiye Gurumoorthi Kurukkal's application for permanent residence on humanitarian and compassionate [H&C] grounds was refused because he failed to provide a death certificate for his late wife when asked to do so by the immigration officer assessing his application.

[2] Mr. Kurukkal provided the death certificate a few days after being notified of the negative decision, and asked that the decision be reconsidered in light of the new evidence. The respondent refused to reopen or revisit Mr. Kurukkal's H&C application, asserting that there was no power to do so, as a result of the doctrine of *functus officio*.

[3] The principle issue on this application for judicial review is whether the doctrine of *functus officio* applies in the context of H&C applications, so as to prevent an immigration officer from considering new evidence. For the reasons that follow, I have concluded that the doctrine of *functus officio* does not apply in the context of H&C decisions. As a consequence, the application for judicial review will be allowed.

## I. Background

[4] Mr. Kurukkal is a 68-year-old Tamil from the north of Sri Lanka, who came to Canada on a visitor's visa in 2001. He has one son in Canada, and two daughters still living in Sri Lanka.

[5] When the applicant applied for his visitor's visa in 2001, he stated on his application that his wife would not be accompanying him to Canada, because she did

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Max Berger Professional Law Corporation*,  
Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : La demande de résidence permanente de Kamadchy Sundareswaraiye Gurumoorthi Kurukkal fondée sur des motifs d'ordre humanitaire [CH] a été rejetée, parce qu'il a omis de fournir le certificat de décès de sa défunte épouse lorsque l'agent d'immigration examinant sa demande le lui a demandé.

[2] M. Kurukkal a fourni le certificat de décès quelques jours après avoir été avisé de la décision défavorable et il a demandé le réexamen de la décision à la lumière du nouvel élément de preuve. Le défendeur a refusé de rouvrir ou de réexaminer la demande CH de M. Kurukkal, faisant valoir qu'il n'existait pas de pouvoir pour ce faire, en raison du principe du *functus officio*.

[3] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, la principale question est de savoir si le principe du *functus officio* s'applique dans le contexte des demandes CH, de manière à empêcher un agent d'immigration d'examiner un nouvel élément de preuve. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que le principe du *functus officio* ne s'applique pas dans le contexte des demandes CH. En conséquence, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

## I. Le contexte

[4] Âgé de 68 ans, M. Kurukkal est un Tamoul du Nord du Sri Lanka qui est venu au Canada muni d'un visa de visiteur en 2001. Il a un fils au Canada et deux filles qui vivent toujours au Sri Lanka.

[5] Lorsque le demandeur a demandé son visa de visiteur en 2001, il a déclaré dans sa demande que son épouse ne l'accompagnerait pas au Canada, parce qu'elle

not have a passport. Having a wife staying behind in Sri Lanka would have assisted Mr. Kurukkal with his visa application, as it strengthened his ties to that country, making it more likely that he would return home at the end of his visit.

[6] In contrast, in Mr. Kurukkal's H&C application, he stated that he was a widower, and that his wife had died in 2000. The inconsistency in the information provided by Mr. Kurukkal with respect to his wife's status was quite understandably a cause for concern, and led the immigration officer to ask him to produce a death certificate for his wife. This request was made on August 17, 2007.

[7] When no death certificate was received, the officer spoke to Mr. Kurukkal's son by telephone on October 12, 2007, asking where the certificate was. Five days later, the officer followed up with a letter to Mr. Kurukkal, confirming the request for a copy of the death certificate. By letter dated October 29, 2007, Mr. Kurukkal's son advised the officer that another 15 days were needed to obtain the death certificate from Sri Lanka, and sought an extension of time.

[8] Fifteen days came and went, and no death certificate was provided to the officer, nor was there a request for a further extension of time in which to provide the certificate from either Mr. Kurukkal or his son. Consequently, on November 26, 2007, the officer assessed Mr. Kurukkal's H&C application, and decided that it should be refused.

[9] The officer's decision was communicated to Mr. Kurukkal on December 14, 2007. Although additional reasons are cited in the officer's notes, the only reason given in the decision letter for refusing the application was Mr. Kurukkal's failure to satisfy the officer that he was in fact a widower. I need not address the merits of this decision, as no application for judicial review has been brought in relation to it.

[10] Mr. Kurukkal says that he received a copy of the death certificate for his wife by mail from Sri Lanka the following day. On December 18, 2007, Mr. Kurukkal's

ne possédait pas de passeport. Le fait d'avoir une épouse qui restait au Sri Lanka a aidé M. Kurukkal dans sa demande de visa, puisque cela renforçait ses liens avec ce pays, rendant plus probable son retour chez lui à la fin de sa visite.

[6] En revanche, dans sa demande CH, M. Kurukkal a déclaré qu'il était veuf et que son épouse était décédée en 2000. Il est fort compréhensible que les renseignements contradictoires que M. Kurukkal a fournis à l'égard de l'état de sa femme aient été une source de préoccupations et aient amené l'agent d'immigration à lui demander de présenter le certificat de décès de son épouse. Cette demande a été faite le 17 août 2007.

[7] N'ayant reçu aucun certificat de décès, l'agent a téléphoné au fils de M. Kurukkal le 12 octobre 2007, pour lui demander où se trouvait le certificat. Cinq jours plus tard, l'agent faisait un suivi en envoyant une lettre à M. Kurukkal, dans laquelle il réitérait la demande d'une copie du certificat de décès. Dans une lettre datée du 29 octobre 2007, le fils de M. Kurukkal avisait l'agent qu'un autre délai de 15 jours était nécessaire pour obtenir le certificat de décès du Sri Lanka et il sollicitait une prorogation de délai.

[8] Les 15 jours se sont écoulés sans que l'agent reçoive aucun certificat de décès, et ni M. Kurukkal ni son fils n'ont demandé une prorogation de délai supplémentaire pour produire le certificat. En conséquence, le 26 novembre 2007, l'agent a apprécié la demande CH de M. Kurukkal et a décidé qu'elle devait être rejetée.

[9] La décision de l'agent a été communiquée à M. Kurukkal le 14 décembre 2007. Même si des motifs supplémentaires sont consignés dans les notes de l'agent, le seul motif de rejet de la demande apparaissant dans la lettre de décision était l'omission de M. Kurukkal de convaincre l'agent qu'il était réellement veuf. Il est inutile d'examiner le bien-fondé de cette décision, car aucune demande de contrôle judiciaire n'a été présentée à son égard.

[10] M. Kurukkal déclare qu'il a reçu une copie du certificat de décès de son épouse, par courrier du Sri Lanka, le lendemain. Le 18 décembre 2007, l'avocat

counsel wrote to the officer, explaining that the delay in producing the certificate was the result of the on-going state of turmoil in Colombo. Counsel enclosed a copy of the death certificate with the letter, and requested that the refusal decision be reconsidered.

[11] By letter dated January 9, 2008, Mr. Kurukkal's request for reconsideration was refused. As was noted earlier, the respondent took the position that there was no power to reopen or revisit Mr. Kurukkal's H&C application because of the doctrine of *functus officio*. No consideration appears to have been given to the death certificate itself, as it related to the merits of Mr. Kurukkal's H&C application.

[12] It is the decision refusing to reconsider the original H&C decision that underlies this application.

[13] Mr. Kurukkal sought a stay of his removal pending the determination of his application for judicial review. The motion was dismissed, without written reasons, although it appears from the record that the stay was refused because of the Court's finding in relation to the issue of irreparable harm. Mr. Kurukkal was returned to Sri Lanka in March of 2008.

[14] An affidavit filed by the respondent indicates that since returning to Sri Lanka, Mr. Kurukkal has filed a further H&C application. Although there is some confusion in the record as to precisely when the second H&C application was filed, it is common ground that it was filed in the spring of 2008.

[15] While acknowledging that he has been able to file a further H&C application, which includes a copy of his wife's death certificate, Mr. Kurukkal says that if he is required to apply from overseas, it could take up to four years for his second application to be processed. He asserts that this will cause him grave prejudice, as he says he has no home in Sri Lanka, and that his country is currently a war zone. Mr. Kurukkal says that the reconsideration of his inland H&C application would likely result in a much faster decision.

de M. Kurukkal a écrit à l'agent, pour lui expliquer que le retard dans la présentation du certificat découlait de l'état de chaos perpétuel à Colombo. L'avocat a accompagné la lettre d'une copie du certificat de décès et a demandé que la décision de rejet soit réexaminée.

[11] Dans une lettre du 9 janvier 2008, la demande de réexamen de M. Kurukkal a été rejetée. Tel qu'il a été mentionné précédemment, le défendeur a adopté la position selon laquelle il n'existait pas de pouvoir pour ouvrir ou réexaminer la demande CH de M. Kurukkal, en raison du principe du *functus officio*. Le certificat de décès même, qui avait trait au fondement de la demande CH de M. Kurukkal, ne semble pas avoir fait l'objet d'un quelconque examen.

[12] La présente demande concerne la décision refusant de réexaminer la décision CH originale.

[13] M. Kurukkal a sollicité un sursis de l'exécution de sa mesure de renvoi en attendant la décision concernant sa demande de contrôle judiciaire. La requête a été rejetée, sans être motivée par écrit, bien que le dossier indique que le sursis a été rejeté en raison de la conclusion de la Cour concernant la question du préjudice irréparable. M. Kurukkal a été renvoyé au Sri Lanka en mars 2008.

[14] Un affidavit déposé par le défendeur indique que, depuis son retour au Sri Lanka, M. Kurukkal a présenté une autre demande CH. Même si le dossier comporte une certaine confusion quant à la date exacte du dépôt de la deuxième demande CH, il est acquis qu'elle a été déposée au printemps 2008.

[15] Tout en reconnaissant qu'il a été en mesure de déposer une autre demande CH, qui comporte une copie du certificat de décès de son épouse, M. Kurukkal déclare que, s'il était tenu de présenter une demande à l'étranger, le traitement de sa deuxième demande pourrait prendre jusqu'à quatre ans. Il affirme que cela lui causerait un préjudice sérieux, car il dit ne pas avoir de résidence au Sri Lanka et que son pays est actuellement une zone de guerre. M. Kurukkal affirme que le réexamen de sa demande CH présentée au Canada entraînerait probablement une décision beaucoup plus rapide.

## II. Standard of Review

[16] If applicable, the effect of doctrine of *functus officio* is that a decision maker will lose jurisdiction once a decision is made: see Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at page 12-99.

[17] As a consequence, the question of whether an H&C officer has the ongoing power to reconsider a decision once it has been made is a true question of jurisdiction, as contemplated by *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59. As such, the officer's determination that the doctrine of *functus officio* applies in the context of H&C decisions is reviewable on the standard of correctness.

## III. Analysis

[18] I should note at the outset that the respondent has not argued that the January 9, 2008 letter refusing to reconsider Mr. Kurukkal's H&C application was merely a courtesy letter, and was thus not a "decision" that was amenable to judicial review. I take the respondent to have conceded that the January 9, 2008 letter was indeed a fresh "decision" that is amenable to judicial review.

[19] Moreover, there is no suggestion that Mr. Kurukkal's request for reconsideration of his H&C application was made for a collateral purpose—namely to extend the time for bringing an application for judicial review.

[20] It should also be noted that the question of whether an immigration officer is *functus officio* after rendering an H&C decision need only be decided if the additional information adduced by Mr. Kurukkal was significant enough to have potentially affected the outcome of a reconsideration decision.

## II. La norme de contrôle

[16] S'il s'applique, le principe du *functus officio* a pour effet de dessaisir un décideur une fois une décision rendue : voir Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Canvasback Publishing, 1998, à la page 12-99.

[17] Par conséquent, la question de savoir si un agent responsable d'examiner les demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire a toujours le pouvoir de réexaminer une décision une fois qu'elle a été rendue est une véritable question de compétence, comme l'envisage l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 59. À ce titre, la décision de l'agent portant que le principe du *functus officio* s'applique dans le contexte des décisions CH est une décision susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

## III. Analyse

[18] Je dois faire remarquer, dès le départ, que le défendeur n'a pas soutenu que la lettre du 9 janvier 2008 rejetant le réexamen de la demande CH de M. Kurukkal était simplement une lettre de courtoisie et qu'elle n'était pas donc une « décision » susceptible de contrôle judiciaire. Je comprends que le défendeur a admis que la lettre du 9 janvier 2008 était en effet une nouvelle « décision » pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[19] De plus, rien dans la demande de M. Kurukkal sollicitant le réexamen de sa demande CH n'indique qu'elle a été présentée à une fin indirecte, à savoir la prorogation du délai pour présenter une demande de contrôle judiciaire.

[20] Il convient aussi de souligner que la question de savoir si un agent d'immigration est dessaisi (*functus officio*) de l'affaire après avoir rendu une décision CH ne doit être tranchée que si l'information supplémentaire présentée par M. Kurukkal était suffisamment importante pour éventuellement modifier l'issue dans le cadre d'une décision de réexamen.



[21] As was noted earlier, the only reason given in the decision letter for refusing Mr. Kurukkal's H&C application was his failure to produce a copy of his wife's death certificate. It follows that the certificate was clearly an extremely important piece of evidence, which could well have resulted in a different outcome, were the matter reconsidered.

[22] As a consequence, it is necessary to decide whether the doctrine of *functus officio* has any application in relation to decisions by immigration officers in relation to H&C applications.

#### A. The Doctrine of *Functus Officio*

[23] Before turning to address the question of whether the doctrine of *functus officio* applies in the context of H&C decisions, it is helpful to start by considering the nature and purpose of the doctrine. It is also helpful to consider what the Courts have had to say in relation to its application in the context of administrative decision making.

[24] The doctrine of *functus officio* provides that once a decision maker has done everything necessary to perfect his or her decision, he or she is then barred from revisiting that decision, other than to correct clerical or other minor errors. The policy rationale underlying this doctrine is the need for finality in proceedings: *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at pages 861–862.

[25] The Supreme Court also noted in *Chandler* that the doctrine of *functus officio* is not limited to judicial decisions, but can apply as well to decisions of administrative tribunals. However, it may be necessary to apply the doctrine in a more flexible and less formalistic fashion in the administrative tribunal context, where, for example, a right of appeal may exist only on a point of law. Indeed, the Court held that “Justice may require the reopening of administrative proceedings in order to provide relief which would otherwise be available on appeal”: *Chandler*, at page 862.

[21] Tel qu'il est souligné précédemment, le seul motif de rejet de la demande CH de M. Kurukkal fourni dans la lettre de décision était son omission de présenter une copie du certificat de décès de son épouse. Il s'ensuit que le certificat était nettement un élément de preuve extrêmement important, qui aurait fort bien pu donner lieu à un résultat différent, si l'affaire avait été réexaminée.

[22] En conséquence, il est nécessaire de décider si le principe du *functus officio* s'applique aux décisions rendues par des agents d'immigration concernant des demandes CH.

#### A. Le principe du *functus officio*

[23] Avant d'examiner la question de savoir si le principe du *functus officio* s'applique dans le contexte des décisions CH, il est utile de commencer par examiner la nature et l'objet du principe. Il est également utile d'examiner ce que les tribunaux ont dit relativement à son application dans le contexte du processus décisionnel administratif.

[24] Le principe du *functus officio* prévoit qu'une fois qu'un décideur a tout fait ce qui était nécessaire pour compléter sa décision, il lui est alors interdit de réexaminer cette décision, sauf pour corriger des erreurs matérielles ou d'autres fautes mineures. Le fondement visé par la politique qui sous-tend ce principe est la nécessité du caractère définitif des procédures : *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, aux pages 861 et 862.

[25] La Cour suprême a aussi indiqué dans l'arrêt *Chandler* que le principe du *functus officio* n'est pas limité aux décisions judiciaires, mais qu'il peut également s'appliquer aux décisions des tribunaux administratifs. Il peut cependant être nécessaire d'appliquer le principe d'une manière plus souple et moins formaliste dans le contexte des tribunaux administratifs, lorsque, par exemple, un droit d'appel peut exister uniquement à l'égard de points de droit. En effet, la Cour a statué comme suit : « Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la

[26] For the doctrine of *functus officio* to be engaged, it is necessary that the decision in issue be final. In the context of judicial decision making, a decision may be described as final when “it leaves nothing to be judicially determined or ascertained thereafter, in order to render it effective and capable of execution, and is absolute, complete and certain”. (George Spencer Bower and A. K. Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. (London: Butterworths, 1969), at page 132, as cited in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*.)

[27] With this understanding of the nature and purpose of the doctrine of *functus officio*, I turn now to examine the jurisprudence relating to the applicability of the doctrine in relation to non-adjudicative immigration decisions such as the H&C decision under consideration in this case.

#### B. The Federal Court Jurisprudence

[28] A review of the Federal Court jurisprudence reveals that the question of whether the doctrine of *functus officio* applies to those charged with making non-adjudicative immigration decisions such as H&C decisions is one that arises with some regularity. However, the findings on this point are somewhat divided, with two divergent lines of authority having developed as to whether immigration officers such as H&C officers have the power to reconsider decisions on the basis of new evidence.

[29] Both lines of authority will be considered in turn, commencing with a review of the cases that find that the doctrine of *functus officio* does not apply in cases such as this.

justice, afin d’offrir un redressement qu’il aurait par ailleurs été possible d’obtenir par voie d’appel » : *Chandler*, à la page 862.

[26] Pour que le principe du *functus officio* s’applique, il est nécessaire que la décision en cause soit définitive. Dans le contexte du processus décisionnel judiciaire, une décision doit être décrite comme définitive [TRADUCTION] « lorsqu’il ne subsiste rien qui puisse être tranché ou déterminé par la suite par un tribunal, de façon à lui donner effet et à la rendre susceptible d’exécution. Une décision est définitive lorsqu’elle est absolue, complète et certaine ». (George Spencer Bower et A. K. Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2<sup>e</sup> éd., Londres : Butterworths, 1969, à la page 132, cité dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada*.)

[27] Ces précisions étant données sur la nature et l’objet du principe du *functus officio*, j’examine maintenant la jurisprudence concernant l’applicabilité du principe relativement aux décisions de nature non juridictionnelle en matière d’immigration, telles que la décision CH à l’examen en l’espèce.

#### B. La jurisprudence de la Cour fédérale

[28] L’étude de la jurisprudence de la Cour fédérale révèle que la question de savoir si le principe du *functus officio* s’applique à ceux qui ont la responsabilité de prendre des décisions de nature non juridictionnelle en matière d’immigration, telles que les décisions CH, est une question qui survient assez régulièrement. Les conclusions sur ce point sont cependant quelque peu divisées, car deux courants de jurisprudence se sont développés quant à la question de savoir si des agents d’immigration, tels que les agents responsables d’examiner les demandes CH, ont le pouvoir de réexaminer les décisions pour cause de nouveaux éléments de preuve.

[29] Les deux courants jurisprudentiels seront examinés l’un après l’autre, en commençant par un examen des décisions qui concluent que le principe du *functus officio* ne s’applique pas dans des affaires comme celle-ci.

(i) *Functus Officio* Does Not Apply to Decisions of Immigration Officers

[30] The first of these lines of authority is exemplified by the Court's decision in *Nouranidoust v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 123 (T.D.), which held the doctrine of *functus officio* does not apply in relation to non-adjudicative immigration decisions.

[31] *Nouranidoust* involved the decision of an immigration officer who found that an individual was not entitled to landing pursuant to the deferred removal orders class (DROC) regulations (SOR/94-681) [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11.401* (as enacted by SOR/94-681, s. 3)]. The question to be decided was whether an immigration officer could reconsider that decision on the basis of new evidence.

[32] Although the nature of the application in issue was a little different, the facts in *Nouranidoust* are quite similar to those in the present case. Mr. Nouranidoust's application for landing was refused because he had been unable to produce a passport or other travel document. Shortly after receiving the negative decision, Mr. Nouranidoust was able to obtain a passport from the Iranian Embassy, and forwarded to the immigration officer, who confirmed the original refusal. Justice Reed was then left to decide whether, in the circumstances, the immigration officer was *functus officio*, or had the authority to reconsider the application for landing.

[33] Justice Reed commenced her analysis by adopting the Court's observation in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] 3 F.C. 349 (T.D.) that there was nothing in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, that dealt with whether a visa officer could review decisions already made. In *Chan*, the Court had stated that "I would take this silence, however, not to be a prohibition against reconsideration of decisions. Rather, I think that the visa officer has jurisdiction to reconsider his decision, particularly when new information comes to light": *Chan*, at paragraph 28.

i) Le principe du *functus officio* ne s'applique pas aux décisions des agents d'immigration

[30] Le premier de ces courants jurisprudentiels est illustré par la décision de la Cour dans *Nouranidoust c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 1 C.F. 123 (1<sup>re</sup> inst.), qui a statué que le principe du *functus officio* ne s'applique pas aux décisions de nature non juridictionnelle en matière d'immigration.

[31] *Nouranidoust* visait la décision d'un agent d'immigration qui avait conclu qu'une personne n'avait aucun droit d'établissement en application des dispositions réglementaires relatives aux immigrants visés par une mesure de renvoi à exécution différée (IMRED) (DORS/94-681) [*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11.401* (édicte par DORS/94-681, art. 3)]. La question à trancher était de savoir si un agent d'immigration pouvait réexaminer cette décision sur la base de nouveaux éléments de preuve.

[32] Même si la nature de la demande en cause était quelque peu différente, les faits dans la décision *Nouranidoust* sont assez semblables à ceux de l'espèce. La demande d'établissement de M. Nouranidoust a été rejetée, parce qu'il n'avait pas été en mesure de fournir un passeport ou d'autres documents de voyage. Peu après avoir reçu la décision défavorable, M. Nouranidoust a pu obtenir un passeport de l'ambassade iranienne et l'a transmis à l'agent d'immigration qui a confirmé le rejet initial. Il appartenait alors à la juge Reed de se prononcer sur la question de savoir si, dans les circonstances, l'agent d'immigration était dessaisi ou s'il avait le pouvoir de réexaminer la demande d'établissement.

[33] La juge Reed a commencé son analyse en souscrivant à l'observation de la Cour dans la décision *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 3 C.F. 349 (1<sup>re</sup> inst.), selon laquelle aucune disposition de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, ne visait la question de savoir si un agent des visas pouvait réexaminer les décisions déjà rendues. Dans la décision *Chan*, la Cour a déclaré ce qui suit : « Je n'interprète cependant pas ce silence comme prohibant un tel réexamen. Je crois plutôt que l'agent des visas a la compétence nécessaire pour reconsidérer

[34] Consideration was also given to the decision in *Soimu v. Canada (Secretary of State)* (1994), 83 F.T.R. 285 (F.C.T.D.), where Justice Rothstein [as he then was] held that as the *Immigration Act* was silent on the question of whether visa officers could review decisions that had been made, it appeared that the officer would not be *functus* in relation to an application for reconsideration.

[35] In concluding that the doctrine of *functus officio* did not apply in the case of immigration officers, Justice Reed had regard to the comments of the Supreme Court in *Chandler*, previously cited. In particular, she referred to Justice Sopinka's admonition that the application of the doctrine must be more flexible and less formalistic in relation to the decisions of administrative tribunals: *Nouranidoust*, at paragraph 13.

[36] Justice Reed concluded her analysis by stating that (at paragraphs 24–25):

I am not prepared, in the absence of a Federal Court of Appeal decision to the contrary, to conclude that the immigration officer had no such authority. It is clear that immigration officers and visa officers, as a matter of practice, often reconsider their decisions on the basis of new evidence (see Waldman, *supra*). As I read the jurisprudence, I think the need to find express or implied authority to reopen a decision in the relevant statute is directly related to the nature of the decision and the decision-making authority in question. Silence in a statute with respect to the reopening of a decision that has been made on an adjudicative basis, consequent on a formal hearing, and after proof of the relevant facts may indicate that no reopening is intended. Silence in a statute with respect to the reopening of a decision that is at the other end of the scale, a decision made by an official pursuant to a highly informal procedure, on whom no time limits are imposed, must be assessed in light of the statute as a whole. Silence in such cases may not indicate that Parliament intended that no reconsideration of the decision by the relevant official be allowed. It may merely mean that discretion to do so, or to refuse to do so was left with the official.

As noted, the *Chandler* decision states that the principle of *functus officio* should be applied flexibly in the case of

ses décisions, particulièrement lorsque de nouveaux renseignements sont connus » : *Chan*, au paragraphe 28.

[34] Elle a aussi examiné la décision *Soimu c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1330 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), dans laquelle le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême du Canada] a décidé que, puisque la *Loi sur l'immigration* était muette sur la question de savoir si les agents des visas pouvaient réviser des décisions déjà rendues, il semblait qu'ils n'agiraient pas *functus officio* quant à une demande de réexamen.

[35] En concluant que le principe du *functus officio* ne s'appliquait pas dans le cas des agents d'immigration, la juge Reed a tenu compte des observations de la Cour suprême dans l'arrêt *Chandler*, précité. Plus particulièrement, elle a mentionné l'avertissement donné par le juge Sopinka selon lequel l'application du principe doit être plus souple et moins formaliste dans le cas des décisions des tribunaux administratifs : *Nouranidoust*, au paragraphe 13.

[36] La juge Reed a conclu son analyse en énonçant ce qui suit (aux paragraphes 24 et 25) :

Je ne suis pas prête, en l'absence d'une décision contraire de la Cour d'appel fédérale, à conclure que l'agent d'immigration n'avait pas un tel pouvoir. Il est clair que les agents d'immigration et les agents des visas, dans la pratique, réexaminent souvent leurs décisions sur la base de nouvelles preuves (voir Waldman, *précité*). En lisant la jurisprudence, je pense que le besoin de trouver un pouvoir explicite ou implicite dans la loi pertinente pour réexaminer une décision est directement relié à la nature de la décision et à l'instance décisionnelle en question. Le silence dans une loi relativement au réexamen d'une décision judiciaire rendue à la suite d'une audience en bonne et due forme et après que les faits pertinents eurent été établis peut indiquer qu'aucun réexamen n'est voulu. Le silence dans une loi relativement au réexamen d'une décision qui se trouve à l'autre extrémité du spectre, une décision rendue par un fonctionnaire en application d'une procédure très informelle, à qui aucun délai n'est imposé, doit être apprécié compte tenu de la loi prise dans son ensemble. Le silence dans de tels cas n'indique pas forcément que l'intention du législateur était de ne pas permettre le réexamen de la décision rendue par le fonctionnaire concerné. Il peut simplement vouloir dire que le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser de le faire a été laissé au fonctionnaire.

Tel qu'indiqué, l'arrêt *Chandler* précise que le principe *functus officio* devrait être appliqué avec souplesse dans le cas

administrative decisions since justice may require the reopening of those decisions. I am persuaded that Parliament's silence in the case of applications for landing, when the individual has been found eligible for such because he falls under DROC, was not intended to restrict the immigration officer from reopening a file when the officer considers it in the interests of justice to do so.

[37] Other judges of this Court have come to a similar conclusion in relation to various types of immigration applications involving informal processes similar to that involved in H&C applications: see, for example, *Chan v. Canada*, and *Soimu v. Canada*, both previously cited; *Tchassovnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 152 F.T.R. 144 (F.C.T.D.); *Kherei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 8 Imm. L.R. (3d) 265 (F.C.T.D.); *McLaren v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 373, 14 Imm. L.R. (3d) 229.

[38] Moreover, as the Court observed in *Kherei*, the literature supports this less technical view: see, for example, Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2nd ed., loose-leaf [Markham, Ont.: LexisNexis Canada], at paragraphs 11:20 to 11:29.

(ii) *Functus Officio* Does Apply to Decisions of Immigration Officers

[39] There is also a substantial body of case law going the other way. One of the leading cases in this regard is the decision in *Dumbrava v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 31 Imm. L.R. (2d) 76 (F.C.T.D.).

[40] *Dumbrava* involved an application for permanent residence in Canada. After the applicant received the officer's original refusal decision, the applicant sought reconsideration of that decision on the basis that it was "wrong in law". On judicial review, the Court identified the "real issue" on the application as being whether the visa officer had the authority to reconsider her earlier decision in the manner that she did: at paragraph 18.

de décisions administratives puisque la justice peut exiger le réexamen de ces décisions. Je suis convaincue que le silence du législateur, dans le cas de demandes d'établissement de personnes déclarées admissibles parce qu'elles relèvent de la catégorie des IMRED, ne visait pas à empêcher l'agent d'immigration de réexaminer un dossier lorsque ce dernier pense qu'il y va de l'intérêt de la justice.

[37] D'autres juges de la Cour en sont arrivés à une conclusion semblable relativement à divers types de demandes en matière d'immigration comportant des processus informels semblables à ceux que comportent les demandes CH : voir, à titre d'exemples, *Chan c. Canada* et *Soimu c. Canada*, toutes deux précitées; *Tchassovnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1111 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Kherei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1383 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *McLaren c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 373.

[38] En outre, comme la Cour l'a souligné dans la décision *Kherei*, la doctrine appuie ce point de vue moins technique : voir à titre d'exemple, Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles [Markham, Ont. : LexisNexis Canada], aux paragraphes 11:20 à 11:29.

ii) Le principe du *functus officio* s'applique aux décisions des agents d'immigration

[39] Il existe aussi une importante jurisprudence allant dans l'autre sens. Une des décisions de principe sur le sujet est la décision *Dumbrava c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1238 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[40] L'affaire *Dumbrava* concernait une demande de résidence permanente au Canada. Après avoir reçu la décision de rejet initiale de l'agente, le demandeur a sollicité le réexamen de cette décision au motif qu'elle constituait une « erreur de droit ». Lors du contrôle judiciaire, la Cour a identifié la « question qui se pos[ait] vraiment » à l'égard de la demande comme étant la question de savoir si l'agente des visas était habilitée à

[41] In this regard, the Court stated that (*Dumbrava*, at paragraph 19):

... absent an express grant of jurisdiction, it is doubtful that a decision-maker has the power to reconsider a prior decision on new grounds and exercise his or her discretion anew. The decision-making powers of a visa officer are statutory and, as such, they must be found in the statute. While I have no doubt that slips, typos and obvious errors can be corrected after a decision has been rendered, the discretion of a decision-maker is, in my view, fully exhausted once the discretionary authority to decide has been exercised in the manner contemplated by statute. As such a decision-maker cannot pronounce more than once on the same matter. [Footnote omitted.]

[42] The Court went on to observe that once the visa officer rejected the applicant's application, the officer did not have the jurisdiction to render a further decision reconsidering the earlier decision. As a consequence, the application for judicial review was "without object".

[43] A number of decisions have followed the reasoning in *Dumbrava* in relation to immigration applications involving informal processes similar to that involved in H&C applications: see, for example, *Jimenez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 147 F.T.R. 199 (F.C.T.D.); *Duque v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1367, 67 Imm. L.R. (3d) 271; *Dimenene v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1101; *Phuti v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 7 Imm. L.R. (3d) 270 (F.C.T.D.); *Brar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 140 F.T.R. 163 (F.C.T.D.).

### C. The Federal Court of Appeal Jurisprudence

[44] In *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 872, 37 Imm. L.R. (3d) 263, Justice Blanchard was asked to certify the following question [at paragraph 95]:

revoir sa décision initiale comme elle l'a fait : au paragraphe 18.

[41] À ce sujet, la Cour a déclaré ce qui suit (*Dumbrava*, au paragraphe 19) :

[...] faute d'attribution expresse de compétence, il est douteux qu'une autorité décisionnaire puisse revoir une décision antérieure sur la base de nouveaux motifs et exercer son pouvoir discrétionnaire derechef. L'agente des visas tire son pouvoir décisionnaire de la loi écrite, elle ne peut donc exercer que les pouvoirs qui y sont expressément prévus. Je ne doute pas que les lapsus, fautes de frappe et autres erreurs matérielles visibles puissent être rectifiés après coup, mais à mon avis, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité décisionnaire est vidé, une fois qu'il a été exercé de la manière prévue par la loi. Il s'ensuit que cette autorité ne peut prononcer deux fois sur la même question. [Renvoi omis.]

[42] La Cour a poursuivi en observant qu'une fois que l'agente des visas a rejeté la demande du demandeur, elle n'avait pas la compétence pour rendre une autre décision réexaminant la décision antérieure. Il s'ensuivait que la demande de contrôle judiciaire « n'a[va]it pas d'objet ».

[43] Plusieurs décisions ont suivi le raisonnement dans la décision *Dumbrava* relativement à des demandes en matière d'immigration qui comportaient des processus informels semblables à celui des demandes CH : voir à titre d'exemples, *Jimenez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 372 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Duque c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1367; *Dimenene c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1101; *Phuti c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1233 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Brar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1527 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

### C. La jurisprudence de la Cour d'appel fédérale

[44] Dans la décision *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 872, il a été demandé au juge Blanchard de certifier la question suivante [au paragraphe 95] :

2. Where an immigration officer has made a decision in respect of ... a humanitarian and compassionate application, is an officer *functus*, such that further evidence may not be considered to determine if it might lead the officer to reach a different conclusion.

Justice Blanchard held that the officer's failure to consider the further information in issue in that case would not have materially affected her ultimate decision. As a consequence, the question could not have been determinative of an appeal and was not certified.

[45] Justice Blanchard did certify a different question in *Selliah*, however, and the matter went on appeal: see *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 160, 50 Imm. L.R. (3d) 105. In its brief reasons, the Federal Court of Appeal dealt with the reconsideration issue, stating that (at paragraphs 4–5):

As for the new evidence offered to the officer after the decision had been made, but before notice of that decision was received by the applicant, we are not inclined to interfere. Though not expressly provided for in the legislation, an application for reconsideration on the basis of that new evidence could have been made by the applicant following receipt of the notice of the decision.

It is therefore, not necessary for us to decide the *functus officio* issue in this case. [My emphasis.]

[46] Thus, although the Federal Court of Appeal expressly declined to deal with the *functus* issue in *Selliah*, the reasons in that case seem to suggest that reconsideration of an H&C decision may indeed be possible.

[47] Two other decisions of the Federal Court of Appeal warrant brief consideration, as they are referred to in a number of the decisions cited earlier in these reasons. These are *Park v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 165, 13 Imm. L.R. (3d) 1 and *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 35, [2007] 4 F.C.R. 515.

[48] In *Park*, an individual was advised that an immigrant visa would be issued. However, before the

2. Lorsqu'un agent d'immigration a rendu sa décision sur [...] une demande fondée sur des considérations humanitaires, l'agent est-il dépouillé de sa fonction, de telle sorte qu'il ne lui serait pas possible d'étudier des preuves nouvelles pour savoir si elles sont de nature à modifier sa décision?

Le juge Blanchard a statué que les documents additionnels que l'agente n'avait pas pris en compte n'auraient pas modifié sa décision ultime. Par conséquent, la question ne pouvait disposer d'un appel et elle n'a pas été certifiée.

[45] Le juge Blanchard a cependant certifié une question différente dans la décision *Selliah*, et un appel a été interjeté : voir *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 160. Dans de brefs motifs, la Cour d'appel fédérale a traité de la question du réexamen, déclarant ce qui suit (aux paragraphes 4 et 5) :

Quant aux nouveaux éléments de preuve qui ont été présentés à l'agent après que la décision eut été prise, mais avant que l'avis de cette décision ait été reçu par le demandeur, nous ne sommes pas portés à intervenir. Même si la loi ne le prévoit pas expressément, le demandeur aurait pu présenter une demande de réexamen fondée sur ces nouveaux éléments de preuve après avoir reçu l'avis de décision.

Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la question du *functus officio* dans ce cas-ci. [Non souligné dans l'original.]

[46] Ainsi, même si la Cour d'appel fédérale a expressément refusé d'examiner la question du principe du *functus officio* dans l'arrêt *Selliah*, les motifs semblent indiquer que le réexamen d'une décision CH puisse en effet être possible.

[47] Deux autres décisions de la Cour d'appel fédérale méritent qu'on s'y attarde quelque peu, car elles sont mentionnées dans plusieurs décisions citées plus tôt dans les présents motifs. Il s'agit des arrêts *Park c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 165, et *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 35, [2007] 4 R.C.F. 515.

[48] Dans l'arrêt *Park*, une personne a été avisée qu'un visa d'immigrant serait délivré. Toutefois, avant

visa was actually issued, it was determined that the applicant was inadmissible to Canada. The Court found that the only exercise of power authorized by the statute was to issue or refuse a visa. Given that no statutory power had been exercised at the time that the applicant was advised that the visa would issue, it followed that the doctrine of *functus officio* had no application. Given the differences in the facts and statutory basis of the *Park* matter, I am of the view that this decision is of limited assistance in this case.

[49] *Nazifpour* involved the power of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board to reopen an appeal. The *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27 (IRPA)] specifically authorized the reopening of appeals in certain specified situations. The question for the Court was whether appeals could be reopened in other situations.

[50] Much of the Court's attention in *Nazifpour* was taken up with a consideration of the interpretation of the statutory provision in issue, and with its legislative history, in order to determine Parliament's intent. Once again, this decision is readily distinguishable from the present situation.

#### D. Which Line of Authority Should be Followed?

[51] Given the fundamental disagreement in the jurisprudence in relation to the applicability of the doctrine of *functus officio* to informal, non-adjudicative immigration applications such as applications for H&C exemptions, how is one to determine which approach should be followed?

[52] In *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Brown and Evans suggest that a pragmatic and functional analysis should be carried out in order to ascertain whether the doctrine of *functus officio* should be applied in the context of a particular type of decision-making process.

la délivrance du visa, il a été décidé que le demandeur était interdit de territoire au Canada. La Cour a conclu que l'exercice du seul pouvoir autorisé par la loi était de délivrer ou de refuser un visa. Compte tenu qu'aucun pouvoir prévu par la loi n'avait été exercé au moment où le demandeur avait été avisé que le visa serait délivré, il s'ensuivait que le principe du *functus officio* ne s'appliquait pas. Compte tenu des différences dans les faits et le fondement législatif de l'arrêt *Park*, je suis d'avis que cette décision est d'une utilité limitée en l'espèce.

[49] L'arrêt *Nazifpour* visait le pouvoir de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rouvrir un appel. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)] autorisait expressément la réouverture des appels dans certaines situations précises. La Cour devait trancher la question de savoir si les appels pouvaient être rouverts dans d'autres situations.

[50] Dans l'arrêt *Nazifpour*, la Cour a porté une grande attention à l'interprétation de la disposition législative en cause, de même qu'à son historique législatif, afin de déterminer l'intention du législateur. Encore ici, il est facile de faire une distinction entre cette décision et la situation en l'espèce.

#### D. Quel courant jurisprudentiel faut-il suivre?

[51] Compte tenu de la divergence fondamentale dans la jurisprudence relativement à l'applicabilité du principe du *functus officio* aux demandes informelles et de nature non juridictionnelle en matière d'immigration, telles que les demandes sollicitant des dispenses pour des motifs d'ordre humanitaire, comment décider de l'approche à suivre?

[52] Dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Brown et Evans indiquent qu'une analyse pragmatique et fonctionnelle doit être effectuée afin de vérifier la question de savoir si le principe du *functus officio* doit s'appliquer dans le contexte d'un type de processus décisionnel particulier.



[53] That is, one must weigh “any unfairness to the individual that might arise as a result of the reopening, against the public harm that might be caused by preventing the agency from discharging its statutory mandate if it could not reopen.” In addition, the Court must consider “the statutory mandate, the breadth of the discretion conferred on the decision-maker, and the availability of other relief, such as a right of appeal”: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, at section 12:6221.

[54] In other words, the task for the Court is to determine whether “the benefits of finality and certainty in decision-making outweigh those of responsiveness to changing circumstances, new information and second thoughts”: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, at section 12:6221.

[55] The starting point for the Court’s analysis must be the relevant legislative provisions. Neither subsection 25(1) [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, nor the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227] provide explicit guidance, as both are silent on the reconsideration question.

[56] Also relevant is subsection 31(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that “[w]here a power is conferred or a duty imposed ... the power may be exercised and the duty shall be performed from time to time as occasion requires.” According to Brown and Evans, the effect of this provision is that “unless the legislation precludes a further decision or the decision is subject to a form of estoppel, non-adjudicative decisions may be reconsidered and varied from time to time”: see *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, at section 12:6100.

[57] There are a number of considerations that militate in favour of finding that immigration officers can reconsider negative H&C decisions in appropriate

[53] Cela signifie qu’il faut mettre en balance [TRADUCTION] « l’absence d’équité qui découlera de la réouverture de la décision à l’égard de la personne avec le préjudice qui pourrait être causé au public en empêchant l’organisme de s’acquitter du mandat que la loi lui a confié si la décision n’est pas rouverte ». De plus, la Cour doit également tenir compte de [TRADUCTION] « la nature du mandat confié par la loi au décideur et de l’étendue du pouvoir discrétionnaire conféré, ainsi que des autres recours offerts, par exemple un droit d’appel » : *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, à la section 12:6221.

[54] En d’autres mots, la tâche de la Cour consiste à décider si [TRADUCTION] « les avantages du caractère définitif et certain du processus décisionnel l’emportent sur la capacité de répondre à l’évolution des situations, aux nouveaux renseignements ou aux changements d’avis » : *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, à la section 12:6221.

[55] Les dispositions législatives pertinentes doivent être le point de départ de l’analyse de la Cour. Ni le paragraphe 25(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, ni le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] ne fournissent d’indications explicites, car tous deux sont muets sur la question du réexamen.

[56] Le paragraphe 31(3) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, est également pertinent. Il prévoit ce qui suit : « Les pouvoirs conférés peuvent s’exercer, et les obligations imposées sont à exécuter, en tant que de besoin. » Selon Brown et Evans, cette disposition a l’effet suivant : [TRADUCTION] « à moins que la loi n’empêche une autre décision ou que la décision fasse l’objet d’une quelconque forme de préclusion, les décisions de nature non juridictionnelle peuvent être réexaminées et modifiées à l’occasion » : voir *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, à la section 12:6100.

[57] Plusieurs facteurs militent en faveur d’une conclusion selon laquelle les agents d’immigration peuvent réexaminer des décisions CH défavorables dans

circumstances, as well as other considerations that lead to a contrary conclusion.

[58] The first issue to consider is the fact that neither the IRPA nor the Regulations provide an express power of reconsideration on immigration officers in the context of H&C applications. It does not, however, necessarily follow from this legislative silence that there is no power of reconsideration in relation to H&C applications.

[59] In this regard, I adopt the comments of Justice Reed in *Nouranidoust*, previously cited, where she observed that although it may be necessary for there to be an express statutory power to reconsider decisions arrived at through an adjudicative process, the same could not be said of decisions arrived at through more informal processes, by officials on whom no time limits are imposed.

[60] According to Justice Reed, legislative silence in this latter category of cases may not reflect an intention by Parliament that no reconsideration of the decision be allowed, but may instead mean that the discretion to do so, or to refuse to do so, was left with the official: *Nouranidoust*, at paragraph 24.

[61] The significance of the kind of functions carried out by administrative tribunals insofar as the applicability of the doctrine of *functus officio* was also recognized by the Federal Court of Appeal in *Herzig v. Canada (Department of Industry)*, 2002 FCA 36, 287 N.R. 105. There the Court seemed to limit the application of the doctrine of *functus officio* to those administrative tribunals that carry out adjudicative functions, stating that (at paragraph 16):

The principle of *functus officio* holds that, as a general rule, where a final decision has been rendered by an administrative tribunal acting in an adjudicative capacity, the matter is concluded and no amendment can be made to the decision in the absence of a right of appeal. [My emphasis.]

des circonstances appropriées, de même que d'autres facteurs mènent à une conclusion contraire.

[58] La première question à examiner est le fait que ni la LIPR ni le Règlement ne confèrent aux agents d'immigration un pouvoir explicite de réexamen dans le contexte de demandes CH. Il ne s'ensuit toutefois pas nécessairement que ce mutisme législatif est synonyme de l'absence d'un pouvoir de réexamen relativement aux demandes CH.

[59] À cet égard, je souscris aux observations de la juge Reed dans la décision *Nouranidoust*, précitée, dans laquelle elle indique que, même si l'existence d'un pouvoir expressément prévu par la loi peut être nécessaire pour réexaminer des décisions rendues à la suite d'une audience en bonne et due forme, on ne peut en dire autant relativement aux décisions rendues en application de processus plus informels par des fonctionnaires à qui aucun délai n'est imposé.

[60] Selon la juge Reed, le silence de la loi dans cette dernière catégorie de causes n'indique pas forcément que l'intention du législateur était de ne pas permettre le réexamen de la décision. Il peut simplement vouloir dire que le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser de le faire a été laissé au fonctionnaire : *Nouranidoust*, au paragraphe 24.

[61] La Cour d'appel fédérale a également reconnu l'importance du genre de fonctions exercées par les tribunaux administratifs en ce qui a trait à l'applicabilité du principe du *functus officio* dans l'arrêt *Herzig c. Canada (Ministère de l'Industrie)*, 2002 CAF 36. Dans cet arrêt, la Cour a semblé limiter l'application du principe du *functus officio* aux tribunaux administratifs qui exercent des fonctions de nature juridictionnelle, déclarant ce qui suit (au paragraphe 16) :

Selon le principe du *functus officio*, en règle générale lorsqu'un tribunal administratif exerçant un pouvoir juridictionnel a statué définitivement sur une question, l'affaire est close et aucune modification ne peut être apportée à la décision en l'absence d'un droit d'appel. [Non souligné dans l'original.]

[62] A very broad discretion is conferred on immigration officers under subsection 25(1) of the IRPA. This provision confers discretion on immigration officers to allow them the flexibility to approve deserving cases not anticipated in the legislation: see *Inland Processing Manual (IP)*, Chapter IP 5, the Citizenship and Immigration Canada manual dealing with Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, at section 2.

[63] Moreover, unlike judicial or adjudicative tribunal processes, the H&C process is quite informal. This suggests that there be greater procedural flexibility than in the case of more formalized or adjudicative decision-making processes.

[64] Insofar as the availability of other relief such as a right of appeal is concerned, there is no right of appeal from the decision of an immigration officer in relation to H&C decisions. Where there is a right of appeal, new evidence can be put before the appellate court, provided that the party seeking to adduce such evidence can meet the relevant test.

[65] However, in the case of H&C decisions, the only recourse that an unsuccessful applicant has is by way of judicial review in this Court, and then only with leave of the Court. Generally speaking, a reviewing court will limit its consideration to the material that was before the original decision maker, and will not consider new evidence. This limitation on the admissibility of new evidence would tend to militate in favour of a finding that *functus officio* should not apply in relation to H&C decisions.

[66] That said, a negative H&C decision will not necessarily be the last word on an individual's ability to stay in Canada on H&C grounds. Unlike a judgment or tribunal decision that finally determines an individual's rights, it is always open to an individual to file a further H&C application, after the first is refused. Indeed,

[62] Le paragraphe 25(1) de la LIPR accorde aux agents d'immigration un très vaste pouvoir discrétionnaire. Cette disposition accorde un pouvoir discrétionnaire aux agents d'immigration pour leur offrir la souplesse d'approuver les cas fondés non prévus dans la loi : voir *Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*, le chapitre IP 5 du guide de Citoyenneté et Immigration Canada, Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, à la section 2.

[63] De plus, contrairement au processus judiciaire ou à celui des tribunaux juridictionnels, le processus fondé sur des motifs d'ordre humanitaire est assez informel. Cela indique une souplesse procédurale plus grande que dans le cas de processus décisionnels plus formalistes ou juridictionnels.

[64] En ce qui a trait à l'accès à d'autres recours comme un droit d'appel, il n'existe pas de droit d'appel de la décision d'un agent d'immigration relativement aux décisions CH. Lorsqu'un droit d'appel existe, il est possible de présenter de nouveaux éléments de preuve à la cour d'appel, pourvu que la partie qui cherche à présenter de tels éléments puisse respecter le critère applicable.

[65] Cependant, dans le cadre des décisions CH, le seul recours dont peut se prévaloir un demandeur qui n'a pas eu gain de cause est le contrôle judiciaire par la Cour, et ce, uniquement avec l'autorisation de celle-ci. De manière générale, une cour de révision limitera son examen aux documents dont était saisi le décideur et ne tiendra pas compte de nouveaux éléments de preuve. Cette restriction à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve tendrait à militer en faveur d'une conclusion selon laquelle le principe du *functus officio* ne devrait pas s'appliquer relativement aux décisions CH.

[66] Cela dit, une décision CH défavorable ne sera pas nécessairement le dernier mot à propos de la capacité d'une personne de demeurer au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire. Contrairement à un jugement ou à la décision d'un tribunal qui se prononce de manière définitive sur les droits d'une personne, il est toujours

Mr. Kurukkal has himself taken advantage of this opportunity.

[67] Nevertheless, the substantial filing fees and significant processing times may make this an unattractive option for many people, and limit its effectiveness as a way in which to overcome a negative decision.

[68] Moreover, while recognizing that there is always a benefit to finality in the decision-making process, it must also be recognized that the nature of an H&C decision is fundamentally different than, for example, a civil judgment or a tribunal decision that resolves a dispute between two or more parties. In these latter types of cases, the successful party or parties may rely on court or tribunal rulings in the conduct of their affairs. These individuals may then be detrimentally affected in the event that the court or tribunal decision is subsequently reconsidered and changed.

[69] In contrast, there is no true *lis inter partes*, or live controversy or dispute, between parties in the H&C context. A decision on an H&C application will likely only have a direct effect on the applicant or applicants themselves. No one else is likely to rely on an H&C decision to his or her detriment.

[70] It is true that H&C applicants bear the onus of demonstrating that they would suffer unusual, undeserved or disproportionate hardship if required to apply for permanent residency from outside Canada. Applicants are obligated to “put their best foot forward” in their applications, and they omit pertinent information from their applications at their peril: see, for example, *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 38, [2004] 2 F.C.R. 635, at paragraph 8, and *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, 392 N.R. 163, at paragraph 45.

loisible à une personne de déposer une autre demande CH, après le refus de la première. En effet, M. Kurukkal s’est prévalu de cette possibilité.

[67] Néanmoins, les droits de dépôt élevés et les longs délais de traitement rendent cette option peu attrayante pour plusieurs et limitent son efficacité comme moyen de surmonter une décision défavorable.

[68] En outre, tout en reconnaissant qu’il y a toujours un avantage au caractère définitif du processus décisionnel, il faut également reconnaître que la nature d’une décision CH est fondamentalement différente, par exemple, d’un jugement civil ou de la décision d’un tribunal qui règle un différend entre deux ou plusieurs parties. Dans ce dernier genre d’affaires, la partie ou les parties qui ont gain de cause peuvent s’appuyer sur les décisions de la cour ou du tribunal pour la conduite de leurs affaires. Ces personnes seraient alors susceptibles de subir un préjudice dans le cas où la décision de la cour ou du tribunal était ultérieurement réexaminée et modifiée.

[69] En revanche, il n’existe pas un pur *lis inter partes*, ou un litige ou différend actuel, entre les parties dans le contexte des demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire. Une décision concernant une demande CH aura probablement uniquement un effet direct sur le demandeur ou les demandeurs mêmes. Personne n’est susceptible de s’appuyer sur une décision CH à son désavantage.

[70] Il est vrai qu’il incombe à ceux qui présentent des demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire de démontrer qu’ils subiraient des difficultés inhabituelles, injustifiées ou excessives s’ils étaient tenus de présenter une demande de résidence permanente depuis l’étranger. Les demandeurs doivent « présenter leurs meilleurs arguments » dans leur demande et s’ils omettent des renseignements pertinents dans celle-ci, c’est à leurs risques et périls : voir, à titre d’exemples, *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 38, [2004] 2 R.C.F. 635, au paragraphe 8, et *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 189, au paragraphe 45.

[71] It does not, however, follow from this that an officer can never consider additional information provided by an applicant after the initial H&C decision has been made. Rather, these cases simply stand for the proposition that there is no obligation on an immigration officer assessing an H&C application to go back to an applicant in an effort to ferret out additional information supporting the application, when that information has not been provided by the applicant him- or herself.

[72] Finally, there is a concern that the ability of immigration officers to reconsider negative H&C applications could lead to an abuse of the immigration system. That is, removals officers are often asked to defer a removal because a decision is outstanding in a pending H&C application. Indeed, stays of removal are sometimes granted by this Court where the H&C decision is expected imminently. The ability of applicants to provide additional evidence, and to request reconsideration of their H&C applications, could potentially interfere with the ability to remove individuals without status in Canada as soon as is reasonably practicable.

[73] This concern could, however, be addressed if, upon receiving a request for consideration, immigration officers promptly considered the materiality and reliability of the evidence in question. The officers would also have to consider whether the evidence in question was truly “new”, or could have been obtained earlier with the exercise of reasonable diligence. An immigration officer should also be able to assess whether a request to reopen an H&C application was being made for *bona fide* reasons, or was being sought for a collateral purpose, such as to support a request to defer an imminent removal from Canada.

#### IV. Conclusion

[74] Having carefully weighed the various considerations discussed in the preceding paragraphs, I have concluded that the need for flexibility and

[71] Cependant, il ne s’ensuit pas de ce qui précède qu’un agent ne peut jamais examiner des renseignements supplémentaires fournis par un demandeur après que la décision CH initiale a été rendue. Ces décisions appuient plutôt simplement la proposition selon laquelle un agent d’immigration qui apprécie une demande CH n’est pas tenu de retourner au demandeur pour dénicher des renseignements supplémentaires à l’appui de la demande, lorsque le demandeur même n’a pas fourni ces renseignements.

[72] Enfin, on peut craindre que la capacité des agents d’immigration de réexaminer des demandes CH puisse entraîner un recours abusif au régime d’immigration. Ainsi, on demande souvent à des agents de renvoi de reporter une mesure de renvoi en attente d’une décision à l’égard d’une demande CH. En effet, la Cour accorde parfois un sursis à l’exécution d’une mesure de renvoi lorsqu’une décision CH est imminente. La possibilité pour les demandeurs de fournir des éléments de preuve supplémentaire et de demander le réexamen de leur demande CH pourrait éventuellement empiéter sur la capacité de renvoyer des personnes sans statut au Canada dès que les circonstances le permettent.

[73] Cette préoccupation pourrait cependant être réglée si, à la réception d’une demande de réexamen, les agents d’immigration examinaient promptement le caractère substantiel et la fiabilité des éléments de preuve en question. Les agents seraient également tenus d’examiner si les éléments de preuve en question sont véritablement « nouveaux » ou s’ils auraient pu être obtenus auparavant en exerçant une diligence raisonnable. Un agent d’immigration devrait également être en mesure d’apprécier si une demande sollicitant la réouverture d’une demande CH est présentée pour des motifs valables ou si elle est présentée pour une fin indirecte, comme appuyer une demande de reporter un renvoi imminent du Canada.

#### IV. Conclusion

[74] Après avoir soupesé soigneusement les différents facteurs analysés dans les paragraphes qui précèdent, j’ai conclu que le besoin de souplesse et de

responsiveness to changing circumstances and new information in the H&C assessment process outweighs the desirability of having finality and certainty in the decision-making process. I would note that conclusion is consistent with the teachings of the Federal Court of Appeal in *Selliah*, previously cited, at paragraph 44.

[75] I have further concluded that the doctrine of *functus officio* does not apply to the informal, non-adjudicative decision-making process involved in the determination of H&C applications. As a consequence, I find that the immigration officer erred in refusing to consider the death certificate provided by Mr. Kurukkal in this case, and the application for judicial review is allowed.

#### V. Certification

[76] The question of whether an H&C officer is *functus officio* after rendering a decision in relation to an application for a Humanitarian and Compassionate exemption is a question of law that is not only dispositive of this case, but transcends the interests of these parties.

[77] Neither party has proposed a question for certification in this case. However, in light of the unsettled nature of the law on this point, I am satisfied that those involved with the immigration process would benefit from the views of the Federal Court of Appeal on this question. As a consequence, I will certify the following question:

Once a decision has been rendered in relation to an application for a humanitarian and compassionate exemption, is the ability of the decision maker to reopen or reconsider the application on the basis of further evidence provided by an applicant limited by the doctrine of *functus officio*?

réponse à l'évolution d'une situation et à de nouveaux renseignements dans le processus d'appréciation des motifs d'ordre humanitaire l'emporte sur l'avantage d'avoir un processus décisionnel comportant un caractère définitif et certain. Je souligne que cette conclusion est compatible avec les enseignements de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Selliah*, précité, au paragraphe 44.

[75] En outre, j'ai conclu que le principe du *functus officio* ne s'applique pas au processus décisionnel informel et de nature non juridictionnelle que comporte la détermination des demandes CH. En conséquence, je conclus que l'agent d'immigration a commis une erreur en refusant de tenir compte du certificat de décès fourni par M. Kurukkal en l'espèce et la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

#### V. Certification

[76] La question de savoir si un agent responsable d'apprécier les demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire est dessaisi après avoir rendu une décision à l'égard d'une demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est une question de droit qui est non seulement déterminante en l'espèce, mais qui transcende les intérêts des parties aux présentes.

[77] Aucune des parties n'a présenté de question à certifier en l'espèce. Toutefois, compte tenu des incertitudes du droit en ce domaine, je suis convaincue que ceux qui participent au processus en matière d'immigration tireraient profit des opinions de la Cour d'appel fédérale sur cette question. Je certifierai donc la question suivante :

Une fois qu'une décision a été rendue relativement à une demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, la capacité du décideur de rouvrir ou de réexaminer la demande en raison d'autres éléments de preuve fournis par un demandeur est-elle limitée par le principe du *functus officio*?

## JUDGMENT

## JUGEMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed, and the matter is remitted to a different immigration officer for redetermination in accordance with these reasons. In addition to the other information filed by Mr. Kurukkal in connection with his first H&C application, the officer is directed to consider the death certificate for Mr. Kurukkal's wife, and to decide what if any weight should be attributed to it; and

2. The following question is certified:

Once a decision has been rendered in relation to an application for a humanitarian and compassionate exemption, is the ability of the decision maker to reopen or reconsider the application on the basis of further evidence provided by an applicant limited by the doctrine of *functus officio*?

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée à un autre agent d'immigration pour une nouvelle décision, conformément aux présents motifs. Outre les autres renseignements déposés par M. Kurukkal relativement à sa première demande CH, il est ordonné à l'agent de tenir compte du certificat de décès de l'épouse de M. Kurukkal et de déterminer le poids à y accorder, le cas échéant.

2. La question suivante est certifiée :

Une fois qu'une décision a été rendue relativement à une demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, la capacité du décideur de rouvrir ou de réexaminer la demande en raison d'autres éléments de preuve fournis par un demandeur est-elle limitée par le principe du *functus officio*?

2009 FCA 223  
A-375-08

2009 CAF 223  
A-375-08

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

**Alliance de la Fonction publique du Canada**  
(*demandeur*)

v.

c.

**Canadian Federal Pilots Association and Attorney  
General of Canada** (*Respondents*)

**Association des pilotes fédéraux du Canada et  
Procureur général du Canada** (*défendeurs*)

A-383-08

A-383-08

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Canadian Federal Pilots Association and Public  
Service Alliance of Canada** (*Respondents*)

**Association des pilotes fédéraux du Canada et  
Alliance de la Fonction publique du Canada**  
(*défenderesses*)

**INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v.  
CANADIAN FEDERAL PILOTS ASSN. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU  
CANADA c. ASSOC. DES PILOTES FÉDÉRAUX DU CANADA  
(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Evans, Pelletier and Layden-  
Stevenson J.J.A.—Ottawa, March 24 and July 2, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Pelletier et Layden-  
Stevenson, J.C.A.—Ottawa, 24 mars et 2 juillet 2009.

*Public Service — Jurisdiction — Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision allocating, on application under Public Service Labour Relations Act (PSLRA), s. 58, three positions in federal public service to bargaining unit comprising Aircraft Operations (AO) occupational group — Definition of AO group, bargaining unit expressly excluding positions not requiring pilot's licence, experience as pilot — References to flying aircraft removed from job descriptions re-allocated to AO group herein — Whether Board exceeding jurisdiction by re-allocating positions to AO group notwithstanding exclusion — Per Evans J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Board having legal authority to interpret, apply PSLRA, s. 58 given Parliament's express conferral of power thereon — Board's decision, interpretation of PSLRA, s. 58 entitled to curial deference, reviewable for unreasonableness — Applicants having to establish that Board's interpretation of s. 58 unreasonable because not reading into it direction in PSLRA, ss. 57(3), 70(2) that bargaining units must be co-extensive with occupational groups established by employer — Board concluding exclusion could not be determinative and thus override its statutory*

*Fonction publique — Compétence — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d'une demande présentée en vertu de l'art. 58 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (LRTFP), trois postes de la fonction publique fédérale à l'unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne (AO) — La définition du groupe AO et de son unité de négociation excluait expressément les postes qui n'exigeaient pas de licence de pilote et d'expérience de pilotage — Les mentions relatives au pilotage d'un aéronef ont été supprimées de la description de travail des postes attribués au groupe AO en l'espèce — Il s'agissait de savoir si la Commission avait outrepassé sa compétence en incluant les postes dans l'unité de négociation AO malgré l'exclusion — Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Commission était légalement habilitée à interpréter l'art. 58 de la LRTFP et à l'appliquer étant donné que le législateur lui a expressément conféré ce pouvoir — La déférence s'imposait à l'égard de la décision de la Commission et de son interprétation de l'art. 58 de la LRTFP et cette décision devait être examinée*



responsibility “to oversee and ultimately decide the proper composition of bargaining units” — Board also not persuaded that where primary duties of positions at issue falling within AO group, should automatically give priority to the specific exclusion in the AO group definition — Board’s disposition of application not unreasonable — Applications dismissed — Per Pelletier J.A. (dissenting): Board’s task under PSLRA, s. 58 to apply bargaining unit definitions to facts of given position, group — Board not allowed to reconsider appropriateness of bargaining unit definitions — In present case, Board erring in treating task under s. 58 as though having to define appropriate bargaining unit under s. 57 — Board erring when failing to distinguish between formal, functional criteria — Because experience as pilot, possession of valid pilot’s licence not mandatory elements of positions at issue, positions explicitly excluded from AO bargaining unit — Unreasonable for Board to conclude positions could be included in group from which specifically excluded.

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision allocating, on application under Public Service Labour Relations Act, s. 58, three positions in federal public service to bargaining unit comprising Aircraft Operations occupational group — Jurisdictional error only ground of review available herein — Interpretation of enabling legislation normally reviewable on standard of unreasonableness — While Supreme Court of Canada retaining category of “questions of jurisdiction or vires” reviewable on standard of correctness, no justification for characterizing as “jurisdictional issue” interpretations of provisions not raising question of law of central importance to legal system, outside administrative decision maker’s area of expertise — In order to establish in present case that Board exceeding jurisdiction by misinterpreting provision in enabling statute, applicant having to establish Board’s interpretation unreasonable.*

*selon la norme de la décision raisonnable — Les demandeurs devaient établir que la Commission avait formulé une interprétation déraisonnable de l’art. 58 en n’y incluant pas la directive énoncée aux art. 57(3) et 70(2) de la LRTPF, que les unités de négociation doivent correspondre aux groupes professionnels établis par l’employeur — La Commission a conclu que l’exclusion ne pouvait pas être déterminante et ne pouvait en conséquence primer sur la responsabilité que lui imposait la loi de « veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d’analyse de décider de cette composition » — De même, la Commission n’était pas convaincue que si les fonctions principales des postes en cause relevaient du groupe AO, elle devait automatiquement accorder préséance à l’exclusion explicite énoncée dans la définition de ce groupe — La décision que la Commission a rendue relativement à la demande n’était pas déraisonnable — Demandes rejetées — Selon le juge Pelletier, J.C.A. (motifs dissidents) : Il incombe à la Commission, en application de l’art. 58 de la LRTPF, d’appliquer les définitions aux faits se rapportant à un poste ou à un groupe donné — Rien n’autorisait la Commission à examiner de nouveau la justesse de la définition de l’unité de négociation — En l’espèce, la Commission a commis une erreur en considérant la tâche à accomplir en application de l’art. 58 comme s’il s’agissait de définir l’unité habile à négocier sous le régime de l’art. 57 — La Commission a commis une erreur en ne distinguant pas entre les critères de forme et les critères fonctionnels — L’expérience de pilotage et la possession d’une licence valide de pilote n’étant pas des éléments obligatoires des poste en cause, les postes étaient exclus expressément de l’unité de négociation de la navigation aérienne — Il était déraisonnable de la part de la Commission de conclure que les postes pourraient être ramenés dans une unité dont ils sont expressément exclus.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d’une demande présentée en vertu de l’art. 58 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, trois postes de la fonction publique fédérale à l’unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne — En l’espèce, le seul motif de contrôle pouvant être invoqué était celui de l’erreur de compétence — L’interprétation de la loi habilitante se fait généralement suivant la norme de la raisonabilité — Bien que la Cour suprême du Canada ait retenu une catégorie de « question[s] de compétence ou de constitutionnalité » commandant l’application de la norme de la décision correcte, aucun raisonnement ne justifiait de considérer comme une « question de compétence » l’interprétation d’autres dispositions ne soulevant pas de question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur administratif — Pour établir en l’espèce que la Commission a outrepassé sa compétence en*

This was an application for judicial review of a decision of the Public Service Labour Relations Board allocating, on an application under section 58 of the *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA) by the Canadian Federal Pilots Association (CFPA), three positions in the federal public service to the bargaining unit comprising the Aircraft Operations (AO) occupational group. The applicants alleged that the Board exceeded its jurisdiction because the definition of the AO group and its bargaining unit expressly excludes positions that do not require a pilot's licence and experience as a pilot.

The dispute originated with the employer's revision of the job descriptions of three positions within Transport Canada, which removed references to flying an aircraft. They had previously been part of the AO group. These positions were re-allocated to different occupational groups. The CFPA applied to have the three positions allocated back to the AO group's bargaining unit. The Board concluded that the best fit was with the AO group. The applicants argued that the Board had committed a jurisdictional error in failing to regard the elimination of piloting qualifications from the descriptions of the re-classified positions as automatically excluding them from the AO group because of the specific exclusion from that group, and therefore from its bargaining unit, of positions for which piloting qualifications are not mandatory. The applicants also alleged that the Board erred by amending the bargaining units rather than simply deciding in which of the existing units the three positions were included.

The main issue was whether the Board exceeded its jurisdiction by allocating the positions to the AO bargaining units. Also, an analysis of the standard of review applicable to decisions of adjudicative administrative tribunals was conducted.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the applications should be dismissed.

*Per* Evans J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Jurisdictional error under paragraph 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act* was the only ground of review available to the applicants on the facts of this case given the preclusive clause in section 51 of the PSLRA. A tribunal will have acted beyond its jurisdiction if it decides incorrectly a legal question for which correctness is the applicable standard of review. A tribunal may also exceed its jurisdiction if its decision on a

*interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante, un demandeur doit démontrer que l'interprétation était déraisonnable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d'une demande présentée en vertu de l'article 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP) par l'Association des pilotes fédéraux du Canada (APFC), trois postes de la fonction publique fédérale à l'unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne (AO). Les demandeurs soutenaient que la Commission avait outrepassé sa compétence parce que la définition du groupe AO et de son unité de négociation exclut expressément les postes qui n'exigent pas de licence de pilote et d'expérience de pilotage.

Le différend faisait suite à la révision par l'employeur de la description de travail de trois postes au sein de Transports Canada, laquelle a eu pour effet de supprimer les mentions relatives au pilotage d'un aéronef. Auparavant, ces postes faisaient partie du groupe professionnel AO. Ces postes ont été attribués dans des groupes professionnels différents. L'APFC a demandé de replacer les trois postes dans l'unité de négociation du groupe AO. La Commission a conclu que la correspondance avec le groupe AO était la meilleure. Les demandeurs affirmaient que la Commission avait commis une erreur relative à sa compétence en ne considérant pas que l'élimination des qualifications de pilotage dans les descriptions de travail des postes reclassifiés excluait automatiquement ces postes du groupe AO parce que les postes n'exigeant pas de qualifications de pilotage étaient expressément exclus de ce groupe et, par conséquent, de l'unité de négociation. En outre, les demandeurs soutenaient que la Commission avait erré en déterminant les unités de négociation au lieu de simplement déterminer à quelle unité existante les trois postes appartenaient.

La principale question litigieuse était celle de savoir si la Commission avait outrepassé sa compétence en incluant les postes dans l'unité de négociation AO. De même, la Cour s'est livrée à une analyse des normes de contrôle applicables aux décisions de tribunaux administratifs.

*Arrêt* (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : les demandes doivent être rejetées.

Selon le juge Evans, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le seul motif de contrôle que les demandeurs pouvaient invoquer, compte tenu des faits en l'espèce, était celui de l'erreur de compétence en application de l'alinéa 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales* compte tenu de la clause privative énoncée à l'article 51 de la LRTFP. Un tribunal aura outrepassé sa compétence en rendant une décision erronée sur une question

question of law is unreasonable. Like other administrative tribunals, the Board is not authorized by Parliament to make a decision that is based on an unreasonable interpretation of any provision of its enabling legislation. Such decisions are not protected by even the strongest preclusive clause.

Recent decisions of the Supreme Court of Canada, including *Dunsmuir v. New Brunswick*, state that the interpretation tribunals make of their enabling legislation is normally reviewable on a standard of unreasonableness. However, the Court in *Dunsmuir* retained a category of “questions of jurisdiction or *vires*” reviewable on a standard of correctness. While correctness is the appropriate standard of review for the interpretation of a statutory provision which demarcates the authority of competing different administrative regimes, there is no justification in contemporary approaches to the roles of specialist tribunals and generalist courts in administrative law for characterizing as a “jurisdictional issue” (reviewable on a standard of correctness) the interpretations of other provisions in a tribunal’s enabling statute that do not raise a question of law that is of central importance to the legal system and outside the area of expertise of the administrative decision maker. To the extent that *Dunsmuir* retained the concept of a jurisdictional question to identify the provisions of an enabling statute which the administrative decision maker must decide correctly, it has done so in a very limited way. It would appear that a standard of review analysis is required when an adjudicative administrative tribunal has exceeded its jurisdiction because it has misinterpreted a provision of its enabling statute. Therefore, in order to establish that the Board exceeded its jurisdiction by misinterpreting a provision in its enabling statute, an applicant must demonstrate that the Board’s interpretation was unreasonable.

The Board had the legal authority to interpret and apply section 58 given Parliament’s express conferral of power thereon to interpret that section in order to dispose of a section 58 application, and its decision was entitled to curial deference. The question that the Board had to decide in the course of determining the section 58 application was one of the interpretation of its home statute and, as such, pre-sumptively reviewable for unreasonableness.

juridique susceptible de révision suivant la norme de la décision correcte. Un tribunal peut aussi outrepasser sa compétence si sa décision relative à une question de droit est déraisonnable. Pas plus que les autres tribunaux administratifs, la Commission n’est légalement autorisée à rendre une décision fondée sur une interprétation déraisonnable de sa loi habilitante. Même la plus stricte clause privative ne sera d’aucun secours dans un tel cas.

Des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, notamment *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, précisent que l’interprétation de sa loi habilitante par un tribunal administratif se fait généralement suivant la norme de la raisonnable. Cependant, dans *Dunsmuir*, la Cour a retenu une catégorie de « question[s] de compétence ou de constitutionnalité » commandant l’application de la norme de la décision correcte. Bien qu’il convienne d’appliquer la norme de la décision correcte à l’interprétation de dispositions législatives qui distinguent les compétences respectives afférentes à différents régimes administratifs, les approches contemporaines du droit administratif relatives au rôle des tribunaux spécialisés et des cours de justice généralistes ne contiennent pas de raisonnement justifiant de considérer comme une « question de compétence » (dont le contrôle s’effectue selon la norme de la décision correcte) l’interprétation d’autres dispositions de lois habilitantes ne soulevant pas de question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur administratif. Pour autant que *Dunsmuir* ait conservé la notion de question de compétence pour désigner les dispositions d’une loi habilitante qui doivent faire l’objet d’une décision correcte de la part du décideur, il l’a fait de façon très restreinte. Il semblerait qu’il faut procéder à une analyse relative à la norme de contrôle lorsqu’il est allégué qu’un tribunal administratif a excédé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante. Par conséquent, pour établir que la Commission a outrepassé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante, un demandeur doit démontrer que l’interprétation était déraisonnable.

La Commission était légalement habilitée à interpréter l’article 58 et à l’appliquer étant donné que le législateur lui a expressément conféré le pouvoir d’interpréter l’article 58 afin de statuer sur une demande fondée sur cette disposition et la déférence s’imposait à l’égard de la décision de la Commission. La question que devait trancher la Commission pour statuer sur la demande fondée sur l’article 58 n’était qu’une question d’interprétation de sa loi constitutive, censée, de ce fait, être examinée en fonction de la norme de la décision raisonnable.

The text of section 58 contains no explicit direction about the basis on which the Board must determine whether an employee is included in a bargaining unit determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining. In contrast, when the Board is initially establishing appropriate bargaining units under section 57 or is subsequently reviewing their appropriateness under section 70, it must ensure that bargaining units “are co-extensive with the occupational groups established by the employer”, unless that “would not permit satisfactory representation of the employees to be included in a particular bargaining unit”. In order for the applicants to succeed, they had to establish that the Board’s interpretation of section 58 was unreasonable because it did not read into it the direction contained in subsections 57(3) and 70(2).

The Board’s reasons provided the degree of “justification, transparency and intelligibility” to render its decision reasonable. First, it clearly addressed the principle relied on by the applicants that a position should not be included in a bargaining unit for an occupational group from which it is excluded by the definition of the group, and concluded that in the absence of an explicit statutory direction, the exclusion could not be determinative and thus override its statutory responsibility “to oversee and ultimately decide the proper composition of bargaining units.” Second, the Board was not persuaded that, if the primary duties of the three positions fell within the AO group, it should automatically give priority to the specific exclusion in the AO group definition. It was not unreasonable for the Board to have considered the group definitions as a whole, i.e. their inclusive and their exclusive elements, since it was not possible to allocate the positions to a group without running foul of some aspect of the definitions. Third, in the circumstances, the Board resorted to its established methodology for resolving these kinds of disputes, i.e. assign the position to the bargaining unit comprising the occupational group, the principal duties of which are most similar to those of the disputed position. Finally, the Board indicated that it was not overlooking the labour relations implications of its decision. For these reasons, the Board’s disposition of the application was not unreasonable.

*Per Pelletier J.A. (dissenting):* It is the Board’s function to define the appropriate bargaining units in light of the employer’s occupational groups and the requirements of collective bargaining. Once those bargaining units have been defined, the task of the Board under section 58 of the PSLRA

On ne trouve dans le texte de l’article 58 aucune directive explicite concernant le fondement sur lequel la Commission doit se prononcer sur l’appartenance de tout fonctionnaire à une unité de négociation qu’elle a définie, ou sur leur appartenance à toute autre unité. Par contre, lorsqu’il s’agit de la définition initiale de l’unité de négociation sous le régime de l’article 57 ou, subséquemment, de la révision de sa structure suivant l’article 70, la Commission est tenue de veiller à ce que les unités de négociation « correspondent aux groupes [...] professionnels établis par l’employeur » sauf si, de cette façon, « elles ne permettraient pas une représentation adéquate des fonctionnaires qui en font partie ». Pour obtenir gain de cause, les demandeurs devaient en conséquence établir que la Commission avait formulé une interprétation déraisonnable de l’article 58 en n’y incluant pas la directive énoncée aux paragraphes 57(3) et 70(2).

Les motifs de la Commission contenaient le degré de justification de la décision, de transparence et d’intelligibilité propres à conférer un caractère raisonnable à la décision. Premièrement, la Commission a manifestement examiné le principe invoqué par les demandeurs selon lequel un poste exclu de la définition d’un groupe professionnel ne devrait pas être inclus dans l’unité de négociation représentant ce groupe et a conclu qu’en l’absence de directives explicites, l’exclusion ne pouvait pas être déterminante et ne pouvait en conséquence primer sur la responsabilité que lui imposait la loi de « veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d’analyse de décider de cette composition ». Deuxièmement, la Commission n’était pas convaincue que si les fonctions principales des trois postes relevaient du groupe AO, elle devait automatiquement accorder préséance à l’exclusion explicite énoncée dans la définition de ce groupe. Il n’était pas déraisonnable de la part de la Commission d’examiner les définitions des groupes dans leur ensemble, c’est-à-dire les éléments inclus et les éléments exclus puisqu’il était impossible d’attribuer les postes à un groupe sans faire injure à un aspect ou l’autre des définitions. Troisièmement, la Commission a alors eu recours au mode de résolution qu’elle emploie pour ce genre de différends, et elle a attribué le poste à l’unité de négociation comprenant le groupe professionnel dont les principales fonctions ressemblaient le plus à celles du poste en litige. Enfin, la Commission a indiqué qu’elle n’avait pas négligé les conséquences de ses décisions sur les relations de travail. Pour ces motifs, la décision que la Commission a rendue relativement à la demande n’était pas déraisonnable.

Selon le juge Pelletier, J.C.A. (motifs dissidents) : Il appartient à la Commission de définir l’unité de négociation appropriée en tenant compte des groupes professionnels de l’employeur et des exigences de la négociation collective. Lorsque les unités de négociation ont été définies, il incombe

is to apply those definitions to the facts of a given position or group. Nothing in section 58 would permit the Board to embark on a fresh consideration of the appropriateness of the bargaining unit definition.

In this case the Board erred in treating the task before it under section 58 of the PSLRA as though it were called upon to define an appropriate bargaining unit under section 57. While it is true that one of the Board's statutory obligations is to decide the proper composition of the bargaining units, it has a further duty. It must resolve questions of inclusion or exclusion from the bargaining units it has defined. The flaw in the Board's reasoning was that it failed to distinguish between formal and functional criteria. The analysis as to whether a position or group is included in a bargaining unit definition must begin with a determination of the presence or absence of the specified formal criteria. In this case, the question was whether experience as a pilot and possession of a valid pilot's licence were a mandatory element of the position or group description. If they were not, the position or group had to be excluded from the Aircraft Operations bargaining unit. Because those criteria were not mandatory in this case, the positions were explicitly excluded from the Aircraft Operations bargaining unit. It was unreasonable to conclude that they could be brought back into that bargaining unit by reference to functional criteria which operate independently of the formal exclusion.

à la Commission, en application de l'article 58 de la LRTFP, d'appliquer les définitions aux faits se rapportant à un poste ou à un groupe donné. Rien dans l'article 58 n'autoriserait la Commission à examiner de nouveau la justesse de la définition de l'unité de négociation.

En l'espèce, la Commission a commis une erreur en considérant la tâche à accomplir en application de l'article 58 de la LRTFP comme s'il s'agissait de définir l'unité habile à négocier sous le régime de l'article 57. Bien qu'il entre dans les obligations légales de la Commission de se prononcer sur la composition appropriée des unités de négociation, elle a aussi l'obligation de résoudre les questions d'inclusion ou d'exclusion concernant les unités de négociation qu'elle a définies. L'erreur entachant le raisonnement de la Commission procède de ce qu'elle n'a pas distingué entre les critères de forme et les critères fonctionnels. L'analyse visant à déterminer si un poste ou un groupe entre dans la définition d'une unité de négociation doit commencer par la présence ou l'absence des critères de forme énoncés. En l'espèce, il fallait se demander si l'expérience de pilotage et la possession d'une licence valide de pilote étaient des éléments obligatoires de la description du poste ou du groupe et, si ce n'est pas le cas, le poste ou le groupe est exclu de l'unité de négociation de la navigation aérienne. Parce que ces critères n'étaient pas obligatoires en l'espèce, les postes étaient exclus de l'unité de négociation de la navigation aérienne. Il était déraisonnable de conclure qu'ils pourraient être ramenés dans cette unité de négociation par application de critères fonctionnels agissant indépendamment de l'exclusion formelle.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(a) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (c) (as enacted, *idem*), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).

*Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26.

*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, ss. 43, 51 (as am. by S.C. 2003, c. 22 s. 274), 57, 58, 70.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)a) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), c) (édicte, *idem*), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 43, 51 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 274), 57, 58, 70.

*Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, ch. M-26.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

## CONSIDERED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 163, 11 Admin. L.R. (3d) 1, amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, 279 D.L.R. (4th) 1, 59 Admin. L.R. (4th) 1; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, 346 A.R. 4, 26 Alta L.R. (4th) 1.

## REFERRED TO:

*Aircraft Operations Group Association v. Treasury Board*, 2001 PSSRB 2; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct Inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, 293 D.L.R. (4th) 578, 70 Admin. L.R. (4th) 157; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385.

## AUTHORS CITED

Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*. Toronto: Irwin Law, 2007.

APPLICATIONS for judicial review of the Public Service Labour Relations Board's decision (2008 PSLRB 42), on an application under section 58 of the *Public Service Labour Relations Act*, allocating three positions in the federal public service to the bargaining unit comprising the Aircraft Operations occupational group. Applications dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*Andrew J. Raven* for applicant (Docket A-375-08).

*Neil McGraw* for applicant (Docket A-383-08).

*Phillip G. Hunt* for respondent Canadian Federal Pilots' Association (Dockets A-375-08, A-383-08).

*Neil McGraw* for respondent Attorney General of Canada (Docket A-375-08).

*Andrew J. Raven* for respondent Public Service Alliance of Canada (Docket A-383-08).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Association du groupe de la navigation aérienne c. Conseil du Trésor*, 2001 CRTFP 2; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504.

## DOCTRINE CITÉE

Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*. Toronto : Irwin Law, 2007.

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision (2008 CRTFP 42) de la Commission des relations de travail dans la fonction publique attribuant, par suite d'une demande présentée en vertu de l'article 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, trois postes de la fonction publique fédérale à l'unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne. Demandes rejetées, le juge Pelletier, J.C.A., dissident.

## ONT COMPARU

*Andrew J. Raven* pour la demanderesse (dossier A-375-08).

*Neil McGraw* pour le demandeur (dossier A-383-08).

*Phillip G. Hunt* pour la défenderesse l'Association des pilotes fédéraux du Canada (dossiers A-375-08, A-383-08).

*Neil McGraw* pour le défendeur Procureur général du Canada (dossier A-375-08).

*Andrew J. Raven* pour la défenderesse Alliance de la Fonction publique du Canada (dossier A-383-08).

## SOLICITORS OF RECORD

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*,  
Ottawa, for applicant (Docket A-375-08).

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant  
(Docket A-383-08).

*Shields & Hunt*, Ottawa, for respondent Canadian  
Federal Pilots Association (Dockets A-375-08,  
A-383-08).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent  
Attorney General of Canada (Docket A-375-08).

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*,  
Ottawa, for respondent Public Service Alliance of  
Canada (Docket A-383-08).

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

EVANS J.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] The Public Service Alliance of Canada (PSAC) and the Attorney General of Canada have made applications for judicial review under section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], to set aside a decision of the Public Service Labour Relations Board [*Canadian Federal Pilots Association v. Treasury Board*] (2008 PSLRB 42). They say that the Board exceeded its jurisdiction when, on an application by the Canadian Federal Pilots Association (CFPA), the respondent to the applications for judicial review, it allocated three positions in the federal public service to the bargaining unit comprising the Aircraft Operations (AO) occupational group.

[2] The applicants submit that the Board's decision should be set aside under paragraph 18.1(4)(a) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, on the ground that the Board exceeded its jurisdiction because the definition of the AO group and its bargaining unit expressly excludes positions that do not require a pilot's licence and experience as a pilot

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*,  
Ottawa, pour la demanderesse (dossier A-375-08).

*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
demandeur (dossier A-383-08).

*Shields & Hunt*, Ottawa, pour la défenderesse  
l'Association des pilotes fédéraux du Canada  
(dossiers A-375-08, A-383-08).

*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
défendeur Procureur général du Canada (dossier  
A-375-08).

*Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.*,  
Ottawa, pour la défenderesse Alliance de la Fonction  
publique du Canada (dossier A-383-08).

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

## A. INTRODUCTION

[1] L'Alliance de la fonction publique du Canada (l'Alliance) et le procureur général du Canada ont déposé des demandes de contrôle judiciaire fondées sur l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], afin d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique [*Association des pilotes fédéraux du Canada c. Conseil du Trésor*] (2008 CRTFP 42). Ils soutiennent que la Commission a outrepassé sa compétence en accueillant la demande de l'Association des pilotes fédéraux du Canada (APFC) — défenderesse en l'espèce — visant l'attribution de trois postes de la fonction publique fédérale à l'unité de négociation comprenant le groupe Navigation aérienne (AO).

[2] Les demandeurs soutiennent que cette décision devrait être annulée en application de l'alinéa 18.1(4)a) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales* parce que, la définition du groupe AO et de son unité de négociation excluant expressément les postes qui n'exigent pas de licence valide de pilote et d'expérience de pilotage (qualifications de pilotage), la

(piloting qualifications). The possession of piloting qualifications, they say, is not mandatory for the incumbents of the three positions in dispute.

[3] The applicants argue that the Board's power under section 58 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA) to determine whether an employee is included in a bargaining unit approved by the Board does not authorize it to allocate an employee to a bargaining unit comprising an occupational group from which he or she is specifically excluded. They submit that it is a fundamental principle of the labour relations scheme governing the federal public service that, save in exceptional circumstances, bargaining units should be co-extensive with occupational groups created by the employer.

[4] I do not agree. In my view, the Board did not exceed its jurisdiction when it allocated the positions in question in this case to the AO group's bargaining unit, whose members' duties were similar to those of the incumbents of the disputed positions. The Board did not base its decision on an incorrect interpretation of a provision in the PSLRA which is reviewable on a standard of correctness, nor on an unreasonable interpretation of the relevant provision. Accordingly, I would dismiss the applications for judicial review.

[5] The applications for judicial review were heard together since they concern the same Board decision and raise identical issues. These reasons deal with both applications and a copy will be inserted in both Court files (A-375-08 and A-383-08).

## B. FACTUAL BACKGROUND

[6] The dispute originated with the employer's revision of the job descriptions of three positions which removed references to flying an aircraft. The positions in question are within Transport Canada. They are: Manager, Civil Aviation Contingency Operations (position 1); Superintendent, Enforcement Investigations

Commission a outrepassé sa compétence. Il n'est pas nécessaire, selon eux, que les titulaires des trois postes en litige possèdent les qualifications de pilotage.

[3] Les demandeurs prétendent que l'article 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (LRTFP), qui confère à la Commission le pouvoir de se prononcer sur l'appartenance d'un fonctionnaire à une unité de négociation qu'elle a définie, n'habilite pas celle-ci à inclure un employé dans une unité de négociation constituée d'un groupe professionnel dont il est expressément exclu. Selon eux, un principe fondamental du régime de relations de travail régissant la fonction publique veut que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, les unités de négociation coïncident avec les groupes professionnels établis par l'employeur.

[4] Je ne suis pas de cet avis. J'estime que la Commission n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'elle a inclus les postes en cause dans l'unité de négociation du groupe AO, dont les membres remplissent des fonctions semblables à celles des titulaires des postes en cause. Sa décision ne repose ni sur une interprétation erronée d'une disposition de la LRTFP, qui donnerait lieu à un contrôle suivant la norme de la décision correcte, ni sur une interprétation déraisonnable de la disposition applicable. En conséquence, je suis d'avis de rejeter les demandes de contrôle judiciaire.

[5] Les demandes de contrôle judiciaire ont été entendues ensemble puisqu'elles se rapportent à la même décision et soulèvent des questions identiques. Les présents motifs s'appliquent aux deux demandes, et une copie en sera versée aux deux dossiers (A-375-08 et A-383-08).

## B. CONTEXTE FACTUEL

[6] Le différend fait suite à la révision par l'employeur de la description de travail de trois postes au sein de Transports Canada, laquelle a eu pour effet de supprimer les mentions relatives au pilotage d'un aéronef. Il s'agit des postes suivants : gestionnaire, Opérations de contingence de l'aviation civile (poste 1), de



(position 2); and Superintendent, Aerodrome Safety (position 3).

[7] Before the job descriptions were re-written and their classifications altered, the three positions had been included in the AO occupational group because 10% of their duties had included flying aircraft. While these descriptions did not expressly specify that piloting qualifications were mandatory for incumbents of the positions, this was necessarily inferred from the fact that the duties included flying. The amended work descriptions, which removed flying duties, were also silent on the need for piloting qualifications.

[8] Following the amendment of the work descriptions for the positions in question, the employer allocated position 1 from the bargaining unit for the AO group to that representing the Program and Administrative Services (PA) occupational group. Positions 2 and 3 were allocated from the AO group to the Technical Services (TC) occupational group's bargaining unit. CFPA is the certified bargaining agent for the AO group's bargaining unit, and PSAC is the certified bargaining agent for the PA and TC groups' bargaining units.

[9] The basis of the reallocation was that the reclassified positions no longer required the incumbents to have piloting qualifications and, as such, were specifically excluded from the definition of the AO group's bargaining unit.

[10] The definition of the AO group and its bargaining unit (see *Aircraft Operations Group Association v. Treasury Board*, 2001 PSSRB 2, paragraph 4) contained two exclusions. First, positions were excluded if their primary purposes were included in the definition of another occupational group. Second, and of particular importance for present purposes [at paragraph 10 of 2008 PSLRB 42]:

Also excluded are positions in which experience as an aircraft pilot and a valid pilot's licence are not mandatory.

surintendant, Enquêtes sur l'application de la loi (poste 2) et de surintendant, Sécurité des aéroports (poste 3).

[7] Avant la révision de leur description de travail et leur reclassification, les trois postes faisaient partie du groupe professionnel AO parce que 10 % de leurs fonctions se rapportaient au pilotage d'aéronefs. Les descriptions n'énonçaient pas expressément que les titulaires des postes devaient obligatoirement posséder des qualifications de pilotage, mais cela découlait implicitement du fait que les fonctions comportaient du pilotage. Les descriptions de travail modifiées, d'où les fonctions de pilotage étaient absentes, ne faisaient pas plus mention de la nécessité de qualifications de pilotage.

[8] Après avoir modifié ces descriptions de travail, l'employeur a déplacé le poste 1 de l'unité de négociation du groupe AO à celle du groupe des Services des programmes et de l'administration (PA) et les postes 2 et 3 du groupe AO à l'unité de négociation du groupe des services techniques (TC). L'APFC est l'agent de négociation accrédité de l'unité de négociation du groupe AO, tandis que les unités de négociation des groupes PA et TC sont représentées par l'Alliance.

[9] La reclassification des postes procédait du fait qu'ils n'exigeaient plus de qualifications de pilotage de leurs titulaires, de sorte qu'ils étaient expressément exclus de la définition de l'unité de négociation du groupe AO.

[10] La définition du groupe AO et de son unité de négociation (voir *Association du groupe de la navigation aérienne c. Conseil du Trésor*, 2001 CRTFP 2, paragraphe 4) renferme deux exclusions. La première vise les postes dont la principale raison d'être est comprise dans la définition de tout autre groupe et, la seconde, la plus pertinente en l'espèce, était ainsi libellée [au paragraphe 10 de 2008 CRTFP 42] :

Sont aussi exclus les postes pour lesquels il n'est pas nécessaire d'avoir de l'expérience comme pilote d'aéronef et une licence valide de pilote.

The word “Also” suggests that positions for which piloting qualifications are not mandatory are excluded from the AO group, even though their primary purposes are not included in another group.

[11] Some years after the reclassifications and the allocation of the positions to the PA and TC groups’ bargaining units, CFPA applied to the Board under section 58 [of the PSLRA] to request that the three positions be allocated back to the AO group’s bargaining unit, on the ground that the duties attached to the positions were a better fit with those of the AO group than with those of the PA and TC groups. CFPA had not challenged the accuracy of the work descriptions of these positions.

### C. DECISION OF THE BOARD

[12] The Board, comprising a single member, noted that, while CFPA had made its section 58 application in May 2006, position 1 had been reclassified in March 2003, and position 2 had been reclassified early in 2001. However, no issue was raised over these delays. The Board also stated that, as the applicant under section 58, CFPA had the burden of establishing that the primary duties and purposes of the positions were found within the AO group. The parties did not challenge this either.

[13] The Board acknowledged that the employer had the right to classify positions, that the classifications of the three positions were current and accurate, and that they could not be questioned in a section 58 application.

[14] The Board saw its task (at paragraph 9) on this section 58 application as being to “determine the best fit in order to place these positions into their proper bargaining units, and not necessarily a perfect fit.” In comparing the work descriptions for the positions with the duties included in the AO group on the one hand, and with those of the PA and TC groups on the other, the Board stated that it had to pay particular attention to the

L’emploi du mot « aussi » donne à penser que les postes pour lesquels les qualifications de pilotage ne sont pas obligatoires sont exclus du groupe AO, même si leur principale raison d’être n’est pas comprise dans un autre groupe.

[11] Quelques années après la reclassification des postes et leur rattachement aux unités de négociation des groupes PA et TC, l’APFC s’est prévalu de l’article 58 [de la LRTFP] et a demandé à la Commission de replacer les trois postes dans l’unité de négociation du groupe AO, faisant valoir que les fonctions de ces postes correspondaient davantage à celles de ce groupe qu’à celles des groupes PA et TC. L’APFC n’avait pas contesté la justesse des descriptions de travail afférentes à ces postes.

### C. DÉCISION DE LA COMMISSION

[12] La Commission, siégeant à un seul commissaire, a relevé que la reclassification du poste 1 remontait à mars 2003 et celle du poste 2, au début de 2001, mais que la demande fondée sur l’article 58 avait été déposée en mai 2006. Aucune question n’a toutefois été soulevée relativement à ces délais. La Commission a également indiqué que, sous le régime de l’article 58, il incombait à l’APFC d’établir que les fonctions et responsabilités principales des postes relèvent de la définition du groupe AO. Les parties n’ont pas non plus contesté cette conclusion.

[13] La Commission a reconnu que l’employeur avait le droit de classer les postes, que la classification des trois postes en cause était à jour et exacte et que ces points ne pouvaient être mis en cause dans une demande fondée sur l’article 58.

[14] Le commissaire a considéré qu’à l’égard de cette demande fondée sur l’article 58, sa tâche consistait à « déterminer la meilleure correspondance afin de placer ces postes dans leurs unités de négociation appropriées sans que je sois nécessairement obligé de trouver le parfait agencement » (paragraphe 9). Après avoir comparé la description des postes avec les tâches attribuées au groupe AO et avec celles qui relevaient

primary duties attached to the positions in dispute and those to which they were being compared.

[15] In response to the objection that CFPA's application should be dismissed on the basis of the exclusion from the AO occupational group's bargaining unit of positions for which piloting qualifications were not mandatory, the Board stated (at paragraph 11):

Surely that is too simplistic an approach. One that would preclude the [Board] from fulfilling one of its statutory obligations, which is to oversee and ultimately to decide the proper composition of bargaining units.

[16] While holding that a specific exclusion from an occupational group did not automatically exclude a position from the bargaining unit comprising that group, the Board stated that the exclusion was one of the factors to be taken into account in assessing the overall "best fit" for collective bargaining purposes. The Board concluded that, although not perfect, the best fit was with the AO group and, accordingly, reallocated the positions to that group and granted CFPA's section 58 application.

[17] The applicants seek judicial review of this decision and request that it be set aside. They argue that the Board committed a jurisdictional error in failing to regard the elimination of piloting qualifications from the descriptions of the reclassified positions as automatically excluding them from the AO group because of the specific exclusion from that group, and hence from its bargaining unit, of positions for which piloting qualifications are not mandatory.

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[18] The following provisions of the PSLRA are relevant to these applications for judicial review. Section 51 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 274] contains a strong preclusive clause which, as applied to the facts

des groupes PA et TC, la Commission a déclaré qu'elle devait tenir principalement compte des tâches principales des postes en litiges et de ceux avec lesquels la comparaison s'établissait.

[15] Relativement à l'argument qu'il y avait lieu de rejeter la demande de l'APFC parce que les postes pour lesquels les qualifications de pilotage ne sont pas nécessaires devaient être exclus de l'unité de négociation du groupe AO, la Commission a indiqué ce qui suit (paragraphe 11) :

Assurément, il s'agit d'une approche trop simpliste, qui empêcherait [...] (la "Commission") de remplir l'une de ses obligations législatives, soit de veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d'analyse de décider de cette composition.

[16] La Commission a statué qu'un poste expressément exclu d'un groupe professionnel n'était pas automatiquement exclu de l'unité de négociation dont ce groupe faisait partie, indiquant que l'exclusion constituait cependant un facteur à prendre en compte dans l'évaluation globale de la « meilleure correspondance » pour les besoins de la négociation collective. Elle a conclu que, bien que la correspondance avec le groupe AO ne fût pas parfaite, c'était néanmoins la meilleure, et elle a réattribué les postes à ce groupe et accueilli la demande de l'APFC fondée sur l'article 58.

[17] À l'appui de leur demande de contrôle judiciaire et d'annulation de cette décision, les demandeurs font valoir que la Commission a commis une erreur relative à sa compétence en ne considérant pas que l'élimination des qualifications de pilotage dans les descriptions de travail des postes reclassifiés excluait automatiquement ces postes du groupe AO parce que les postes n'exigeant pas de qualifications de pilotage étaient expressément exclus de ce groupe et, par conséquent, de l'unité de négociation.

#### D. CADRE LÉGISLATIF

[18] Les dispositions suivantes de la LRTFP sont pertinentes pour les présentes demandes de contrôle judiciaire. L'article 51 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 274] renferme une clause privative stricte qui, appliquée aux

of this case, limits the grounds of judicial review to jurisdictional error:

**51.** (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and may not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

...

(3) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part may, on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction,

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained; or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise.

[19] The ground of judicial review provided in the *Federal Courts Act* relevant to this application is as follows:

**18.1** (1) ...

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

[20] The Board's decision was rendered in response to an application by CFPA under section 58 of the PSLRA. However, section 57, which deals with the certification of bargaining units, is also relevant, as is section 70, which deals with post-certification reviews of the appropriateness of the bargaining units previously approved by the Board. Sections 57 and 70 are relevant because the applicants argue that the Board erred by amending the bargaining units, rather than simply deciding in which of the existing units the three positions were included.

faits de l'espèce, fait en sorte que le seul motif de contrôle judiciaire pouvant être invoqué est celui de l'erreur de compétence :

**51.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances et les décisions de la Commission sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire qu'en conformité avec la *Loi sur les Cours fédérales* et pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de cette loi.

[...]

(3) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action — décision, ordonnance ou procédure — de la Commission, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, notamment celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure :

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

[19] Le motif de contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales* qui s'applique en l'espèce est le suivant :

**18.1** (1) [...]

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

[20] La décision de la Commission fait suite à une demande de l'APFC fondée sur l'article 58 de la LRTFP, mais l'article 57 de cette Loi, qui a trait à l'accréditation des unités de négociation, et l'article 70, qui se rapporte à la révision, après l'accréditation, du caractère approprié des unités de négociation approuvées antérieurement par la Commission sont tout aussi pertinents, parce que les demandeurs soutiennent que la Commission a erré en modifiant les unités de négociation au lieu de simplement déterminer à quelle unité existante les trois postes appartenaient :

57. (1) When an application for certification is made under section 54, the Board must determine the group of employees that constitutes a unit appropriate for collective bargaining.

(2) In determining whether a group of employees constitutes a unit appropriate for collective bargaining, the Board must have regard to the employer's classification of persons and positions, including the occupational groups or subgroups established by the employer.

(3) The Board must establish bargaining units that are co-extensive with the occupational groups or subgroups established by the employer, unless doing so would not permit satisfactory representation of the employees to be included in a particular bargaining unit and, for that reason, such a unit would not be appropriate for collective bargaining.

(4) For the purposes of this Part, a unit of employees may be determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining whether or not its composition is identical with the group of employees in respect of which the application for certification was made.

58. On application by the employer or the employee organization affected, the Board must determine every question that arises as to whether any employee or class of employees is included in a bargaining unit determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining, or is included in any other unit. [Emphasis added.]

[21] Finally, the following provisions govern the review of certified bargaining units:

43. (1) Subject to subsection (2), the Board may review, rescind or amend any of its orders or decisions, or may re-hear any application before making an order in respect of the application.

...

70. (1) If the Board reviews the structure of one or more bargaining units, it must, in determining whether a group of employees constitutes a unit appropriate for collective bargaining, have regard to the employer's classification of persons and positions, including the occupational groups or subgroups established by the employer.

(2) The Board must establish bargaining units that are co-extensive with the occupational groups or subgroups established by the employer, unless doing so would not permit satisfactory representation of the employees to be included in a particular bargaining unit and, for that reason, such a unit would not be appropriate for collective bargaining.

57. (1) Saisie d'une demande d'accréditation conforme à l'article 54, la Commission définit le groupe de fonctionnaires qui constitue une unité habile à négocier collectivement.

(2) Pour décider si le groupe de fonctionnaires constitue une unité habile à négocier collectivement, la Commission tient compte de la classification des postes établis par l'employeur et des personnes qu'il emploie, notamment des groupes ou sous-groupes professionnels qu'il a établis.

(3) La Commission est tenue de définir des unités correspondant aux groupes et sous-groupes professionnels établis par l'employeur, sauf dans le cas où elles ne constitueraient pas des unités habiles à négocier collectivement au motif qu'elles ne permettraient pas une représentation adéquate des fonctionnaires qui en font partie.

(4) L'unité de négociation définie par la Commission ne coïncide pas nécessairement avec le groupe de fonctionnaires visé par la demande d'accréditation :

58. À la demande de l'employeur ou de l'organisation syndicale concernée, la Commission se prononce sur l'appartenance de tout fonctionnaire ou de toute catégorie de fonctionnaires à une unité de négociation qu'elle a définie, ou sur leur appartenance à toute autre unité. [Non souligné dans l'original.]

[21] Enfin, les dispositions suivantes régissent la révision des unités de négociation accréditées.

43. (1) La Commission peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances ou réentendre toute demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

[...]

70. (1) Dans les cas où elle révisé la structure des unités de négociation, la Commission tient compte, pour décider si le groupe de fonctionnaires constitue une unité habile à négocier collectivement, de la classification des postes établis par l'employeur et des personnes qu'il emploie, notamment des groupes ou sous-groupes professionnels qu'il a établis.

(2) La Commission est tenue de définir des unités correspondant aux groupes ou sous-groupes professionnels établis par l'employeur, sauf dans le cas où elles ne constitueraient pas des unités habiles à négocier collectivement au motif qu'elles ne permettraient pas une représentation adéquate des fonctionnaires qui en font partie.

## E. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Were piloting qualifications still mandatory after the changes to the work descriptions of the three positions?

[22] At the oral hearing, counsel for CFPA argued that the reclassification of the three positions did not in fact eliminate the requirements that the incumbents possess a pilot's licence and have recent flying experience. He pointed out that neither the previous, nor the current, work descriptions explicitly mentioned piloting qualifications. However, a requirement that incumbents must possess them had been inferred from the fact that some items of their previous work description involved flying an aircraft.

[23] Counsel argued that it was wrong to infer from the elimination of these duties that piloting qualifications were no longer required for the reclassified positions. This was, he said, because a number of the specific duties that were still included were similar to those contained in the list of the activities of the AO group, for the performance of which "recent experience in piloting an aircraft is required". He submitted that this latter requirement was equally applicable to the same activities listed in the new work description, and that therefore piloting qualifications implicitly continued to be required by the new job descriptions.

[24] I do not agree. The Board did not find that the new descriptions of the three positions impliedly required that the incumbents possess a pilot's licence and recent flying experience. Indeed, two of the incumbents were not so qualified to fly an aircraft. The Board went no further than saying [at paragraph 31] that the possession of piloting qualifications for position 2 would "enhance the performance of the duties or, to quote [a witness] 'it would help'."

[25] Indeed, the central thrust of the Board's reasons is that, even though the reclassified positions were excluded from the AO group as a result of the elimination

## E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : Les qualifications de pilotage étaient-elles encore obligatoires après la modification de la description de travail des trois postes?

[22] À l'audience, l'avocat de l'APFC a soutenu que la reclassification des trois postes n'avait pas, dans les faits, éliminé l'exigence que les titulaires des postes possèdent une licence de pilote et aient une expérience récente du pilotage. Il a souligné que les qualifications de pilotage n'étaient expressément indiquées ni dans l'actuelle description ni dans la précédente, mais que l'exigence que les titulaires les possèdent avait été inférée du fait que certaines tâches énoncées dans la description de travail antérieure supposaient le pilotage d'aéronefs.

[23] Il a affirmé qu'il était erroné de conclure de l'élimination de ces fonctions que les postes reclassifiés n'exigeaient plus les qualifications de pilotage, parce que certaines des fonctions qui continuaient de faire partie de la description ressemblaient beaucoup à celles qui étaient énumérées dans la liste des activités du groupe AO, pour lesquelles « une expérience récente du pilotage d'aéronefs est requise ». Il a fait valoir que cette dernière exigence s'appliquait tout autant aux mêmes activités énoncées dans les nouvelles descriptions de travail et qu'en conséquence ces descriptions continuaient implicitement d'exiger les qualifications de pilotage.

[24] Je ne suis pas de cet avis. La Commission n'a pas conclu que les nouvelles descriptions de ces trois postes exigeaient implicitement que les titulaires possèdent une licence de pilote et aient une expérience récente du pilotage. D'ailleurs deux des titulaires ne satisfaisaient pas à ces exigences. La Commission a uniquement dit [au paragraphe 31] qu'à l'égard du poste 2, les qualifications de pilotage « aideraient à accomplir les tâches ou, pour reprendre les propos [d'un témoin], [TRADUCTION] "seraient utiles" ».

[25] En vérité, le raisonnement central de la Commission est que, même si l'on excluait les postes reclassifiés du groupe professionnel AO par suite de

of duties for which piloting qualifications were “mandatory”, they could still be allocated to the AO bargaining unit because the principal duties of the positions in dispute were similar to those of the AO occupational group.

[26] Like the Board, I shall proceed on the basis that the effect of the changes to the work descriptions for the three positions removed the requirement that their incumbents possess piloting qualifications and that, accordingly, the definition of the AO group excluded them from it.

Issue 2: Did the Board exceed its jurisdiction by allocating the positions to the AO bargaining unit?

[27] The applicants argue that the Board exceeded its jurisdiction when, on a section 58 application, it allocated an employee to a bargaining unit comprising an occupational group from which the position held by the employee was specifically excluded. They say that this amounts to a change to the certified bargaining units, something which the Board only has the legal authority to do in accordance with section 70.

[28] They submit that whether section 58 enables the Board to, in effect, amend the definition of a bargaining unit is a jurisdictional question and therefore must be decided correctly: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 30, 31 and 59.

[29] In the alternative, they say, the Board’s interpretation of section 58 as enabling them to include positions in a bargaining unit from which the definition specifically excluded them was unreasonable, because it violated a basic principle of collective bargaining in the federal public service, namely that bargaining units must be co-extensive with occupational groups.

l’élimination des tâches pour lesquelles les qualifications de pilotage étaient « obligatoires », ces postes pourraient toujours être inclus dans l’unité de négociation AO parce que leurs fonctions principales sont analogues à celles du groupe AO.

[26] Comme celle de la Commission, mon analyse part du principe que la modification des trois descriptions de travail a eu pour effet de supprimer l’exigence des qualifications de pilotage, et qu’en conséquence la définition du groupe AO excluait ces trois postes du groupe.

Question 2 : La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en incluant les postes dans l’unité de négociation AO?

[27] Selon les demandeurs, la Commission a outrepassé sa compétence lorsque, dans le cadre d’une demande fondée sur l’article 58, elle a inclus un employé dans une unité de négociation comprenant un groupe professionnel duquel le poste occupé par l’employé était expressément exclu. Selon eux, cela revient à modifier une unité de négociation accréditée, ce que la Commission n’est légalement habilitée à faire que sous le régime de l’article 70.

[28] Ils soutiennent que la question de savoir si l’article 58 autorise la Commission à rendre des décisions ayant pour effet de modifier la définition d’une unité de négociation est une question ressortissant à la compétence et qu’elle exige une décision correcte : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 30, 31 et 59.

[29] Ils font valoir, subsidiairement, qu’en concluant que l’article 58 lui permettait d’inclure dans une unité de négociation des postes dont la définition les en excluait expressément, la Commission en a fait une interprétation déraisonnable parce que contraire à un principe fondamental de la négociation collective dans la fonction publique, le principe de correspondance entre unités de négociation et groupes professionnels.

[30] Jurisdictional error (*Federal Courts Act*, paragraph 18.1(4)(a)) is the only ground of review available to the applicants on the facts of this case. The preclusive clause in section 51 ousts the Court's power to review the decisions of federal tribunals for "mere" error of law under paragraph 18.1(4)(c) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. In the absence of any indication to the contrary, the references in paragraph 18.1(4)(a) to the wrongful assumption or declining of jurisdiction should be understood to connote the concept of jurisdictional error in the common law of judicial review of administrative action: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, especially at paragraph 19 (*Khosa*).

[31] Paragraph 18.1(4)(a) does not prescribe a standard of review for determining whether a federal tribunal has exceeded its jurisdiction. As Justice Binnie said in *Khosa* (at paragraph 42) of paragraph 18.1(4)(a):

No standard of review is specified. *Dunsmuir* says that jurisdictional issues command a correctness standard (majority, at para. 59).

However, it is important to emphasize that a tribunal may exceed its jurisdiction in one of two ways.

[32] First, a tribunal will have "acted beyond its jurisdiction" if it had decided incorrectly a legal question for which correctness is the applicable standard of review. Such questions have been labelled "jurisdictional questions" or, to adopt the terminology of Justice Binnie referred to above, "jurisdictional issues". They may include provisions of a tribunal's enabling statute.

[33] Second, even if the question decided by a tribunal is not "jurisdictional" in this sense, but is a "mere" question of law, the Court may nonetheless intervene on an application for judicial review if the tribunal's decision is unreasonable.

[30] Le seul motif de contrôle que les demandeurs peuvent invoquer, compte tenu des faits en l'espèce, est celui de l'erreur de compétence (*Loi sur les Cours fédérales*, alinéa 18.1(4)a)). La clause privative énoncée à l'article 51 interdit le contrôle judiciaire pour de « simples » erreurs de droit sous le régime de l'alinéa 18.1(4)c) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. En l'absence d'indication contraire, il faut considérer que les mentions de l'absence de compétence ou du refus d'exercer la compétence, à l'alinéa 18.1(4)a), renvoient à la notion d'erreur de compétence élaborée par la common law en matière de contrôle judiciaire des actes administratifs : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, plus particulièrement au paragraphe 19 (*Khosa*).

[31] L'alinéa 18.1(4)a) n'établit pas de norme de contrôle applicable à la question de savoir si un tribunal administratif a outrepassé sa compétence. Comme le juge Binnie l'a indiqué dans l'arrêt *Khosa* (paragraphe 42), à l'égard de cette disposition :

Aucune norme de contrôle n'est précisée. Suivant l'arrêt *Dunsmuir*, les questions touchant la compétence commandent l'application de la norme de la décision correcte (motifs majoritaires, par. 59).

Il importe néanmoins de souligner que l'excès de compétence d'un tribunal administratif peut prendre deux formes.

[32] Un tribunal administratif peut, premièrement, avoir « outrepassé sa compétence » en rendant une décision erronée sur une question juridique susceptible de révision suivant la norme de la décision correcte. Ces questions ont été qualifiées de « questions de compétence » ou, pour reprendre la terminologie employée par le juge Binnie dans l'extrait précité de « questions touchant la compétence ». Elles peuvent comprendre des questions relatives aux dispositions de la loi habilitant le tribunal administratif.

[33] Deuxièmement, même si la question tranchée par le tribunal administratif n'est pas une question de « compétence » au sens de ce qui précède, mais une « simple » question de droit, la Cour peut quand même accueillir une demande de contrôle judiciaire si la décision rendue est déraisonnable.



[34] Thus, the Board will have “acted beyond its jurisdiction” if the Court concludes that the Board had to be correct in deciding whether the discretion conferred by section 58 authorized it to include a position in a bargaining unit when the definition of the unit specifically excluded it, and the Court disagrees with the Board’s conclusion.

[35] Even if its interpretation of section 58 is not subject to review for correctness, the Board will nonetheless have “acted beyond its jurisdiction” if its interpretation is unreasonable. Like other administrative tribunals, the Board is not authorized by Parliament to make a decision that is based on an unreasonable interpretation of its enabling legislation. Fidelity to the rule of law requires that individuals be afforded this minimum protection from the arbitrary exercise of public power by administrative decision makers, whether or not they are protected by a preclusive clause: *Khosa*, at paragraph 42.

(i) Correctness review and “jurisdictional questions”

[36] Recent decisions of the Supreme Court of Canada have clarified many aspects of the standard of review applicable to the decisions of adjudicative administrative tribunals, like the Board. Of particular importance in the context of the present case is the Court’s enunciation of a presumption that tribunals’ interpretation of their enabling legislation is normally reviewable on a standard of unreasonableness: *Dunsmuir*, at paragraphs 54–55; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct Inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at paragraph 21; *Khosa*, at paragraph 25.

[37] However, the Court’s retention in *Dunsmuir* (at paragraph 59) of a category of “question[s] of jurisdiction or *vires*” reviewable on a standard of correctness is apt to cause confusion if such questions are to be identified independently of a standard of review analysis.

[34] Par conséquent, la Commission aura « outrepassé sa compétence » si la Cour conclut que cette dernière devait statuer correctement sur la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire conféré par l’article 58 l’autorisait à inclure un poste dans une unité de négociation alors que la définition de l’unité l’excluait expressément et que la Cour n’est pas d’accord avec cette conclusion.

[35] Même si l’interprétation de l’article 58 ne commande pas l’application de la norme de la décision correcte, la Commission aura « outrepassé sa compétence » malgré tout si son interprétation est déraisonnable. Pas plus que les autres tribunaux administratifs, la Commission n’est légalement autorisée à rendre une décision fondée sur une interprétation déraisonnable de sa loi habilitante. Le respect de la primauté du droit exige cette protection minimale contre l’exercice arbitraire d’un pouvoir public par les décideurs administratifs, qu’il y ait ou non clause privative : *Khosa*, au paragraphe 42.

i) Contrôle suivant la norme de la décision correcte et « question de compétence »

[36] Des décisions récentes de la Cour suprême du Canada ont clarifié nombre de points se rapportant aux normes de contrôle applicables aux décisions de tribunaux administratifs comme la Commission. S’agissant de la question qui nous occupe, l’établissement de la présomption selon laquelle le contrôle de l’interprétation de sa loi habilitante par un tribunal administratif se fait généralement suivant la norme de la raisonnable est particulièrement pertinente : *Dunsmuir*, aux paragraphes 54 et 55; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, au paragraphe 21; *Khosa*, au paragraphe 25.

[37] Toutefois, la rétention, dans l’arrêt *Dunsmuir* (paragraphe 59), de la catégorie des « question[s] de compétence ou de constitutionnalité » commandant l’application de la norme de la décision correcte peut être source de confusion si la définition de ces questions doit se faire indépendamment de l’analyse de la norme de contrôle.

[38] It would be difficult, in my view, to reconcile the Court's well-established pragmatic and functional approach to the standard of review (as now streamlined and renamed by *Dunsmuir*) with the abstract approach inherent in the concept of a jurisdictional question. In particular, if a standard of review analysis indicates that a tribunal's interpretation of a particular provision in its enabling statute is reviewable for unreasonableness, on what basis could it be characterized as a "jurisdictional issue" and thus reviewable for correctness?

[39] I well appreciate why correctness is the appropriate standard of review for the interpretation of a statutory provision which demarcates the authority of competing different administrative regimes: *Dunsmuir*, at paragraph 61. However, I can see no justification in contemporary approaches to the roles of specialist tribunals and generalist courts in administrative law for characterizing as a "jurisdictional issue", and thus reviewable on a standard of correctness, the interpretation of other provisions in a tribunal's enabling statute that do not raise a "question of law that is of 'central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise' of the administrative decision maker" (*Dunsmuir*, at paragraph 55).

[40] In my view, the analytical emptiness of the concept of a "jurisdictional issue" was deftly exposed by Justice Bastarache in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 28 when he said:

... "jurisdictional error" is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown.

Indeed, the Court in *Dunsmuir* seems to have been thinking along the same lines when Justices Bastarache and LeBel, writing for the majority, said (at paragraph 29):

[38] J'estime qu'il serait difficile de concilier l'analyse pragmatique et fonctionnelle bien établie que la Cour suprême applique en matière de norme de contrôle (maintenant simplifiée et désignée sous un autre nom dans l'arrêt *Dunsmuir*) avec l'analyse abstraite inhérente aux questions de compétence. Plus particulièrement, si l'analyse relative à la norme de contrôle indique que l'interprétation d'une disposition de sa loi habilitante par un tribunal administratif appelle l'application de la norme de la raisonnable, qu'est-ce qui justifierait de qualifier l'interprétation de « question de compétence » et de lui appliquer la norme de la décision correcte?

[39] Je vois bien pourquoi il convient d'appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation de dispositions législatives qui distinguent les compétences respectives afférentes à différents régimes administratifs (*Dunsmuir*, au paragraphe 61), mais je ne puis trouver dans les approches contemporaines du droit administratif relatives au rôle des tribunaux spécialisés et des cours de justice généralistes un raisonnement justifiant de considérer comme une « question de compétence » à laquelle s'applique, conséquemment, la norme de la décision correcte, l'interprétation d'autres dispositions de lois habilitantes ne soulevant pas de « question de droit [...] qui revêt "une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise" du décideur administratif » (*Dunsmuir*, au paragraphe 55).

[40] Selon moi, le juge Bastarache a bien exposé, au paragraphe 28 de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, le vide analytique de la notion de « question de compétence » lorsqu'il a écrit :

[...] une « erreur de compétence » est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour semble avoir partagé cette façon de voir puisqu'on peut lire, sous la plume des juges Bastarache et LeBel, s'exprimant au nom des juges majoritaires (au paragraphe 29) :

Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter.

[41] To the extent that the Court in *Dunsmuir* has retained the concept of a jurisdictional question to identify the provisions of an enabling statute which the administrative decision maker must decide correctly, it has done so in a very limited way. I say this for the following three reasons.

[42] First, it is clear from the reasons in *Dunsmuir* (at paragraph 59) that the Supreme Court did not intend to turn back the clock to the days before 1979 when virtually any question of law decided by a tribunal could be, and routinely was, characterized as a jurisdictional issue, and thus subject to *de novo* judicial review, notwithstanding the presence of a strong preclusive clause. Thus, the Court repeated with approval (at paragraph 35) the warning of Justice Dickson (as he then was) that “courts ‘should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so’”: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at page 233.

[43] In a similar vein, Justice Abella had noted in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 88, that invoking “preliminary, jurisdictional questions” as a basis for subjecting a tribunal’s interpretation of its enabling legislation to review for correctness:

... has the capacity to unravel the essence of the decision and undermine the very characteristic of the Agency which entitles it to the highest level of deference from a court — its specialized expertise.

[44] Second, the Court indicated the limited range of issues that it had in mind when it stated (at paragraph

C’est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l’étendue d’un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l’analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l’organisme en la matière.

[41] Pour autant que la Cour suprême ait, dans l’arrêt *Dunsmuir*, conservé la notion de question de compétence pour désigner les dispositions d’une loi habilitante qui doivent faire l’objet d’une décision correcte de la part du décideur, elle l’a fait de façon très restreinte. Les trois raisons suivantes me portent à cette conclusion.

[42] Premièrement, il appert clairement des motifs de l’arrêt *Dunsmuir* (paragraphe 59) que la Cour suprême n’avait pas l’intention de revenir à l’époque antérieure à 1979 où presque toutes les décisions de tribunaux administratifs sur des questions de droit pouvaient être qualifiées de questions de compétence (et l’étaient régulièrement) et, par suite, faire l’objet d’un contrôle judiciaire *de novo* en dépit de la présence de clauses privatives strictes. Elle a donc répété en l’approuvant (au paragraphe 35) la mise en garde formulée par le juge Dickson (plus tard juge en chef), dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 233, invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard ».

[43] Dans la même veine, la juge Abella a indiqué dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, au paragraphe 88, que fonder sur une « question préliminaire de compétence » l’application de la norme de la décision correcte à l’interprétation de sa loi habilitante par un tribunal administratif :

[...] risque de détruire l’essence de la décision et de miner la caractéristique même de l’Office qui lui donne droit au plus haut degré de déférence de la part d’une cour de justice — son expertise.

[44] Deuxièmement, la Cour a donné une idée de l’éventail restreint des questions dont il s’agissait

59) that jurisdictional questions are to be limited to “true question[s] of jurisdiction or *vires*” (my emphasis):

“Jurisdiction” is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter.

[45] Despite the vagueness of the phrases “the authority to make the inquiry” and “the authority to decide a particular matter”, and the similar phrases used in the pre-*New Brunswick Liquor* jurisprudence, I am satisfied that the Court in *Dunsmuir* did not intend to return the law to that era. This is apparent, not only from the passages quoted earlier where the Court expressly disavowed such an intention, but also from the manner in which the Court disposed of the question before it.

[46] The issue in contention in *Dunsmuir* was whether a labour adjudicator had exceeded his jurisdiction by going behind the terms of the letter terminating Mr. Dunsmuir’s employment and considering whether he was in fact being dismissed for disciplinary reasons. On the basis of the four-factor standard of review analysis (at paragraphs 66–71), the Court concluded that the standard of review was unreasonableness. It went on to find that the adjudicator’s interpretation of the relevant provisions of the enabling statute was unreasonable and that, despite the privative clause, he had thereby exceeded his jurisdiction.

[47] Significantly, in my view, the Court did *not* say that, since the adjudicator had no authority to inquire into the “real reason” for the employee’s dismissal, he had exceeded his jurisdiction because he had no authority to make that inquiry or to decide that question. Indeed, having found that the standard of review analysis indicated that unreasonableness was the applicable standard of review, the Court did not canvass the possibility that the interpretation of the statutory provision in question might raise a “jurisdictional issue”.

lorsqu’elle a indiqué (au paragraphe 59) que les questions de compétence se limitent aux « véritable[s] question[s] de compétence ou de constitutionnalité » (je souligne) :

La « compétence » s’entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question.

[45] Malgré l’imprécision de phrases comme « faculté du tribunal administratif de connaître de la question » et « l’autorisent à trancher une question » et de phrases analogues figurant dans la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, j’estime que la Cour, dans l’arrêt *Dunsmuir*, ne voulait pas revenir à cette époque. Cela ressort de façon manifeste des passages précités, où la Cour nie explicitement une telle intention, autant que de la façon dont la Cour a tranché la question qui lui était soumise.

[46] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême devait déterminer si un arbitre du travail avait outrepassé sa compétence en allant au-delà de la lettre mettant fin à l’emploi de M. Dunsmuir et en examinant s’il avait en fait été congédié pour des motifs disciplinaires. Après application des quatre facteurs de l’analyse relative à la norme de contrôle, la Cour a conclu (aux paragraphes 66 à 71) qu’il fallait appliquer la norme de la raisonabilité. Elle a jugé, en dépit de l’existence d’une clause privative, que l’interprétation faite par l’arbitre des dispositions pertinentes de la loi habilitante était déraisonnable et qu’il avait en conséquence outrepassé sa compétence.

[47] Il est significatif, selon moi, que la Cour n’ait *pas* dit que l’excès de compétence découlait de ce que l’arbitre n’était pas habilité à examiner ou trancher la question des « véritables raisons » du congédiement. La Cour, en effet, ayant conclu, à l’issue de l’analyse relative à la norme de contrôle, que la norme applicable était celle de la raisonabilité, n’a pas examiné la possibilité que l’interprétation de la disposition législative en question pût soulever une « question de compétence ». De la même façon, les autres arrêts

Similarly, there is no consideration in the Court's important post-*Dunsmuir* standard of review decisions, *Proprio Direct* and *Khosa*, of the possibility that the interpretation of the statutory provisions in question in those cases involved a "jurisdictional issue".

[48] Third, the only example given by the Court in *Dunsmuir* of "true question of jurisdiction or *vires*" is its decision in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485. The issue in that case was whether a resolution by the City of Calgary was within the legal authority delegated to it by the *Municipal Government Act* [R.S.A. 2000, c. M-26]. Writing for the Court, Justice Bastarache said (at paragraph 5):

Municipalities do not possess any greater institutional competence or expertise than the courts in delineating their jurisdiction. Such a question will always be reviewed on a standard of correctness: *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 29. There is no need to engage in the pragmatic and functional approach in a review for *vires*; such an inquiry is only required where a municipality's adjudicative or policy-making function is being exercised.

[49] In my view, this suggests that a standard of review analysis *is* required when an adjudicative administrative tribunal is said to have exceeded its jurisdiction because it has misinterpreted a provision of its enabling statute. This is because Justice Bastarache only excluded the need for "[a] pragmatic and functional approach" (now, a standard of review analysis) on "a review for *vires*" when a municipality's delegated legislation is being challenged, but not when the exercise of its "adjudicative or policy-making function" is in issue.

[50] To conclude, in order to establish that the Board has exceeded its jurisdiction by misinterpreting a provision in its enabling statute, which neither raises a question of law of central importance to the legal system nor demarcates its authority *vis-à-vis* another tribunal,

importants en matière de norme de contrôle rendus après l'arrêt *Dunsmuir*, à savoir les arrêts *Proprio Direct* et *Khosa*, n'examinent pas la possibilité que l'interprétation des dispositions législatives en cause soulève une « question de compétence ».

[48] Troisièmement, le seul exemple de « véritable question de compétence ou de constitutionnalité » donné dans l'arrêt *Dunsmuir* est celui de l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, dans lequel la Cour devait déterminer si les pouvoirs délégués à la ville de Calgary sous le régime de la *Municipal Government Act* [R.S.A. 2000, ch. M-26] habilitaient cette dernière à adopter la résolution en cause. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Bastarache a indiqué, au paragraphe 5 :

Les municipalités ne possèdent pas une expertise ou compétence institutionnelle plus grande que les tribunaux pour délimiter leur compétence. L'examen d'une telle question devra toujours se faire selon la norme de la décision correcte : *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 29. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer s'il y a eu excès de pouvoir; une telle démarche ne s'impose que dans le cas où une municipalité exerce une fonction juridictionnelle ou une fonction de prise de décisions de principe.

[49] Ce passage indique selon moi qu'il *faut* procéder à une analyse relative à la norme de contrôle lorsqu'il est allégué qu'un tribunal administratif a excédé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante. Il en est ainsi parce que le juge Bastarache n'a écarté le recours à l'« analyse pragmatique et fonctionnelle » (à présent l'analyse relative à la norme de contrôle) pour déterminer s'il y a eu excès de pouvoir que lorsque la mesure législative subordonnée est contestée, mais non lorsque c'est l'exercice d'une « fonction juridictionnelle ou [d']une fonction de prise de décisions de principe » qui est en cause.

[50] En conclusion, pour établir que la Commission a outrepassé sa compétence en interprétant erronément une disposition de sa loi habilitante ne soulevant pas de question de droit d'une importance capitale pour le système juridique ou ne délimitant pas ses pouvoirs par

an applicant must demonstrate that the Board's interpretation was unreasonable.

[51] The only qualification that I would add is that the tribunal must have the legal authority to interpret and apply the disputed provision of its enabling legislation. However, administrative tribunals performing adjudicative functions, such as the Board, normally have explicit or implied authority to decide all questions of law, including the interpretation of its enabling statute, necessary for disposing of the matter before it: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraphs 40–41.

[52] In my view, it is too late in the development of administrative law in Canada for an applicant to invoke the ghost of jurisdiction past to inveigle the Court into reviewing for correctness a tribunal's interpretation of a provision in its enabling statute, without subjecting it to a standard of review analysis. It would, in my view, make no sense to apply a correctness standard when the tribunal has the authority to interpret and apply the provision to the facts, and a standard of review analysis indicates that the legislature intended the tribunal's interpretation to be reviewed only for unreasonableness.

(ii) Is correctness the appropriate standard of review of the Board's interpretation of section 58?

[53] On the basis of the above analysis, the first question is whether the Board had the legal authority to interpret and apply section 58 to the facts before it. In my view, Parliament's direction to the Board to "determine every question that arises" from an application to decide whether an employee is included in a bargaining unit approved by the Board is an express conferral of power on the Board to interpret section 58 in order to dispose of a section 58 application.

rapport à ceux d'un autre tribunal, un demandeur doit démontrer que l'interprétation était déraisonnable.

[51] La seule réserve que j'apporterais est que le tribunal administratif doit être légalement investi du pouvoir d'interpréter et appliquer la disposition contestée de sa loi habilitante. Toutefois, les tribunaux administratifs exerçant une fonction juridictionnelle, comme la Commission, jouissent habituellement du pouvoir explicite ou implicite de statuer sur toute question de droit qui doit être tranchée pour rendre décision dans l'affaire dont ils sont saisis, y compris sur l'interprétation de leur loi habilitante : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, aux paragraphes 40 et 41.

[52] À ce stade de l'évolution du droit administratif canadien, il est trop tard, à mon avis, pour invoquer le fantôme des questions de compétences passées afin d'amener la Cour à appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par un tribunal administratif d'une disposition de sa loi habilitante, sans procéder à une analyse de la norme applicable. L'application de cette norme serait illogique à mon sens lorsque le tribunal administratif dispose du pouvoir d'interpréter la disposition et de l'appliquer aux faits et que l'analyse relative à la norme de contrôle indique que le législateur voulait que le contrôle judiciaire d'une telle interprétation se fasse suivant la norme de la décision raisonnable.

ii) L'interprétation de l'article 58 donne-t-elle lieu à l'application de la norme de la décision correcte?

[53] Compte tenu de ce qui précède, il faut d'abord établir si la Commission est légalement habilitée à interpréter l'article 58 et à l'appliquer aux faits qui lui sont présentés. En énonçant que la Commission « se prononce sur l'appartenance » (*determine every question that arises*) d'un fonctionnaire à une unité de négociation qu'elle a approuvée, le législateur lui a expressément conféré le pouvoir d'interpréter l'article 58 afin de statuer sur une demande fondée sur cette disposition.

[54] Having concluded that the Board has the legal authority to interpret section 58, I must now consider the standard of review applicable to its interpretation. Since counsel did not direct us to any previous judicial authority determining this question, I must apply the standard of review analysis. In my view, the four elements of the standard of review analysis identified in *Dunsmuir* (at paragraph 64) all indicate that the Board's decision is entitled to curial deference.

[55] First, section 51 of the PSLRA contains a strong preclusive clause. Second, like other labour relations legislation, the purpose of the PSLRA is to facilitate the resolution of labour disputes expeditiously, inexpensively and with relatively little formality: *Dunsmuir*, at paragraphs 62, 68–69. Third, the question in dispute is the interpretation of a provision of the PSLRA, the Board's "home" statute and does not involve a question "of central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise" of the Board (*Dunsmuir*, at paragraph 55). Fourth, the Board is an independent tribunal with a specialized jurisdiction in labour relations within the federal public service. The question of law at issue calls for an understanding of the nature and significance of occupational classifications, and their relationship to bargaining units within the statutory scheme administered by the Board. It is thus within the Board's labour relations expertise.

[56] Hence, since the Board has the legal authority to interpret section 58 in the course of deciding a section 58 application (the "inquiry" or "matter" before the Board), and a standard of review analysis indicates that curial deference is due to the Board's interpretation of it, the Court cannot review it for correctness as a question concerning "the scope of ... the jurisdiction conferred" on the Board by statute [*Dunsmuir*, paragraph 29].

[57] Whether the Board is absolutely bound by a specific exclusion from an occupational classification when making decisions under section 58 is no more a

[54] Ayant conclu que la Commission a le pouvoir d'interpréter l'article 58, il me faut établir la norme de contrôle applicable à une telle interprétation. Étant donné qu'on ne m'a cité aucune jurisprudence à cet égard, je dois procéder à l'analyse relative à la norme de contrôle. Les quatre facteurs de cette analyse énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 64) indiquent tous, à mon avis, que la déférence s'impose à l'égard de la décision de la Commission.

[55] Premièrement, l'article 51 de la LRTPF énonce une clause privative stricte. Deuxièmement, comme toute autre loi régissant les relations de travail, la LRTPF a pour objet de faciliter le règlement de différends de façon rapide, économique et relativement peu formaliste : *Dunsmuir*, aux paragraphes 62, 68 et 69. Troisièmement, le point en litige concerne l'interprétation d'une disposition de la LRTPF, la loi « constitutive » de la Commission et il ne soulève pas de question d'« importance capitale pour le système juridique [et] ... étrangère au domaine d'expertise » de la Commission (*Dunsmuir*, au paragraphe 55). Quatrièmement, la Commission est un tribunal administratif indépendant exerçant une compétence spécialisée en relations de travail dans la fonction publique. La question de droit en cause exige de bien comprendre la nature et la portée des catégories professionnelles et leur relation avec les unités de négociation au sein du régime législatif administré par la Commission. Elle relève donc de la compétence spécialisée de la Commission en matière de relations de travail.

[56] Donc, si la Commission est légalement habilitée à interpréter l'article 58 pour statuer sur une demande fondée sur cette disposition (la « question » dont elle est saisie) et si l'analyse relative à la norme de contrôle indique qu'il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de cette interprétation, la Cour ne peut l'examiner suivant la norme de la décision correcte comme s'il s'agissait d'une question concernant « l'étendue [...] de la compétence accordée par la loi » [*Dunsmuir*, au paragraphe 29].

[57] La question de savoir si la Commission est liée de façon absolue par une exclusion donnée d'un groupe professionnel lorsqu'elle rend la décision visée à l'article

“jurisdictional issue” than the question in dispute in *Dunsmuir*, namely, whether the adjudicator could inquire into an employer’s reason for an employee’s dismissal with notice or pay in lieu (at paragraphs 66–71). Like the question in *Dunsmuir*, the question that the Board had to decide in the course of determining this section 58 application was simply one of the interpretation of its home statute and, as such, presumptively reviewable for unreasonableness.

(iii) Unreasonableness review

[58] A tribunal may also exceed its jurisdiction by basing the decision under review on an unreasonable interpretation of *any* provision of its enabling legislation. Such decisions are not protected by even the strongest preclusive clause. The rule of law imposes on the courts responsibility for ensuring that individual rights are protected from tribunal decisions that lack any rational support in the law.

[59] The applicants say that the Board’s decision in the present case to allocate the three positions to the AO group was unreasonable because it amended the definition of the certified bargaining unit when no application had been made for a review under section 70. Further, they argue, the Board departed from a basic principle of labour relations in the federal public service, namely, that bargaining units must nearly always be co-extensive with the employer’s occupational classifications.

(a) content of the standard

[60] *Dunsmuir* collapsed the former standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* into a single standard of unreasonableness: paragraphs 44–45. Nonetheless, this does not signal a more intrusive role for the judicial review of questions decided by a tribunal on which it is entitled to deference: *Dunsmuir*, at paragraph 48. Moreover, while unreasonableness is a single standard, it “takes its colour

58 n’est pas plus une « question de compétence » que ne l’était la question en litige dans l’arrêt *Dunsmuir*, qui portait sur la capacité d’un arbitre d’examiner les motifs d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu (aux paragraphes 66 à 71). Comme c’était le cas dans l’arrêt *Dunsmuir*, la question que devait trancher la Commission pour statuer sur la demande fondée sur l’article 58 n’était qu’une question d’interprétation de sa loi constitutive, censée, de ce fait, être examinée en fonction de la norme de la décision raisonnable.

iii) La norme de la raisonabilité

[58] L’interprétation déraisonnable de *toute* disposition de sa loi habilitante par un tribunal administratif peut également constituer un excès de compétence. Même la plus stricte clause privative ne sera d’aucun secours dans un tel cas. En vertu du principe de la primauté du droit, les tribunaux judiciaires sont chargés de veiller à ce que les droits individuels soient protégés contre les décisions de tribunaux administratifs qui sont dépourvues de fondement juridique rationnel.

[59] Les demandeurs prétendent que la décision de la Commission d’attribuer les trois postes au groupe AO était déraisonnable parce qu’elle modifiait la définition de l’unité de négociation accréditée sans qu’une demande en ce sens ait été présentée sous le régime de l’article 70. Ils avancent également que la Commission s’est écartée d’un principe fondamental des relations de travail dans la fonction publique fédérale, à savoir que les unités de négociation doivent pratiquement toujours coïncider avec les groupes professionnels établis par l’employeur.

a) contenu de la norme

[60] L’arrêt *Dunsmuir* a fondu en une norme unique les anciennes normes de la décision manifestement déraisonnable et de la décision raisonnable *simpliciter* : voir paragraphes 44 et 45. Cela ne signifie pas pour autant que les décisions des tribunaux administratifs commandant la déférence peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire plus interventionniste : *Dunsmuir*, au paragraphe 48. Qui plus est, la norme de la raisonabilité,



from the context” in which it is being applied: *Khosa*, at paragraph 59.

[61] The “context” in our case includes: the presence of the strong preclusive clause in section 51; the absence of any statutory directions to the Board in section 58 as to the basis for determining whether an employee is included in a particular bargaining unit; and the Board’s expertise in federal public service labour relations and the relevance of that expertise to the matter to be decided in the application.

[62] In my opinion, these factors indicate that the Board’s decision is entitled to a “high degree of deference” (*Khosa*, at paragraph 46) from the Court when determining whether it falls “within the range of acceptable and rational solutions” open to the Board on the facts and the law (*Dunsmuir*, at paragraph 47). If it does, the Board has not exceeded its jurisdiction and its decision cannot be set aside under paragraph 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act*.

[63] In deciding whether the decision under review satisfies the reasonableness standard, the Court must focus primarily on the Board’s reasons, but must also consider the outcome. As the Court said in *Dunsmuir* (at paragraph 47):

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law.

(b) application of the standard

[64] The text of section 58 contains no explicit direction about the basis on which the Board “must determine every question that arises as to whether an employee ... is included in a bargaining unit determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining”.

en dépit de son unicité, est une norme « qui s’adapte au contexte » dans lequel elle s’applique : *Khosa*, au paragraphe 59.

[61] Ce « contexte », en l’espèce, comporte une clause privative stricte énoncée à l’article 51, l’absence de directives du législateur, à l’article 58, sur ce qui doit fonder l’inclusion dans une unité de négociation donnée, la connaissance spécialisée de la Commission en matière de relations de travail dans la fonction publique fédérale et la pertinence de cette connaissance pour la question qu’elle devait trancher.

[62] Il ressort selon moi de ces facteurs que la Cour doit faire preuve d’« un degré élevé de déférence » (*Khosa*, au paragraphe 46) lorsqu’elle est appelée à déterminer si la décision de la Commission fait partie « des différentes solutions rationnelles acceptables » au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Si elle en fait partie, la Commission n’a pas outrepassé sa compétence, et la décision ne peut être annulée en vertu de l’alinéa 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[63] Pour décider si la décision qu’elle révisé satisfait à la norme de la raisonabilité, la Cour doit s’attacher principalement aux motifs formulés par la Commission, mais elle doit également examiner le résultat. Comme la Cour suprême l’a indiqué dans l’arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 47) :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

b) application de la norme

[64] On ne trouve dans le texte de l’article 58 aucune directive explicite concernant le fondement sur lequel « la Commission se prononce sur l’appartenance de tout fonctionnaire [...] à une unité de négociation qu’elle a définie, ou sur leur appartenance à toute autre unité ».

[65] In contrast, when the Board is initially establishing appropriate bargaining units under section 57, or is subsequently reviewing their appropriateness under section 70, it must ensure that bargaining units “are co-extensive with the occupational groups . . . established by the employer”, unless that “would not permit satisfactory representation of the employees to be included in a particular bargaining unit”: subsections 57(3) and 70(2).

[66] In order for the applicants in this case to succeed, they must establish that the Board’s interpretation of section 58 was unreasonable because it did not read into it the above direction contained in subsections 57(3) and 70(2). I appreciate that there may be “tensions between a ‘reclassification’ and a ‘bargaining unit review’”: Christopher Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (Toronto: Irwin Law, 2007), at page 171 (Rootham). Nonetheless, a decision made under section 58 is primarily focussed on whether an employee or class of employees is included in a bargaining unit, not on a comprehensive review of the appropriateness for collective bargaining purposes of an established unit. Hence, it would not seem unreasonable for the Board to decline to read into section 58 the statutory directions that the Board must follow when establishing or reviewing bargaining units under sections 57 and 70. It is always open to PSAC or the employer, or both, to apply to the Board under section 43 for a section 70 bargaining unit review.

[67] I turn now to the reasons of the Board to see if they provide that degree of “justification, transparency and intelligibility” to render its decision reasonable. I would emphasize the following four points.

[68] First, the Board clearly addressed the principle relied on by the applicants, namely that a position should not be included in a bargaining unit for an occupational group from which it is excluded by the definition of the

[65] Par contre, lorsqu’il s’agit de la définition initiale de l’unité de négociation sous le régime de l’article 57 ou, subséquemment, de la révision de sa structure suivant l’article 70, la Commission est tenue de veiller à ce que les unités de négociation « correspond[ent] aux groupes [...] professionnels établis par l’employeur », sauf si, de cette façon, « elles ne permettraient pas une représentation adéquate des fonctionnaires qui en font partie » : paragraphes 57(3) et 70(2).

[66] Pour obtenir gain de cause, les demandeurs doivent en conséquence établir que la Commission a formulé une interprétation déraisonnable de l’article 58 en n’y incluant pas la directive précitée énoncée aux paragraphes 57(3) et 70(2). Je conviens que [TRADUCTION] « “reclassification” et “révision d’une unité de négociation” puissent être en tension » : Christopher Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (Toronto : Irwin Law, 2007), à la page 171 (Rootham). Toutefois, une décision rendue sous le régime de l’article 58 concerne d’abord et avant tout la question de l’inclusion d’un fonctionnaire ou d’une catégorie de fonctionnaires dans une unité de négociation et non la révision exhaustive du bien-fondé de la constitution d’une unité de négociation établie pour les besoins de la négociation collective. Il n’est donc pas déraisonnable pour la Commission de considérer qu’il n’y a pas lieu d’inclure par interprétation à l’article 58 les directives figurant aux articles 57 et 70, qui doivent être suivies lorsqu’elle définit une unité de négociation ou qu’elle en révisé la structure. Il est toujours loisible à l’Alliance et à l’employeur de soumettre une demande fondée sur l’article 43 pour révision de la structure d’une unité de négociation aux termes de l’article 70.

[67] J’examinerai maintenant les motifs de la Commission pour déterminer si l’on y trouve la « justification de la décision, la transparence et l’intelligibilité » propres à conférer un caractère raisonnable à la décision. Quatre points doivent être soulignés.

[68] Premièrement, il est clair que la Commission a examiné le principe invoqué par les demandeurs, à savoir qu’un poste exclu de la définition d’un groupe professionnel ne devrait pas être inclus dans l’unité de

group. In the absence of an explicit statutory direction, the Board concluded that [at paragraph 11], while it would take the specific exclusion into account, it could not be determinative and thus override its statutory responsibility “to oversee and ultimately decide the proper composition of bargaining units.”

[69] Second, the Board noted that the definitions of the groups excluded positions, the primary duties of which were included in another occupational group. The Board was not persuaded that, if the primary duties of the three positions fell within the AO group, it should automatically give priority to the specific exclusion in the AO group definition and allocate the positions to the PA and TC bargaining units, even though the definitions of those groups excluded positions, the primary duties of which were included in another occupational group. In my opinion, it was not unreasonable for the Board to have considered the group definitions as a whole, that is, their inclusive and their exclusive elements. As the Board found, it was not possible to allocate the positions to a group without running foul of some aspect of the definitions.

[70] Third, in these circumstances, the Board resorted to its established methodology for resolving these kinds of dispute: assign the position to the bargaining unit comprising the occupational group, the principal duties of which are most similar to those of the disputed position. The applicants do not challenge the Board’s conclusion that the AO group’s principal duties were a “better fit” with those of the disputed positions than those of the PA or TC groups. Rather, they say that the Board exceeded its jurisdiction by considering this question.

[71] Fourth, in noting (at paragraph 42) the absence of evidence that the inclusion of the positions in the AO group would “not provide satisfactory representation for the incumbents” or that “the positions do not

négociation représentant ce groupe. Vu l’absence de directives explicites du législateur, la Commission a conclu [au paragraphe 11] que bien qu’il lui faille tenir compte de cette exclusion, elle n’était pas déterminante et ne pouvait en conséquence primer sur la responsabilité que lui imposait la loi de « veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d’analyse de décider de cette composition ».

[69] Deuxièmement, la Commission a signalé qu’étaient exclus de la définition des groupes les postes dont les fonctions principales étaient comprises dans la définition d’un autre groupe. La Commission n’était pas convaincue que si les fonctions principales des trois postes relevaient du groupe AO elle devait automatiquement accorder préséance à l’exclusion explicite énoncée dans la définition de ce groupe et attribuer les postes aux unités de négociation PA ou TC, même si les définitions de ces groupes excluaient les postes dont les fonctions principales étaient comprises dans la définition d’un autre groupe. À mon avis, il n’était pas déraisonnable de la part de la Commission d’examiner les définitions des groupes dans leur ensemble, c’est-à-dire en considérant les éléments inclus et les éléments exclus. Comme l’a indiqué la Commission, il était impossible d’attribuer les postes à un groupe sans faire injure à un aspect ou l’autre des définitions.

[70] Troisièmement, la Commission a alors eu recours au mode de résolution qu’elle emploie habituellement pour ce genre de différends, et elle a attribué le poste à l’unité de négociation comprenant le groupe professionnel dont les principales fonctions ressemblaient le plus à celles du poste en litige. Les demandeurs ne contestent pas la conclusion de la Commission selon laquelle les principales fonctions du groupe AO correspondaient davantage (« meilleure correspondance ») à celles des postes en litige qu’à celles des groupes PA ou TC. Ils prétendent plutôt que la Commission a outrepassé sa compétence en examinant cette question.

[71] Quatrièmement, en mentionnant (au paragraphe 42) qu’il n’avait pas été démontré que l’inclusion des postes dans le groupe AO « n’assurerait pas une représentation satisfaisante pour les titulaires » ni que

enjoy a community of interest”, the Board indicated that it was not overlooking the labour relations implications of its decision.

[72] I appreciate that combining different occupational groups in a single bargaining unit may pose problems for both the bargaining agent and the employer. However, this concern does not seem to have been the main reason for the adoption of the principle that bargaining units in the federal public service should normally be co-extensive with occupational groups. When collective bargaining was introduced into the federal public service, it was considered unfair that (Rootham, at page 157):

... different public service employees, employed in the same occupational group and working side by side (but in different bargaining units) might earn different rates of pay.

Such discrepancies could cause serious morale problems in the work force (Rootham, at page 171) and complicate negotiations.

[73] In any event, as noted above, the parties in the present case can always return to the Board for a bargaining unit review if serious problems arise from including the three positions in the AO group’s bargaining unit.

[74] In my view, neither the reasoning of the Board, nor the decision itself, demonstrates that the Board’s disposition of CFPA’s section 58 application was unreasonable. In concluding that the Court ought not to interfere in this case, I have kept in mind the following observations of Justice Binnie in *Khosa* (at paragraph 59):

Where the reasonableness standard applies, it requires deference. Reviewing courts cannot substitute their own appreciation of the appropriate solution, but must rather determine if the outcome falls within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). There might be more than one reasonable outcome. However, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a

« les postes n’ont pas des intérêts en commun », la Commission a indiqué qu’elle n’avait pas négligé les conséquences de ses décisions sur les relations de travail.

[72] Je comprends que le fait de combiner différents groupes professionnels dans une seule unité de négociation puisse causer des problèmes tant à l’agent négociateur qu’à l’employeur, mais ces problèmes ne paraissent pas avoir été la principale raison de l’adoption du principe voulant que les unités de négociation de la fonction publique correspondent habituellement aux groupes professionnels. Lorsque la négociation collective a fait son entrée dans la fonction publique, on considérait inéquitable que (Rootham, à la page 157) :

[TRADUCTION] [...] des fonctionnaires différents, appartenant au même groupe professionnel et travaillant côte à côte (mais relevant d’unités de négociation différentes) puissent être rémunérés selon des taux de salaire différents.

De semblables écarts pourraient entraîner de graves répercussions sur le moral du personnel (Rootham, à la page 171) et compliquer la négociation.

[73] Quoi qu’il en soit, les parties pourraient toujours, ainsi qu’il en a été fait mention, s’adresser de nouveau à la Commission pour faire réviser la structure de l’unité de négociation si l’inclusion des trois postes dans l’unité de négociation du groupe AO venait à créer de graves problèmes.

[74] À mon avis, ni le raisonnement tenu par la Commission ni sa décision elle-même ne démontrent qu’elle a statué de façon déraisonnable sur la demande de l’APFC fondée sur l’article 58. Les observations suivantes formulées par le juge Binnie dans l’arrêt *Khosa* (au paragraphe 59) me confortent dans ma position que la Cour n’a pas à intervenir en l’espèce :

Lorsque la norme de la raisonabilité s’applique, elle commande la déférence. Les cours de révision ne peuvent substituer la solution qu’elles jugent elles-mêmes appropriée à celle qui a été retenue, mais doivent plutôt déterminer si celle-ci fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il peut exister plus d’une issue raisonnable. Néanmoins, si le processus et l’issue en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de

reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome.

révision ne peut y substituer l'issue qui serait à son avis préférable.

## F. CONCLUSIONS

[75] For these reasons, I would dismiss the applications for judicial review with costs.

## F. CONCLUSIONS

[75] Pour ces motifs, je rejeterais les demandes de contrôle judiciaire avec dépens.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

\* \* \*

\* \* \*

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

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

[76] PELLETIER J.A. (dissenting reasons): I have read in draft my colleague's reasons. For the following reasons, I am unable to agree with his conclusion that the Board's decision is reasonable. I would therefore allow the application for judicial review.

[76] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (motifs dissidents) : J'ai lu le projet de motifs de mon collègue. Je ne puis toutefois souscrire à sa conclusion que la décision de la Commission est raisonnable. Je suis donc d'avis d'accueillir la demande de contrôle judiciaire.

[77] I agree with my colleague's description of the facts of the case and so, for the sake of brevity, I will not repeat them here.

[77] Mon collègue ayant bien décrit les faits, ils ne seront pas répétés dans les présents motifs, par souci de concision.

[78] The application before the Board in this case was made under section 58 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (the Act), reproduced below for ease of reference:

[78] La demande soumise à la Commission était fondée sur l'article 58 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (la Loi), reproduit ci-dessous pour plus de commodité :

**58.** On application by the employer or the employee organization affected, the Board must determine every question that arises as to whether any employee or class of employees is included in a bargaining unit determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining, or is included in any other unit.

**58.** À la demande de l'employeur ou de l'organisation syndicale concernée, la Commission se prononce sur l'appartenance de tout fonctionnaire ou de toute catégorie de fonctionnaires à une unité de négociation qu'elle a définie, ou sur leur appartenance à toute autre unité.

[79] This section presumes the existence of defined bargaining units. The question before the Board on an application brought under section 58 is simply one of applying the existing bargaining unit definitions. This is apparent from the terms of section 58 itself, which requires the Board to decide whether "any employee or class of employees *is included in a bargaining unit*

[79] Cet article présume qu'il existe des unités de négociation définies. La question afférente à une demande fondée sur l'article 58 est simplement une question d'application des définitions d'unité de négociation existantes. Cela ressort du texte même de la disposition qui exige de la Commission qu'elle « se prononce sur l'appartenance de tout fonctionnaire ou de

*determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining*” (emphasis added).

[80] In defining the bargaining units, a task conferred upon it by section 57 of the Act, the Board must take into account various factors, including the employer’s occupational groups. I reproduce section 57 below for the sake of convenience:

57. (1) When an application for certification is made under section 54, the Board must determine the group of employees that constitutes a unit appropriate for collective bargaining.

(2) In determining whether a group of employees constitutes a unit appropriate for collective bargaining, the Board must have regard to the employer’s classification of persons and positions, including the occupational groups or subgroups established by the employer.

(3) The Board must establish bargaining units that are co-extensive with the occupational groups or subgroups established by the employer, unless doing so would not permit satisfactory representation of the employees to be included in a particular bargaining unit and, for that reason, such a unit would not be appropriate for collective bargaining.

(4) For the purposes of this Part, a unit of employees may be determined by the Board to constitute a unit appropriate for collective bargaining whether or not its composition is identical with the group of employees in respect of which the application for certification was made.

[81] By virtue of its mandate pursuant to section 57, the Board must determine whether a group “constitutes a unit appropriate for collective bargaining”. In deciding whether a group is an appropriate unit, the Board must have regard to the employer’s classification scheme, including the occupational groups or subgroups, and must establish bargaining units which are co-extensive with them, unless doing so would not permit satisfactory representation of employees for bargaining purposes.

[82] In order to fulfill its mandate, the Board is entitled to define a bargaining unit in terms other than those contained in the application: see subsection 57(4). In other words, the Board is not limited to giving a “yes/no” response to the application before it, but may craft a bargaining unit according to its view of

toute catégorie de fonctionnaires à une unité de négociation qu’elle a définie » (je souligne).

[80] Lorsqu’elle définit une unité de négociation, une tâche qui lui est assignée par l’article 57 de la Loi, la Commission doit tenir compte de divers facteurs, dont celui des groupes professionnels établis par l’employeur. Pour plus de commodité, voici le texte de l’article 57 :

57. (1) Saisie d’une demande d’accréditation conforme à l’article 54, la Commission définit le groupe de fonctionnaires qui constitue une unité habile à négocier collectivement.

(2) Pour décider si le groupe de fonctionnaires constitue une unité habile à négocier collectivement, la Commission tient compte de la classification des postes établis par l’employeur et des personnes qu’il emploie, notamment des groupes ou sous-groupes professionnels qu’il a établis.

(3) La Commission est tenue de définir des unités correspondant aux groupes et sous-groupes professionnels établis par l’employeur, sauf dans le cas où elles ne constitueraient pas des unités habiles à négocier collectivement au motif qu’elles ne permettraient pas une représentation adéquate des fonctionnaires qui en font partie.

(4) L’unité de négociation définie par la Commission ne coïncide pas nécessairement avec le groupe de fonctionnaires visé par la demande d’accréditation.

[81] Aux termes du mandat qui lui est confié à l’article 57, il incombe à la Commission de déterminer si un groupe « constitue une unité habile à négocier collectivement ». Pour cela, elle doit prendre en considération le système de classification de l’employeur, notamment les groupes et sous-groupes professionnels, et elle doit établir des unités de négociation qui y correspondent, sauf dans les cas où elles ne permettraient pas une représentation adéquate pour les besoins de la négociation.

[82] Pour exécuter son mandat, la Commission est autorisée à définir une unité de négociation en termes différents de ceux qui figurent à la demande d’accréditation : voir le paragraphe 57(4). Autrement dit, la Commission n’est pas obligée de répondre par oui ou par non à la demande dont elle est saisie, et

the appropriate bargaining relationships. All of this to say that the weighing of competing interests, the employer's classification system as against the most appropriate groupings for collective bargaining, takes place at the point at which the bargaining units are defined. Once they are defined, they can only be restructured by means of an application under section 70 of the Act.

[83] In this case, the bargaining unit definition includes two exclusions. The first is “[p]ositions excluded from the Aircraft Operations Group are those whose primary purpose is included in the definition of any other group.” This exclusion appears in every other occupational group description and therefore, I assume, in every other bargaining unit definition. It is the basis of the “best fit” approach which the Board purported to apply in this case. In a classification environment in which descriptions are necessarily general and perhaps ambiguous, this exclusion is intended to create mutually exclusive categories. It is, in effect, a tie-breaker rule for use in those cases where a position or a group might fit within more than one occupational group.

[84] The second exclusion is “[a]lso excluded are positions in which experience as an aircraft pilot and a valid pilot's licence are not mandatory.” This exclusion was presumably designed to create or recognize either an occupational qualification or a community of interest. The Board had the discretion to delete this requirement, which appears in the occupational group description, from the bargaining unit definition if it thought that doing so would remove an impediment to satisfactory representation. It did not do so.

[85] The use of exclusions in the definition of occupational groups or subgroups is a frequent occurrence. By way of example only, the Technical Services Group definition includes the following exclusions:

elle peut constituer une unité de négociation correspondant à sa conception des relations de négociation appropriées. Cela pour dire que la mise en balance d'intérêts en concurrence — le système de classification de l'employeur d'un côté et le groupement convenant le mieux à la négociation collective de l'autre — a lieu au moment où les unités de négociation sont définies. Lorsque la définition est établie, l'unité ne peut être restructurée qu'au moyen de la demande prévue à l'article 70 de la Loi.

[83] En l'espèce, la définition de l'unité de négociation comporte deux exclusions. Suivant la première, les « postes exclus du groupe Navigation aérienne sont ceux dont la principale raison d'être est comprise dans la définition de tout autre groupe ». Cette exclusion figure dans chaque description de groupe professionnel et, donc, je présume, dans celle de chaque unité de négociation. C'est le fondement de la méthode de la « meilleure correspondance », que la Commission a cherché à appliquer en l'espèce. Dans un contexte de classification où les descriptions sont nécessairement générales et peuvent être imprécises, cette exclusion vise à créer des catégories mutuellement exclusives. Il s'agit en fait d'une règle servant au départage dans les cas où un poste ou un groupe peut correspondre à plus d'un groupe occupationnel.

[84] Suivant la deuxième exclusion « [s]ont aussi exclus les postes pour lesquels il n'est pas nécessaire d'avoir de l'expérience comme pilote d'aéronef et une licence valide de pilote ». On peut présumer que cette exclusion visait à créer ou reconnaître soit une qualification professionnelle ou une communauté d'intérêts. La Commission avait le pouvoir discrétionnaire de supprimer cette exigence, figurant à la description du groupe professionnel, de la définition de l'unité de négociation si elle pensait qu'en agissant ainsi elle ferait disparaître un élément nuisible à une représentation satisfaisante. Elle ne l'a pas fait.

[85] Les exclusions se rencontrent fréquemment dans les définitions de groupes ou sous-groupes professionnels. La définition du groupe Services techniques, citée ici à titre d'exemple uniquement, comporte les exclusions suivantes :

***Positions excluded from the Technical Services Group are those whose primary purpose is included in the definition of any other group or those in which one or more of the following activities is of primary importance:***

1. the planning, conduct or evaluation of control, mapping or charting surveys, and the planning or conduct or legal surveys of real property;
2. the planning, design, construction or maintenance of physical or chemical processes, systems, structures or equipment; and the development or application of engineering standards or procedures;
3. the performance of manual tasks such as cleaning laboratory equipment, assisting in morgue and autopsy tasks, and the care and feeding of laboratory animals;
4. the performance of administrative activities such as program, human resources or financial management and planning that do not require the application of principles outlined in the inclusions; and the administrative management of buildings, grounds and associated facilities;
5. the conduct of experimental, investigative or research and development work in the field of electronics;
6. the leadership of activities related to maintenance and repair functions not requiring knowledge identified in the inclusions;
7. the operation of duplicating or reproduction machines, motion picture projection machines and accessories and process cameras in support of an offset printing or duplicating process;
8. the planning, development, installation and maintenance of information technology and processing systems to manage, administer or support government programs and activities; and
9. the application of electronics technology to the design, construction, installation, inspection, maintenance and repair of electronic and associated equipment, systems and facilities and the development and enforcement of regulations and standards governing the use of such equipment.

***Also excluded are positions in which experience as an aircraft pilot and a valid pilot's licence are mandatory.***

***Les postes exclus du groupe Services techniques sont ceux dont la principale raison d'être est comprise dans la définition d'un autre groupe ou ceux dont l'une ou plusieurs des activités suivantes sont primordiales :***

1. planification, tenue ou évaluation de levés directeurs, cartographiques ou géodésiques, et planification ou réalisation de levés légaux de biens immobiliers;
2. planification, conception, construction ou maintenance de processus, de systèmes, de structures ou d'équipements physiques ou chimiques; et élaboration ou application de normes ou de procédures d'ingénierie;
3. exécution de tâches manuelles, par exemple nettoyage d'équipement de laboratoire, assistance dans les tâches liées aux autopsies et effectuées dans les morgues, soin et alimentation d'animaux de laboratoire;
4. réalisation d'activités administratives, par exemple gestion et planification des programmes, des ressources humaines ou des finances, qui n'exigent pas l'application des principes décrits dans les postes inclus; et gestion administrative des immeubles, des terrains et des installations connexes;
5. réalisation de travaux d'expérimentation, d'enquête ou de recherche et développement en électronique;
6. exercice de leadership pour des activités liées aux fonctions de maintenance et de réparation qui n'exigent pas les connaissances indiquées dans les postes inclus;
7. utilisation d'appareils de duplication ou de reproduction, de machines et d'accessoires de projection cinématographique et de bancs de reproduction pour l'impression offset ou la duplication;
8. planification, élaboration, installation et maintenance de systèmes de traitement en technologie de l'information utilisés pour la gestion, l'administration ou le soutien des programmes et activités du gouvernement;
9. application de technologies électroniques à la conception, la construction, l'installation, l'inspection, l'entretien et la réparation d'équipements, de systèmes et d'installations électroniques ou autres; et élaboration et application de règlements et de normes régissant l'utilisation de ces équipements.

***Sont également exclus les postes exigeant de l'expérience à titre de pilote et un brevet valide de pilote.***



[86] It is clear from this lengthy list, that exclusions are as significant as inclusions in the definition of occupational groups. It is also clear that many of the exclusions are couched in general language, which may require the Board, when applying the bargaining unit definitions under section 58, to interpret the terms of the exclusion in order to arrive at a proper bargaining unit designation. But, as this case illustrates, there are also exclusions that are unambiguous. Furthermore, such exclusions may have mirror image exclusions in other occupational groups, such as the exclusion from the Technical Services Group definition of positions in which experience as an aircraft pilot and a valid pilot's licence are mandatory.

[87] To recapitulate, it is the Board's function to define the appropriate bargaining units in light of the employer's occupational groups and the requirements of collective bargaining. Once those bargaining units have been defined, the task of the Board under section 58 is to apply those definitions to the facts of a given position or a given group. Nothing in section 58 would permit the Board to embark on a fresh consideration of the appropriateness of the bargaining unit definition. That task can only be undertaken, upon application, under section 70 of the Act.

[88] In this case, the Board member fundamentally misconstrued his statutory duty when, in the course of rejecting the argument that the exclusion with respect to a valid pilot's licence was conclusive of the application before him, he said, at paragraph 11 of his reasons:

Surely that is too simplistic an approach. One that would preclude the Public Service Labour Relations Board ("the Board") from fulfilling one of its statutory obligations, which is to oversee and ultimately to decide the proper composition of bargaining units.

[89] It is true that one of the Board's statutory obligations is to decide the proper composition of the bargaining units. That duty is articulated in sections 57 and 70 of the Act. The Board has a further duty, and it is spelled out in section 58 of the Act. It must resolve questions of inclusion or exclusion from the bargaining

[86] Cette longue liste indique clairement que les éléments exclus importent tout autant que les inclus dans la définition des groupes professionnels. Il est tout aussi évident que les exclusions sont formulées en termes généraux et que la Commission pourra de ce fait être appelée à les interpréter lorsqu'elle applique la définition d'une unité de négociation sous le régime de l'article 58, afin d'établir ce qui constitue l'unité de négociation appropriée. Toutefois, comme on peut le voir en l'espèce, il existe également des exclusions claires, lesquelles peuvent en outre avoir leur contrepartie dans les descriptions d'autres groupes professionnels, comme l'exclusion énoncée dans la définition du groupe Services techniques, visant les postes exigeant de l'expérience à titre de pilote et un brevet valide de pilote.

[87] Pour récapituler, il appartient à la Commission de définir l'unité de négociation appropriée en tenant compte des groupes professionnels de l'employeur et des exigences de la négociation collective. Lorsque les unités de négociation ont été définies, il incombe à la Commission, en application de l'article 58, d'appliquer les définitions aux faits se rapportant à un poste ou à un groupe donné. Rien dans l'article 58 n'autorise la Commission à examiner de nouveau la justesse de la définition de l'unité de négociation. Cet examen ne peut se faire que sur demande, conformément à l'article 70 de la Loi.

[88] En l'espèce, la Commission a commis une erreur de fond dans l'interprétation de son obligation légale lorsqu'elle a rejeté l'argument selon lequel l'exclusion se rapportant à une licence valide de pilote était déterminante en disant, au paragraphe 11 de ses motifs :

Assurément, il s'agit d'une approche trop simpliste, qui empêcherait la Commission des relations de travail dans la fonction publique [...] de remplir l'une de ses obligations législatives, soit de veiller à la composition appropriée des unités de négociation et en fin d'analyse de décider de cette composition.

[89] Certes, il entre dans les obligations légales de la Commission de se prononcer sur la composition appropriée des unités de négociation. Cette obligation est formulée aux articles 57 et 70 de la Loi. La Commission a aussi l'obligation, définie à l'article 58 de la Loi, de résoudre les questions d'inclusion ou

units it has defined. In other words, it must apply the bargaining unit descriptions it has formulated under section 57 to a new position or group, or to an old position or group whose characteristics have changed. That task must necessarily take as a given the terms of the bargaining unit definitions formulated under section 57, since nothing under section 58 gives the Board any mandate to redefine the bargaining unit definitions. In this case, the Board member erred in treating the task before him under section 58 of the Act as though he were called upon to define an appropriate bargaining unit under section 57.

[90] The flaw in the Board's reasoning is that it failed to distinguish between formal and functional criteria. For the most part, occupational group definitions are based on functional criteria (i.e. the duties and responsibilities of members of the group). It is, however, possible to include or exclude members from such a group by requiring certain formal criteria (e.g. the possession of a valid pilot's licence). There is no necessary correlation between functional and formal characteristics.

[91] The "primary purpose" exclusion calls for a comparison between the functional characteristics of a position or group and those of a bargaining unit. Where there is a high degree of congruency between the two, an exclusion based on formal criteria will never be determinative because it does not speak to the question of purpose or function. The result will invariably be that the exclusion based on formal criteria will be subordinated to the comparison of functional elements.

[92] In order for an exclusion based on formal characteristics to have any effect, it must be considered independently of any functional comparison. The analysis as to whether a position or group is included in a bargaining unit definition must begin with a determination of the presence or absence of the specified formal criteria. In this case, the question is whether experience as a pilot and possession of a valid pilot's licence are a mandatory element of the position or group

d'exclusion concernant les unités de négociation qu'elle a définies. Autrement dit, elle doit appliquer la définition des unités de négociation qu'elle a établie en application de l'article 57 à un nouveau poste ou groupe ou à un poste ou groupe existant dont les caractéristiques ont changé. Elle doit nécessairement exécuter cette tâche en se fondant sur les définitions établies en vertu de l'article 57 puisque rien dans l'article 58 ne lui attribue le mandat de redéfinir les unités de négociation. En l'espèce, la Commission a considéré à tort la tâche à accomplir en application de l'article 58 comme s'il s'agissait de définir l'unité habile à négocier sous le régime de l'article 57.

[90] L'erreur entachant le raisonnement de la Commission procède de ce qu'elle n'a pas distingué entre les critères de forme et les critères fonctionnels. La plupart du temps, les définitions de groupes professionnels reposent sur des critères fonctionnels (c.-à-d. les fonctions et responsabilités des membres du groupe). Il est toutefois possible d'inclure des membres dans un groupe ou de les en exclure au moyen de certains critères de forme (p. ex. la possession d'une licence valide de pilote). Il n'existe pas nécessairement de corrélation entre les caractéristiques fonctionnelles et les caractéristiques de forme.

[91] L'exclusion d'un poste en raison de sa « principale raison d'être » nécessite de comparer les caractéristiques fonctionnelles du poste ou groupe à celles de l'unité de négociation. Parce qu'elle est étrangère aux fonctions ou à la raison d'être, une exclusion fondée sur des critères de forme ne sera jamais déterminante s'il y a une compatibilité élevée entre les deux ensembles de caractéristiques. L'exclusion reposant sur des critères de forme sera donc invariablement subordonnée à la comparaison des éléments fonctionnels.

[92] Pour que l'exclusion fondée sur des caractéristiques formelles ait le moindre effet, elle doit être prise en compte indépendamment de toute comparaison d'ordre fonctionnel. L'analyse visant à déterminer si un poste ou un groupe entre dans la définition d'une unité de négociation doit commencer par la présence ou l'absence des critères de forme énoncés. En l'espèce, il faut se demander si l'expérience de pilotage et la possession d'une licence valide de pilote sont des

description. If they are not, the position or group is excluded from the Aircraft Operations bargaining unit. In this case, those criteria were not mandatory and, by the terms of the bargaining unit definition, the positions were excluded from the Aircraft Operations bargaining unit. It is unreasonable to conclude that they could be brought back into that bargaining unit by reference to functional criteria which operate independently of the formal exclusion. Put another way, it is outside the range of reasonable outcomes to conclude that a position can be included in a bargaining unit from which it is specifically excluded.

[93] Consequently, I am of the view that it was unreasonable for the Board to include in the Aircraft Operations bargaining unit positions which were explicitly excluded from that bargaining unit. One cannot be included in a group from which one is specifically excluded. As a result, I would allow the application for judicial review, set aside the Board member's decision, and remit the matter to the Board for a fresh determination on a basis consistent with these reasons.

éléments obligatoires de la description du poste ou du groupe et, si ce n'est pas le cas, le poste ou groupe est exclu de l'unité de négociation de la navigation aérienne. En l'espèce, ces critères ne sont pas obligatoires et, compte tenu de la définition de l'unité de négociation, les postes étaient exclus de l'unité de négociation de la navigation aérienne. Il est déraisonnable de conclure qu'ils pourraient être ramenés dans cette unité de négociation par application de critères fonctionnels agissant indépendamment de l'exclusion formelle. Autrement dit, la conclusion qu'un poste peut être inclus dans une unité de négociation dont il est expressément exclu ne fait pas partie des issues raisonnables possibles.

[93] Par conséquent, je suis d'avis qu'il était déraisonnable d'inclure dans l'unité de négociation de la navigation aérienne des postes qui en étaient expressément exclus comme l'a fait la Commission. On ne saurait appartenir à un groupe dont on est expressément exclu. En conséquence, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision de la Commission et je renverrais l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision tenant compte des présents motifs.

2009 FCA 201  
A-305-07

2009 CAF 201  
A-305-07

**Grain Workers' Union, Local 333** (*Applicant*)

**Grain Workers' Union, section locale 333** (*demandeur*)

v.

c.

**B.C. Terminal Elevator Operators' Association; Saskatchewan Wheat Pool; James Richardson International Limited; United Grain Growers Limited d.b.a. Agrigore United; Pacific Elevators Limited; Cascadia Terminal** (*Respondents*)

**B.C. Terminal Elevator Operators' Association; Saskatchewan Wheat Pool; James Richardson International Limited; United Grain Growers Limited faisant affaire sous la raison sociale Agrigore United; Pacific Elevators Limited; Cascadia Terminal** (*intimés*)

and

et

**Public Service Alliance of Canada; Canadian Labour Congress** (*Intervenors*)

**Alliance de la Fonction publique du Canada; Congrès du travail du Canada** (*intervenants*)

A-306-07

A-306-07

**International Longshore and Warehouse Union – Canada, International Longshore and Warehouse Union, Local 500, and International Longshore and Warehouse Union Ship and Dock Foremen, Local 514** (*Applicants*)

**International Longshore and Warehouse Union – Canada, International Longshore and Warehouse Union, section locale 500, et International Longshore and Warehouse Union Ship and Dock Foremen, section locale 514** (*demandeurs*)

v.

c.

**British Columbia Maritime Employers Association, Waterfront Employers Association and Vancouver Wharves Ltd.** (*Respondents*)

**British Columbia Maritime Employers Association, Waterfront Employers Association et Vancouver Wharves Ltd.** (*intimés*)

and

et

**Public Service Alliance of Canada; Canadian Labour Congress** (*Intervenors*)

**Alliance de la Fonction publique du Canada; Congrès du travail du Canada** (*intervenants*)

**INDEXED AS: GRAIN WORKERS' UNION, LOCAL 333 v. B.C. TERMINAL ELEVATOR OPERATORS' ASSN. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : GRAIN WORKERS' UNION, SECTION LOCALE 333 c. B.C. TERMINAL ELEVATOR OPERATORS' ASSN. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Blais, Evans and Ryer J.J.A.—  
Vancouver, March 30; Ottawa, June 12, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Blais, Evans et Ryer, J.C.A.—  
Vancouver, 30 mars; Ottawa, 12 juin 2009.

*Labour Relations — Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision holding applicants engaging in illegal strike within meaning of Canada Labour Code, ss. 3(1), 88.1 during term of collective agreement — Applicants' members not reporting for work because not willing to cross lawful picket line of striking Public Service Alliance of Canada (PSAC) members working for Canadian Grain Commission (CGC) — Board deciding Code's broad definition of "strike" including work stoppage resulting from employees' refusal to cross picket line — Whether Board correctly concluding definition of "strike" not violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) right to freedom of expression — Per Evans J.A.: Board's interpretation of "strike" infringing applicant members' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b) — By including work stoppages herein within definition of "strike", prohibiting stoppages taking place mid-contract, Code discouraging employees from participating in "social and political decision-making", "in the community", values underlying guarantee of free expression — However, that breach justified under Charter, s. 1 — Per Blais J.A. (concurring in the result): Definition of "strike" in Code, s. 3(1) not engaging right to freedom of expression as guaranteed under Charter, s. 2(b) — Not aiming to silence workers wishing to support legally striking workers — Strike activity in which applicants participating having neither social, political purpose — Constituting intrusion into private contractual dispute between PSAC employees, CGC — Per Ryer J.A. (concurring): Canada Labour Code provisions at issue not infringing applicants' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b) — Decision making taking place in private context not within ambit of "participation in social and political decision-making" — Only connection between negotiations between PSAC employees, CGC, any political decision making was that CGC constituting government emanation but connection too tenuous — Applications dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Applicant unions' members not willing to cross lawful picket line of striking Public Service Alliance of Canada — Canada Industrial Relations Board holding applicants engaging in illegal strike within meaning of Canada Labour Code, ss. 3(1), 88.1 during term of collective agreement — Whether definition of "strike" in Code, s. 3(1) violating*

*Relations du travail — Contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles portant que les demandeurs s'étaient engagés dans une grève illégale au sens des art. 3(1) et 88.1 du Code canadien du travail pendant la durée d'une convention collective — Les membres des demandeurs ne s'étaient pas présentés au travail parce qu'ils refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des membres de l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) qui travaillaient pour la Commission canadienne des grains (CCG) — Le Conseil a conclu que la définition large d'une « grève » visait un arrêt de travail résultant du refus par un employé de franchir une ligne de piquetage — Il s'agissait de savoir si le Conseil a conclu à juste titre que la définition de « grève » ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Selon le juge Evans, J.C.A. : L'interprétation que le Conseil a donnée au mot « grève » portait atteinte au droit à la liberté d'expression des membres du demandeur protégé par l'art. 2b) de la Charte — En incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d'une convention collective, le Code empêche les employés de participer « à la prise de décisions d'intérêt social et politique » et de s'impliquer « au sein de la société », des valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression — Cependant, cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La définition de « grève » prévue à l'art. 3(1) du Code ne fait pas entrer en jeu la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte — Ces dispositions ne visent pas à réduire au silence les travailleurs qui désirent exprimer leur solidarité à l'égard des travailleurs légalement en grève — L'activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n'avait pas un objet social ni politique — Il s'agissait d'une intrusion dans un conflit de travail privé entre les employés membres de l'AFPC et la CCG — Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs concourants) : Les dispositions du Code canadien du travail en cause ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression des demandeurs garantie à l'art. 2b) de la Charte — Une prise de décision qui s'effectue dans un contexte privé ne relève pas de la « participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique » — Le seul lien entre les négociations impliquant les employés membres de l'AFPC et la CCG et une quelconque prise de décision d'intérêt politique est que la CCG est une émanation du gouvernement, et ce lien était trop ténu — Demandes rejetées.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les membres des syndicats demandeurs refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des grévistes membres de l'Alliance de la Fonction publique du Canada — Le Conseil canadien des relations industrielles a statué que les demandeurs s'étaient engagés dans une grève illégale au sens des art. 3(1) et 88.1 du Code canadien du travail pendant la*

*freedom of expression under Charter, s. 2(b) — Per Evans J.A.: Board's interpretation of "strike" infringing applicant members' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b) — By including work stoppages herein within definition of "strike", prohibiting stoppages taking place mid-contract, Code discouraging employees from participating in "social and political decision-making", "in the community", values underlying guarantee of free expression — However, that breach justified under Charter, s. 1 since provisions not impairing freedom of expression of employees more than necessary to achieve Code's statutory objective — Extent of impairment of employees' freedom of expression not disproportionate to achievement of Code's objectives — Per Blais J.A. (concurring in the result): Definition of "strike" in Code, s. 3(1) not engaging right to freedom of expression — Strike activity in which applicants participating having neither social nor political purpose — Per Ryer J.A. (concurring): Canada Labour Code provisions at issue not infringing applicants' right to freedom of expression under Charter, s. 2(b) — Decision making taking place in private context not within ambit of "participation in social and political decision-making".*

These were applications for judicial review of a decision of the Canada Industrial Relations Board holding that the applicants had engaged in an illegal strike within the meaning of subsection 3(1) and section 88.1 of the *Canada Labour Code* during the term of a collective agreement. During the existence of a collective agreement, the applicants' members had not reported for work because they were not willing to cross a lawful picket line established by members of the Public Service Alliance of Canada (PSAC) who work as grain inspectors for the Canadian Grain Commission (CGC) at the Vancouver grain terminals. The Board decided that the Code's broad definition of a "strike" included a work stoppage resulting from employees' refusal to cross the picket line but that this interpretation did not infringe their rights to freedom of expression and association guaranteed by paragraphs 2(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If it did, according to the Board, the infringement was justified under section 1 thereof.

The applicants represent employees of grain terminals in the Port of Vancouver (Grain Workers' Union, Local 333) (GWU) and of stevedoring companies (International

*durée d'une convention collective — Il s'agissait de savoir si la définition de « grève » prévue à l'art. 3(1) du Code portait atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte — Selon le juge Evans, J.C.A. : L'interprétation que le Conseil a donnée au mot « grève » portait atteinte au droit à la liberté d'expression des membres du demandeur protégé par l'art. 2b) de la Charte — En incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d'une convention collective, le Code empêche les employés de participer « à la prise de décisions d'intérêt social et politique » et de s'impliquer « au sein de la société », des valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression — Cependant, cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte parce que les dispositions ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression des employés plus qu'il n'était nécessaire pour réaliser les objectifs de la loi — La portée de la restriction à la liberté d'expression des employés n'était pas disproportionnée par rapport aux objectifs visés par le Code — Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La définition de « grève » prévue à l'art. 3(1) du Code ne fait pas entrer en jeu la liberté d'expression — L'activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n'avait pas un objet social ni politique — Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs concourants) : Les dispositions du Code canadien du travail en cause ne portaient pas atteinte à la liberté d'expression des demandeurs garantie à l'art. 2b) de la Charte — Une prise de décision qui s'effectue dans un contexte privé ne relève pas de la « participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique ».*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles portant que les demandeurs s'étaient engagés dans une grève illégale au sens du paragraphe 3(1) et de l'article 88.1 du *Code canadien du travail* pendant la durée d'une convention collective. Pendant la durée d'une convention collective, les membres des demandeurs ne s'étaient pas présentés au travail parce qu'ils refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des membres de l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC) qui travaillaient comme inspecteurs de grains pour la Commission canadienne des grains (CCG) aux terminaux céréaliers de Vancouver. Le Conseil a conclu que la définition large d'une « grève » prévue dans le Code visait un arrêt de travail résultant du refus par un employé de franchir une ligne de piquetage, mais que cette interprétation ne portait pas atteinte aux libertés d'expression et d'association garanties aux alinéas 2b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. S'il s'agissait d'une atteinte, elle était, selon le Conseil, justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

Les demandeurs représentent les employés des terminaux céréaliers du port de Vancouver (Grain Workers' Union, section locale 333) (GWU) et des entreprises de débardage

Longshore and Warehouse Union – Canada, International Longshore and Warehouse Union, Local 500, International Longshore and Warehouse Union Ship & Dock foremen, Local 514) (collectively, ILWU) who load grain for shipment. The applicants are party to collective agreements with the various respondents representing different employers' organizations that dispatch employees to worksites as required by the respondents' members. At all relevant times, collective agreements were in full force and effect and contained clauses apparently permitting workers to refuse to cross picket lines established by other unions during job action. During PSAC's lawful strike, GWU and ILWU would have had to cross the PSAC picket lines in order to get to work, which they refused to do.

The issues were whether the Board correctly concluded that the definition of "strike" in subsection 3(1) of the Code did not violate paragraph 2(b) of the Charter and that, if it did, the violation was justified under section 1 thereof.

*Held*, the applications should be dismissed.

*Per* Evans J.A.: The statutory definition of "strike" as interpreted by the Board infringed the applicant members' right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter, but that infringement was justified under section 1.

To determine whether there was a violation of the Charter herein, it had to be determined whether the prohibited activity fell within the sphere of conduct protected by the guarantee and, if it did, whether the purpose or effect of the impugned law restricted expression.

Because a refusal to cross a picket line is an activity that attempts to convey meaning and the location or method of expression did not remove it from the protection of paragraph 2(b) of the Charter, the definitional step was satisfied.

The purpose of the impugned provisions of the Code is not to restrict freedom of expression but to prevent the negative consequences of mid-contract strikes, particularly the economic disruption caused by the unpredictable work stoppages. The statutory prohibition of mid-contract strikes is absolute, regardless of the expressive content of a work stoppage, if any. Furthermore, the prohibition is temporary since it only applies while a collective agreement is in force.

(International Longshore and Warehouse Union – Canada, International Longshore and Warehouse Union, section locale 500, International Longshore and Warehouse Union Ship & Dock foremen, section locale 514) (collectivement, ILWU), qui chargent les céréales pour l'expédition. Les demandeurs sont partie à une convention collective avec les divers intimés qui représentent différentes organisations d'employeurs qui affectent les employés sur les lieux de travail comme l'exigent les membres des demandeurs. Les conventions collectives sont demeurées en vigueur en tout temps pendant la période en cause et elles contenaient des clauses qui permettraient apparemment aux travailleurs de refuser de franchir les lignes de piquetage érigées par d'autres syndicats lors de moyens de pression. Pendant la grève légale de l'AFPC, il aurait fallu que les membres du GWU et de l'ILWU franchissent les lignes de piquetage de l'AFPC pour se rendre au travail, ce qu'ils ont refusé de faire.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le Conseil a conclu à juste titre que la définition de « grève » prévue au paragraphe 3(1) du Code ne constituait pas une atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte et, le cas échéant, si cette atteinte était justifiée en vertu de l'article premier.

*Arrêt* : les demandes doivent être rejetées.

Selon le juge Evans, J.C.A. : La définition de « grève » prévue par la loi, telle qu'elle a été interprétée par le Conseil, constituait une atteinte au droit à la liberté d'expression des membres du demandeur protégé par l'alinéa 2b) de la Charte, mais cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier.

Pour établir s'il y avait eu atteinte à la Charte en l'espèce, il fallait déterminer si l'activité interdite relevait de la sphère des activités protégées par la garantie et, dans l'affirmative, si l'objet ou l'effet de la règle de droit contestée restreignait l'expression.

Parce qu'un refus de franchir une ligne de piquetage est une activité qui a un contenu expressif et que le lieu ou la méthode de l'activité expressive ne l'a pas exclu du champ d'application de la protection offerte par l'alinéa 2b) de la Charte, il a été satisfait à l'étape de la définition.

L'objet des dispositions contestées du Code n'est pas de restreindre la liberté d'expression, mais bien de se prémunir contre les conséquences négatives des grèves pendant la durée d'une convention collective, plus précisément contre les perturbations économiques provoquées par des arrêts de travail imprévisibles. L'interdiction prévue par la loi de se livrer à des activités de grève pendant la durée d'une convention collective est absolue, donc sans égard au contenu expressif d'un arrêt de travail, s'il en existe un. En outre, l'interdiction est temporaire puisqu'elle ne s'applique que lorsqu'une convention collective est en vigueur.

As to the effect of the prohibition, refusing to cross a picket line is a uniquely powerful means for employees to publicly express their solidarity with strikers. By putting up a picket line in support of its strike and attempting to attract public support, and thereby to influence the government, PSAC was engaging in “political” action. Thus, by including the work stoppages that occurred in the present case within the definition of “strike” and prohibiting those that take place mid-contract, the Code has the effect of discouraging employees from participating “in social and political decision-making” and “in the community” and thus infringes their rights under paragraph 2(b). Honouring picket lines in order to show support for public sector employees and to increase pressure on the government to settle a dispute by mobilizing public opinion is aptly characterized as “participation in the community”, a value promoted by paragraph 2(b).

Nevertheless, the Code’s breach of employees’ right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter was justified under section 1. The Board correctly held that the purpose of the broad statutory prohibition of mid-contract strikes was to avoid the social and economic costs of unpredictable interruptions to production and services. There was clearly a rational connection between the prohibition of mid-contract strikes and the statutory objective of limiting unpredictable work stoppages and the consequent interruption of services or production. As to whether the right was minimally impaired, the Code fell within the categories of scheme to which a measure of judicial deference was due since the scheme involves the resolution of complex social issues and the balancing of the interests of competing groups in a way that advances the public interest. Therefore, the impugned provisions of the Code did not impair the freedom of expression of employees more than was necessary to achieve the statutory objective. Finally, the extent of the impairment of employees’ freedom of expression was not disproportionate to the achievement of the Code’s objectives.

*Per* Blais J.A. (concurring in the result): The definition of “strike” in subsection 3(1) of the Code does not engage the right to freedom of expression as guaranteed under paragraph 2(b) of the Charter. The purpose of the provision is not to restrict freedom of expression. The Code had to be interpreted as an overall scheme. The limits on strike activity do not have the intention of prohibiting expression when they are considered in context. The purpose of limiting striking activities to certain periods during the collective bargaining

S’agissant des effets de l’interdiction, le refus de franchir une ligne de piquetage est pour des employés un moyen exceptionnellement efficace d’exprimer publiquement leur solidarité à l’égard des grévistes. En érigeant une ligne de piquetage pour soutenir sa grève et tenter de s’attirer l’appui du public, et d’influencer par ce fait même le gouvernement, l’AFPC se livrait à des activités « politiques ». Ainsi, en incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d’une convention collective, le Code a pour effet d’empêcher les employés de participer « à la prise de décisions d’intérêt social et politique » et de s’impliquer « au sein de la société » et donc de porter atteinte à leurs droits garantis par l’alinéa 2b). Respecter une ligne de piquetage pour appuyer des employés du secteur public et augmenter la pression en mobilisant l’opinion publique pour forcer le gouvernement à régler un conflit en mobilisant l’opinion publique est qualifié à bon droit de « participation au sein de la société », une valeur protégée par l’alinéa 2b).

Néanmoins, la violation du droit à la liberté d’expression des employés garanti par l’alinéa 2b) de la Charte était justifiée au regard de l’article premier. Le Conseil a conclu à bon droit que l’objectif de l’interdiction large visant les grèves en cours de convention collective était d’éviter les coûts sociaux et économiques engendrés par des interruptions imprévisibles de la production et de la prestation de services. Il existait manifestement un lien rationnel entre l’interdiction de grève en cours de convention collective et l’objectif de la loi de limiter les arrêts de travail imprévisibles et l’interruption de la production et de la prestation de services qui en résulte. S’agissant de la question de savoir s’il y a eu atteinte minimale au droit, le Code tombait dans la catégorie des régimes à l’égard desquels il convient de faire preuve de retenue judiciaire parce que le régime implique la résolution de questions sociales complexes et la pondération des intérêts de groupes concurrents d’une façon qui place l’intérêt public à l’avant-plan. Par conséquent, les dispositions contestées du Code ne portaient pas atteinte à la liberté d’expression des employés plus qu’il n’était nécessaire pour réaliser les objectifs de la loi. Enfin, la portée de la restriction à la liberté d’expression des employés n’était pas disproportionnée par rapport aux objectifs visés par le Code.

Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La définition de « grève » prévue au paragraphe 3(1) du Code ne fait pas entrer en jeu la liberté d’expression garantie par l’alinéa 2b) de la Charte. L’objet de la disposition n’est pas de restreindre la liberté d’expression. Le Code devait être interprété comme un régime législatif complet. Les limites imposées aux activités de grève ne visent pas à interdire l’expression lorsqu’elles sont examinées dans leur contexte. La raison pour laquelle les activités de grève ne sont



cycle is to limit the negative consequence that strikes have on employers in the interest of providing certainty and stability in industry labour relations. These provisions do not have the aim of silencing workers wishing to express their solidarity with legally striking workers. As for the effect of the provisions, the strike activity in which the applicants were participating had neither a social nor political purpose. It was an intrusion into a private contractual dispute between PSAC employees and their employer, the Canadian Grain Commission. There was nothing to suggest that there was any political motivation in this case. The only aspect of the PSAC strike that could be construed as relating to political decision making was that the employer was a government agency. However, this did not result in a reframing of the issues (freedom of expression and association), which only involved the working conditions of the striking PSAC workers.

*Per* Ryer J.A. (concurring): The provisions of the *Canada Labour Code* that prohibit strikes and lockouts during the term of a collective agreement do not infringe upon the applicants' right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter. The decision making in respect of which the applicants sought to participate had to be considered. In the circumstances of this appeal, the decision making that was addressed by the work stoppage by the members of the applicant unions was decision making that related to the private contractual affairs of those PSAC employees and their employer, the Canadian Grain Commission. Decision making that takes place in a private context is not within the ambit of "participation in social and political decision-making" as contemplated by *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*. It may well be that the ambit of this expression is limited to circumstances in which the party who wishes to participate in the decision making has a legal right to do so. In the present circumstances, the only connection between the private negotiations between the PSAC employees and the Canadian Grain Commission and any political decision making was that the Canadian Grain Commission is a government emanation, and this connection was far too tenuous.

permises que pendant certaines périodes du cycle de négociation collective est de limiter les conséquences négatives qu'ont les grèves sur les employeurs, et ce pour préserver la sécurité et la stabilité dans les relations de travail dans l'industrie. Ces dispositions ne visent pas à réduire au silence les travailleurs qui désirent exprimer leur solidarité à l'égard des travailleurs légalement en grève. S'agissant de l'effet des dispositions, l'activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n'avait pas un objet social ni politique. Il s'agissait d'une intrusion dans un conflit de travail privé entre les employés membres de l'AFPC et leur employeur, la Commission canadienne des grains. Rien n'indiquait dans la présente affaire qu'il y avait une quelconque motivation politique. Le seul aspect de la grève de l'AFPC qui pouvait permettre d'inférer qu'il y avait un lien avec la prise de décision politique est que l'employeur était une agence gouvernementale. Toutefois, cela n'entraînait pas une redéfinition des questions en cause (liberté d'expression et d'association), lesquelles concernaient uniquement les conditions de travail des grévistes membres de l'AFPC.

Selon le juge Ryer, J.C.A. (motifs concourants) : Les dispositions du *Code canadien du travail* qui interdisent les grèves et les lock-out pendant la durée d'une convention collective ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des demandeurs garantie à l'alinéa 2b) de la Charte. La prise de décision à laquelle les demandeurs veulent participer devait être prise en compte. Dans les circonstances du présent appel, la prise de décision visée par l'arrêt de travail des membres de syndicats demandeurs était une prise de décision liée aux affaires contractuelles privées entre les employés représentés par l'AFPC et leur employeur, la Commission canadienne des grains. Une prise de décision qui s'effectue dans un contexte privé ne relève pas de la « participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique » au sens envisagé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. Il se peut fort bien que la portée de cette expression soit limitée aux circonstances dans lesquelles la partie qui désire participer à la prise de décision dispose du droit légal de le faire. En l'espèce, le seul lien entre les négociations privées impliquant l'AFPC et la Commission canadienne des grains et une quelconque prise de décision d'intérêt politique est que la Commission canadienne des grains est une emanation du gouvernement, et ce lien était beaucoup trop ténu.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 3(1) "strike", 88.1 (as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 38).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 3(1) « grève », 88.1 (édicte par L.C. 1998, ch. 26, art. 38).

*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1 “strike”.

*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1  
« strike ».  
*Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577, 25 C.P.R. (3d) 417; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, 258 D.L.R. (4th) 595, 32 Admin. L.R. (4th) 159; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, 306 D.L.R. (4th) 144, [2009] 5 W.W.R. 608, 89 B.C.L.R. (4th) 96, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 2 S.C.R. vi; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321.

## DISTINGUISHED:

*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, (1987), 38 D.L.R. (4th) 249, 32 C.R.R. 114; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, (1987), 38 D.L.R. (4th) 277, [1987] 3 W.W.R. 673.

## CONSIDERED:

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, 283 D.L.R. (4th) 40, [2007] 7 W.W.R. 191; *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)*, 2008 CIRB 428; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, (1999), 176 D.L.R. (4th) 607, [1999] 9 W.W.R. 161; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, 208 D.L.R. (4th) 385, [2002] 4 W.W.R. 205; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, 207 D.L.R. (4th) 193, 89 C.R.R. (2d) 189; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 176 D.L.R. (4th) 13, 66 C.R.R. (2d) 14; *Saskatchewan Wheat Pool* (1994), 23 C.L.R.B.R. (2d) 286, 93 di 201 (C.L.R.B.); *Westshore Terminals Ltd. (Re)* (2000), 60 C.L.R.B.R. (2d) 106.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, (1986), 33 D.L.R. (4th) 174, [1987] 1 W.W.R. 577.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, 306 D.L.R. (4th) 144, [2009] 5 W.W.R. 608, 89 B.C.L.R. (4th) 96, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 2 R.C.S. vi; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)*, 2008 CCRI 428; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Saskatchewan Wheat Pool* (1994), 93 di 201 (C.C.R.T.); *Westshore Terminals Ltd. (Re)*, [2000] CCRI n° 61, [2000] D.C.C.R.I. n° 15 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

APPLICATIONS for judicial review of a decision ([2007] CIRB No. 384, (2007), 148 C.L.R.B.R. (2d) 164) of the Canadian Industrial Relations Board holding that the applicant unions had engaged in an illegal strike within the meaning of subsection 3(1) and section 88.1 of the *Canada Labour Code* and that their rights to freedom of expression and association guaranteed by paragraphs 2(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been infringed. Applications dismissed.

## APPEARANCES

*Charles Gordon* for applicant Grain Workers Union, Local 333 (Docket A-305-07).

*Bruce Laughton, Q.C.* for applicant International Longshore and Warehouse Union – Canada et al. (Docket A-306-07).

*Christopher E. Leenheer* for respondent B.C. Terminal Elevator Operators' Association et al. (Docket A-305-07).

*Delayne M. Sartison and Barbara A. Korenkiewicz* for respondent British Columbia Maritime Employers Association et al. (Docket A-306-07).

*David W. Tarasoff* for intervenors Public Service Alliance of Canada; Canadian Labour Congress (Dockets A-305-07, A-306-07).

## SOLICITORS OF RECORD

*Fiorillo Glavin Gordon*, Vancouver, for applicant Grain Workers Union, Local 333 (Docket A-305-07).

*Laughton & Company*, Vancouver, for applicant International Longshore and Warehouse Union – Canada et al. (Docket A-306-07).

*Harris & Company LLP*, Vancouver, for respondent B.C. Terminal Elevator Operators' Association et al. (Docket A-305-07).

*Roper Greyell LLP*, Vancouver, for respondent British Columbia Maritime Employers Association et al. (Docket A-306-07).

## DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles ([2007] CCRI n° 384) portant que les syndicats demandeurs s'étaient engagés dans une grève illégale au sens du paragraphe 3(1) et de l'article 88.1 du *Code canadien du travail* et qu'il n'y avait pas eu atteinte à leurs libertés d'expression et d'association garanties par les alinéas 2b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU

*Charles Gordon* pour le demandeur Grain Workers Union, section locale 333 (dossier A-305-07).

*Bruce Laughton, c.r.* pour le demandeur International Longshore and Warehouse Union – Canada et autres (dossier A-306-07).

*Christopher E. Leenheer* pour l'intimée B.C. Terminal Elevator Operators' Association et autres (dossier A-305-07).

*Delayne M. Sartison et Barbara A. Korenkiewicz* pour l'intimée British Columbia Maritime Employers Association et autre (dossier A-306-07).

*David W. Tarasoff* pour les intervenants Alliance de la Fonction publique du Canada; Congrès du travail du Canada (dossiers A-305-07, A-306-07).

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fiorillo Glavin Gordon*, Vancouver, pour le demandeur Grain Workers Union, section locale 333 (dossier A-305-07).

*Laughton & Company*, Vancouver, pour le demandeur International Longshore and Warehouse Union – Canada et autres (dossier A-306-07).

*Harris & Company LLP*, Vancouver, pour l'intimée B.C. Terminal Elevator Operators' Association et autres (dossier A-305-07).

*Roper Greyell LLP*, Vancouver, pour l'intimée British Columbia Maritime Employers Association et autre (dossier A-306-07).

*Hastings Labour Law Office, Vancouver, for intervenors Public Service Alliance of Canada; Canadian Labour Congress (Dockets A-305-07, A-306-07).*

*Hastings Labour Law Office, Vancouver, pour les intervenants Alliance de la Fonction publique du Canada; Congrès du travail du Canada (dossiers A-305-07, A-306-07).*

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

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

## A. INTRODUCTION

## A. INTRODUCTION

[1] The applicant unions have applied for judicial review to set aside a decision of the Canada Industrial Relations Board (Board), dated June 8, 2007. In that decision (CIRB Decision No. 384) [*British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)* (2007), 148 C.L.R.B.R. (2d) 164], the Board held that the unions had engaged in an illegal strike within the meaning of subsection 3(1) and section 88.1 [as enacted by S.C. 1998, c. 26, s. 38] of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (Code). During the existence of a collective agreement, the unions' members had not reported for work because they were not willing to cross a lawful picket line established by members of another union in the course of a strike against their employer.

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire par les syndicats demandeurs pour infirmer une décision du Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) datée du 8 juin 2007. Le Conseil a déterminé dans cette décision (décision du CCR1 n° 384) [*British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)*] que les syndicats s'étaient engagés dans une grève illégale au sens du paragraphe 3(1) et de l'article 88.1 [édicte par L.C. 1998, ch. 26, art. 38] du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code). Pendant la durée d'une convention collective, les membres du syndicat ne se sont pas présentés au travail parce qu'ils refusaient de franchir la ligne de piquetage légale des membres d'un autre syndicat érigée dans le cadre d'une grève contre leur employeur.

[2] The Board decided that the Code's broad definition of a "strike" included a work stoppage resulting from employees' refusal to cross the picket line, but did not infringe their rights to freedom of expression and association guaranteed by paragraphs 2(b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and that, if it did, the infringement was justified under section 1.

[2] Le Conseil a conclu que la définition large d'une « grève » prévue dans le Code visait un arrêt de travail résultant du refus par un employé de franchir une ligne de piquetage, mais qu'il ne s'agissait pas d'une atteinte à la liberté d'expression et d'association garantie aux alinéas 2b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 44]] et que, s'il s'agissait d'une atteinte, elle était justifiée au regard de l'article premier.

[3] The issue before the Court is whether the Board was correct to conclude that the impugned provision of the Code did not violate the constitutional rights of the applicants' members.

[3] La question que doit trancher la Cour est de déterminer si le Conseil a conclu à bon droit que la disposition contestée du Code ne portait pas atteinte aux droits constitutionnels des membres des demandeurs.

[4] The applications for judicial review have been consolidated because they concern the same Board decision and raise the same issues. These reasons apply to both and a copy will be inserted in each file. The Public Service Alliance of Canada (PSAC) and the Canadian Labour Congress have intervened in support of the consolidated application.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that the statutory definition of “strike”, as interpreted by the Board, infringes union members’ right to freedom of expression under paragraph 2(b), but that it is justified under section 1. Since counsel agreed that the same section 1 analysis would apply to a breach of paragraph 2(d), I do not find it necessary to determine whether the impugned provisions also violate union members’ right to freedom of association.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[6] For the most part, the relevant facts are not in dispute. The applicant Grain Workers’ Union, Local 333 (GWU) represents employees of the grain terminals in the Port of Vancouver. A collective agreement is in force between GWU and the respondent B.C. Terminal Elevator Operators’ Association (BCTEOA), a designated employers’ organization representing terminal operators.

[7] The applicants International Longshore and Warehouse Union – Canada, the International Longshore and Warehouse Union, Local 500, and the International Longshore and Warehouse Union Ship & Dock Foremen, Local 514 (collectively, ILWU), represent employees of stevedoring companies who load grain for shipment. ILWU-Canada (including ILWU, Local 500) is party to a collective agreement with the respondent B.C. Maritime Employers Association (BCMEA), which represents stevedoring companies. BCMEA dispatches employees to worksites as required by its members.

[4] Les demandes de contrôle judiciaire ont été jointes parce qu’elles portent sur la même décision du Conseil et soulèvent les mêmes questions. Les présents motifs sont valables pour les deux et une copie en sera versée dans chaque dossier. L’Alliance de la Fonction publique du Canada (l’AFPC) et le Congrès du travail du Canada sont intervenus pour appuyer la demande consolidée.

[5] Pour les motifs qui suivent, j’ai conclu que la définition de « grève » prévue par la loi, telle qu’interprétée par le Conseil, constitue une atteinte au droit à la liberté d’expression des membres du syndicat protégés par l’alinéa 2b), mais qu’elle est justifiée au regard de l’article premier. Comme les avocats ont convenu que la même analyse fondée sur l’article premier s’appliquerait à une violation de l’alinéa 2d), j’estime qu’il n’est pas nécessaire de déterminer si les dispositions contestées portent aussi atteinte au droit d’association des membres du syndicat.

## B. CONTEXTE FACTUEL

[6] Dans l’ensemble, les faits pertinents ne sont pas contestés. Le syndicat demandeur, Grain Workers’ Union, section locale 333 (le GWU), représente les employés des terminaux céréaliers du port de Vancouver. Une convention collective est en vigueur avec la B.C. Terminal Elevator Operators’ Association (la BCTEOA), une organisation d’employeurs désignée qui représente les exploitants de terminaux.

[7] Les demandeurs, International Longshore et Warehouse Union – Canada, l’International Longshore and Warehouse Union, section locale 500, et l’International Longshore and Warehouse Union Ship & Dock Foremen, section locale 514 (collectivement appelés l’ILWU), représentent les employés des entreprises de débardage qui chargent les céréales pour l’expédition. ILWU-Canada (dont l’ILWU, section locale 500) est partie à une convention collective avec l’intimée B.C. Maritime Employers Association (la BCMEA), qui représente les entreprises de débardage. La BCMEA affecte les employés sur les lieux de travail comme l’exigent ses membres.

[8] ILWU, Local 514 was at the material time party to a collective agreement with the Waterfront Foremen Employers Association (WFEA). WFEA dispatched foremen to worksites as required by the member stevedoring companies. WFEA has ceased to exist as a legal entity, and BCMEA has assumed legal responsibility for it in this matter.

[9] At all relevant times, collective agreements were in full force and effect, and contained clauses apparently permitting workers to refuse to cross picket lines established by other unions during job action [the Board, at paragraph 23]:

19.01 The Union agrees that during the term of the Agreement there will be no slowdown nor strike, stoppage of work, cessation of work, or refusal to work or to continue to work. The Companies agree that during the term of the Agreement there will be no lockout.

19.02 The Union agrees that in the event of strikes or walkouts, the Union will not take similar action on the ground of sympathy, but will continue to work. The Companies do not expect members of the Union to pass a picket line. [Emphasis added.]

[10] Under the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, Canadian Grain Commission (CGC) personnel inspect the grain being stored and shipped at the Vancouver grain terminals. CGC inspectors are members of PSAC. There is no collective bargaining relationship between PSAC and any of the respondent employers.

[11] In 2004, PSAC members were engaged in a lawful strike against CGC and established picket lines at the Vancouver grain terminals. GWU and ILWU would have had to cross the PSAC picket lines in order to get to work. This they refused to do. The employers filed applications with the Board for declarations that their employees' interruption of work as a result of their refusal to cross PSAC's picket line constituted an illegal strike.

[8] L'ILWU, section locale 514 était à l'époque en cause signataire d'une convention collective avec la Waterfront Foremen Employers Association (la WFEA). La WFEA répartissait les contremaîtres conformément aux demandes des entreprises de débardage membres. La WFEA n'existe plus à titre d'entité juridique et la BCMEA a assumé la responsabilité légale en son nom dans la présente affaire.

[9] Les conventions collectives sont demeurées en vigueur en tout temps pendant la période en cause et elles contenaient des clauses qui permettaient apparemment aux travailleurs de refuser de franchir les lignes de piquetage érigées par d'autres syndicats lors de moyens de pression [le Conseil, au paragraphe 23] :

[TRADUCTION] 19.01 Le syndicat convient que, pendant la durée de la convention collective, il n'y aura pas de ralentissement du travail ou de grève, d'arrêt de travail ou de refus de travailler ou de continuer de travailler. Les entreprises conviennent que, pendant la durée de la convention collective, il n'y aura pas de lock-out.

19.02 Le syndicat convient que, en cas de grève ou de débrayage, le syndicat ne prendra pas de mesure semblable par sympathie et qu'il continuera de travailler. Les entreprises ne s'attendent pas à ce que les membres du syndicat franchissent une ligne de piquetage. [Non souligné dans l'original.]

[10] En vertu de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, les membres du personnel de la Commission canadienne des grains (la CCG) inspectent les céréales qui sont entreposées dans les terminaux céréaliers de Vancouver et d'où elles sont expédiées. Les inspecteurs de la CCG sont membres de l'AFPC. Aucun lien de négociation collective ne lie l'AFPC et l'un ou l'autre des employeurs intimés.

[11] En 2004, les membres de l'AFPC menaient une grève légale contre la CCG et ont érigé des lignes de piquetage aux terminaux céréaliers de Vancouver. Il aurait fallu que les membres du GWU et de l'ILWU franchissent les lignes de piquetage de l'AFPC pour se rendre au travail. Ce qu'ils ont refusé de faire. Les employeurs ont présenté des demandes auprès du Conseil visant à ce qu'il soit déclaré que l'arrêt de travail de leurs employés par suite de leur refus de franchir les lignes de piquetage de l'AFPC constituait une grève illégale.

[12] On September 24, 2004, the Board held that the members of GWU were engaged in an illegal strike contrary to the Code and issued an interim back-to-work order. After a separate hearing, the Board issued similar orders against ILWU on October 4, 2004.

[13] In response to the unions' statement that they intended to rely on paragraphs 2(b) and (d) of the Charter in their defence, the Board ruled that it would hear the constitutional arguments at a later hearing. These arguments were heard in October 2004, but the Board did not render its decision until June 8, 2007.

[14] On that very day, the Supreme Court of Canada released its decision in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*Health Services*), dealing with the extent to which paragraph 2(d) of the Charter protects collective bargaining. In a reconsideration decision, dated November 27, 2008 (CIRB Decision No. 428) [*British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)*], the Board affirmed its earlier decisions and held that *Health Services* made no difference to the result.

### C. LEGISLATIVE AND CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

[15] A “strike” is defined in subsection 3(1) of the *Canada Labour Code*:

3. (1) ...

“strike” includes a cessation of work or a refusal to work or to continue to work by employees, in combination, in concert or in accordance with a common understanding, and a slowdown of work or other concerted activity on the part of employees in relation to their work that is designed to restrict or limit output;

[16] Strikes, as defined by subsection 3(1), and lockouts, are prohibited during the term of a collective agreement by section 88.1 of the Code, which was enacted in 1998, and came into force on January 1, 1999:

[12] Le 24 septembre 2004, le Conseil a déterminé que les membres du GWU se livraient à des activités de grève illégale en contravention avec le Code et a rendu une ordonnance provisoire de retour au travail. Après la tenue d'une audience distincte, le Conseil a rendu des ordonnances similaires contre l'ILWU le 4 octobre 2004.

[13] En réponse à la déclaration des syndicats qu'ils entendaient s'appuyer sur les alinéas 2b) et d) de la Charte dans leur défense, le Conseil a déterminé qu'il entendrait les arguments constitutionnels lors d'une audience ultérieure. Ces arguments ont été présentés en octobre 2004, mais le Conseil n'a pas rendu sa décision avant le 8 juin 2007.

[14] Le même jour, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*Health Services*), qui portait sur la mesure dans laquelle l'alinéa 2d) de la Charte protège les négociations collectives. Dans le cadre d'un réexamen daté du 27 novembre 2008 (décision du CCRI n° 428) [*British Columbia Terminal Elevator Operators' Assn. (Re)*], le Conseil a confirmé ses décisions précédentes et déclaré que l'arrêt *Health Services* n'avait aucune incidence sur le résultat.

### C. CADRE LÉGISLATIF ET CONSTITUTIONNEL

[15] La « grève » est ainsi définie au paragraphe 3(1) du *Code canadien du travail* :

3. (1) [...]

« grève » S'entend notamment d'un arrêt du travail ou du refus de travailler, par des employés agissant conjointement, de concert ou de connivence; lui sont assimilés le ralentissement du travail ou toute autre activité concertée, de la part des employés, ayant pour objet la diminution ou la limitation du rendement et relative au travail de ceux-ci.

[16] Les grèves, telles que définies au paragraphe 3(1), de même que les lock-out, sont interdits pendant la durée d'une convention collective en vertu de l'article 88.1 du Code. Cette disposition a été adoptée en 1998 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999 :

**88.1** Strikes and lockouts are prohibited during the term of a collective agreement except if

- (a) a notice to bargain collectively has been given pursuant to a provision of this Part, other than subsection 49(1); and
- (b) the requirements of subsection 89(1) have been met.

[17] The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are section 1 and paragraphs 2(b) and 2(d):

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

...

(d) freedom of association.

**88.1** Les grèves et les lock-out sont interdits pendant la durée d'une convention collective sauf si, à la fois :

- a) l'avis de négociation collective a été donné en conformité avec la présente partie, compte non tenu du paragraphe 49(1);
- b) les conditions prévues par le paragraphe 89(1) ont été remplies.

[17] Les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont l'article premier et les alinéas 2b) et d) :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

[...]

d) liberté d'association.

#### D. DECISIONS OF THE BOARD

[18] In the decision under review, the Board, comprising a single member, concluded that the collective refusal of workers to cross PSAC's picket line constituted a mid-contract strike prohibited by subsection 3(1) and section 88.1 of the Code. The Board held that the clauses in the collective agreements purporting to give workers the right to engage in this type of activity were "invalid and ineffective" (at paragraph 78).

[19] On the Charter issues, the Board concluded that the definition of "strike" in subsection 3(1) of the Code did not infringe paragraph 2(b) of the Charter because neither the purpose nor the effect of the statutory

#### D. DÉCISIONS DU CONSEIL

[18] Dans la décision soumise au contrôle, le Conseil, alors composé d'un seul membre, a conclu que le refus collectif des travailleurs de franchir les lignes de piquetage de l'AFPC constituait une grève avant l'expiration de la convention collective interdite par le paragraphe 3(1) et l'article 88.1 du Code. Le Conseil a déterminé que les clauses des conventions collectives censées accorder aux travailleurs le droit de se livrer à ce type d'activités étaient « invalides et sans effet » (au paragraphe 78).

[19] Aux arguments fondés sur la Charte, le Conseil a répondu que la définition de « grève », au paragraphe 3(1) du Code, ne contrevenait pas à l'alinéa 2b) de la Charte puisque ni la raison d'être ni l'effet de l'interdiction



prohibition of mid-term strikes (including work stoppages caused when employees refused to cross a picket line) infringed employees' freedom of expression. It further held that the prohibition did not violate paragraph 2(d) because there was no constitutional right to strike. Alternatively, the Board concluded that any infringement of section 2 was saved by section 1.

[20] In its reconsideration decision [2008 CIRB 428], the Board, comprising three members, largely affirmed the reasoning and conclusions of the decision under review. It further held that *Health Services* did not affect the result, because, among other things, the prohibition of mid-contract strikes did not constitute a "substantial interference" with the right to collective bargaining (at paragraph 70), and was enacted only after extensive consultations (at paragraph 73). Further, the clauses in the collective agreements apparently permitting employees to refuse to cross a picket line still had some legal effect, because they prevented employers from suing for compensation for any loss caused by their employees' conduct or from otherwise disciplining them (at paragraph 74).

## E. ISSUES AND ANALYSIS

### (i) common ground

[21] In this proceeding, the applicants do not challenge the Board's determination that an illegal "strike" in subsection 3(1) and section 88.1 of the Code includes a refusal by union members to cross a picket line. They challenge only the constitutional validity of the Board's interpretation of these provisions.

[22] The parties rightly agreed that the Board's rulings on the constitutional validity of the relevant sections of the Code are reviewable on a standard of correctness:

prévue par la loi de participer à des grèves pendant la durée d'une convention collective (y compris les arrêts de travail provoqués lorsque des employés refusent de franchir des lignes de piquetage), ne portaient atteinte à la liberté d'expression des employés. Il a ajouté que l'interdiction ne contrevenait pas à l'alinéa 2d) puisqu'il n'existe pas de droit constitutionnel de faire la grève. Subsidiairement, le Conseil a conclu que toute contravention à l'article 2 était justifiée par l'article 1.

[20] Dans sa décision [2008 CCRI 428], le Conseil, alors formé de trois membres, a essentiellement confirmé le raisonnement et les conclusions de la décision réexaminée. Il a de plus jugé que l'arrêt *Health Services* n'avait aucune incidence sur le résultat, notamment parce que d'une part, l'interdiction de grève pendant la durée d'une convention collective ne constituait pas une « entrave substantielle » au droit de négocier collectivement (au paragraphe 70) et d'autre part, parce que l'article établissant cette interdiction avait été édicté au terme de vastes consultations (au paragraphe 73). De plus, les clauses des conventions collectives qui autorisaient apparemment les employés à refuser de franchir une ligne de piquetage continuaient à avoir des effets juridiques puisqu'elles empêchaient les employeurs d'engager des poursuites pour être indemnisés pour les pertes encourues en raison de la conduite de leurs employés ou de prendre toute autre mesure disciplinaire (au paragraphe 74).

## E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

### i) questions non litigieuses

[21] Dans la présente affaire, les demandeurs ne contestent pas la conclusion du Conseil selon laquelle le refus par les membres du syndicat de franchir une ligne de piquetage constitue une « grève » illégale au sens du paragraphe 3(1) et de l'article 88.1 du Code. Ils se limitent à contester la constitutionnalité de l'interprétation que donne le Conseil de ces dispositions.

[22] Les parties ont convenu avec justesse que les décisions du Conseil sur la constitutionnalité des dispositions pertinentes du Code étaient susceptibles

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58.

(ii) characterizing the issue

[23] The respondents say that by framing the question as one of freedom of expression the applicants have mischaracterized the essential issue at stake. They argue that the employees' conduct in this case was found by the Board to constitute an illegal strike. Hence, they say, the applicants are, in effect, attempting to use the right to freedom of expression to obtain an order that the Charter guarantees to employees a right to strike. They submit that this is inconsistent with the decisions of the Supreme Court of Canada in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (*Alberta Reference*); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460 (*Labour Trilogy*), where the majority held that no such constitutional right exists.

[24] I do not agree. First, the issue in the *Labour Trilogy* was whether freedom of association in paragraph 2(d) includes the right to strike. In my view, it is not necessary to pass upon the applicability of paragraph 2(d) to the facts of the present case. Paragraph 2(b) is the relevant provision; the Court's reasons in the *Labour Trilogy* do not consider to what extent, if any, freedom of expression protects conduct in the course of an industrial dispute.

[25] Second, the Court has not hesitated to review under paragraph 2(b) the validity of legislation governing expressive activities undertaken during a strike. For example, in *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083 (*KMart Canada*), employees were prohibited by a broad statutory definition of picketing from passing out leaflets on the strike to the public at secondary sites. The Court held that this breached the employees' freedom of expression under paragraph 2(b). Writing for the Court, Justice Cory said (at paragraph 30):

de contrôle selon la norme de la décision correcte : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58.

ii) définition de la question en litige

[23] Les intimés soutiennent que les demandeurs ont mal circonscrit la question fondamentale qui est en jeu en disant qu'il s'agit d'une question de liberté d'expression. Ils font valoir que le Conseil a déterminé que la conduite des employés en l'espèce constituait une grève illégale. De ce fait, plaident-ils, les demandeurs tentent maintenant d'invoquer la liberté d'expression pour obtenir une ordonnance déclarant que la Charte garantit le droit à la grève. Les intimés sont d'avis que cela va à l'encontre des arrêts suivants de la Cour suprême du Canada : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le *Renvoi de l'Alberta*); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 (la *trilogie en droit du travail*), où les juges à majorité ont conclu qu'un tel droit constitutionnel n'existe pas.

[24] Je ne suis pas d'accord. Tout d'abord, la question en litige dans la *trilogie en droit du travail* consistait à déterminer si le droit d'association de l'alinéa 2d) comprenait le droit à la grève. À mon avis, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'applicabilité de l'alinéa 2d) aux faits de la présente instance. La disposition pertinente est l'alinéa 2b) et les motifs de la Cour dans la *trilogie en droit du travail* ne précisent pas dans quelle mesure la liberté d'expression protège la conduite dans le cadre d'un conflit de travail, si elle la protège.

[25] En second lieu, la Cour n'a pas hésité à se pencher sur la validité de lois régissant des activités expressives lors d'activités de grève au regard de l'alinéa 2b). Dans l'arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083 (*KMart Canada*), une définition large du piquetage prévue dans une loi interdisait aux employés de distribuer des tracts au public sur des lieux de travail secondaires. La Cour a statué qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté d'expression des employés garantie à l'alinéa 2b). Écrivant pour la Cour, le juge Cory a dit ce qui suit au paragraphe 30 :

It is obvious that freedom of expression in the labour relations context is fundamentally important and essential for workers. In any labour dispute it is important that the public be aware of the issues. Furthermore, leafleting is an activity which conveys meaning. In light of the very broad interpretation that has been given to freedom of expression, it clearly falls within the purview of s. 2(b) of the *Charter*.

Similarly, in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156 (*Pepsi-Cola*), paragraph 2(b) was held to protect picketing by employees at both principal and secondary sites.

[26] Third, the *Labour Trilogy* is now over 20 years old and recent decisions by the Supreme Court of Canada indicate a more nuanced approach to paragraph 2(d) in the context of collective labour relations. Thus, in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016 (*Dunmore*), the Court held that paragraph 2(d) includes the right of employees to organize and to undertake certain associated “core” activities. Further, building on *Dunmore*, a majority of the Court in *Health Services* departed from the reasoning of older cases, including the *Labour Trilogy*, and held that paragraph 2(d) includes a right to collective bargaining and protects the collective bargaining process from substantial interference by legislation.

[27] In summary, the Supreme Court has recognized the importance of picketing as expressive activity in labour disputes and has protected it by paragraph 2(b), and has held that paragraph 2(d) protects the right of employees to organize and to engage in collective bargaining. In these circumstances, I cannot read the *Labour Trilogy* as excluding the potential protection of paragraph 2(b) on the ground that the Board has interpreted the Code’s broad definition of a “strike” to include refusing to cross another’s picket line to report for work.

[28] On my analysis, therefore, two questions must be decided in this appeal: does the definition of “strike” in

Il est évident que, dans le contexte des relations de travail, la liberté d’expression est un élément fondamentalement important et essentiel pour les travailleurs. Dans tout conflit de travail, il est important que le public connaisse les enjeux. De plus, la distribution de tracts est une activité qui communique un message. Compte tenu de l’interprétation très large qui a été donnée à la liberté d’expression, cette activité est clairement visée par l’al. 2b) de la *Charte*.

Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156 (*Pepsi-Cola*), il a été déterminé que l’alinéa 2b) protégeait autant le piquetage des employés aux sites principaux qu’aux sites secondaires.

[26] Troisièmement, la *trilogie en droit du travail* date aujourd’hui de plus de 20 ans et dans des arrêts rendus récemment, la Cour suprême a adopté une approche plus nuancée de l’alinéa 2d) dans le contexte des relations collectives de travail. Ainsi, dans l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (*Dunmore*), la Cour a établi que l’alinéa 2d) comprend le droit pour un employé d’organiser certaines activités « fondamentales » liées et d’y participer. De plus, s’appuyant sur l’arrêt *Dunmore*, la Cour à majorité dans l’arrêt *Health Services* s’est éloignée du raisonnement privilégié dans les arrêts plus anciens, y compris dans la *trilogie en droit du travail*, pour statuer que l’alinéa 2d) comprend le droit à la négociation collective et protège le processus de négociation collective contre les entraves substantielles créées par des lois.

[27] En somme, la Cour suprême a reconnu l’importance du piquetage comme activité expressive dans les conflits de travail et y a accordé la protection de l’alinéa 2b). Elle a aussi établi que l’alinéa 2d) protège le droit des employés de se syndiquer et d’engager des négociations collectives. Dans ces circonstances, je ne peux inférer de la *trilogie en droit du travail* qu’il faut exclure la protection possible de l’alinéa 2b) au motif que le Conseil a interprété la définition large de « grève » du Code pour y inclure le refus de franchir la ligne de piquetage d’un tiers pour se présenter au travail.

[28] Selon mon analyse, deux questions doivent donc être tranchées dans le cadre du présent appel : la

the Code infringe employees' rights under paragraph 2(b) of the Charter, and, if it does, is the infringement justifiable under section 1?

Issue 1: Does the definition of "strike" in the Code, as interpreted by the Board, offend paragraph 2(b) of the Charter?

[29] In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (*Irwin Toy*), the Supreme Court established a two-step inquiry for determining whether a law infringes the Charter right to freedom of expression. The first is to consider whether the prohibited activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee (the definitional step). If it does, the second is to determine if the purpose or effect of the impugned law restricts expression (the infringement step).

[30] This test was refined in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraphs 60–85, where the Court added at the definitional step an inquiry into whether the location or method of the expression removes it from the protection of paragraph 2(b).

[31] The respondents accept the conclusion of the Board that the refusal to cross a picket line is an activity with expressive content, and that there is nothing about the location or method of expression to defeat the claim at the definitional step. A refusal to cross a picket line is an activity that "attempts to convey meaning" (*Irwin Toy*, at page 969). The definitional step is thus satisfied.

[32] The more contentious issue in this case is whether the prohibition of mid-contract work stoppages resulting from a refusal to cross a picket line restricts freedom of expression in purpose or effect.

définition de « grève » prévue au Code constitue-t-elle une atteinte aux droits des employés protégés par l'alinéa 2b) de la Charte et, le cas échéant, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Première question en litige : La définition de « grève » prévue au Code, telle qu'interprétée par le Conseil, contrevient-elle à l'alinéa 2b) de la Charte?

[29] Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (*Irwin Toy*), la Cour suprême a établi un examen en deux étapes pour déterminer si une règle de droit restreint le droit à la liberté d'expression de la Charte. La première étape consiste à déterminer si l'activité interdite relève de la sphère des activités protégées par la garantie (l'étape de la définition). Dans l'affirmative, la seconde étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de la règle de droit contestée restreint l'expression (l'étape de la restriction).

[30] Ce test s'est raffiné avec l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, aux paragraphes 60 à 85, où la Cour a déterminé qu'à l'étape de la définition, il faut de plus déterminer si le lieu ou la méthode de l'activité expressive l'exclut du champ d'application de la protection offerte par l'alinéa 2b).

[31] Les intimés sont d'accord avec la conclusion du Conseil portant que le refus de franchir une ligne de piquetage est une activité qui a un contenu expressif et que le lieu ou la méthode de l'activité expressive ne permet aucunement de rejeter la demande à l'étape de la définition. Le refus de franchir une ligne de piquetage est une activité qui « tente de transmettre une signification » (*Irwin Toy*, à la page 969). Il est par conséquent satisfait à l'examen à l'étape de la définition.

[32] En l'espèce, la question la plus litigieuse est de savoir si l'interdiction des arrêts de travail pendant la durée d'une convention collective, en raison du refus de franchir une ligne de piquetage, restreint la liberté d'expression par son objet ou son effet.

## (i) purpose of the prohibition

[33] In *Irwin Toy* (at pages 975–976), the Supreme Court said this about determining whether the purpose of legislation was to infringe freedom of expression:

In sum, the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. [Emphasis added.]

[34] In my view, the purpose of the impugned provisions of the Code is not to restrict freedom of expression, but to prevent the negative consequences of mid-contract strikes, particularly the economic disruption caused by unpredictable work stoppages. The prohibition of mid-contract strikes is an important component of the Code's attempt to balance equitably the interests of labour and management.

[35] In reaching this conclusion, I note two points in particular. First, the statutory prohibition of mid-contract strikes is absolute, regardless of the expressive content of a work stoppage, if any. The effect-based definition of "strike" adopted by the Board may include conduct that would not normally be regarded as a strike. However, for the purpose of the present application for judicial review, the applicants do not challenge the Board's broad interpretation of subsection 3(1) and section 88.1. Second, the prohibition is temporary since it only applies while a collective agreement is in force.

## i) objet de l'interdiction

[33] Dans l'arrêt *Irwin Toy* (aux pages 975 et 976), la Cour suprême a donné les explications suivantes pour déterminer si une loi avait pour objet de restreindre la liberté d'expression :

En résumé, la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. [Non souligné dans l'original.]

[34] À mon avis, l'objet des dispositions contestées du Code n'est pas de restreindre la liberté d'expression, mais bien de se prémunir contre les conséquences négatives des grèves pendant la durée d'une convention collective, plus précisément contre les perturbations économiques provoquées par des arrêts de travail imprévisibles. L'interdiction des grèves en cours de convention collective est une composante importante de l'effort déployé dans le Code pour établir un juste équilibre entre les intérêts des travailleurs et ceux de l'employeur.

[35] Pour en arriver à cette conclusion, je m'attarde sur deux points en particulier. En premier lieu, l'interdiction prévue par la loi de se livrer à des activités de grève pendant la durée d'une convention collective est absolue, donc sans égard au contenu expressif d'un arrêt de travail, s'il en existe un. L'interprétation du mot « grève » en fonction de l'effet qu'a adoptée le Conseil pourrait viser certaines conduites qui ne seraient pas normalement assimilées à une grève. Quoiqu'il en soit, dans la présente affaire, les demandeurs ne contestent pas l'interprétation large donnée par le Conseil au paragraphe 3(1) et à l'article 88.1. En second lieu, l'interdiction est temporaire puisqu'elle ne s'applique que lorsqu'une convention collective est en vigueur.

[36] The applicants advance two arguments in support of their contention that the purpose of the prohibition of mid-contract strikes is to restrict expression. First, they say that since the provisions are intended to ban all mid-contract work stoppages, including those with expressive content, they must necessarily be intended to restrict expression. Second, they argue, the form of the expression in this case is so closely tied to its content that to outlaw the activity is to outlaw the message (see *Irwin Toy*, at pages 974–975).

[37] I agree with the Board that the harmful effects of the expressive activity, the work stoppage, are immediate and independent of any particular meaning being conveyed. Production or services cease as soon as employees refuse to work, regardless of whether they are refusing to cross a picket line, attending a political protest, or simply defecting en masse to go fishing.

[38] My conclusion that the purpose of the Code's definition of "strike" is not to curtail employees' freedom of expression, but to limit the adverse consequences of mid-contract work stoppages, is consistent with the decision of the British Columbia Court of Appeal in *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, 306 D.L.R. (4th) 144 (*BCTF*), where public sector unions relied on paragraph 2(b) to impugn a similarly broad definition of "strike" in the province's *Labour Relations Code* [R.S.B.C. 1996, c. 244]. An application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada is pending [leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 2 S.C.R. vi].

[39] The Court held (at paragraph 34) that, while the statutory definition of "strike" is broad enough to include work stoppages resulting from employees' attendance at a political protest rally, the purpose of the legislation is to constrain:

[36] Pour étayer leur prétention selon laquelle l'objet de l'interdiction de grève en cours de convention collective est de restreindre la liberté d'expression, les demandeurs présentent deux arguments. D'une part, ils soutiennent que puisque les dispositions sont destinées à interdire tous les arrêts de travail pendant la durée d'une convention collective, y compris ceux qui ont un contenu expressif, leur objet est inévitablement de restreindre la liberté d'expression. Ils ajoutent ensuite qu'en l'espèce, la forme d'expression est tellement intimement liée à son contenu que d'interdire l'activité correspond à interdire le message (voir *Irwin Toy*, aux pages 974 et 975).

[37] Je conviens avec le Conseil que les effets dommageables de l'activité expressive, à savoir l'arrêt de travail, sont immédiats et indépendants du message transmis. La production ou la prestation de services cesse dès lors que les employés refusent de travailler, que ce soit parce qu'ils refusent de franchir une ligne de piquetage, parce qu'ils participent à une protestation politique ou simplement parce qu'ils désertent de façon massive pour aller à la pêche.

[38] Ma conclusion selon laquelle l'objet de la définition de « grève » dans le Code n'est pas de mettre un frein à la liberté d'expression, mais bien de limiter les conséquences préjudiciables d'arrêts de travail pendant la durée d'une convention collective, est conforme à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, 306 D.L.R. (4th) 144 (*BCTF*), où les syndicats du secteur public s'appuyaient sur l'alinéa 2b) pour contester une définition aussi large de « grève » prévue dans le *Labour Relations Code* [R.S.B.C. 1996, ch. 244] de la province. Une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême est en instance [autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 2 R.C.S. vi].

[39] Au paragraphe 34, la Cour a statué que bien que la définition de « grève » prévue dans la loi soit suffisamment large pour comprendre les arrêts de travail provoqués par la participation des employés à une manifestation politique, la disposition a pour objet de limiter :

... the effects of work stoppages involved in political protests and not the otherwise free expression of the protest. That is the purpose of the definition of strike on the face of the wording.

The Court also noted (at paragraph 32) that British Columbia's Labour Relations Code only restricts employees' attendance at political rallies during working hours and that "the content and form of rallies is otherwise unconstrained".

(ii) effect of the prohibition

[40] I frame my analysis of whether the statutory prohibition has the effect of limiting the freedom of expression of members of the applicant unions with the following three considerations.

[41] First, the jurisprudence on paragraph 2(b) indicates that a party alleging an infringement of freedom of expression has a relatively low threshold to cross, and that the main issue in the great majority of cases is whether the infringement is justifiable under section 1. This point is well made by Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented (Toronto: Thomson/Carswell, 2007), at page 43-6 (Hogg):

... we shall see that the unqualified language of s. 2(b), reinforced by the broad interpretation that has been given to that language, means that, in most of the freedom of expression cases, it is easy to decide that, yes, the impugned law does limit s. 2(b). In that case the constitutionality of the law will turn on the outcome of the ... s. 1 inquiry.

Indeed, the paucity of jurisprudence from the Supreme Court of Canada and intermediate appellate courts on whether a law has the effect of impinging on any of the values articulated in *Irwin Toy* suggests that the "effects" requirement is not a significant impertinent for litigants alleging a breach of paragraph 2(b).

[TRADUCTION] [...] les effets des arrêts de travail induits par les manifestations politiques et non pas l'expression autrement libre du contenu de la protestation. Vu son libellé, il s'agit de l'objet de la définition du terme grève.

La Cour a de plus souligné (au paragraphe 32) que le *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique ne restreint la présence des employés à des rassemblements politiques que pendant les heures de travail et que [TRADUCTION] « le contenu et la forme des rassemblements ne sont soumis à aucune autre restriction ».

ii) effet de l'interdiction

[40] Pour déterminer si l'interdiction prévue par la loi a pour effet de limiter la liberté d'expression des membres des syndicats demandeurs, mon analyse tient compte des trois facteurs suivants.

[41] Tout d'abord, la jurisprudence sur l'alinéa 2b) indique qu'il est relativement facile de satisfaire à l'exigence que doit remplir la partie qui allègue une atteinte à la liberté d'expression et que la principale question qui se pose dans la grande majorité des cas est de déterminer si l'atteinte peut se justifier en vertu de l'article premier. Peter W. Hogg est très clair sur cette question dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée (Toronto : Thomson/Carswell, 2007), à la page 43-6 (Hogg) :

[TRADUCTION] [...] nous verrons que le libellé général de l'alinéa 2b), renforcé par l'interprétation large qui en a été donnée, signifie que dans la plupart des instances de liberté d'expression, il est aisé de conclure que la règle de droit contestée apporte effectivement une restriction à l'alinéa 2b). Dès lors, la constitutionnalité de la règle de droit est tributaire du résultat de [...] l'examen fondé sur l'article premier.

De fait, la rareté de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et des cours d'appel de niveau intermédiaire sur la question de savoir si une règle de droit a pour effet de porter atteinte à l'une ou l'autre des valeurs circonscrites dans l'arrêt *Irwin Toy*, porte à conclure qu'il est aisé pour la partie qui invoque une violation de l'alinéa 2b) de satisfaire au critère de l'« effet ».

[42] Second, the Supreme Court of Canada has emphasized the fundamental importance of freedom of expression in labour disputes. In particular, in *Pepsi-Cola* at paragraph 35, Chief Justice McLachlin and Justice LeBel, writing for the Court said:

Free expression in the labour context benefits not only individual workers and unions, but also society as a whole. . . . As part of the free flow of ideas which is an integral part of any democracy, the free flow of expression by unions and their members in a labour dispute brings the debate on labour conditions into the public realm.

[43] Third, it seems to me indisputable that the prohibition in fact limits employees' ability to express their support for the PSAC members on strike against their employer, CGC. This is because it prevents them from honouring the picket line (an admittedly expressive activity) during working hours. "Honouring a picket line" may take several forms: employees may choose to demonstrate their solidarity by joining it, by approaching it and turning back after discussion with the strikers, or by simply staying away from work. Indeed, by requiring employees to cross a picket line, the prohibition has the effect of forcing employees to engage in conduct that may convey the message that they do not support the strike.

[44] The question to be decided is whether, despite the low threshold for establishing a *prima facie* breach of paragraph 2(b) and the *de facto* limit on employees' expressive activity imposed by the prohibition, the prohibition has the effect, in law, of limiting freedom of expression.

[45] In *Irwin Toy* (at pages 976–977), the Supreme Court stated that in order to show that a law has the effect of restricting expression, the claimant must demonstrate that the prohibited activity (in this case, failing to report for work because of a refusal to cross a picket line) promotes at least one of the principles and values underlying the guarantee of free expression, namely:

[42] En deuxième lieu, la Cour suprême du Canada a insisté sur l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans les conflits de travail. Plus précisément, au paragraphe 35 de l'arrêt *Pepsi-Cola*, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel, qui écrivaient alors pour la Cour, ont dit ce qui suit :

La liberté d'expression dans le domaine du travail bénéficie non seulement aux travailleurs et aux syndicats, mais aussi à la société dans son ensemble [...] Éléments de cette libre circulation des idées qui fait partie intégrante de toute démocratie, la liberté d'expression des syndicats et de leurs membres lors d'un conflit de travail transporte sur la place publique le débat sur les conditions de travail.

[43] Enfin, il m'apparaît incontestable que l'interdiction restreint dans les faits la capacité des employés à exprimer leur soutien pour les membres de l'AFPC qui sont en grève contre leur employeur, la CCG. Cela est dû au fait qu'elle les empêche de respecter la ligne de piquetage (une activité expressive reconnue) pendant les heures de travail. « Respecter une ligne de piquetage » peut prendre diverses formes : les employés peuvent choisir de manifester leur solidarité en s'y joignant, en s'en approchant et faisant demi-tour après avoir discuté avec les grévistes, ou encore en ne se rendant tout simplement pas au travail. De fait, en exigeant que des employés franchissent une ligne de piquetage, l'interdiction a pour effet de forcer les employés à se livrer à une activité qui transmet le message qu'ils n'appuient pas la grève.

[44] La question qu'il faut trancher est de savoir si, malgré la relative facilité d'établir la preuve d'une violation à première vue de l'alinéa 2b) et la restriction dans les faits de l'activité expressive des employés résultant de l'interdiction, celle-ci se traduit, en droit, par une restriction de la liberté d'expression.

[45] Dans l'arrêt *Irwin Toy* (aux pages 976 et 977), la Cour suprême a déterminé que pour qu'il soit démontré qu'une loi a pour effet de restreindre l'expression, le demandeur doit démontrer que l'activité interdite (qui consiste dans la présente affaire à ne pas se présenter au travail en raison du refus de franchir une ligne de piquetage) défend au moins un des principes ou une des valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression, à savoir :



... (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. ... [A] plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

[46] The focus of the argument in the present case is whether the expressive activity in question is related to “participation in social and political decision-making”. In my respectful view, the value captured by this phrase should not be approached narrowly. Indeed, the Court’s paraphrase of the phrase as “participation in the community” indicates that it is of broad application.

[47] The Supreme Court has stated, in other contexts, that labour disputes involve “fundamental” legal, political, and social issues (*KMart Canada*, at paragraph 29), and that picketing “brings the debate on labour conditions issues into the public realm” (*Pepsi-Cola*, at paragraph 35). I need not decide whether these statements mean that expressing support for a strike by not crossing a picket line and thereby failing to report for work always constitutes participating in “social and political decision-making” or “participation in the community”. For the purpose of disposing of this appeal, I shall confine myself to situations where the strikers who have put up the picket line are in dispute with a government agency over their “labour conditions”.

[48] Refusing to cross a picket line is a uniquely powerful means for employees to publicly express their solidarity with strikers. In addition to giving moral support and encouragement to the strikers, honouring a picket line is also intended to assist in bringing the issues of the strike to the attention of the wider public, to rally public support for the strike, and to bring pressure to bear on the strikers’ employer. The fact that refusing to cross a picket line in order to report for work

[...] (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soit; (2) la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l’égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l’égard de ceux à qui il est destiné [...] [Une] demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l’enrichissement et l’épanouissement personnels.

[46] Dans la présente affaire, l’argumentation est centrée sur la question de savoir si l’activité expressive est liée à « la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique ». À mon humble avis, la valeur qui se dégage de cette expression ne devrait pas recevoir une interprétation restrictive. De fait, en parlant de « participation dans la société » la Cour indique l’ampleur de sa portée.

[47] Dans des contextes différents, la Cour suprême a statué que les conflits de travail soulèvent des questions « fondamentales » d’ordre juridique, politique et social (*KMart Canada*, au paragraphe 29), et que le piquetage « transporte sur la place publique le débat sur les conditions de travail » (*Pepsi-Cola*, au paragraphe 35). Je n’ai pas à décider s’il doit s’inférer de ces déclarations que le fait d’exprimer son soutien à une grève en ne franchissant pas une ligne de piquetage, et ce faisant, en ne se présentant pas au travail, constitue toujours une participation à « la prise de décisions d’intérêt social et politique » ou une « participation au sein de la société ». Aux fins du présent appel, je vais limiter mon analyse aux situations où les grévistes qui ont érigé les lignes de piquetage sont en conflit avec une agence du gouvernement à propos de leurs « conditions de travail ».

[48] Le refus de franchir une ligne de piquetage est pour des employés un moyen exceptionnellement efficace d’exprimer publiquement leur solidarité à l’égard des grévistes. En plus d’apporter support moral et encouragement aux grévistes, le respect de la ligne de piquetage est aussi un moyen de contribuer à porter les questions au coeur de la grève à l’attention du grand public, à faire pencher l’opinion publique en faveur de la grève et à faire augmenter la pression subie par

is likely to result in a loss of earnings amplifies the message of support.

[49] This issue was considered recently by the British Columbia Court of Appeal in *BCTF*. The question in that case was whether the definition of “strike” in the province’s *Labour Relations Code*, which is virtually identical to that in the *Canada Labour Code*, infringes paragraph 2(b) by prohibiting employees from absenting themselves from work in order to attend a political rally protesting the enactment of legislation that “changed conditions of employment and overrode collective bargaining processes” (at paragraph 22).

[50] Finding that the definition had the effect of restricting expression, the Court noted that, since “the objectives [of the work stoppage] were not restricted solely to the economic interests of union members . . . the effect of the mid-contract strike prohibition is a restriction on an effective means of expressive action and for that reason alone, it trenches on the s. 2(b) guarantee of free expression” (*BCTF*, at paragraph 37).

[51] The respondents in the present case argue that *BCTF* is distinguishable, on the ground that the reason for the work stoppage in that case resulted from employees’ attendance at a political protest rally aimed at the provincial government which was not limited to protesting about the terms of their employment by school boards. In contrast, they say, the refusals to cross the picket line in the present case were designed to support PSAC in its attempt to secure a more favourable collective agreement from the employer: PSAC was engaged in a purely commercial dispute with the employer. Accordingly, they submit, since there was no evidence that PSAC was striking in furtherance of political or social ends, rather than simply for better terms of employment for their members, the prohibition of mid-contract work stoppages did not have the effect of limiting employees’ participation in “social and political decision-making”.

l’employeur des grévistes. Le fait que le refus de franchir une ligne de piquetage pour se présenter au travail occasionnera vraisemblablement une perte de revenus donne encore plus de poids au soutien manifesté.

[49] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est récemment penchée sur cette question dans l’affaire *BCTF*. Il s’agissait de déterminer dans cette affaire si la définition de « grève » prévue au *Labour Relations Code* de la province, laquelle est à peu de choses près identique à celle du *Code canadien du travail*, contrevient à l’alinéa 2b) en interdisant aux employés de s’absenter pour assister à une manifestation politique contre l’adoption d’une loi qui [TRADUCTION] « modifiait les conditions de travail et écartait les processus de négociation collective » (voir le paragraphe 22).

[50] En concluant que la définition avait pour effet de restreindre l’activité expressive, la Cour a souligné que [TRADUCTION] « les objectifs [de l’arrêt de travail] ne se limitait pas aux intérêts économiques des membres du syndicat [...] l’effet de l’interdiction de grève pendant la durée d’une convention collective est une restriction à une forme efficace d’activité expressive qui, pour cette seule raison, porte atteinte à la liberté d’expression garantie à l’alinéa 2b) » (*BCTF*, au paragraphe 37).

[51] Les intimés soutiennent que la présente affaire se distingue de l’affaire *BCTF* au motif que l’arrêt de travail dans ce cas résultait de la présence des employés à une manifestation politique pour protester contre le gouvernement provincial, et non pas strictement contre leurs conditions d’emploi dans les commissions scolaires. En revanche, ils prétendent que les refus de franchir les lignes de piquetage en l’espèce visaient à soutenir les efforts de l’AFPC pour obtenir une convention collective plus avantageuse : le conflit qui opposait l’AFPC et l’employeur était de nature purement commerciale. En conséquence, ils soutiennent que puisqu’aucune preuve ne permet de conclure que l’AFPC était en grève pour faire avancer une cause politique ou sociale plutôt que simplement pour obtenir de meilleures conditions de travail pour ses membres, l’effet de l’interdiction des arrêts de travail en cours de convention collective n’avait pas pour effet de

[52] I do not agree. The expressive activity of refusing to cross a picket line by members of the applicant unions was in support of a strike by members of PSAC, who were in dispute with their employer, CGC, an agency of the Government of Canada. I agree with the following observations in *BCTF* (at paragraph 37) on the nature of strikes in the public sector:

Public sector unions have been given the right to strike for collective bargaining purposes, apart from essential services staffing requirements, and the political dimension of such strikes cannot be ignored. Unlike the private sector, the primary target of the strike weapon is the government and public opinion; the strike is in that sense political... Motivations are mixed and strike objectives in the public sector cannot be conveniently divided into political protest and collective bargaining categories. In both cases, the strike exerts pressure directed beyond the formal public sector employers to the governments that are their masters. It is a form of effective expression that is curtailed by its inclusion within the strike definition. [Emphasis added.]

[53] I would only add that public sector strikes are also “political” because their resolution almost invariably implicates such public policy issues as the appropriate allocation of public resources, the level of public services to be provided and the manner of their delivery, and the basis on which any additional costs of the services are to be defrayed. These are questions of community concern.

[54] By putting up a picket line in support of its strike and attempting to attract public support, and thereby to influence the government, PSAC was engaging in “political” action, regardless of the particular issues involved in its dispute with CGC, on which there is no evidence in the record before us. Accordingly, when members of the applicant unions refused to cross the PSAC picket line to go to work they were assisting them by adding their support to PSAC’s attempts to put the issues into the public domain, in order to win public support and increase pressure on the government.

restreindre la participation des employés à « la prise de décisions d’intérêt social et politique ».

[52] Je ne suis pas d’accord. L’activité expressive qu’est le refus par les membres des syndicats demandeurs de franchir une ligne de piquetage était destinée à soutenir la grève des membres de l’AFPC, qui étaient en conflit avec leur employeur, la CCG, une agence du gouvernement du Canada. Je souscris aux observations suivantes énoncées dans l’affaire *BCTF* (au paragraphe 37) sur la nature des grèves dans le secteur public :

[TRADUCTION] Le droit de grève aux fins de négociation collective a été accordé aux syndicats du secteur public, mis à part les exigences quant au maintien des services essentiels, et la dimension politique de telles grèves ne peut être ignorée. Contrairement au secteur privé, les principales cibles de l’arme de la grève sont le gouvernement et l’opinion publique; dans cette optique, la grève est politique [...] Les motivations sont mixtes et les objectifs de la grève dans le secteur public ne se laissent pas commodément diviser en deux catégories, à savoir la protestation politique d’une part et la négociation collective d’autre part. Dans les deux cas, la grève exerce une pression qui va au-delà des employeurs formels du secteur public pour viser les gouvernements dont ils relèvent. Il s’agit d’une forme efficace d’expression qui est restreinte par son inclusion dans la définition de « grève ». [Non souligné dans l’original.]

[53] J’ajouterais seulement que dans le secteur public, les grèves sont aussi « politiques » en ce que leur solution implique inévitablement des questions d’intérêt public, telles que l’allocation appropriée des ressources publiques, le niveau de services publics à fournir et leur mode de prestation, de même que la base de financement des coûts supplémentaires éventuels. Ce sont des questions qui touchent la collectivité.

[54] En érigeant une ligne de piquetage pour soutenir sa grève et tenter de s’attirer l’appui du public, et d’influencer par ce fait même le gouvernement, l’AFPC se livrait à des activités « politiques », peu importe les questions précises qui l’opposaient à la CCG et à propos desquelles aucun élément de preuve ne figurait au dossier de l’instance. En conséquence, lorsque les membres des syndicats demandeurs ont refusé de franchir la ligne de piquetage de l’AFPC pour se présenter au travail, ils apportaient leur aide en ajoutant leur contribution aux efforts de l’AFPC visant à amener

[55] Thus, by including the work stoppages that occurred in the present case within the definition of “strike”, and prohibiting those that take place mid-contract, the Code has the effect of discouraging employees from participating “in social and political decision-making”, and “in the community” (*Irwin Toy*, at pages 976–977), and thus infringes their rights under paragraph 2(b).

[56] The fact that members of the applicant unions have no right to participate in PSAC’s negotiations with CGC does not preclude their prohibited conduct from being sufficiently related to “social and political decision-making” within the meaning of *Irwin Toy*. Honouring picket lines in order to show support for public sector employees and to increase pressure on the government to settle a dispute by mobilising public opinion is aptly characterized as “participation in the community”, a value promoted by paragraph 2(b).

[57] In addition, not crossing another union’s lawful picket line is widely regarded by members of the labour movement as an ethical obligation. Hence, I am inclined to think that, as applied to the facts before us, the impugned provisions of the Code also have a negative effect on the freedom of expression value of promoting “the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing”: *Irwin Toy*, at page 976. However, despite the obvious breadth of this value, I express no concluded opinion on it in the absence of sustained argument.

[58] The respondents argue that the prohibition does not limit employees’ freedom to express their support for the PSAC strikers because they have many other ways of doing this. I do not agree. Since, in my view, the impact of the prohibition on freedom of expression is more than minimal its partial nature is relevant to the inquiry under section 1, not paragraph 2(b). In my view,

les questions dans le domaine public dans le but de gagner l’appui du public et augmenter la pression sur le gouvernement.

[55] Ainsi, en incluant les arrêts de travail qui se sont produits dans la présente affaire dans la définition de « grève » et en interdisant ceux qui surviennent pendant la durée d’une convention collective, le Code a pour effet d’empêcher les employés de participer « à la prise de décisions d’intérêt social et politique » et de s’impliquer « au sein de la société » (voir *Irwin Toy*, à la page 977), et donc de porter atteinte à leurs droits garantis par l’alinéa 2b).

[56] Le fait que les membres des syndicats demandeurs n’ont pas le droit de participer aux négociations de l’AFPC avec la CCG n’empêche pas leur conduite interdite d’être suffisamment liée « à la prise de décisions d’intérêt social et politique » au sens de l’arrêt *Irwin Toy*. Respecter une ligne de piquetage pour appuyer des employés du secteur public et augmenter la pression en mobilisant l’opinion publique pour forcer le gouvernement à régler un conflit en mobilisant l’opinion publique est qualifié à bon droit de « participation au sein de la société », une valeur protégée par l’alinéa 2b).

[57] De plus, il est largement reconnu par les membres du mouvement syndical que de ne pas franchir la ligne de piquetage d’un autre syndicat est une obligation éthique. Je suis donc enclin à penser que, appliquées aux faits de l’espèce, les dispositions contestées du Code ont un effet négatif sur la valorisation, sous-tendue par la liberté d’expression de « la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels » (*Irwin Toy*, à la page 976). Toutefois, malgré la vaste portée évidente de cette valeur, je ne tire aucune conclusion faute d’arguments présentés sur la question.

[58] Les intimés soutiennent que l’interdiction ne limite aucunement la liberté des employés de manifester leur soutien aux grévistes de l’AFPC puisqu’ils disposent de nombreux autres moyens de le faire. Je ne souscris pas à cet argument. Comme l’impact de l’interdiction sur la liberté d’expression est à mon avis plus que minimal, sa nature partielle est pertinente

*Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, is of little assistance. The issue in that case was whether the government had a positive obligation to create a legislative framework for providing the most effective means for employees to express themselves or to associate.

Issue 2: Is the infringement of paragraph 2(b) justified under section 1?

[59] If a statutory limit on a Charter right is “reasonable” and “demonstrably justifiable in a free and democratic society”, it will be upheld under section 1, even though it infringes a right guaranteed elsewhere in the Charter. The analytical framework for determining whether section 1 is satisfied was established in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (*Oakes*).

[60] The *Oakes* analysis requires the party seeking to uphold the legislation to establish that the objective of the impugned law is “sufficiently pressing and substantial” and that the impugned law is proportional to that objective. “Proportionality” is determined on the basis of a three-pronged test: the law must be rationally connected to its objective; it must impair the constitutional right in question as little as possible; and it must not have a disproportionately severe effect on the right.

(i) importance of the statutory objective in prohibiting mid-contract strikes

[61] In my view, the Board correctly held that the purpose of the broad statutory prohibition of mid-contract strikes is to avoid the social and economic costs of unpredictable interruptions to production and services. As the Supreme Court of Canada has acknowledged, strikes and picketing impose great social costs on both the immediate parties to a dispute and the broader community: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*,

pour l'examen au regard de l'article premier, non de l'alinéa 2b). À mon avis, la pertinence de l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, est limitée. Il fallait déterminer dans cette affaire si le gouvernement avait l'obligation positive de créer un cadre législatif offrant les moyens les plus efficaces aux employés pour qu'ils puissent s'exprimer ou s'associer.

Deuxième question en litige : La contravention à l'alinéa 2b) est-elle justifiée au regard de l'article premier?

[59] Lorsqu'une loi restreint un droit garanti par la Charte dans des limites qui sont « raisonnables » et « dont la justification p[eut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », elle sera déclarée valide même si elle contrevient à un droit garanti ailleurs dans la Charte. Le cadre d'analyse pour déterminer s'il est satisfait aux exigences de l'article premier a été énoncé dans *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (*Oakes*).

[60] L'analyse selon l'arrêt *Oakes* impose à la partie qui demande la validation de la disposition législative la charge d'établir que l'objectif de la loi contestée « se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles » et que cette loi est proportionnelle à cet objectif. La « proportionnalité » est évaluée selon un test à trois volets : la loi doit avoir un lien rationnel avec son objectif, elle doit porter le moins possible atteinte au droit constitutionnel en question et elle ne doit pas avoir un effet préjudiciable disproportionné sur le droit.

i) importance de l'objectif recherché par l'interdiction de grève pendant la durée d'une convention collective

[61] À mon avis, le Conseil a conclu à bon droit que l'objectif de l'interdiction large visant les grèves en cours de convention collective est d'éviter les coûts sociaux et économiques engendrés par des interruptions imprévisibles de la production et de la prestation de services. Ainsi que l'a reconnu la Cour suprême du Canada, les grèves et le piquetage imposent des coûts sociaux importants aux parties au litige et à la collectivité

[1986] 2 S.C.R. 573, at page 591; *Alberta Reference*, at page 414.

[62] The British Columbia Court of Appeal reached a similar conclusion on the “pressing and substantial” nature of the objectives of nearly identical provisions in British Columbia’s *Labour Relations Code: BCTF*, at paragraphs 49–51.

(ii) proportionality of the prohibition

(a) rational connection between the prohibition and the statutory objective

[63] It seems clear on its face, as the parties appear to have accepted, that there is a rational connection between the prohibition of mid-contract strikes on the one hand, and, on the other, the statutory objective of limiting unpredictable work stoppages and the consequent interruption of services or production. See also *BCTF*, at paragraph 55.

(b) minimal impairment of rights

[64] The applicant unions argue that the prohibition of mid-contract strikes impairs Charter rights more than is necessary in order to achieve the statutory objective, because Parliament could have carved out an exception for situations where a collective agreement permits employees to refuse to cross a lawful picket line. In the present case, it will be recalled, the collective agreements (as is apparently common in British Columbia (see Board reasons, at paragraph 23)) provided as follows:

19.02 The Union agrees that in the event of strikes or walkouts, the Union will not take similar action on the ground of sympathy, but will continue to work. The Companies do not expect members of the Union to pass a picket line. [Emphasis added.]

en général : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la page 591; *Alberta Reference*, à la page 414.

[62] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique est arrivée à une conclusion similaire sur la nature « réelle et urgente » des objectifs de dispositions presque identiques du *Labour Relations Code* de cette province : *BCTF*, aux paragraphes 49 à 51.

ii) proportionnalité de l’interdiction

a) lien rationnel entre l’interdiction et l’objectif de la loi

[63] À première vue, comme les parties semblent en avoir convenu, il existe un lien rationnel entre, d’une part, l’interdiction de grève en cours de convention collective et, d’autre part, l’objectif de la loi de limiter les arrêts de travail imprévisibles et l’interruption de la production et de la prestation de services qui en résulte. Voir aussi *BCTF*, au paragraphe 55.

b) atteinte minimale aux droits

[64] Les syndicats demandeurs soutiennent que l’interdiction de grève pendant la durée d’une convention collective porte atteinte aux droits garantis par la Charte plus qu’il n’est nécessaire pour atteindre les objectifs de la loi puisque le Parlement aurait pu prévoir une exception dans les cas où les conventions collectives permettent aux employés de refuser de franchir une ligne de piquetage. Il faut se rappeler que, dans la présente affaire, les conventions collectives contenaient la clause suivante, qui est apparemment monnaie courante en Colombie-Britannique (voir les motifs du Conseil, au paragraphe 23) :

[TRADUCTION] 19.02 Le Syndicat convient que, en cas de grève ou de débrayage, le syndicat ne prendra pas de mesure semblable par sympathie et qu’il continuera de travailler. Les entreprises ne s’attendent pas à ce que les membres du syndicat franchissent une ligne de piquetage. [Non souligné dans l’original.]

[65] I do not agree that such an exception is required. Despite the categorical language used in *Oakes* to describe the “minimum impairment” or “least restrictive” element of the proportionality test, the Supreme Court has allowed a significant margin of appreciation to legislatures in designing the means of achieving the objectives of statutory schemes. A measure of judicial deference is particularly appropriate when the scheme involves the resolution of complex social issues and the balancing of the interests of competing groups in a way that advances the public interest. See Hogg, at pages 38-35 to 38-42.

[66] In my opinion, the Code falls within the above categories of scheme to which a measure of judicial deference is due. It is not unreasonable to suppose that the suggested “carve-out” would undermine the statutory objectives of enhancing stability of industrial relations over the term of a collective agreement and the predictability of interruptions of services and production. To permit parties to contract out of a fundamental principle of the federal labour relations scheme might well jeopardize the Code’s statutory objectives, especially since the costs associated with unpredictable work stoppages are generally borne not only by the contracting parties, but also by the public.

[67] Support for this conclusion is found in a decision by the Board in *Saskatchewan Wheat Pool* (1994), 23 C.L.R.B.R. (2d) 286, where the Board held (at paragraph 9) that the parties could not contract out of the statutory definition of a “strike”:

Nor can the public purpose of “industrial peace” behind the no-strike provision be avoided by “contracting out” of the legal obligations of the Code. . . . Of course, the parties can negotiate an employee’s individual right to refuse to work and these clauses will be applied in accordance with their given interpretation, subject to arbitration. However, the union or its members cannot use such a clause to circumvent the Code by giving employees the right to refuse collectively to work contrary to [the Code].

In a subsequent decision, *Westshore Terminals Ltd. (Re)* (2000), 60 C.L.R.B.R. (2d) 106, the Board explained

[65] Je ne crois pas qu’une telle exception soit nécessaire. Malgré le langage catégorique utilisé dans l’arrêt *Oakes* pour décrire le volet de l’« atteinte minimale » ou du « moins restrictif » dans le critère de la proportionnalité, la Cour suprême a laissé une grande marge de manoeuvre aux législatures pour leur permettre d’élaborer les moyens d’atteindre les objectifs des régimes qu’elles adoptent. La retenue judiciaire est particulièrement indiquée lorsque le régime en cause implique la résolution de questions sociales complexes et la pondération des intérêts de groupes concurrents d’une façon qui place l’intérêt public à l’avant-plan. Voir Hogg, aux pages 38-35 à 38-42.

[66] À mon avis, le Code tombe dans la catégorie des régimes à l’égard desquels il convient de faire preuve de retenue judiciaire. Il n’est pas déraisonnable de supposer que l’« exception » proposée compromettrait les objectifs de la loi qui sont de renforcer la stabilité des relations industrielles pendant la durée d’une convention collective et de rendre les interruptions de prestation de services et de production plus prévisibles. Permettre aux parties de se soustraire à un principe fondamental du régime fédéral des relations de travail pourrait fort bien mettre les objectifs législatifs du Code en péril, d’autant plus que les coûts engendrés par des arrêts de travail imprévisibles ne sont pas seulement assumés par les parties à une convention, mais aussi par le public.

[67] Le Conseil a rendu une décision qui va dans ce sens dans *Saskatchewan Wheat Pool* (1994), 93 Di 201, où le Conseil a affirmé, au paragraphe 9, que les parties ne pouvaient pas se soustraire à la définition de « grève » prévue dans la loi :

Et elles ne peuvent contourner l’objectif d’ordre public qui consiste à assurer la « paix industrielle », objectif qui sous-tend l’interdiction de faire la grève, en tentant de se dégager des obligations imposées par le Code [...] Il va sans dire que les parties peuvent négocier des clauses accordant aux employés le droit individuel de refuser du travail et que de telles clauses s’appliqueront conformément à l’interprétation qui leur est donnée, sous réserve d’arbitrage. Cependant, le syndicat et ses membres ne peuvent invoquer de telles clauses pour se soustraire du Code en revendiquant le droit de refuser collectivement de travailler en contravention [avec le Code].

Dans une décision subséquente, *Westshore Terminals Ltd. (Re)*, [2000] CCRI n° 61, le Conseil a précisé (au

(at paragraph 28) that permitting parties to modify by contract the Code's definition of a "strike":

... could result in inconsistent and unequal rights and protections applying to parties that fall under the scope of the Code, depending on the negotiated provisions in the applicable collective agreements. The public interest aspects of the legislation and the Board's attempt to encourage and support the development of good industrial relations and constructive collective bargaining practices could be subverted by individual agreements.

[68] Consequently, I am satisfied that the impugned provisions of the Code do not impair the freedom of expression of employees more than is necessary to achieve the statutory objective.

(c) proportionality of impact on the right

[69] Here the question is whether the extent of the impairment of employees' freedom of expression is disproportionate to the achievement of the statutory objectives. In my opinion, it is not. While the prohibition of mid-contract strikes does curtail employees' ability to express a message of union solidarity in a particularly powerful manner, it also leaves them free to express their support for striking employees in other ways, including joining them on the picket line outside work hours.

[70] In view of the well-recognized social costs of industrial conflict, I am not persuaded that the infringement is disproportionate to the benefits of achieving the pressing and substantial objective of the Code.

[71] Counsel argue that, unlike the "political protest strikes" considered in *BCTF*, work stoppages resulting from employees' refusal to cross another union's picket line are relatively predictable, since unions can only strike at defined stages in the bargaining cycle. Moreover, it is open to an employer whose employees may refuse to cross to find out from the other employer when and whether picket lines are likely to go up.

paragraphe 28) qu'en permettant aux parties de modifier par convention la définition de « grève » prévue au Code :

[...] il risquerait d'en résulter que les parties visées par le Code, selon les dispositions incorporées par négociation dans les conventions collectives, bénéficieraient de protections et de droits inégaux et manquant d'uniformité. Les aspects de la loi qui touchent à l'intérêt public et la volonté du Conseil de favoriser et d'appuyer l'établissement de saines relations du travail et de pratiques de négociation collective positives risqueraient d'être compromis par les conventions collectives individuelles.

[68] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que les dispositions contestées du Code ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des employés plus qu'il n'est nécessaire pour réaliser les objectifs de la loi.

c) proportionnalité de l'impact sur le droit

[69] Il faut ici déterminer si la portée de la restriction à la liberté d'expression des employés est disproportionnée par rapport aux objectifs visés par la loi. J'estime qu'elle ne l'est pas. Même si l'interdiction de grève en cours de convention collective porte fortement atteinte à la capacité des employés d'exprimer leur solidarité syndicale, elle leur laisse la liberté d'exprimer leur soutien aux employés en grève autrement, notamment en se joignant à eux sur la ligne de piquetage à l'extérieur des heures de travail.

[70] Vu les coûts sociaux bien établis des conflits industriels, je ne suis pas convaincu que l'atteinte soit disproportionnée par rapport aux avantages que procure la réalisation des objectifs urgents et réels du Code.

[71] Les avocats avancent que, contrairement aux « grèves de protestation politique » dont il était question dans l'affaire *BCTF*, les arrêts de travail résultant du refus des employés de franchir la ligne de piquetage d'un autre syndicat sont relativement prévisibles puisque les syndicats ne peuvent déclencher des grèves qu'à des moments précis du cycle de négociations. De plus, il est possible pour un employeur dont les employés sont susceptibles de refuser de franchir une ligne de



piquetage de savoir si et quand un piquet de grève sera vraisemblablement érigé en s'adressant à l'autre employeur.

[72] I do not agree. For one thing, while the timing of a strike following the breakdown of collective bargaining may be more predictable than that of a political protest, its duration is not. In addition, it is unreasonable to expect that one employer will always be able to learn from another about whether a strike is the likely outcome of its collective bargaining.

[72] Je ne suis pas d'accord. Tout d'abord, même si le moment du déclenchement d'une grève suivant l'échec des négociations collectives est plus prévisible que dans le cas d'une manifestation politique, sa durée ne l'est pas. J'ajoute qu'il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'un employeur puisse toujours apprendre d'un autre si la négociation collective qu'il mène débouchera vraisemblablement sur une grève.

(iii) conclusion

iii) conclusion

[73] Accordingly, in my opinion, the Code's breach of employees' right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) is justified under section 1.

[73] En conséquence, la violation du droit à la liberté d'expression des employés garanti par l'alinéa 2b) est selon moi justifiée au regard de l'article premier.

#### D. CONCLUSIONS

#### D. CONCLUSIONS

[74] For these reasons, I would dismiss the consolidated application for judicial review with costs. In accordance with the order of Justice Ryer, dated January 13, 2008, I would not award costs with respect to the interveners.

[74] Pour ces motifs, je rejetterais la demande consolidée de contrôle judiciaire avec dépens. Conformément à l'ordonnance du juge Ryer, rendue le 13 janvier 2008, je n'adjugerais aucuns dépens à l'égard des intervenants.

\* \* \*

\* \* \*

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

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

[75] BLAIS J.A.: I have read the reasons of my colleague, Justice Evans, and I agree that the applications should be dismissed.

[75] LE JUGE BLAIS, J.C.A. : J'ai lu les motifs de mon collègue, le juge Evans, et je conviens que les demandes devraient être rejetées.

[76] Nevertheless, I respectfully disagree with my colleague when he suggests that paragraph 2(b) of the Charter is infringed in this particular case.

[76] Par contre, en toute déférence, je ne partage pas la conclusion de mon collègue selon laquelle il y a violation de l'alinéa 2b) de la Charte dans la présente affaire.

[77] I will rely on the facts as presented by my colleague in lieu of reproducing them here.

[77] Je vais m'appuyer sur la présentation des faits de mon collègue plutôt que de les reproduire ici.

[78] After reviewing the jurisprudence, I conclude that the statutory limit on the applicants' right to strike does not engage the right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter). In essence, I agree with the Board that the definition of "strike" in subsection 3(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (the Code) does not infringe paragraph 2(b) because neither the purpose nor effect of a prohibition on mid-term strikes infringes the applicants' freedom of expression.

Does the definition of "strike" in subsection 3(1) of the Code limit freedom of expression as guaranteed under paragraph 2(b) of the Charter?

[79] Both parties rely on *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (*Irwin Toy*) for the test for determining if freedom of expression had been infringed. Specifically the test examines: (a) whether the activity was within the sphere of conduct protected by freedom of expression; and (b) whether the purpose or effect of the government action was to restrict freedom of expression.

[80] While not all activity is protected by freedom of expression, the Board determined that the applicants' refusal to cross the PSAC picket line was an activity with expressive content within the meaning of paragraph 2(b) of the Charter. None of the parties dispute this.

[81] The parties disagree on whether the purpose or effect of the Code in limiting the applicants' freedom to refuse to cross a picket line was to restrict the applicants' freedom of expression.

[78] Après avoir examiné la jurisprudence, je conclus que la limite qu'impose la loi au droit de grève des demandeurs ne fait pas entrer en jeu la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Je partage essentiellement les conclusions du Conseil, à savoir que la définition de « grève » prévue au paragraphe 3(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code), ne contrevient pas à l'alinéa 2b) parce que ni l'objet, ni l'effet de l'interdiction des grèves pendant la durée d'une convention collective ne porte atteinte à la liberté d'expression des demandeurs.

La définition de « grève » prévue au paragraphe 3(1) du Code restreint-elle la liberté d'expression telle que garantie par l'alinéa 2b) de la Charte?

[79] Les deux parties s'appuient sur l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (*Irwin Toy*), pour ce qui est du test applicable pour déterminer s'il y a eu atteinte à la liberté d'expression. Plus précisément, ce test commande d'examiner : a) si l'activité relève du champ des activités protégées par la liberté d'expression; b) si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale était de restreindre la liberté d'expression.

[80] Même si ce ne sont pas toutes les activités qui sont protégées par la liberté d'expression, le Conseil a déterminé que le refus des demandeurs de franchir la ligne de piquetage de l'AFPC était une activité qui avait un contenu expressif au sens de l'alinéa 2b) de la Charte. Les parties ne contestent pas cette conclusion.

[81] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'objet ou l'effet du Code, dans la limite qu'il impose à la liberté des demandeurs de refuser de franchir une ligne de piquetage, était de restreindre la liberté d'expression des demandeurs.

## Purpose of the provision

[82] I agree with the Board and my colleague that the purpose of the provision was not to restrict freedom of expression.

[83] The Code must be interpreted as an overall scheme, as suggested by the Board in both decisions. The strike provision and its associated purpose simply cannot be isolated from the provisions regarding limits on the employers' rights. The limits on strike activity do not have the intention of prohibiting expression when they are considered in context. As stated in the Board's original decision, the purpose of the definition of "strike" in conjunction with the prohibition in section 88.1 is "part of the comprehensive legislative scheme designed to introduce a measure of certainty into the labour relations environment, by regulating the right to lawfully engage in strike activity" (see paragraph 91). Regulation of work stoppages is intended to control the physical consequences of the expression, namely, the cessation of work by the applicants, regardless of the meaning conveyed by it.

[84] The applicants' strike action had a severe negative consequence on the employers' businesses. The applicants' employers are third parties not involved in the collective bargaining process at the root of the PSAC workers' strike. They are the only parties who hold no power in the contractual negotiations associated with the legal PSAC strike nor in the strike action of their own workers.

[85] The purpose of limiting striking activities to certain periods during the collective bargaining cycle is to limit the negative consequences that strikes have on employers in the interest of providing certainty and stability in industry labour relations. These provisions did not have the aim of silencing workers wishing to express their solidarity with legally striking workers. It aimed to "control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression" (*Irwin Toy*, at page 974).

## Objet de la disposition

[82] J'abonde dans le même sens que le Conseil et mon collègue pour conclure que l'objet de la disposition n'était pas de restreindre la liberté d'expression.

[83] Comme l'a indiqué le Conseil dans les deux décisions, le Code doit être interprété comme un régime législatif complet. La disposition en matière de grève, tout comme son objet, ne peuvent être considérés indépendamment des dispositions limitant les droits des employeurs. Les limites imposées aux activités de grève ne visent pas à interdire l'expression lorsqu'elles sont examinées dans leur contexte. Comme le dit le Conseil dans sa décision initiale, l'objet de la définition de « grève » combiné à l'interdiction de l'article 88.1 « fait partie intégrante de l'esprit global du Code, puisqu'elle vise à injecter quelque certitude dans l'univers des relations du travail en réglementant le droit de s'adonner légalement à une activité de grève » (voir le paragraphe 91). La réglementation des arrêts de travail vise à contrôler les conséquences matérielles de l'expression manifestée, c'est-à-dire l'arrêt de travail des demandeurs, peu importe le message ainsi transmis.

[84] Les mesures de grève des demandeurs ont eu des conséquences négatives sévères sur les affaires des employeurs. Les employeurs des demandeurs sont des tierces parties qui ne sont pas associées au processus de négociation collective à l'origine de la grève des travailleurs de l'AFPC. Ils sont les seules parties qui n'ont de pouvoir ni sur les négociations contractuelles liées à la grève légale de l'AFPC, ni sur les mesures de grève de leurs propres travailleurs.

[85] La raison pour laquelle les activités de grève ne sont permises que pendant certaines périodes du cycle de négociation collective est de limiter les conséquences négatives qu'ont les grèves sur les employeurs, et ce pour préserver la sécurité et la stabilité dans les relations de travail dans l'industrie. Ces dispositions ne visent pas à réduire au silence les travailleurs qui désirent exprimer leur solidarité à l'égard des travailleurs légalement en grève. Lorsqu'elles visent à « contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis,

## Effect of the provisions

[86] The effect of the impugned provisions is also to be considered at the second stage of the *Irwin Toy* analysis. In questioning the effect of the restriction, the Supreme Court indicated at page 976 of *Irwin Toy* that a plaintiff must demonstrate that its activity promotes at least one of the following principles:

- a. seeking and attaining the truth;
- b. participating in social and political decision-making; or
- c. cultivating diversity in the form of individual self-fulfillment and human flourishing.

[87] The applicants suggest that their expression related to the PSAC employees' participation in social and political decision making and individual self-fulfillment. The interveners claim that the applicants were attempting to influence political and economic decision making in their community through a show of solidarity and that this demonstration was influential to the decision makers. The interveners also argue that the form of the message (withdrawal of services) was indivisible from its content; that the message "we will shoulder the same burden as you" could not be demonstrated by other means.

[88] In my respectful opinion, the strike activity in which the applicants were participating had neither a social nor political purpose. It was an intrusion into a private contractual dispute between PSAC employees and their employer, the Canadian Grain Commission. On this point, I differ in opinion with my colleague and the decision of the British Columbia Court of Appeal in *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39 (*BCTF*). Whereas the Court in *BCTF* suggested that, in theory, strikes could be directed at political issues unrelated to employment, there is nothing to suggest that

l'objet qu'[elles] poursui[vent] n'est pas de contrôler l'expression » (*Irwin Toy*, à la page 974).

## Effet des dispositions

[86] L'effet des dispositions contestées doit aussi être examiné au deuxième stade de l'analyse de l'arrêt *Irwin Toy*. En se penchant sur l'effet de la restriction, la Cour suprême a indiqué, à la page 976 de cet arrêt, que le demandeur doit démontrer que son activité favorise au moins l'un des principes suivants :

- a. la recherche de la vérité;
- b. la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique;
- c. la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels.

[87] Les demandeurs soumettent que leur expression est liée à la participation des employés de l'AFPC à la prise de décisions d'intérêt social et politique et à une forme d'enrichissement personnel. Les intervenants soutiennent que les demandeurs tentaient d'influencer la prise de décisions d'intérêt politique et économique dans leur collectivité en manifestant de la solidarité et que cette démonstration avait un impact sur les décideurs. Les intervenants ajoutent que la forme du message (retrait des services) était indissociable de son contenu; en d'autres mots, que le message « nous porterons le même fardeau que vous sur nos épaules » ne pouvait être présenté autrement.

[88] À mon humble avis, l'activité de grève à laquelle les demandeurs participaient n'avait pas un objet social ni politique. Il s'agissait d'une intrusion dans un conflit de travail privé entre les employés membres de l'AFPC et leur employeur, la Commission canadienne des grains. À cet égard, je ne partage pas l'opinion de mon collègue et celle exprimée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39 (*BCTF*). Bien que dans l'affaire *BCTF* la Cour ait avancé que, théoriquement, les grèves peuvent viser des questions politiques

there was any political motivation in this case. The only aspect of the PSAC strike that could be construed as relating to political decision making is that the employer was a government agency. However, in my view, this does not result in a reframing of the issues, which only involve the working conditions of the striking PSAC workers.

[89] In addition, the applicants were free to support the striking workers in other ways; the restriction to their activity only affected the applicants' withdrawal of services from their third party employer. The effect of the applicants' work stoppage was on their employer, it was not an attempt to draw attention to the strike from the wider public. The Charter does not guarantee individuals or groups their most effective means of expression. In *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at paragraph 41, Justice Bastarache indicated that where the effectiveness of a message was diminished, there was not necessarily a violation of freedom of expression.

[90] If this Court were to accept the appellant's position that their work-stoppage was a form of expression protected by paragraph 2(b) then it would be difficult to consider any regulation of human activity as not infringing this section. Taken to the extreme, all human activity conveys some form of meaning that can inevitably be framed in such a way as to appear to promote one of the principles enunciated in *Irwin Toy*. I do not believe it is appropriate to do so here.

## Conclusion

[91] The respondents indicate that, despite the framing of the issues by the applicants (freedom of expression and association), the real issue is a claim to be permitted to engage in strike activity during the term of a collective agreement, and that refusal to cross a picket line was a strike by the employees. Since strikes are not afforded

qui ne sont pas liées aux conditions de travail, rien n'indique dans la présente affaire qu'il y avait une quelconque motivation politique. Le seul aspect de la grève de l'AFPC qui pouvait permettre d'inférer qu'il y avait un lien avec la prise de décision politique est que l'employeur était une agence gouvernementale. Selon moi, toutefois, cela n'entraîne pas une redéfinition des questions en cause, lesquelles concernent uniquement les conditions de travail des grévistes membres de l'AFPC.

[89] J'ajoute qu'il y avait d'autres façons pour les demandeurs d'appuyer les travailleurs en grève puisque la restriction ne visait que le retrait des services des demandeurs pour le compte de leur employeur, qui était une tierce partie. L'effet de l'arrêt de travail des demandeurs a été subi par leur employeur, ce n'était pas une tentative d'attirer l'attention du public sur la grève. La Charte ne garantit pas aux individus ou aux groupes le moyen d'expression le plus efficace. Dans l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, au paragraphe 41, le juge Bastarache a précisé qu'un affaiblissement de l'efficacité du message n'emportait pas nécessairement violation de la liberté d'expression.

[90] Si la Cour acceptait l'argument des demandeurs portant que leur arrêt de travail constituait une forme d'expression protégée par l'alinéa 2b), il deviendrait difficile de considérer que toute réglementation de l'activité humaine ne contrevient pas à cette disposition. Si l'on pousse à l'extrême, toutes les activités humaines transmettent une quelconque forme de message qu'on peut inévitablement façonner de façon à ce qu'il paraisse promouvoir un des principes énoncés dans l'arrêt *Irwin Toy*. Je ne crois pas qu'en l'espèce il soit indiqué de le faire.

## Conclusion

[91] Les intimés soutiennent que, malgré la façon dont les demandeurs ont formulé les questions (liberté d'expression et d'association), la véritable question est la revendication du droit de se livrer à des activités de grève pendant la durée d'une convention collective et le fait que le refus par les employés de franchir la ligne

constitutional protection, the applicants have reformulated the issues to try to avoid the consequences of engaging in an unlawful strike. I agree.

[92] For the reasons above, I would dismiss the applications with costs.

\* \* \*

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

[93] RYER J.A.: I have had the benefit of reviewing the reasons of my colleagues Blais J.A. and Evans J.A. I agree with them that the applications should be dismissed.

[94] I am in agreement with my colleague, Blais J.A., that the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (the Code) that prohibit strikes and lock-outs during the term of a collective agreement do not infringe upon the applicants' right to freedom of expression under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. In support of the reasoning of Blais J.A. on this issue, I offer the following opinion.

[95] The point of contention with respect to this issue is whether the impugned provisions of the Code have the effect of restricting the applicants' right to freedom of expression. The applicants contend that those provisions inhibit their "participation in social and political decision-making" as contemplated by the Supreme Court of Canada in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

[96] In my view, this expression requires attention to be focused upon the decision making in respect of which the applicants seek to participate. In the circumstances of this appeal, the decision making that was addressed by the work stoppage by the members of the applicant unions, as manifested by their refusal to cross the PSAC

de piquetage constituait une grève. Comme les grèves ne bénéficient pas de protection constitutionnelle, les demandeurs ont reformulé les questions pour tenter d'éviter les conséquences qu'engendre une grève illégale. Je suis d'accord.

[92] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais les demandes avec dépens.

\* \* \*

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

[93] LE JUGE RYER, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues, les juges Blais et Evans. J'estime aussi que les demandes devraient être rejetées.

[94] À l'instar de mon collègue le juge Blais, je suis d'avis que les dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code), qui interdisent les grèves et les lock-out pendant la durée d'une convention collective ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des demandeurs garantie à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Ci-après suivent mes motifs à l'appui du raisonnement du juge Blais sur cette question.

[95] Le point de désaccord porte sur la question de savoir si les dispositions contestées du Code ont pour effet de restreindre le droit à la liberté d'expression des demandeurs. Ces derniers prétendent que ces dispositions inhibent leur « participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique », au sens envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

[96] À mon avis, cette expression commande que l'on s'attarde à la prise de décision à laquelle les demandeurs veulent participer. Dans les circonstances du présent appel, la prise de décision visée par l'arrêt de travail des membres des syndicats demandeurs, exprimée par leur refus de franchir la ligne de piquetage de l'AFPC, était

employees' picket line, was decision making that related to the private contractual affairs of those PSAC employees and their employer, the Canadian Grain Commission. Decision making that takes place in a private context is, in my respectful opinion, not within the ambit of "participation in social and political decision-making" as contemplated by the Supreme Court of Canada in *Irwin Toy*.

[97] It may well be that the ambit of this expression is limited to circumstances in which the party who wishes to participate in the decision making has a legal right to do so. Thus, the participation of the British Columbia Teachers Federation and the Hospital Employees Union in the political protests against proposed British Columbia labour legislation, as described in *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, may be seen as an example of participation in the *political* decision making, which the members of those unions clearly had the legal right to undertake.

[98] In the present circumstances, the only connection between the private negotiations between the PSAC employees and the Canadian Grain Commission and any political decision making is that the Canadian Grain Commission is a government emanation. In my view, this connection is far too tenuous. Moreover, it is not apparent that the members of the applicant unions had any legal right to participate in the contractual negotiations between PSAC and the Canadian Grain Commission.

une prise de décision liée aux affaires contractuelles privées entre les employés représentés par l'AFPC et leur employeur, la Commission canadienne des grains. Une prise de décision qui s'effectue dans un contexte privé ne relève pas, à mon humble avis, de « la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique » au sens envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Irwin Toy*.

[97] Il se peut fort bien que la portée de cette expression soit limitée aux circonstances dans lesquelles la partie qui désire participer à la prise de décision dispose du droit légal de le faire. Ainsi, la participation de la British Columbia Teachers Federation et du Hospital Employees Union à des manifestations politiques contre un projet de loi de la Colombie-Britannique en matière de droit du travail, telle que décrite dans l'arrêt *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Assn.*, 2009 BCCA 39, peut être considérée comme un exemple de participation à la prise de décisions d'intérêt *politique*, un droit dont les membres de ces syndicats pouvaient à l'évidence légalement se prévaloir.

[98] Dans la présente affaire, le seul lien entre les négociations privées impliquant l'AFPC et la Commission canadienne des grains et une quelconque prise de décision d'intérêt politique est que la Commission canadienne des grains est une émanation du gouvernement. J'estime que ce lien est beaucoup trop ténu. De plus, il n'est pas certain qu'à première vue les membres des syndicats demandeurs pouvaient légalement participer aux négociations collectives entre l'AFPC et la Commission canadienne des grains.

IMM-138-09  
2009 FC 809

IMM-138-09  
2009 CF 809

**Arthur Monge Monge** (*Applicant*)

**Arthur Monge Monge** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeur*)

**INDEXED AS: MONGE MONGE v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : MONGE MONGE c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)**

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, July 14; Ottawa, August 10, 2009.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 14 juillet; Ottawa, 10 août 2009.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Minister’s delegate under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 44(2) that immigration officer’s report under IRPA, s. 44(1) finding applicant to be inadmissible well founded, referring report to Immigration Division of Immigration and Refugee Board for admissibility hearing — Case dealing with removal of inadmissible persons, extent to which immigration officers, Minister’s delegates having discretion to allow permanent residents to remain in Canada — Applicant seeking judicial review on ground delegate refusing to carry out pre-removal risk assessment, failing to assess applicant’s addiction to alcohol, drugs as disability — Word “may” in s. 44 connoting certain amount of discretion — Scope of that discretion at issue — Case law diverging on matter — Here, not necessary to determine whether delegate having discretion to consider Ribic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) factors, whether having discretion to refer well-founded report for admissibility hearing — If having discretion, that discretion exercised reasonably — Argument treating addiction as disability attempt to invoke Canadian Charter of Rights and Freedoms equality rights — Serious criminals subject to removal without discrimination, removal not engaging Charter, ss. 7, 15 — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision prise par la représentante du ministre en application de l’art. 44(2) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) dans laquelle elle a indiqué que le rapport de l’agent d’immigration établi en vertu de l’art. 44 de la LIPR précisant que le demandeur était interdit de territoire était bien fondé et de la décision de la représentante de déferer ce rapport à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour enquête — L’affaire traitait du renvoi de personnes interdites de territoire et de l’étendue du pouvoir des agents d’immigration et des représentants du ministre de permettre, selon leur pouvoir discrétionnaire, aux résidents permanents de rester au Canada — Le demandeur sollicitait le contrôle judiciaire au motif que la représentante du ministre a refusé d’effectuer un examen des risques avant renvoi et qu’elle n’a pas estimé que la dépendance du demandeur à l’alcool et aux drogues était une déficience — Le terme « peut » à l’art. 44 connote un certain degré de pouvoir discrétionnaire — La portée de ce pouvoir discrétionnaire était en cause — La jurisprudence diverge à cet égard — En l’espèce, il n’était pas nécessaire d’établir si la représentante avait ou non le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération les facteurs exposés dans Ribic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) et si elle avait le pouvoir discrétionnaire de déferer pour enquête le rapport bien-fondé — Si la représentante avait ce pouvoir discrétionnaire, elle l’a exercé de façon raisonnable — L’argument relatif au fait de traiter la dépendance comme étant une déficience était une tentative d’invoquer l’égalité devant la loi énoncée dans la Charte canadienne des droits et libertés — Les grands criminels peuvent faire l’objet d’un renvoi, sans qu’il y ait de discrimination; le renvoi ne portait pas atteinte aux art. 7 et 15 de la Charte — Demande rejetée.*



This was an application for judicial review of the decision by the Minister's delegate that the report in which the applicant was found to be inadmissible was well-founded, and her decision to refer that report to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for an admissibility hearing.

This case dealt with the mechanics of removing from Canada an inadmissible person and the extent to which those charged with the administration of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) may, in their discretion, allow a permanent resident inadmissible on grounds of serious criminality to remain here. The applicant, a citizen of Poland and a long time permanent resident of Canada, was convicted of armed robbery, dangerous operation of a motor vehicle and possession of a weapon for dangerous purposes, and was sentenced to 30 months' imprisonment. According to paragraph 36(1)(a) of the IRPA, a permanent resident is inadmissible on grounds of serious criminality for having been convicted in Canada of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years for an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed. Here, in accordance with section 44, the officer reported to the Minister that in his opinion the applicant was inadmissible. The Minister's delegate found that the report was well-founded and referred it to the Immigration Division for an admissibility hearing.

The grounds of review raised by the applicant were that the Minister's delegate refused to carry out a pre-removal risk assessment (PRRA) and failed to assess his addiction to alcohol and drugs as a disability.

*Held*, the application should be dismissed.

Subsection 44(1) provides that an immigration officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, and subsection 44(2) provides that if the Minister is of the opinion that the report is well-founded, he may refer the report for an admissibility hearing. The word "may" usually connotes a certain amount of discretion. The first issue was to determine the scope, if any, of the Minister's delegate's discretion not to refer the report for an admissibility hearing. There were five cases of particular note. In *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, subsection 44(1) was interpreted as giving a broad discretion requiring the officer to form an opinion as to admissibility and then decide whether to prepare a report. It was said that the practical effect of a decision not to prepare a report is that, in spite of being

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la représentante du ministre a indiqué que le rapport précisant que le demandeur était interdit de territoire était bien fondé et de la décision de la représentante de déférer ce rapport à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour enquête.

L'affaire traitait du processus de renvoi du Canada d'une personne interdite de territoire et de l'étendue du pouvoir des personnes chargées de l'application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) de permettre, selon leur pouvoir discrétionnaire, au résident permanent interdit de territoire pour grande criminalité de rester ici. Le demandeur, un Polonais et un résident permanent de longue date au Canada, avait été déclaré coupable de vol à main armée, de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur et de possession d'une arme dans un dessein dangereux, et il avait été condamné à 30 mois d'emprisonnement. Selon l'alinéa 36(1)a) de la LIPR, le résident permanent est interdit de territoire pour grande criminalité s'il a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été infligée. En l'espèce, conformément à l'article 44, l'agent a établi un rapport à l'intention du ministre dans lequel il a indiqué qu'il estimait que le demandeur était interdit de territoire. La représentante du ministre a conclu que le rapport était bien fondé et elle l'a déféré à la Section de l'immigration pour enquête.

Les motifs de contrôle judiciaire soulevés par le demandeur étaient que la représentante du ministre a refusé d'effectuer un examen des risques avant renvoi (ERAR) et qu'elle n'a pas estimé que la dépendance du demandeur à l'alcool et aux drogues était une déficience.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le paragraphe 44(1) prévoit que l'agent d'immigration qui estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire peut établir un rapport circonstancié, et le paragraphe 44(2) précise que s'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire pour enquête. Le terme « peut » connote généralement un certain degré de pouvoir discrétionnaire. La première question à trancher était de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire de la représentante du ministre, si tant est que ce pouvoir existe, de ne pas déférer l'affaire pour enquête. Il convenait de souligner en particulier cinq affaires. Dans la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour avait conclu que le paragraphe 44(1) conférait un vaste pouvoir discrétionnaire, obligeant l'agent à se faire un avis sur l'interdiction de territoire, puis à décider d'établir un rapport ou non. La Cour

inadmissible, there are compelling reasons to allow the person to stay in Canada. The same reasoning was held with respect to the Minister's decision as to whether a report is well-founded. In *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* the Federal Court of Appeal noted that, in section 36(3) of the IRPA, Parliament has provided a complete, detailed and straightforward code which directs the manner in which immigration officers and Minister's delegates are to exercise their respective powers under section 44. It concluded that, in making findings of inadmissibility under subsections 44(1) and 44(2), the IRPA did not allow immigration officers and Minister's delegates any room to manoeuvre apart from that expressly carved out in the IRPA and Regulations. In *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, it was said that officers may but are under no duty to take *Enforcement Manual (ENF)* factors into consideration when making a decision. In *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, it was held that, where facts of serious criminality are found to exist, the officer has a responsibility pursuant to subsection 44(1) to prepare a report and is not empowered to exercise discretion.

As evidenced above, there is divergence in the case law on the matter. Nonetheless, to dispose of this particular case, it was not necessary to determine whether the Minister's delegate had discretion to take into account the *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* factors, and whether she had the discretion to refer the subject of a well-founded report for an admissibility hearing. However, if she had that discretion, she exercised it reasonably. Like the immigration officer's report, the Minister's delegate reasons for referring the applicant for an admissibility hearing were well thought-out and took into account the factors listed by Citizenship and Immigration Canada in guideline ENF 6. After balancing the applicant's difficult circumstances to the harm that he has done to Canadian society, she concluded that there weren't sufficient humanitarian and compassionate grounds to outweigh the applicant's very extensive criminal record. Her decision dealt with the *Ribic* factors and was within the range of defensible outcomes. She was under no obligation to carry out what in effect would be a PRRA as the applicant was entitled to such an assessment in any event.

a dit que l'effet pratique d'une décision de ne pas établir de rapport est, en dépit de l'interdiction de territoire, l'existence de motifs sérieux d'autoriser l'intéressé à demeurer au Canada. Le même raisonnement s'appliquait à l'égard de la décision du ministre relativement au bien-fondé du rapport. Dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a interprété le paragraphe 36(3) de la LIPR comme indiquant que le législateur a promulgué un code exhaustif, détaillé et clair prescrivant la manière dont les agents d'immigration et les représentants du ministre doivent exercer les pouvoirs qui leur sont respectivement conférés par l'article 44. Elle a statué que la LIPR n'accorde aucune latitude aux agents d'immigration et aux représentants du ministre lorsqu'ils tirent des conclusions quant à l'interdiction de territoire en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2), sauf pour ce qui est des exceptions prévues explicitement par la LIPR et le Règlement. Dans la décision *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour a conclu que les agents pouvaient prendre en considération les facteurs énoncés dans le *Guide d'exécution de la loi (ENF)* lorsqu'ils rendaient une décision, mais qu'ils n'étaient pas tenus de le faire. Dans les décisions *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour a statué que lorsqu'il est prouvé que des faits de grande criminalité existent, l'agent a la responsabilité en conformité avec le paragraphe 44(1) d'établir un rapport et il n'a pas de pouvoir discrétionnaire.

Comme il est indiqué ci-dessus, il y a une divergence dans la jurisprudence à cet égard. Néanmoins, pour trancher l'affaire en l'espèce, il n'était pas nécessaire de déterminer si la représentante du ministre avait le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte les facteurs énoncés dans l'affaire *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, et si elle avait le pouvoir discrétionnaire de déférer pour enquête l'affaire de la personne faisant l'objet d'un rapport bien-fondé. Toutefois, si la représentante du ministre avait ce pouvoir discrétionnaire, elle l'a exercé de façon raisonnable. À l'instar du rapport de l'agent d'immigration, les motifs de la représentante du ministre ont été soigneusement exposés et tenaient compte des facteurs exposés dans le guide ENF 6 préparé par Citoyenneté et Immigration Canada. Après avoir soupesé la situation difficile du demandeur par rapport au préjudice qu'il a causé à la société canadienne, elle a conclu qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire pour l'emporter sur le casier judiciaire très lourd du demandeur. Sa décision traitait des facteurs énoncés dans l'affaire *Ribic* et elle appartenait aux issues acceptables. La représentante n'avait aucune obligation d'effectuer ce qui en fait aurait été un examen des risques avant renvoi puisque, quoi qu'il en soit, le demandeur était en droit d'obtenir un tel examen.

The argument treating addiction as a disability was an attempt to invoke the equality rights set out in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Serious criminals are subject to removal without discrimination. Removal of those convicted of serious criminality does not engage section 7 of the Charter; the same holds true with respect to section 15.

L'argument relatif au fait de traiter la dépendance comme étant une déficience était une tentative d'invoquer l'égalité devant la loi énoncée à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les grands criminels peuvent faire l'objet d'un renvoi, sans qu'il y ait de discrimination. Le renvoi de personnes déclarées coupables de grande criminalité ne porte pas atteinte à l'article 7 de la Charte. Il en va de même pour l'article 15.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 25 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 36 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3), 44, 45, 64, 65, 67.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409, 267 D.L.R. (4th) 324, 42 Admin. L.R. (4th) 204, revg 2004 FC 1507, [2005] F.C.R. 503, 25 Admin. L.R. (4th) 198, 258 F.T.R. 54; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, 271 F.T.R. 257, 45 Imm. L.R. (3d) 249; *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, 73 Imm. L.R. (3d) 131, affd 2009 FCA 73.

##### REFERRED TO:

*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, 208 D.L.R. (4th) 107, 37 Admin. L.R. (3d) 252; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés* qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 25 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 36 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3), 44, 45, 64, 65, 67.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409, infirmant 2004 CF 1507, [2005] 2 R.C.F. 503; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter 6 : Review of Reports under A44(1), online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf06-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the Minister's delegate decision that the report in which the applicant was found to be inadmissible was well-founded and her decision to refer that report to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for an admissibility hearing in accordance with section 44 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Lobat Sadrehashemi* for applicant.  
*Helen C. H. Park* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Pivot Legal LLP*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] HARRINGTON J.: Mr. Monge Monge is in jail because, according to the police reports as quoted in the decision which is the subject of this judicial review: “[he] approached the victim and got into an altercation with her as she refused to give him money. He grabbed her by the throat and threatened to cut her. She hit the panic button on her key pad. She was pushed into another car and he fled with her vehicle. The police traced the car the next day and tried to apprehend him but he hit three police cars and two civilian vehicles. He drove out of a parking lot and rammed into a marked police vehicle injuring a police officer. He was eventually apprehended by the police and arrested”.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide d'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 6 : L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf06-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la représentante du ministre a indiqué que le rapport précisant que le demandeur était interdit de territoire était bien fondé et de la décision de la représentante de déférer ce rapport à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour enquête conformément à l'article 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Lobat Sadrehashemi* pour le demandeur.  
*Helen C. H. Park* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Pivot Legal LLP*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : M. Monge Monge est en prison parce que, selon les rapports de police cités dans la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire : [TRADUCTION] « [il] a abordé la victime et comme elle refusait de lui donner de l'argent, il s'est disputé avec elle. Il l'a saisie par la gorge et a menacé de la couper. Elle a appuyé sur le bouton d'alarme de sa clé électronique. Il l'a poussée contre une autre voiture et il s'est enfui à bord de la voiture de la victime. Le lendemain, les policiers ont localisé la voiture et ont essayé d'arrêter M. Monge Monge, mais il a embouti trois véhicules de police et deux véhicules civils. Il est sorti du stationnement et a défoncé un véhicule de police identifié blessant par là un policier. Finalement, il a été appréhendé par les policiers ».

[2] He was convicted of armed robbery, dangerous operation of a motor vehicle and possession of a weapon for dangerous purposes. He was sentenced to 30 months' imprisonment. Although only 29 years of age, this was his 27th conviction.

[3] Mr. Monge Monge is a citizen of Poland and a long time permanent resident of Canada: 16 years. According to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001 c. 27 (IRPA) a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for having been convicted in Canada of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years for an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed. Without doubt Mr. Monge Monge is inadmissible.

[4] This case deals with the mechanics of removing from Canada a person who is inadmissible and the extent to which those charged with the administration of the IRPA may, in their discretion, allow a permanent resident who is inadmissible on grounds of serious criminality to remain here.

[5] In this case, and in accordance with section 44 of the IRPA, an immigration officer reported to the Minister that in his opinion Mr. Monge Monge was inadmissible. The Minister in turn appointed a delegate to consider whether that report was well-founded. The Minister's delegate so found and referred the report to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board [the Board] for an admissibility hearing. This is a judicial review of that decision.

[6] This report does not in and of itself render Mr. Monge Monge inadmissible. A decision of the Immigration Division is required. Nevertheless, the Minister does not take the position that this application for judicial review is premature. It has been held many times that both the decision of an officer to report and the decision of the Minister's delegate under section 44 of the IRPA may be the subject of judicial review.

[2] Il a été déclaré coupable de vol à main armée, de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur et de possession d'une arme dans un dessein dangereux. Il a été condamné à 30 mois d'emprisonnement. Même s'il était seulement âgé de 29 ans, il s'agissait de sa 27<sup>e</sup> déclaration de culpabilité.

[3] M. Monge Monge est un Polonais et il est un résident permanent de longue date au Canada : 16 années. Selon l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour grande criminalité s'il a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été infligée. Il ne fait aucun doute que M. Monge Monge est interdit de territoire.

[4] La présente affaire traite du processus de renvoi du Canada d'une personne interdite de territoire et de l'étendue du pouvoir des personnes chargées de l'application de la LIPR de permettre, selon leur pouvoir discrétionnaire, au résident permanent interdit de territoire pour grande criminalité de rester ici.

[5] Dans la présente affaire, en conformité avec l'article 44 de la LIPR, un agent d'immigration a établi un rapport qu'il a transmis au ministre, rapport dans lequel il déclarait que, selon lui, M. Monge Monge était interdit de territoire. À son tour, le ministre a désigné une représentante afin qu'elle examine si le rapport était bien fondé. La représentante du ministre a conclu que le rapport était bien fondé et elle a déféré le rapport à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) pour enquête. Il s'agit en l'espèce du contrôle judiciaire de cette décision.

[6] Le rapport en soi ne rend pas M. Monge Monge interdit de territoire. Il faut une décision de la Section de l'immigration. Néanmoins, le ministre n'estime pas que la présente demande de contrôle judiciaire est prématurée. Il a été décidé à de nombreuses occasions que tant la décision de l'agent d'établir un rapport que la décision du représentant du ministre prise en application de l'article 44 de la LIPR peuvent faire l'objet d'un

Indeed, the result of an inadmissibility hearing is a foregone conclusion as section 45 of the IRPA provides that the Board “shall” make the applicable removal order against a Canadian resident “if it is satisfied that the . . . permanent resident is inadmissible” (my emphasis).

[7] In fact, I was informed at the hearing that since no stay was ordered, the admissibility hearing has taken place and Mr. Monge Monge has been ordered removed to Poland once he has served his sentence. There is no appeal of that decision as section 64 of the IRPA denies an appeal to the Immigration Appeal Division by a permanent resident if found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. Serious criminality for the purposes of section 64 must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

[8] However, should judicial review of the decision of the Minister’s delegate be granted, the underpinning of the admissibility hearing is set aside and the decision must fall. The grounds of this judicial review are that the Minister’s delegate refused to carry out a pre-removal risk assessment [PRRA] and failed to assess Mr. Monge Monge’s addiction to alcohol and drugs as a disability.

## DISCUSSION

[9] Section 44 of the IRPA has drawn a great deal of attention. It was discussed before Parliament, is the subject of a departmental manual and has been the subject of many judicial reviews. It should be read together with subsection 3(1), sections 36 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 3], 64, 65 and 67, all of which are appended hereto. The IRPA pays more attention to the security of Canadians than did the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, which dealt with transitional sections, the Supreme Court noted that the IRPA contains

contrôle judiciaire. En fait, le résultat de l’enquête ne fait aucun doute puisque l’article 45 de la LIPR prévoit que la Commission « rend » la mesure de renvoi applicable contre le résident canadien « sur preuve qu’il est interdit de territoire » (non souligné dans l’original).

[7] En fait, lors de l’audience on m’a informé qu’étant donné qu’aucun sursis n’avait été accordé, l’enquête avait eu lieu et la mesure de renvoi de M. Monge Monge en Pologne avait été prise, le renvoi devenant exécutoire une fois qu’il aurait purgé sa peine. Cette décision ne peut pas faire l’objet d’un appel puisque l’article 64 de la LIPR nie au résident permanent tout droit d’appel auprès de la Section d’appel de l’immigration s’il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Au sens de l’article 64, l’interdiction de territoire pour grande criminalité vise l’infraction punie au Canada par un emprisonnement d’au moins deux ans.

[8] Toutefois, si j’accueillais la demande de contrôle judiciaire de la décision de la représentante du ministre, le fondement de l’enquête serait annulé et la décision serait infirmée. Les motifs de la présente demande de contrôle judiciaire sont que la représentante du ministre a refusé d’effectuer un examen des risques avant renvoi et qu’elle n’a pas estimé que la dépendance de M. Monge Monge à l’alcool et aux drogues était une déficience.

## ANALYSE

[9] L’article 44 de la LIPR a attiré beaucoup d’attention. Il a été débattu au Parlement, il a fait l’objet d’un guide du ministère, et il a été à la base de beaucoup de contrôles judiciaires. Il doit être interprété conjointement avec le paragraphe 3(1), les articles 36 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 3], 64, 65 et 67, qui sont tous annexés aux présents motifs. La LIPR accorde plus d’attention à la sécurité des Canadiens que ne le faisait l’ancienne *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Dans l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, qui traitait de dispositions

several provisions which facilitate the removal of permanent residents who have been engaged in serious criminality. The IRPA is even more stringent as regards non-residents. One such step is section 64 which restricts the right of appeal to the Immigration Appeal Division.

[10] In *Medovarski*, Chief Justice McLachlin noted, at paragraph 12:

In introducing the *IRPA*, the Minister emphasized that the purpose of provisions such as s. 64 was to remove the right to appeal by serious criminals. She voiced the concern that “those who pose a security risk to Canada be removed from our country as quickly as possible” (Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, May 8, 2001).

[11] It must be kept in mind that there are a wide range of reasons why a foreign national or a permanent resident may be inadmissible. At one end of the spectrum are offences such as serious criminality and crimes against humanity. At the other end of the spectrum a person may not have maintained residency requirements or technically may not be a member of the “family class” eligible to be sponsored, failed a medical examination or overstayed a visa.

[12] The cases which deal with inadmissibility due to criminality touch upon a number of issues including:

(a) Procedural fairness;

(b) The discretion, if any, of an officer who is of the opinion that a permanent resident is inadmissible for serious criminality not to prepare and transmit a report to the Minister in accordance with subsection 44(1);

(c) The meaning of the term “relevant facts” in the report;

transitoires, la Cour suprême a fait observer que la LIPR comporte plusieurs dispositions destinées à faciliter le renvoi des résidents permanents qui se sont livrés à des activités de grande criminalité. La LIPR est encore plus rigoureuse en ce qui a trait aux non-résidents. À ce titre, l’article 64 restreint le droit d’appel à la Section d’appel de l’immigration.

[10] Au paragraphe 12 de l’arrêt *Medovarski*, la juge en chef McLachlin a fait l’observation suivante :

Lorsqu’elle a déposé la *LIPR*, la ministre a souligné énergiquement que les dispositions comme l’art. 64 avaient pour objet de retirer aux grands criminels le droit d’interjeter appel. Elle a dit souhaiter [TRADUCTION] « que l’on renvoie le plus rapidement possible [...] les personnes qui constituent un risque pour la sécurité du Canada » (Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages*, 8 mai 2001).

[11] Il faut garder à l’esprit qu’il existe un grand nombre de raisons pour lesquelles un étranger ou un résident permanent peut être interdit de territoire. À un bout de l’échelle, il y a des infractions telles que la grande criminalité et les crimes contre l’humanité. À l’autre bout de l’échelle, une personne peut ne pas avoir respecté les exigences de résidence ou, d’un point de vue technique, ne pas être membre de la « catégorie du regroupement familial » admissible au parrainage, avoir échoué à un examen médical ou avoir dépassé la durée du séjour autorisée par son visa.

[12] Les affaires qui traitent de l’interdiction de territoire pour criminalité touchent un certain nombre de questions, notamment :

a) l’équité procédurale;

b) le pouvoir discrétionnaire de l’agent, si tant est que ce pouvoir existe, qui estime que le résident permanent est interdit de territoire pour grande criminalité, de ne pas établir ni transmettre le rapport au ministre selon le paragraphe 44(1);

c) la signification du terme « circonstancié » dans le rapport;

(d) What factors, if any, is the Minister to take into account in forming an opinion whether the report is well-founded or not;

(e) The discretion, if any, of the Minister (usually the Minister's delegate) not to refer a well-founded report to the Immigration Division for an admissibility hearing.

[13] In this case, the officer's report under subsection 44(1) is very detailed. Mr. Monge Monge's criminal history in Canada is set out in detail "as to his" difficult background. He had been put into an orphanage by state authorities in Poland where he says he suffered extreme sexual and physical abuse. He was later adopted by one of the volunteers at the orphanage in Canada. The family moved to Costa Rica and then immigrated to Canada. After he threatened to kill his adoptive parents he was put into the care of the British Columbia's Ministry of Children and Family Development. He lived in foster and group homes. His addiction to drugs and alcohol and both his prospects in Canada and Poland were considered. Having taken into account factors including Mr. Monge Monge's age at the time of landing, his family inside and outside Canada, support in Canada, criminal record, seriousness of the indexed offence, the length of the sentence imposed, his remorsefulness and potential for rehabilitation, he recommended that he be referred to an admissibility hearing.

[14] The Minister's delegate followed guideline ENF 6 prepared by Citizenship and Immigration Canada [*Enforcement Manual (ENF)*]. Chapter ENF 6: Review of Reports under A44(1) which deals with the review of reports under subsection 44(1). It lists factors [at pages 24–25] which "may be considered in both criminal and non-criminal cases". These factors include age at time of landing, length of residence, location of family support and responsibilities, conditions in home country, degree of establishment, criminality and history of non-compliance and current attitude.

d) les facteurs, le cas échéant, que le ministre doit prendre en compte lorsqu'il se fait un avis sur la question de savoir si le rapport est bien fondé ou non;

e) le pouvoir discrétionnaire du ministre (généralement le représentant du ministre), si tant est que ce pouvoir existe, de ne pas déférer un rapport bien fondé à la Section de l'immigration pour enquête.

[13] Dans la présente affaire, le rapport établi par l'agent en application du paragraphe 44(1) est très précis. Les antécédents criminels de M. Monge Monge au Canada y sont exposés en détail « en relation avec » son passé difficile. Il a été placé dans un orphelinat par les autorités étatiques en Pologne; il déclare qu'il y a souffert de graves agressions sexuelles et physiques. Plus tard, il a été adopté par l'un des bénévoles de l'orphelinat au Canada. Sa famille adoptive a déménagé au Costa Rica et ensuite elle a immigré au Canada. Après qu'il eut menacé de tuer ses parents adoptifs, il a été confié aux soins du ministère du développement des Enfants et de la Famille de la Colombie-Britannique. Il a vécu dans des maisons d'accueil et des foyers collectifs. L'agent a tenu compte de sa dépendance à l'alcool et aux drogues, ainsi que de ses perspectives d'avenir au Canada et en Pologne. Après avoir pris en compte des facteurs tels que l'âge de M. Monge Monge au moment de son établissement au Canada, sa famille au Canada et à l'extérieur du Canada, le soutien dont il bénéficie au Canada, son casier judiciaire, la gravité de l'infraction indexée, la durée de la peine infligée, ses remords et ses possibilités de réadaptation, l'agent a recommandé que l'affaire de M. Monge Monge soit déferée pour enquête.

[14] La représentante du ministre a suivi les lignes directrices du guide ENF 6 préparé par Citoyenneté et Immigration Canada [*Guide d'exécution de la loi (ENF)*]. Chapitre ENF 6 : L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1), qui traite de l'examen des rapports établis en vertu du paragraphe 44(1) (le Guide). Le Guide énumère des facteurs [à la page 26] qui peuvent être pris en compte « dans les causes criminelles et non criminelles ». Ces facteurs incluent : l'âge au moment de l'établissement au Canada, la durée de résidence, la provenance du soutien familial et les responsabilités, les conditions dans le pays d'origine, le



[15] Like the officer's report, the Minister's delegate's reasons for referring Mr. Monge Monge to an admissibility hearing were well thought-out and take into account the factors mentioned in the manual.

[16] She concluded that she was not satisfied that sufficient humanitarian and compassionate grounds existed to outweigh Mr. Monge Monge very extensive criminal record. She reached this conclusion after balancing his difficult circumstances against the harm that he has done to Canadian society. "He failed to learn from his previous errors and has been unable to overcome his drug and alcohol habits even after several attempts at different institutions".

[17] The paragraph of the reasons which has led to this judicial review is the following:

Counsel submitted reports on alcoholism as a disease and of drug use in Poland and how it can lead to HIV/AIDS infection due to dirty needles and drugs that are contaminated. Counsel also submitted articles on the risk of returning to Poland. I have not assessed this risk as Mr. Monge Monge will have an opportunity to submit a Pre-Removal Risk Assessment before removal from Canada if a deportation order is issued against him.

[18] Although in this case Mr. Monge Monge's inadmissibility is a matter of fact, and not of opinion, subsection 44(1) provides that an officer may prepare a report and subsection 44(2) provides that if the Minister is of the opinion that the report is well-founded he may refer the report for an admissibility hearing. The word "may" usually connotes a certain amount of discretion, as indeed reflected in the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21]. The first issue is to determine the scope, if any, of the Minister delegate's discretion not to send on a report to an admissibility hearing. As noted by Mr. Justice Décaré in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409, at paragraph 19:

degré d'établissement, la criminalité et les antécédents de délinquance et l'attitude au moment de l'examen.

[15] Tout comme l'agent dans son rapport, la représentante du ministre a soigneusement exposé les raisons pour lesquelles elle déférait l'affaire de M. Monge Monge pour enquête et a pris en compte les facteurs exposés dans le Guide.

[16] Elle a conclu qu'elle n'était pas convaincue que les considérations d'ordre humanitaire invoquées avaient plus de poids que le lourd casier judiciaire de M. Monge Monge. Elle est arrivée à cette conclusion après avoir soupesé la situation difficile de M. Monge Monge par rapport au préjudice qu'il a causé à la société canadienne. [TRADUCTION] « Il n'a pas tiré de leçon de ses erreurs antérieures et il n'a pas été en mesure de s'affranchir de ses habitudes quant aux drogues et à l'alcool, même après plusieurs tentatives au sein de différents établissements ».

[17] Le paragraphe des motifs qui a mené au présent contrôle judiciaire est le suivant :

[TRADUCTION] L'avocat a produit des rapports sur l'alcoolisme décrit comme étant une maladie et sur l'usage de drogues en Pologne et comment cela pouvait conduire à une contamination au virus du VIH/SIDA en raison de l'utilisation de seringues souillées et de drogues contaminées. L'avocat a aussi présenté des articles sur les risques du retour en Pologne. Je n'ai pas examiné ce risque puisque M. Monge Monge aurait la possibilité de présenter une demande d'examen des risques avant son renvoi du Canada si une mesure d'expulsion était prise contre lui.

[18] Bien que dans la présente affaire l'interdiction de territoire de M. Monge Monge soit une question de fait et non d'avis, le paragraphe 44(1) prévoit que l'agent peut établir un rapport et le paragraphe 44(2) prévoit que, s'il estime que le rapport est bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire pour enquête. Le terme « peut » connote généralement un certain degré de pouvoir discrétionnaire, comme cela ressort en fait de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21]. La première question à trancher est de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire du représentant du ministre, si tant est que ce pouvoir existe, de ne pas déférer l'affaire pour enquête. Comme le juge Décaré l'a fait observer dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la*

In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), at pages 623 to 626, Létourneau J.A. reminded us that the use of the word “may” is often a signal that a margin of discretion is given to an administrative decision maker. It can sometimes be read in context as “must” or “shall”, thereby rebutting the presumptive rule in section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21 that “may” is permissive. It can also be read as no more than a signal from the legislator that an official is being empowered to do something. Even when “may” is read as granting discretion, all grants of discretion are not created equal: depending on the purpose and object of the legislation, there may be considerable discretion, or there may be little.

[19] *Cha* also confirms that the determination of this scope of discretion is a matter of law and that the standard of judicial review is correctness. No deference is owed to the Minister’s delegate.

[20] There are five cases of particular note. In addition to the decision of the Federal Court of Appeal in *Cha*, above, there is the decision of Madam Justice Snider in *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3; the decision of Mr. Justice Mosley in *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 469, 46 Admin. L.R. (4th) 233; the decision of Mr. Justice Blais, as he then was, in *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267; and the decision of Mr. Justice Mosley in *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, upheld by the Federal Court of Appeal at 2009 FCA 73.

[21] Mr. Hernandez, a permanent resident, was convicted and sentenced to 30 months’ imprisonment for possession of cocaine for the purposes of trafficking. The maximum sentence was life imprisonment. An officer reported him under subsection 44(1), the Minister’s delegate referred the matter for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) and a member of the Immigration Division ordered that he

*Citoyenneté et de l’Immigration*), 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409, au paragraphe 19 :

Dans la décision *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), aux pages 623 à 626, le juge Létourneau nous a rappelé que l’emploi du terme « peut » indique souvent qu’une certaine latitude a été laissée au décideur administratif. Selon le contexte, le terme « peut » peut parfois être interprété comme signifiant « doit »; la présomption selon laquelle le mot « peut » exprime la notion d’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés, énoncée à l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 peut alors être réfutée. Il peut aussi n’être qu’une indication de la part du législateur que le fonctionnaire est autorisé à faire quelque chose. En outre, même lorsqu’il y a lieu d’interpréter le mot « peut » comme conférant un pouvoir discrétionnaire, sa portée peut être variable : selon l’objet et le but de la disposition législative concernée, elle peut être très large, ou très étroite.

[19] L’arrêt *Cha* confirme aussi que la détermination de la portée du pouvoir discrétionnaire est une question de droit et que la norme de contrôle est la décision correcte. Aucune déférence n’est due à la représentante du ministre.

[20] Il convient de souligner en particulier cinq affaires. En plus de l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Cha*, précité, il y a la décision de la juge Snider dans *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; la décision du juge Mosley dans *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 469; la décision du juge Blais, maintenant juge en chef de la Cour d’appel fédérale, dans *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 990; la décision du juge Mosley dans *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, confirmée par la Cour d’appel fédérale dans le dossier 2009 CAF 73.

[21] Dans la décision *Hernandez*, il s’agissait d’un résident permanent déclaré coupable de possession de cocaïne à des fins de trafic et condamné à 30 mois d’emprisonnement. La peine maximale pour une telle infraction est l’emprisonnement à vie. Un agent avait établi le rapport prévu au paragraphe 44(1), le représentant du ministre avait déféré l’affaire pour enquête en application du paragraphe 44(2), et un

be deported on the basis that he fell within paragraph 36(1)(a) of the IRPA.

[22] Under the former Act, Mr. Hernandez would have had a right of appeal to the Immigration Appeal Division which would have to take into account a wide range of factors (the *Ribic* factors [*Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL)]) which included the seriousness of the offence, potential for hardship, rehabilitation possibilities, the length of time spent in Canada and the degree of establishment here, his family's circumstances and support available here. These factors have been affirmed by the Supreme Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

[23] Citizenship and Immigration officials are of the view that these factors are still to be considered in cases of serious criminality. Madam Justice Snider referred to comments made to the Standing Committee of Citizenship and Immigration by an Assistant Deputy Minister and the Department procedures manual. She interpreted subsection 44(1) to first require the officer to form an opinion as to admissibility and second, if of the view the person is inadmissible, he or she must then decide whether to prepare a report. While accepting that Hansard only plays a limited role in the interpretation of legislation, and although manuals and guidelines are not binding, she concluded at paragraphs 38 and 39:

The result, when an officer determines that he or she is not going to prepare a report, does not change the fact that the person is inadmissible, as defined by the IRPA; it does not mean the person is "admissible". The practical effect of a decision by the officer not to prepare a report is that in spite of being "inadmissible", as defined in IRPA, there are compelling reasons to allow that person to remain in Canada.

My reasoning is the same with respect to the decision to be made by the Minister's delegate as to whether a report is well-founded, pursuant to subsection 44(2).

commissaire de la Section de l'immigration avait ordonné qu'il soit expulsé au motif qu'il était visé par l'alinéa 36(1)a) de la LIPR.

[22] Selon l'ancienne Loi, la *Loi sur l'immigration*, M. Hernandez aurait eu le droit d'interjeter appel à la Section d'appel de l'immigration, qui aurait pris en compte un grand nombre de facteurs (les facteurs de la décision *Ribic* [*Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)]), facteurs qui comprennent notamment : la gravité de l'infraction, l'importance des difficultés, la possibilité de réadaptation, la période passée au Canada et le degré d'établissement ici, la situation familiale et le soutien dont il bénéficie ici. Ces facteurs ont été confirmés par la Cour suprême dans l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

[23] Selon les fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration, ces facteurs doivent encore être examinés dans les affaires relatives à la grande criminalité. La juge Snider a fait référence aux commentaires faits devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration par le sous-ministre adjoint et au guide de procédures du ministère. Selon l'interprétation de la juge, le paragraphe 44(1) exige premièrement de l'agent qu'il se fasse un avis sur l'interdiction de territoire et, deuxièmement, si l'agent estime que la personne est interdite de territoire, il doit ensuite décider si oui ou non il établit un rapport. Bien qu'elle admette que le Hansard joue un rôle limité dans l'interprétation des lois, et malgré que les guides et lignes directrices ne lient pas les tribunaux, la juge a conclu ce qui suit aux paragraphes 38 et 39 :

Lorsqu'un agent décide de ne pas préparer de rapport, cela ne change pas le fait que l'intéressé est interdit de territoire au sens de la LIPR; cela ne signifie pas qu'il devient « admissible ». L'effet pratique d'une telle décision est de mettre l'accent, en dépit de l'interdiction de territoire prévue par la LIPR, sur l'existence de motifs sérieux d'autoriser l'intéressé à demeurer au Canada.

Ce raisonnement s'applique aussi à l'égard de la décision que doit prendre le représentant du ministre relativement au bien-fondé du rapport, sous le régime du paragraphe 44(2).

[24] This decision was in contrast to earlier decisions which had taken a more narrow approach. Although questions were certified, the appeal was abandoned before it was heard on the merits.

[25] The cornerstone of any analysis by this Court is the decision of Mr. Justice Décary speaking for the Federal Court of Appeal in *Cha*, above. That case is important not only for what it says, but also for what it deliberately refrains from saying. In considering such discretion as the Minister's delegate may have under subsection 44(2) he noted that the IRPA differentiates between permanent residents and foreign nationals and between those who enjoy protected status as United Nations Convention refugees [*United Nations Convention relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] and those who do not. Mr. Cha, a foreign national studying in Canada on a student visa, had been convicted for drunk driving, a criminal offence which carries a maximum sentence of five years. He had been prosecuted summarily and received a fine and licence suspension. He was not jailed. A report was made pursuant to subsection 44(1) of the IRPA. Since Mr. Cha was a foreign national, and not a permanent resident, the Minister's delegate made a removal order directly, rather than referring the case to an admissibility hearing. In judicial review, Mr. Justice Lemieux set aside the order on the basis that the Minister's delegate had fettered her discretion and had not observed principles of procedural fairness [2004 FC 1507, [2005] 2 F.C.R. 503]. The case went to appeal on a certified question. The Federal Court of Appeal reversed. Much of the case deals with procedural fairness, which is not in issue before me.

[26] Mr. Justice Décary made it perfectly clear that *Hernandez*, which held that section 44 gave a broad discretion, and the earlier cases which were narrower in scope, all involved permanent residents inadmissible on grounds of serious criminality in Canada. He said at paragraph 13: "I do not wish to be taken as approving or

[24] Cette décision contredisait les décisions antérieures, qui avaient adopté une approche plus stricte. Malgré que la juge ait certifié des questions, l'appel a été abandonné avant qu'il soit entendu sur le fond.

[25] La pierre angulaire de toute analyse de la Cour est l'arrêt rendu par le juge Décary, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale dans *Cha*, précité. Cet arrêt est important non seulement pour ce qu'il dit, mais aussi pour ce qu'il s'abstient de dire. Lorsqu'il a examiné le pouvoir discrétionnaire que les représentants du ministre peuvent avoir en application du paragraphe 44(2), le juge a fait observer que la LIPR crée des différences entre les résidents permanents et les étrangers, et entre ceux qui bénéficient du statut de personne protégée en tant que réfugiés au sens de la Convention des Nations Unies [*Convention des Nations Unies relative au statut de réfugié*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] et ceux qui n'en bénéficient pas. M. Cha, un étranger étudiant au Canada à la faveur d'un visa étudiant, avait été déclaré coupable de conduite en état d'ivresse, une infraction criminelle qui emporte une peine d'un emprisonnement maximal de cinq ans. Il avait été poursuivi par procédure sommaire et il avait été condamné à une amende et à la suspension de son permis de conduire. Il n'avait pas été emprisonné. Le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR avait été établi. Comme M. Cha était un étranger, et non pas un résident permanent, la représentante du ministre avait directement pris une mesure de renvoi plutôt que de déférer l'affaire pour enquête. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge Lemieux avait annulé la mesure au motif que la représentante du ministre avait compromis son pouvoir discrétionnaire et qu'elle n'avait pas respecté les principes d'équité procédurale [2004 CF 1507, [2005] 2 R.C.F. 503]. L'affaire avait été examinée en appel par suite d'une question certifiée. La Cour d'appel fédérale avait infirmé la décision. La plus grande partie de l'affaire portait sur l'équité procédurale, question qui n'est pas soulevée en l'espèce.

[26] Le juge Décary a clairement souligné que tant la décision *Hernandez*, dans laquelle la juge avait conclu que l'article 44 conférait un vaste pouvoir discrétionnaire au représentant du ministre, que les affaires antérieures, qui avaient donné une portée plus étroite au pouvoir discrétionnaire, touchaient toutes des résidents

disapproving the final determination that was made in these cases.” After reminding us that immigration is a privilege and not a right, he turned to section 36 of the IRPA and said (at paragraphs 27–30):

The section distinguishes between the criminality of permanent residents and that of foreign nationals. It distinguishes between offences committed in Canada and offences committed outside Canada. It distinguishes between offences that are qualified as “serious” (an offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years or an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed) and offences which, for lack of a better word, I will describe as “simple” (an offence punishable by way of indictment or two offences not arising out of a single occurrence).

Parliament, therefore, wanted certain persons having committed certain offences in certain territories to be declared inadmissible, whatever the sentence imposed. Subsections 36(1) and (2) of the Act have been carefully drafted. Nothing was left to chance nor to interpretation.

Little attention, if any, has been paid in the debates or in the decided cases to subsection 36(3) of the Act. Yet, this subsection is in my view determinant when assessing the respective role of immigration officers and Minister’s delegates in admissibility proceedings.

As I read subsection 36(3), Parliament has provided a complete, detailed and straightforward code which directs the manner in which immigration officers and Minister’s delegates are to exercise their respective powers under section 44 of the Act. Hybrid offences committed in Canada are to be treated as indictable offences regardless of the manner in which they were prosecuted (paragraph 36(3)(a)). Convictions are not to be taken into consideration where pardon has been granted or where they have been reversed (paragraph 36(3)(b)). Rehabilitation may only be considered in defined circumstances (paragraph 36(3)(c)). The relative gravity of the offence and the age of the offender will only be a relevant factor where the *Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47 and the *Young Offenders Act*, R.C.S., 1985, c.Y-1 apply (paragraph 36(3)(e)).

permanents interdits de territoire pour grande criminalité au Canada. Au paragraphe 13, le juge Décary a déclaré : « je ne souhaite pas qu’on en déduise que j’approuve ou désapprouve les décisions qu’on y a rendues ». Après nous avoir rappelé que l’immigration est un privilège et non pas un droit, il a analysé l’article 36 de la LIPR et a déclaré ce qui suit (aux paragraphes 27 à 30) :

On fait une distinction à l’article 36 entre la criminalité des résidents permanents et celle des autres étrangers. Une distinction est également établie entre les infractions commises au Canada et celles commises à l’extérieur du Canada. Une autre distinction est établie entre les infractions constituant ce qu’on qualifie de « grande » criminalité (les infractions punissables d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ou les infractions pour lesquelles un emprisonnement de plus de six mois est infligé) et les infractions que, faute d’un meilleur terme, je qualifierai de « simples » (une infraction punissable par mise en accusation ou deux infractions qui ne découlent pas des mêmes faits).

Le législateur souhaitait, par conséquent, que certaines personnes ayant commis certaines infractions dans certains territoires soient interdites de territoire, quelle que soit la peine infligée. Les paragraphes 36(1) et (2) de la Loi ont été rédigés avec soin. Rien n’a été laissé au hasard et il n’y a pas non plus matière à interprétation.

On n’a guère prêté attention lors des débats ou dans la jurisprudence au paragraphe 36(3) de la Loi. Ce texte a néanmoins, selon moi, un caractère déterminant lorsqu’il s’agit d’apprécier le rôle respectif des agents d’immigration et des représentants du ministre dans le cadre de l’enquête.

Selon mon interprétation du paragraphe 36(3), le législateur a promulgué un code exhaustif, détaillé et clair prescrivant la manière dont les agents d’immigration et les représentants du ministre doivent exercer les pouvoirs qui leur sont respectivement conférés par l’article 44 de la Loi. Les infractions mixtes commises au Canada sont assimilées à des infractions punissables par mise en accusation indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu (alinéa 36(3)a)). Les déclarations de culpabilité n’entrent pas en ligne de compte en cas de réhabilitation ou en cas de verdict d’acquiescement (alinéa 36(3)b)). On ne peut par ailleurs prendre en compte la réhabilitation que dans certaines circonstances déterminées (alinéa 36(3)c)). La gravité relative de l’infraction et l’âge du contrevenant ne sont des facteurs pertinents que lorsque la *Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47 et la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 sont en jeu (alinéa 36(3)e)).

[27] He concluded that sections 36 and 44 of the Act, as well as the applicable Regulations, did not allow immigration officers and Minister's delegates in making findings of inadmissibility under subsections 44(1) and 44(2) due to their being convicted of serious or simple offences "any room to manoeuvre apart from that expressly carved out in the Act and Regulations." He also made mention of the fact that, although questions had been certified in *Hernandez*, the case did not proceed to appeal.

[28] On the heels of that decision came the decision of Mr. Justice Mosley in *Awed*. Mr. Awed was a foreign national who had been determined to be a Convention refugee. He was not a permanent resident. He had been convicted of a number of criminal offences for which he had been sentenced to nine months in jail. Mr. Justice Mosley applied *Cha* noting that refugees received greater protection than other foreign nationals, including a right of appeal, and the right not to be refouled to a place where they would be persecuted. He concluded at paragraph 20 of his reasons, however, that "[t]he officer is on a fact-finding mission and if serious or simple criminality is found, has the responsibility to prepare a report and transmit it to the Minister."

[29] In *Spencer*, Mr. Justice Blais, was dealing with a permanent resident who was not a refugee. She was reported pursuant to subsection 44(1) as being inadmissible for serious criminality. That report was referred to an admissibility hearing. After considering *Cha*, *Hernandez* and *Awed*, he concluded that officers may take policy manual factors in consideration when making a decision pursuant to section 44 of the Act but are under no duty to do so. In any event, he was of the view that the officer had taken humanitarian and compassionate factors into account.

[30] Ms. Richter was a permanent resident convicted of serious criminality. Mr. Justice Mosley repeated what he had said in *Awed* that where the facts of serious

[27] Il a conclu que les articles 36 et 44 de la Loi et les dispositions applicables du Règlement n'accordent aucune latitude aux agents d'immigration et aux représentants du ministre lorsqu'ils tirent des conclusions quant à l'interdiction du territoire en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la Loi, à l'égard de personnes déclarées coupables d'infractions simples ou graves, « sauf pour ce qui est des exceptions prévues explicitement par la Loi et le Règlement ». Il a aussi souligné que malgré le fait que des questions eussent été certifiées dans la décision *Hernandez*, l'affaire n'était pas allée en appel.

[28] Dans la foulée de cet arrêt, le juge Mosley rendit sa décision dans l'affaire *Awed*. M. Awed était un étranger reconnu comme étant un réfugié au sens de la Convention. Il n'était pas résident permanent. Il avait été déclaré coupable de nombreuses infractions criminelles pour lesquelles une peine d'emprisonnement de neuf mois lui avait été infligée. Appliquant l'arrêt *Cha*, le juge Mosley a fait observer que les réfugiés bénéficiaient d'une plus grande protection que les étrangers, notamment qu'ils avaient le droit d'interjeter appel, le droit de ne pas être refoulés dans un pays où ils pourraient être persécutés. Au paragraphe 20 de ses motifs, il a cependant conclu que « [l]a mission de l'agent consiste à rechercher les faits et, lorsqu'il constate qu'il y a eu grande ou simple criminalité, il est tenu d'établir un rapport et de le transmettre au ministre. »

[29] Dans la décision *Spencer*, le juge Blais examinait l'affaire d'une résidente permanente qui n'était pas une réfugiée. Elle avait fait l'objet du rapport prévu au paragraphe 44(1) au motif qu'elle était interdite de territoire pour grande criminalité. Le rapport avait été déféré pour enquête. Après avoir examiné les affaires *Cha*, *Hernandez* et *Awed*, le juge avait conclu que les agents pouvaient prendre en considération les facteurs énoncés dans le Guide lorsqu'ils rendaient une décision en application de l'article 44 de la Loi, mais qu'ils n'avaient pas l'obligation de le faire. Quoi qu'il en soit, selon le juge, l'agent avait pris en compte les considérations d'ordre humanitaire.

[30] M<sup>me</sup> Richter était une résidente permanente déclarée coupable de grande criminalité. Le juge Mosley a répété ce qu'il avait dit dans la décision *Awed*,

criminality are found to exist the officer has a responsibility pursuant to subsection 44(1) to prepare a report and is not empowered to exercise discretion. As to the Minister's delegate decision to refer the report on pursuant to subsection 44(2), he noted that *Cha* left the question open whether some minimal amount of discretion was available to the Minister's delegate in deciding whether or not to refer the report to the Immigration Appeal Division in cases where the individual involved is a permanent resident. Mr. Justice Mosley did not answer the question as in any event he was satisfied that humanitarian and compassionate factors had been taken into account.

[31] The Federal Court of Appeal upheld him and stated it was in substantial agreement with what he had said. However, since the question in appeal was on procedural fairness, I do not take the case as definitive authority that the Federal Court of Appeal prefers Mr. Justice Mosley's interpretation of section 44 over that of Madam Justice Snider.

[32] Given the divergence in the jurisprudence, it would be inappropriate for me to say anything more than is necessary to dispose of this particular case. Either the Minister's delegate had discretion to take into account the *Ribic* factors or she did not. Either she had the discretion to refer the subject of a well-founded report to an admissibility hearing or she did not. It is not necessary for me to say.

[33] However, if she had that discretion, she exercised it reasonably. Her decision dealt with the *Ribic* factors and was within the range of defensible outcomes (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190).

[34] Certainly she was under no obligation to carry out what in effect would be a pre-removal risk assessment, as Mr. Monge Monge is entitled to such an assessment in any event.

c'est-à-dire que lorsqu'il est prouvé que des faits de grande criminalité existent, l'agent a la responsabilité en conformité avec le paragraphe 44(1), d'établir un rapport et il n'a pas de pouvoir discrétionnaire. En ce qui concerne la décision du représentant du ministre de déférer l'affaire conformément au paragraphe 44(2), il a fait observer que, dans l'arrêt *Cha*, la question avait été laissée en suspens quant à savoir si le représentant du ministre disposait d'un pouvoir discrétionnaire minimal lorsqu'il décidait si oui ou non il devait déférer l'affaire à la Section d'appel de l'immigration dans les cas où la personne concernée est résidente permanente. Le juge Mosley n'a pas répondu à la question puisque, quoi qu'il en fût, il était convaincu que les considérations d'ordre humanitaire avaient été prises en compte.

[31] La Cour d'appel fédérale confirma sa décision et elle déclara qu'elle souscrivait pour l'essentiel à ce qu'il avait dit. Toutefois, puisqu'en appel la question qui se posait portait sur l'équité procédurale, je n'estime pas que cette affaire clôt le débat et que la Cour d'appel fédérale a retenu l'interprétation de l'article 44 faite par le juge Mosley plutôt que celle de la juge Snider.

[32] Vu la divergence dans la jurisprudence, il serait inapproprié que je dise quoi que ce soit de plus que ce qui est nécessaire pour trancher la présente affaire. Soit la représentante du ministre avait le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte les facteurs de la décision *Ribic*, soit elle ne l'avait pas. Soit elle avait le pouvoir discrétionnaire de déférer pour enquête l'affaire de la personne faisant l'objet du rapport qu'elle estimait bien fondé, soit elle ne l'avait pas. Il n'est pas nécessaire que je me prononce.

[33] Toutefois, si la représentante du ministre avait ce pouvoir discrétionnaire, elle l'a exercé de façon raisonnable. Sa décision traitait des facteurs de la décision *Ribic* et elle appartenait aux issues acceptables (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

[34] La représentante du ministre n'avait certainement aucune obligation d'effectuer ce qui en fait aurait été un examen des risques avant renvoi puisque, quoi qu'il en soit, M. Monge Monge est en droit d'obtenir un tel examen.

[35] The argument with respect to treating addiction as a disability is an attempt to invoke the equality rights set out in section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendice II, No. 44]] which provides that every individual is entitled to equal protection and equal benefit of the law without discrimination, including discrimination based on “mental or physical disability.”

[36] There is no discrimination here. Serious criminals are subject to removal without discrimination no matter their race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental physical disability. It was held in *Medovarski*, above, that the removal of those convicted of serious criminality did not engage section 7 of the Charter (security of the person). The same holds true with respect to section 15.

[37] Apart from a PRRA, Mr. Monge Monge may ask, pursuant to section 25 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] of the IRPA, for temporary or permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate grounds.

[38] The style of cause is amended by removing the Minister of Citizenship and Immigration as a party respondent and replacing him with the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

[39] Mr. Monge Monge shall have until August 24, 2009 to serve and file a proposed question for certification, which would support an appeal. The Minister shall have seven days from service to respond.

[35] L’argument relatif au fait de traiter la dépendance comme étant une déficience est une tentative d’invoquer l’égalité devant la loi énoncée à l’article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui prévoit que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment la discrimination basée sur « les déficiences mentales ou physiques ».

[36] Il n’y a pas de discrimination en l’espèce. Les grands criminels peuvent faire l’objet d’un renvoi, sans qu’il y ait de discrimination, peu importe leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur sexe, leur âge ou leurs déficiences mentales ou physiques. Dans l’arrêt *Medovarski*, précité, la Cour suprême a décidé que le renvoi de personnes déclarées coupables de grande criminalité ne portait pas atteinte à l’article 7 de la Charte (sécurité de la personne). Il en va de même pour l’article 15.

[37] Mis à part un examen des risques avant renvoi, M. Monge Monge peut invoquer l’article 25 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] de la LIPR pour demander de l’intérieur du Canada que le statut de résident temporaire ou celui de résident permanent lui soit accordé pour des motifs d’ordre humanitaire.

[38] Je modifie l’intitulé de la cause de manière à ce que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration soit remplacé en tant que défendeur par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

[39] M. Monge Monge a jusqu’au 24 août 2009 pour signifier et déposer une question pour certification qui pourrait étayer un appel. Le ministre a sept jours à partir du dépôt pour répondre.

#### Appendix

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

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

#### Annexe

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

3. (1) En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :



- |   |   |
|---|---|
| <p>(a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;</p> <p>(b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;</p> <p>(b.1) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;</p> <p>(c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;</p> <p>(d) to see that families are reunited in Canada;</p> <p>(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;</p> <p>(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;</p> <p>(g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce, tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;</p> <p>(h) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society;</p> <p>(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and</p> <p>(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.</p> | <p>a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;</p> <p>b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;</p> <p>b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;</p> <p>c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;</p> <p>d) de veiller à la réunification des familles au Canada;</p> <p>e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;</p> <p>f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;</p> <p>g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;</p> <p>h) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;</p> <p>i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;</p> <p>j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.</p> |
|---|---|

...

[...]

**36. (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

- (a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

**36. (1)** Empoignent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

- a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;

(b) having been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament, or of two offences not arising out of a single occurrence that, if committed in Canada, would constitute offences under an Act of Parliament;

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament; or

(d) committing, on entering Canada, an offence under an Act of Parliament prescribed by regulations.

(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):

(a) an offence that may be prosecuted either summarily or by way of indictment is deemed to be an indictable offence, even if it has been prosecuted summarily;

(b) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on a conviction in respect of which a pardon has been granted and has not ceased to have effect or been revoked under the *Criminal Records Act*, or in respect of which there has been a final determination of an acquittal;

(c) the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c) and (2)(b) and (c) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or foreign national who, after the prescribed period, satisfies the Minister that they have been rehabilitated or who is a member of a prescribed class that is deemed to have been rehabilitated;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions qui ne découlent pas des mêmes faits et qui, commises au Canada, constitueraient des infractions à des lois fédérales;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation;

d) commettre, à son entrée au Canada, une infraction qui constitue une infraction à une loi fédérale précisée par règlement.

(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2) :

a) l'infraction punissable par mise en accusation ou par procédure sommaire est assimilée à l'infraction punissable par mise en accusation, indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu;

b) la déclaration de culpabilité n'emporte pas interdiction de territoire en cas de verdict d'acquiescement rendu en dernier ressort ou de réhabilitation — sauf cas de révocation ou de nullité — au titre de la *Loi sur le casier judiciaire*;

c) les faits visés aux alinéas (1)b) ou c) et (2)b) ou c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui, à l'expiration du délai réglementaire, convainc le ministre de sa réadaptation ou qui appartient à une catégorie réglementaire de personnes présumées réadaptées;

(d) a determination of whether a permanent resident has committed an act described in paragraph (1)(c) must be based on a balance of probabilities; and

(e) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act* or an offence for which the permanent resident or foreign national is found guilty under the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985 or the *Youth Criminal Justice Act*.

...

**44.** (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

(3) An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

...

**64.** (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least two years.

(3) No appeal may be made under subsection 63(1) in respect of a decision that was based on a finding of inadmissibility on the ground of misrepresentation, unless the foreign national in question is the sponsor's spouse, common-law partner or child.

d) la preuve du fait visé à l'alinéa (1)c) est, s'agissant du résident permanent, fondée sur la prépondérance des probabilités;

e) l'interdiction de territoire ne peut être fondée sur une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions* ni sur une infraction dont le résident permanent ou l'étranger est déclaré coupable sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985), ou de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

[...]

**44.** (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déferer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

(3) L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

[...]

**64.** (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans.

(3) N'est pas susceptible d'appel au titre du paragraphe 63(1) le refus fondé sur l'interdiction de territoire pour fausses déclarations, sauf si l'étranger en cause est l'époux ou le conjoint de fait du répondant ou son enfant.

**65.** In an appeal under subsection 63(1) or (2) respecting an application based on membership in the family class, the Immigration Appeal Division may not consider humanitarian and compassionate considerations unless it has decided that the foreign national is a member of the family class and that their sponsor is a sponsor within the meaning of the regulations.

...

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

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

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

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

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

**65.** Dans le cas de l'appel visé aux paragraphes 63(1) ou (2) d'une décision portant sur une demande au titre du regroupement familial, les motifs d'ordre humanitaire ne peuvent être pris en considération que s'il a été statué que l'étranger fait bien partie de cette catégorie et que le répondant a bien la qualité réglementaire.

[...]

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

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

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

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

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

T-370-09  
2009 FC 861

T-370-09  
2009 CF 861

**Kevin R. Aalto, Roza Aronovitch, Roger R. Lafrenière, Martha Milczynski, Richard Morneau and Mireille Tabib** (*Applicants*)

**Kevin R. Aalto, Roza Aronovitch, Roger R. Lafrenière, Martha Milczynski, Richard Morneau et Mireille Tabib** (*demandeurs*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: AALTO v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : AALTO c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, MacKay D.J.—Toronto, July 8 and 9; Ottawa, August 28, 2009.

Cour fédérale, juge suppléant MacKay—Toronto, 8 et 9 juillet; Ottawa, 28 août 2009.

*Constitutional Law — Fundamental Principles — Judicial independence — Judicial review of Minister of Justice's decision rejecting recommendations of Special Advisor on adequacy of salary, benefits of prothonotaries — Minister's response basing rejection on deterioration of global economic situation, adverse effects on Government's financial position, concerns with assumptions underpinning Special Advisor's recommendations — Remuneration for judicial officers determined following independent, effective commission process — Government may depart from recommendations if decision to do so justified on rational, legitimate grounds — Here, extraordinary economic circumstances providing reasonable basis for decision not to accept Special Advisor's recommendations — Otherwise, response not meeting accepted test for rational, legitimate response to recommendations — Response making no reference to Special Advisor's recommendations, not meeting constitutional requirements of process for establishing judicial remuneration — Application dismissed.*

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Indépendance judiciaire — Contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice rejetant les recommandations du conseiller spécial concernant le caractère adéquat du traitement et des avantages sociaux des protonotaires — La réponse du ministre attribue le rejet à la détérioration de la situation économique globale et à ses effets défavorables sur la situation financière du gouvernement et aux réserves à l'égard de présomptions sur lesquelles le rapport du conseiller spécial était fondé — La rémunération des fonctionnaires judiciaires doit être fixée par le recours au mécanisme d'examen par une commission, lequel présente les garanties d'indépendance et d'efficacité — Le gouvernement peut écarter les recommandations s'il justifie sa décision par des motifs rationnels et légitimes — En l'espèce, les conditions économiques extraordinaires constituaient un fondement raisonnable pour la décision de ne pas accepter les recommandations du conseiller spécial — Autrement, la réponse ne satisfaisait pas au critère établi d'une réponse rationnelle ou légitime aux recommandations — La réponse ne faisait aucunement référence aux recommandations du conseiller spécial et ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles relatives au mécanisme de fixation du traitement de fonctionnaires judiciaires — Demande rejetée.*

This was an application by the prothonotaries of the Federal Court for judicial review of the decision of the Minister of Justice (*Response of the Minister of Justice to the Report of the Special Advisor on Federal Court Prothonotaries' Compensation*), on behalf of the Government of Canada, to reject all of the recommendations of the Special Advisor concerning the adequacy of salary and benefits of prothonotaries. Until 2007, their compensation and benefits were matters dealt with by the Privy Council Office. It has been a continuing concern of the prothonotaries to have

Il s'agissait d'une demande présentée par les protonotaires de la Cour fédérale pour solliciter le contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice (*Réponse du ministre de la Justice au rapport du conseiller spécial sur la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale*), au nom du gouvernement canadien, rejetant toutes les recommandations du conseiller spécial concernant le caractère adéquat du traitement et des avantages sociaux des protonotaires. Jusqu'en 2007, le traitement et les avantages des protonotaires relevaient du Bureau du Conseil privé. Les protonotaires

these determined after an independent commission and response process that demonstrates recognition of judicial independence. The first action to provide that process led to the Special Advisor's Report in 2008, which the Minister found generally unacceptable. His response bases the virtual rejection of all recommendations on two grounds: (1) the deterioration of the global economic situation and the significant adverse effects on Government's financial position, and (2) concerns with some assumptions underpinning the Special Advisor's recommendations in relation to salary, pensions and other benefits enhancements.

*Held*, the application should be dismissed.

Prothonotaries are judicial officers sharing judicial independence in their work as judges do. They are to have their remuneration determined following an independent, objective and effective commission process that has a meaningful effect upon judicial remuneration. To be effective, this process requires a fair, open, objective assessment and a reasonable response addressed to the recommendations made. The Government may depart from the recommendations if it justifies its decision on rational, legitimate grounds. Ultimately, the reviewing court must determine whether, if viewed globally, the commission process has been effective and the setting of judicial remuneration has been depoliticized, bearing in mind that the process is flexible and that the recommendations are not binding.

The discretion to manage economic and fiscal policy, including wage restraints, is within the Government's constitutional authority. Absent any serious *Canadian Charter of Rights and Freedoms* issue, the Court defers to the determination of the Government. Here, the extraordinary economic circumstances (the deterioration of economic conditions and of public finance after the report of the Special Advisor was presented) relied upon by the Government provided a reasonable basis for the decision not to accept the recommendations of the Special Advisor. That finding precluded the Court from granting the application. Otherwise, the response did not meet the accepted test for a rational or legitimate response to those recommendations. The decision to reject the Special Advisor's recommendations was made without reference to the reasons for the recommendations or the recommendations themselves.

tenaient à ce que leur traitement et leurs avantages soient fixés par le recours à un mécanisme d'examen par une commission et de réponse qui témoigne d'une reconnaissance de l'indépendance judiciaire. La première mesure qui fut prise en vue de l'instauration de ce mécanisme a mené au Rapport du conseiller spécial de 2008, que le ministre a jugé généralement inacceptable. La réponse du ministre rejette à peu près toutes les recommandations pour deux motifs : 1) la détérioration de la situation économique globale et ses importants effets défavorables sur la situation financière du gouvernement canadien, et 2) les réserves à l'égard de certaines présomptions sur lesquelles le rapport du conseiller spécial était fondé quant au traitement, aux pensions et d'autres améliorations à des avantages.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Les protonotaires sont des fonctionnaires judiciaires qui jouissent de l'indépendance judiciaire dans l'exécution de leurs fonctions, au même titre que les juges. Leur rémunération doit être fixée par le recours au mécanisme d'examen par une commission, lequel présente les garanties d'indépendance, d'objectivité et d'efficacité et qui a une incidence réelle sur la rémunération des juges. Pour être efficace, ce mécanisme appelle une appréciation équitable, ouverte et objective ainsi qu'une réaction raisonnable aux recommandations formulées. Le gouvernement peut écarter les recommandations s'il justifie sa décision par des motifs rationnels et légitimes. En dernière analyse, la cour de révision doit déterminer s'il ressort, dans l'ensemble, que le recours à une commission s'est révélé efficace et qu'on a dépolitisé la fixation de la rémunération des juges, en gardant à l'esprit que le mécanisme d'examen est souple et que les recommandations ne s'imposent pas.

Le pouvoir discrétionnaire pour gérer la politique économique et fiscale, notamment des restrictions salariales, relève clairement des compétences constitutionnelles du gouvernement. En l'absence de tout moyen sérieux tiré de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour s'en remet aux décisions du gouvernement. En l'espèce, les circonstances économiques extraordinaires (la détérioration des conditions économiques et des finances publiques après le dépôt du rapport du conseiller spécial) invoquées par le gouvernement constituaient un fondement raisonnable pour la décision de ne pas accepter les recommandations du conseiller spécial. Vu cette conclusion, il était exclu que la Cour fasse droit à la demande. Autrement, la réponse ne satisfaisait pas au critère établi d'une réponse rationnelle ou légitime aux recommandations. La décision de rejeter les recommandations du conseiller spécial a été prise sans égard aux motifs qui sous-tendent les recommandations ni aux recommandations mêmes.

The response set out additional considerations directed to the recommendations. In relation to salary, the response did not explain why the Special Advisor was wrong to reject the Government's position that public service comparators should be used for assessing salary levels. To complain that the Special Advisor did not accept its preference was not a reasoned response to the recommendations. The response did not suggest any modification of the salary recommendations. Rather, it underlined the view that prothonotaries' salary should remain unchanged. As for prothonotaries' pensions, while there may have been reasons why the detailed recommendations for a pension arrangement were not acceptable, the response went no further than to reject them without serious consideration, even in principle. The rejection could hardly be taken as being rationally related to the recommendations in the special circumstances of this case.

If the test set out in *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44 were to be applied, the primary basis of the response was without reference to the recommendations. The recommendations were given no weight, had no meaningful effect upon the outcome, and were not appropriately responded to by reasonably complete reasons. The response did not meet the standard of rationality, either on the ground of deteriorating economic conditions or on the additional grounds relating to specific recommendations, and did not respect the purposes or the constitutional requirements of the process for establishing judicial remuneration. The dismissal of the present application did not constitute recognition of the commission and response process as one that met constitutional requirements. While the response was not set aside, it was not acceptable as a continuing basis for remuneration. The constitutional obligation of Government to ensure an appropriate process for establishing salary and benefits for the Federal Court prothonotaries remained.

La réponse exposait d'autres considérations qui visaient les recommandations. S'agissant du traitement, la réponse n'expliquait pas pourquoi le conseiller spécial avait tort de rejeter la position du gouvernement selon laquelle des indices de comparaison de la fonction publique devraient être utilisés pour évaluer les niveaux de traitement. Reprocher au conseiller spécial de ne pas avoir accepté sa préférence ne constituait pas une réponse motivée aux recommandations. La réponse ne proposait aucune modification des recommandations sur le traitement. Elle soulignait plutôt l'avis du gouvernement selon lequel le traitement des protonotaires devrait demeurer inchangé. Pour ce qui est des pensions des protonotaires, bien qu'il puisse y avoir eu des motifs de conclure que les recommandations détaillées relatives à un régime de pension n'étaient pas acceptables, la réponse se bornait à les rejeter sans en examiner sérieusement aucun aspect, même sur le plan des principes. Le rejet ne pouvait découler logiquement des recommandations vu les circonstances particulières de l'espèce.

Si le critère énoncé dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44 était appliqué, le fondement principal de la réponse ne se rattachait aucunement aux recommandations. Aucun poids n'a été accordé aux recommandations, celles-ci n'ont eu aucun effet concret sur le résultat et le ministre n'y a pas répondu de manière adéquate en invoquant des motifs raisonnablement complets. La réponse ne satisfaisait pas à la norme de la rationalité, ni au titre du motif tiré de la détérioration des conditions économiques, ni au titre des motifs additionnels exposés en rapport avec des recommandations précises, et elle ne respectait pas les objectifs du mécanisme de fixation de la rémunération judiciaire. Le rejet de la présente demande ne valait pas reconnaissance de la conformité aux exigences constitutionnelles du mécanisme d'examen par une commission et de réponse. Bien que la réponse n'ait pas été annulée, elle ne pouvait pas être maintenue comme fondement de la rémunération. Le gouvernement reste soumis à la même obligation constitutionnelle d'assurer un mécanisme adéquat pour la fixation du traitement et des avantages des protonotaires de la Cour fédérale.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1.  
*Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, ss. 5, 13(4), 16.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 12 (as am. *idem*, s. 20; 2003, c. 22, ss. 225(E), 263; 2006, c. 11, s. 23).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés* qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.  
 Décret C.P. 2007-1015.  
 Décret C.P. 2009-0986.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10.  
*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36.  
*Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, ch. 2, art. 393, art. 5, 13(4), 16.

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).  
*Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1.  
 Order in Council P.C. 2007-1015.  
 Order in Council P.C. 2009-0986.  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, s. 127.1(1)(c) (as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 106).  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36.

*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, art. 127.1(1)c) (édicte par L.C. 2006, ch. 9, art. 106).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 12 (mod., *idem*, art. 20; 2003, ch. 22, art. 225(A), 263; 2006, ch. 11, art. 23).  
*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, 242 Nfld. & P.E.I.R. 113, 244 D.L.R. (4th) 294.

## APPLIED:

*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; R. v. Campbell; R. v. Ekmecic; R. v. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 206 A.R. 1, 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice); Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board); Bodner v. Alberta; Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General); Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286, 367 A.R. 300, 288 N.B.R. (2d) 202.

## AUTHORS CITED

Canada. Special Advisor on Federal Court Prothonotaries' Compensation. *Report of the Honourable George W. Adams, Q.C.*, May 30, 2008, online: <[http://www.prothocomp.gc.ca/report\\_special\\_advisor\\_e.pdf](http://www.prothocomp.gc.ca/report_special_advisor_e.pdf)>.  
 Department of Finance Canada. *Budget 2009 – Canada's Economic Action Plan*. January 27, 2009, online: <<http://www.budget.gc.ca/2009/pdf/budget-planbudgetaire-eng.pdf>>.  
 Department of Justice Canada. *Response of the Government of Canada to the Report of the 2007 Judicial Compensation and Benefits Commission*. February 11, 2009, online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/res-rep/comm2007.html>>.  
 Department of Justice Canada. *Response of the Minister of Justice to the Report of the Special Advisor on Federal Court Prothonotaries' Compensation*. June 25, 2009, online: <<http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/res-rep/prot.html>>.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; 288 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 202.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Conseiller spécial sur la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale. *Rapport de l'honorable George W. Adams, c.r.*, 30 mai 2008, en ligne : <[http://www.prothocomp.gc.ca/report\\_special\\_advisor\\_f.pdf](http://www.prothocomp.gc.ca/report_special_advisor_f.pdf)>.  
 Ministère de la Justice du Canada. *Réponse du gouvernement du Canada au rapport de la commission d'examen de la rémunération des juges 2007*. 11 février 2009, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/rep-res/comm2007.html>>.  
 Ministère de la Justice du Canada. *Réponse du ministre de la Justice au rapport du conseiller spécial sur la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale*. 25 juin 2009, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/rep-res/prot.html>>.  
 Ministère des Finances du Canada. *Budget de 2009 : Le plan d'action économique du Canada*. 27 janvier 2009, en ligne : <<http://www.budget.gc.ca/2009/pdf/budget-planbudgetaire-fra.pdf>>.



APPLICATION by the prothonotaries of the Federal Court for judicial review of the decision of the Minister of Justice to reject all of the recommendations of the Special Advisor concerning the adequacy of salary and benefits of prothonotaries. Application dismissed.

DEMANDE présentée par les protonotaires de la Cour fédérale pour solliciter le contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Justice rejetant toutes les recommandations du conseiller spécial concernant le caractère adéquat du traitement et des avantages sociaux des protonotaires. Demande rejetée.

APPEARANCES

*Andrew K. Lokan* for applicants.  
*Catherine Beagan Flood* and *Bryn Gray* for respondent.

ONT COMPARU

*Andrew K. Lokan* pour les demandeurs.  
*Catherine Beagan Flood* et *Bryn Gray* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for applicants.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour le défendeur.

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

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

[1] MACKAY D.J.: By this application the prothonotaries of the Federal Court request judicial review of the decision, by the response of the Minister of Justice of Canada dated February 11, 2009 (*Response of the Minister of Justice to the Report of the Special Advisor on Federal Court Prothonotaries' Compensation*, Department of Justice Canada, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/res-rep/prot.html>, June 25, 2009 [response]), on behalf of the Government of Canada, in relation to recommendations of a special advisor concerning the adequacy of salary and benefits of the prothonotaries, whether current or past. That response rejected virtually all of the recommendations made in the Report of the Special Advisor [Special Advisor on Federal Court Prothonotaries' Compensation. *Report of the Honourable George W. Adams, Q.C.*, May 30, 2008, online: <[http://www.prothocomp.gc.ca/report\\_special\\_advisor\\_e.pdf](http://www.prothocomp.gc.ca/report_special_advisor_e.pdf)>].

[1] LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY : Par la présente demande, les protonotaires de la Cour fédérale demandent un contrôle judiciaire de la décision prise aux termes de la réponse du ministre de la Justice du Canada datée du 11 février 2009 (*Réponse du ministre de la Justice au rapport du conseiller spécial sur la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale*, Ministère de la Justice du Canada, <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/rep-res/prot.html>, 25 juin 2009 [réponse]), au nom du gouvernement du Canada, relativement aux recommandations d'un conseiller spécial concernant le caractère adéquat du traitement et des avantages sociaux des protonotaires, actuels ou passés. Cette réponse a rejeté à peu près toutes les recommandations formulées dans le Rapport du conseiller spécial [Conseiller spécial sur la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale. *Rapport de l'honorable George W. Adams, c.r.*, 30 mai 2008, en ligne : <[http://www.prothocomp.gc.ca/report\\_special\\_advisor\\_f.pdf](http://www.prothocomp.gc.ca/report_special_advisor_f.pdf)>].

[2] The circumstances are extraordinary. Before setting out reasons in full, I here set out a summary of my principal conclusions. First, the application for

[2] Les circonstances sont extraordinaires. Avant d'exposer mes motifs au long, j'expose ici un résumé de mes principales conclusions. Premièrement, la demande

judicial review is dismissed since the primary reason given in the response is reasonable in regard to the extraordinary circumstances, that is, the significant changes in economic conditions generally and in the adverse effects on public finances of the Government of Canada which became apparent after the Report of the Special Advisor was submitted to the Minister on May 30, 2008. The decision of Government and the actions taken to deal with these changes were legitimate in that they were consistent with the law and constitutional authority of the Government. There is no basis for this Court to set aside the Minister's response. That determination does not resolve the issue raised and argued before me about the acceptance of the response in relation to the recommendations of the Advisor.

[3] My second conclusion is reached with respect for the difficulties facing Government in extraordinary circumstances and in the circumstances of the response here being made in relation to the first process initiated to properly determine remuneration for Federal Court prothonotaries in accord with the law. My conclusion is that the response does not meet constitutional requirements for appropriate recognition of judicial independence established by the Supreme Court of Canada in the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *R. v. Campbell*; *R. v. Ekmecic*; *R. v. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Reference re P.E.I. Judges*) and in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 (referred to in the text of reasons as *Bodner*). The response and its reasons do not respond appropriately to the recommendations of the Special Advisor. Viewed globally the response does not demonstrate respect for the "commission process" and the purposes of that process to preserve judicial independence and depoliticize the setting of judicial remuneration. It is my conclusion that those purposes

de contrôle judiciaire est rejetée, puisque le motif principal invoqué dans la réponse est raisonnable eu égard aux circonstances extraordinaires, à savoir les changements importants dans les conditions économiques en général et leurs incidences négatives sur les finances publiques du gouvernement du Canada qui ont été constatés après la présentation du Rapport du conseiller spécial au ministre le 30 mai 2008. La décision du gouvernement et les mesures prises pour composer avec ces changements étaient légitimes en ce qu'elles étaient conformes à la loi et relevaient du pouvoir constitutionnel du gouvernement. La Cour n'a aucun motif d'annuler la réponse du ministre. Cette conclusion ne règle pas la question soulevée et plaidée devant moi concernant l'acceptation de la réponse en rapport avec les recommandations du conseiller.

[3] La deuxième conclusion à laquelle je parviens se rapporte aux difficultés auxquelles le gouvernement est confronté dans des circonstances extraordinaires et dans les circonstances de l'élaboration de la réponse en l'espèce, en rapport avec la première démarche entreprise pour fixer convenablement la rémunération des protonotaires de la Cour fédérale en conformité avec la loi. Je conclus que la réponse ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles visant à assurer une reconnaissance appropriée de l'indépendance de la magistrature qu'a établies la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *R. c. Campbell*; *R. c. Ekmecic*; *R. c. Wickman*; *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3 (ci-après le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*) et dans l'arrêt *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (ci-après *Bodner*). La réponse et les motifs qui y sont invoqués ne répondent pas convenablement aux recommandations du conseiller spécial. Dans l'ensemble, la réponse ne démontre pas un respect du « mécanisme d'examen par

have not been achieved by the commission process and response in this case.

[4] While the significance of my conclusions is initially a matter for the parties, the public interest is also affected. Some principle implications are suggested in the “Conclusions and Implications”, at paragraphs 54 to 59 of these reasons. In effect the response is not set aside, but it is not acceptable as a continuing basis of the remuneration of prothonotaries. The responsibility for accomplishing that continues as it existed on May 30, 2008, and before that.

#### The background

[5] Provision for the appointment of the Special Advisor to the Minister was made by Order in Council P.C. 2007-1015, dated June 21, 2007. By its preamble, that order acknowledges that “the adequacy of the salary and benefits of prothonotaries of the Federal Court have not been comprehensively considered to date”, and “the Governor in Council deems it necessary that there be a special advisor to the Minister of Justice to undertake an external review of and advise on, the adequacy of the salary and the benefits” of those prothonotaries.

[6] Following the appointment of the Special Advisor (by agreement between the parties the Honourable George W. Adams was named Special Advisor in August 2007 to act pursuant to P.C. 2007-1015 enacted under the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, paragraph 127.1(1)(c) (as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 106), the parties to this application made a number of written submissions to him. Their counsel were heard and submissions were made by the Chief Justice of the Federal Court, the then-Acting Chief Administrator of the Courts Administration Service, and representatives of other interested parties. The Advisor reported to the Minister on May 30, 2008, in accord with his terms of reference. By those terms he was directed to consider:

une commission » et des objectifs de ce mécanisme, à savoir préserver l’indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges. Je conclus que le mécanisme d’examen par une commission et la réponse n’ont pas atteint ces objectifs en l’espèce.

[4] Bien que mes conclusions intéressent d’abord les parties, elles touchent aussi l’intérêt public. Certaines implications de principe sont évoquées à la section des présents motifs intitulée « Conclusions et implications », aux paragraphes 54 à 59. La réponse n’est pas annulée, mais elle ne peut pas être maintenue comme fondement de la rémunération des protonotaires. La responsabilité à cet égard demeure la même qu’au 30 mai 2008 et avant cette date.

#### Le contexte

[5] La nomination du conseiller spécial du ministre s’est faite au moyen du décret C.P. 2007-1015, daté du 21 juin 2007. Dans son préambule, le décret reconnaît que, « jusqu’à présent, le traitement et les avantages des protonotaires de la Cour fédérale n’ont jamais été examinés en profondeur afin de vérifier s’ils sont satisfaisants », et que « la gouverneure en conseil juge nécessaire que le ministre de la Justice soit assisté d’un conseiller spécial chargé d’entreprendre un examen externe du traitement et des avantages » de ces protonotaires.

[6] Suite à la nomination du conseiller spécial (du commun accord des parties, l’honorable George W. Adams a été nommé conseiller spécial en août 2007 pour agir conformément au décret C.P. 2007-1015 pris en vertu de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, alinéa 127.1(1)(c) (édicte par L.C. 2006, ch. 9, art. 106), les parties à la présente demande lui ont présenté des observations écrites. Leurs avocats ont été entendus, et le juge en chef de la Cour fédérale, l’administrateur en chef par intérim du Service administratif des tribunaux judiciaires de l’époque ainsi que des représentants d’autres parties intéressées ont présenté des observations. Le conseiller a fait rapport au ministre le 30 mai 2008, conformément à son mandat. Aux termes de ce mandat, le conseiller devait tenir compte des éléments suivants :

- |   |  |
|---|--|
| <p>a. the nature and duties of a prothonotary;</p> <p>b. the salary and the benefits of appropriate comparator groups;</p> <p>c. the prevailing economic conditions in Canada, including the cost of living, and the overall economic and current financial position of the federal government;</p> <p>d. the role of financial security in ensuring the independence of prothonotaries;</p> <p>e. the need to attract outstanding candidates to the office of Federal Court prothonotary; and</p> <p>f. any other objective criteria that the Special Advisor considers relevant (P.C. 2007-1015, dated June 21, 2007, subsection 4(1)).</p> | <p>a. la nature des fonctions exercées par le protonotaire;</p> <p>b. le traitement et les avantages de groupes de comparaison appropriés;</p> <p>c. l'état de l'économie au Canada, notamment le coût de la vie, ainsi que la situation économique et financière globale de l'administration fédérale;</p> <p>d. le rôle de la sécurité financière dans la préservation de l'indépendance des protonotaires;</p> <p>e. le besoin de recruter les meilleurs candidats pour occuper la charge de protonotaire de la Cour fédérale;</p> <p>f. tout autre facteur objectif que le conseiller spécial estime important ([décret] C.P. 2007-1015, daté du 21 juin 2007, paragraphe 4(1)).</p> |
|---|--|

[7] The office was created by the *Federal Court Act* in 1971 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and prothonotaries have served as judicial officers of the Federal Court, appointed by the Governor General in Council now pursuant to section 12 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 20; 2003, c. 22, ss. 225(E), 263; 2006, c. 11, s. 23] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] as amended, to serve during good behaviour until age 75. It is common ground between the parties that they make a most important contribution to the work of the Federal Court, that they are judicial officers sharing judicial independence in their work as judges do, and as has been recognized for other judicial officers of other courts in Canada in the jurisprudence evolving after the *Reference re P.E.I. Judges*, in particular in *Bodner*.

[8] The prothonotaries' role in the Federal Court has expanded, particularly in the last dozen years or so, in both substantive and procedural matters, as a result of changes in the Court's Rules [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] to provide more efficient and effective judicial oversight of dealing with the variety of claims and applications, many of them complex, before the Court. Much of the

[7] La charge de protonotaire a été créée par la *Loi sur la Cour fédérale* en 1971 [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], et les protonotaires agissent en qualité de fonctionnaires judiciaires de la Cour fédérale, nommés par le gouverneur en conseil, maintenant en vertu de l'article 12 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 20; 2003, ch. 22, art. 225(A), 263; 2006, ch. 11, art. 23] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] et modifications, à titre inamovible jusqu'à l'âge de 75 ans. Les parties s'entendent pour dire que les protonotaires apportent une contribution des plus importantes aux travaux de la Cour fédérale, qu'ils jouissent de l'indépendance judiciaire dans l'exécution de leurs fonctions en qualité de fonctionnaires judiciaires, au même titre que les juges, de même qu'à l'instar d'autres fonctionnaires judiciaires d'autres tribunaux au Canada, conformément à la jurisprudence subséquente au *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, en particulier l'arrêt *Bodner*.

[8] Le rôle des protonotaires à la Cour fédérale a été élargi, particulièrement au cours des quelque douze dernières années, tant en ce qui a trait aux questions de fond qu'aux questions de procédure, à la suite de modifications apportées aux Règles de la Cour [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] pour assurer une surveillance judiciaire plus efficace du traitement des différentes

Court's work involves causes and claims for relief against the Government of Canada, ministers or other officers of government, or in the judicial administration of regulatory policies enacted by Parliament. In this work prothonotaries are regularly engaged in hearing motions or with other case management proceedings, or in trials, in the variety of causes before the Court.

demandes et requêtes dont la Cour est saisie, et dont bon nombre sont complexes. Une part importante des travaux de la Cour se rapporte à des causes et des demandes de réparation contre le gouvernement du Canada, les ministres ou d'autres fonctionnaires du gouvernement, ou concerne l'administration judiciaire de politiques réglementaires adoptées par le Parlement. Dans le cadre de ces travaux, les protonotaires procèdent régulièrement à l'audition de requêtes ou s'occupent d'autres procédures de gestion des instances, ou de procès, et ce, dans tout un éventail de causes devant la Cour.

[9] The history of discussions between representatives of the prothonotaries and of the Government in recent years provides two quite different perspectives of past understandings and misunderstandings. Rationalizing these perspectives is not necessary for purposes of assessing the response of the Minister, though a few key elements or results of the background provide necessary context. These include:

[9] Deux perspectives passablement différentes des ententes et des malentendus passés se dégagent des discussions qu'ont eues les représentants des protonotaires et du gouvernement au cours des dernières années. Il n'est pas nécessaire de rationaliser ces perspectives aux fins de l'examen de la réponse du ministre, mais il importe tout de même de signaler quelques éléments contextuels clés, dont les suivants :

(i) A continuing concern of the prothonotaries, since at least the decision in the *Reference re P.E.I. Judges* in 1997, has been to have their compensation and benefits, until 2007 matters mainly dealt with by the Privy Council Office, determined after an independent commission and response process that demonstrates recognition of judicial independence for the prothonotaries.

i) Les protonotaires se préoccupent, au moins depuis le prononcé du *Renvoi relatif à la rémunération des juges* de 1997, de ce que leur traitement et leurs avantages — des questions qui ont relevé principalement du Bureau du Conseil privé jusqu'en 2007 — soient fixés en recourant à un mécanisme d'examen par une commission et de réponse qui témoigne d'une reconnaissance de l'indépendance judiciaire des protonotaires.

(ii) The first action to provide that process was P.C. 2007-1015, leading to the Special Advisor's Report in 2008, which the Minister by his response in 2009 found generally unacceptable.

ii) La première mesure qui a été prise en vue de l'instauration de ce mécanisme a été le décret C.P. 2007-1015, qui a mené au Rapport du conseiller spécial de 2008, que le ministre a jugé généralement inacceptable dans sa réponse en 2009.

(iii) At the time of the Report the primary remuneration of prothonotaries, salary and pension, was as follows:

iii) Au moment du Rapport, les traitement, salaire et pension de base des protonotaires étaient les suivants :

(a) Salary was set at 69 percent of the salary payable under the *Judges Act* [R.S.C., 1985, c. J-1] to puisne judges of the Federal Court. That proportionate salary was determined by the Governor General in Council in 2001 as a result of negotiations between representatives of the prothonotaries and of the Government of Canada. Since then salaries of judges

a) Le salaire était fixé à 69 p. 100 du salaire payable aux juges puînés de la Cour fédérale en vertu de la *Loi sur les juges* [L.R.C. (1985), ch. J-1]. Ce salaire proportionnel avait été fixé par le gouverneur en conseil en 2001, à la suite de négociations entre des représentants des protonotaires et du gouvernement du Canada. Depuis lors, les salaires des juges ont

have increased following reports of successive quadrennial commissions on judges' compensation, and by reason of annual adjustments provided to judges, under the *Judges Act*, both of which were extended proportionately to the prothonotaries. (Parenthetically, I note that the most recent Quadrennial Commission on Judge's compensation reported to the Minister on May 30, 2008. As in the case of the Report of the Special Advisor of concern in this case, the response of the Minister virtually rejected all recommendations in the report of the Quadrennial Commission on similar grounds of serious economic uncertainty arising after that Commission had reported.) (See *Response of the Government of Canada to the Report of the 2007 Judicial Compensation and Benefits Commission*, February 11, 2009, <http://canada.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/res-rep/comm2007.html>.)

(b) Pensions for prothonotaries are established by subsection 12(5) of the *Federal Courts Act*, which deems them to be employed in the public service for purposes of the *Public Service Superannuation Act* [R.S.C., 1985, c. P-36 (PSSA)]. They have no annuity as judges do, there is no recognition of commencing their work at mid-career age and experience and no provision is made for continuing participation in the public service pension arrangement to age 75 as is the case for judges under the arrangements for their annuities.

[10] In 2001, the salary determined for prothonotaries (in an amount later translated as 69 percent of a Federal Court Judge's salary) resulted in a dollar amount reasonably comparable to the average paid to masters and provincial judges in the courts of the provinces. In 2008, that was no longer the case for the prothonotaries' salary then ranked very near the bottom of the list of salaries of judicial officers across Canada, other than those of federally appointed judges. In the latter year the pension arrangements for the prothonotaries did not compare favourably with their counterparts in provincial courts and their appointment at mid-professional career

augmenté à la suite des rapports des commissions quadriennales successives d'examen de la rémunération des juges et en raison de rajustements annuels accordés aux juges, en vertu de la *Loi sur les juges*, et les protonotaires ont bénéficié à ces deux titres d'augmentations salariales proportionnelles correspondantes. (Incidentement, je note que la plus récente commission quadriennale d'examen de la rémunération des juges a fait rapport au ministre le 30 mai 2008. Tout comme dans le cas du Rapport du conseiller spécial qui nous intéresse ici, la réponse du ministre a rejeté à peu près toutes les recommandations formulées dans le rapport de la Commission quadriennale, et ce, pour des motifs similaires de grave incertitude économique constatée après la présentation du rapport de la Commission.) (Voir la *Réponse du gouvernement du Canada au rapport de la commission d'examen de la rémunération des juges 2007*, 11 février 2009, <http://canada.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/rep-res/comm2007.html>.)

b) Les pensions des protonotaires sont établies par le paragraphe 12(5) de la *Loi sur les Cours fédérales*, en vertu duquel les protonotaires sont réputés appartenir à la fonction publique pour l'application de la *Loi sur la pension de la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-36]. Ils ne touchent aucune pension comparable à celle des juges, il n'y a aucune reconnaissance du fait qu'ils commencent à travailler en milieu de carrière ni de leur expérience, et il n'y a aucune disposition leur permettant de continuer à cotiser au régime de pension de la fonction publique jusqu'à l'âge de 75 ans comme c'est le cas des juges en vertu des ententes relatives à leurs pensions.

[10] En 2001, le salaire fixé pour les protonotaires (d'un montant exprimé plus tard comme correspondant à 69 p. 100 du salaire d'un juge de la Cour fédérale) correspondait à un montant en dollars raisonnablement comparable au salaire moyen des conseillers-maîtres et des juges des cours provinciales. Tel n'était plus le cas en 2008, alors que le salaire des protonotaires se classait tout près du bas de la liste des salaires des fonctionnaires judiciaires à l'échelle du Canada, autres que les juges nommés par le gouvernement fédéral. Au cours de la dernière année, les modalités de la pension pour les protonotaires ne se sont pas comparées avantageusement

with only limited years for participation in Canada's public service pension plan left them less well provided for on retirement than most of their counterparts.

[11] Insurance coverage for any long-term sickness or disability after age 65 was not a program available for participating prothonotaries as it is for judges and for many provincial judicial officers. A program to address prothonotaries' concerns was recommended.

[12] The Special Advisor's Report was delivered as directed, on May 30, 2008. It included a number of specific recommendations and some other proposals for consideration. These are summarized in Annex A, attached here, reproduced from the Minister's response as a summary satisfactory for our purposes.

[13] The Minister's response of February 11, 2009, is the essential focus of this judicial review and it will be examined in some detail. It may be summarized as basing the virtual rejection of all recommendations on two general but distinct grounds. The parties differed in their assessments of these two grounds. The first, described in the response as the "overarching consideration" (Minister's response, page 3, 2nd full paragraph), was the deterioration of the global economic situation and the significant adverse effects on the financial position of the Government of Canada "after the Special Advisor concluded his inquiry and submitted his recommendations to the Minister on May 30, 2008" (Minister's response, page 2, paragraphs 1–2). The second basis for the response was concerns of the Government with "some of the assumptions that underpin the Special Advisor's recommendations, in particular in relation to salary" (Minister's response, page 3, paragraph 2) but also in relation to pensions or other benefit enhancements proposed by the Report (Minister's response, page 4, last paragraph).

à celles de leurs homologues des cours provinciales, et leur nomination en milieu de carrière, qui leur laisse un nombre limité d'années pour contribuer au régime de pension de la fonction publique du Canada, les laisse moins bien pourvus en matière de retraite que la plupart de leurs homologues.

[11] Contrairement aux juges et à bon nombre de fonctionnaires judiciaires provinciaux, les protonotaires n'ont pas accès à un programme d'assurance en cas de maladie ou d'invalidité de longue durée après 65 ans. Un programme visant à répondre aux préoccupations des protonotaires a été recommandé.

[12] Le Rapport du conseiller spécial a été présenté tel que prévu, le 30 mai 2008. Il comprenait un certain nombre de recommandations spécifiques et certaines autres propositions pour étude. Ces recommandations et propositions sont exposées dans le résumé reproduit à l'annexe A ci-jointe, qui est tiré de la réponse du ministre et qui constitue un résumé convenable pour nos fins.

[13] La réponse du ministre du 11 février 2009 constitue l'objet essentiel du présent contrôle judiciaire et elle sera examinée de manière relativement détaillée. En résumé, elle rejette à peu près toutes les recommandations pour deux motifs généraux, mais distincts. Les points de vue des parties divergeaient dans l'appréciation de ces deux motifs. Le premier motif, que la réponse décrit comme la « principale considération » (réponse du ministre, page 4, 1<sup>er</sup> paragraphe complet), était la détérioration de la situation économique globale et ses effets négatifs importants sur la situation financière du gouvernement du Canada « depuis que le conseiller spécial a conclu son enquête et soumis son rapport au ministre de la Justice le 30 mai 2008 » (réponse du ministre, page 2, 2<sup>e</sup> paragraphe). Le deuxième motif invoqué comme fondement de la réponse était les préoccupations du gouvernement à l'égard de « certaines présomptions sur lesquelles le rapport du conseiller spécial est fondé, tout particulièrement quant au traitement » (réponse du ministre, page 4, 1<sup>er</sup> paragraphe complet), mais aussi à l'égard des pensions ou d'autres améliorations à des avantages proposées par le Rapport (réponse du ministre, page 4, dernier paragraphe).

General principles here applicable

[14] General principles stated in the *Reference re P.E.I. Judges* as elaborated in jurisprudence thereafter evolving, particularly in *Bodner*, consider the commission and response process of concern in this case. They include the following:

a. Judicial officers, assured of judicial independence by the common law and the Constitution, are to have remuneration for their work determined following a “commission process” that is independent, objective and effective, one that has a meaningful effect upon judicial remuneration. In my view, the jurisprudence is clear, the commission process, to be effective, requires a fair, open, objective, assessment and a reasonable response addressed to the recommendations made.

b. That does not require that the commission’s recommendations be binding. Rather, Government may depart from the recommendations if it justifies its decision on rational, legitimate grounds that are complete, tailored to the recommendations, and based on factual foundations.

c. Judicial review of the Government’s response depends upon a three-fold test:

(i) Has Government articulated a legitimate reason for departing from the commission’s recommendations?

(ii) Are the stated reasons for the response based upon a reasonable factual foundation?

(iii) Viewed globally, has the commission process been respected and have its purposes been achieved. Those purposes are to preserve judicial independence and depoliticize the setting of judicial remuneration (*Bodner*, above, at paragraph 31). The last phrase, depoliticizing the decision, serves to preserve judicial independence

Les principes généraux qui s’appliquent ici

[14] Certains des principes généraux énoncés dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et développés dans la jurisprudence subséquente, en particulier dans l’arrêt *Bodner*, concernent le mécanisme d’examen par une commission et de réponse dont il est question en l’espèce. Ces principes généraux comprennent ce qui suit :

a. La rémunération des fonctionnaires judiciaires, à qui la common law et la Constitution garantissent l’indépendance judiciaire, doit être fixée en ayant recours à un « mécanisme d’examen par une commission » qui est indépendant, objectif et efficace et qui a un effet concret sur la rémunération des juges. À mon avis, il ressort clairement de la jurisprudence que, pour être efficace, le processus d’examen par une commission exige une appréciation équitable, ouverte et objective ainsi qu’une réponse raisonnable traitant les recommandations formulées.

b. Il ne s’ensuit pas que les recommandations de la commission doivent être obligatoires. En effet, le gouvernement peut écarter les recommandations, mais pour cela, il doit justifier sa décision par des motifs rationnels et légitimes qui sont complets, qui sont adaptés aux recommandations et qui reposent sur des fondements factuels.

c. Le contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement se fait en fonction d’un critère à trois volets :

i) Le gouvernement a-t-il justifié par des motifs légitimes sa décision d’écarter les recommandations de la commission?

ii) Les motifs invoqués au soutien de la réponse reposent-ils sur des fondements factuels raisonnables?

iii) Dans l’ensemble, le mécanisme d’examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission ont-ils été atteints? Ces objectifs sont la préservation de l’indépendance de la magistrature et la dépoliticisation de la fixation de la rémunération des juges (*Bodner*, précité, au paragraphe 31). Ce dernier objectif, soit la



by restricting unilateral decisions by Government on remuneration for judges and judicial officers.

dépolitisation de la fixation de la rémunération des juges, contribue à préserver l'indépendance de la magistrature en restreignant les décisions unilatérales du gouvernement touchant la rémunération des juges et des fonctionnaires judiciaires.

[15] In assessing the Minister's response, particularly its factual foundation, the Court must give due deference to the role of the Minister, of Government, and consider whether on the evidence before the Court it was rational for there to be reliance on the factual bases for the decision taken. Again in the final stage of its review of the response, the Court must give due deference to the Minister's decision, bearing in mind that the commission process is flexible and the recommendations of the commission are not binding. Ultimately, the reviewing court must determine whether, "[i]f viewed globally it appears that the commission process has been effective and that the setting of judicial remuneration has been 'depoliticized'." If so the Government's choice should stand (*Bodner*, above, at paragraphs 28–40).

[15] Lorsqu'elle apprécie la réponse du ministre, en particulier son fondement factuel, la Cour doit faire preuve de la retenue requise à l'égard du rôle du ministre et du gouvernement et se demander si, compte tenu des éléments de preuve dont elle dispose, il était rationnel de s'appuyer sur les bases factuelles de la décision qui a été prise. Au stade final de son examen de la réponse, la Cour doit faire preuve encore une fois de la retenue requise à l'égard de la décision du ministre, en gardant à l'esprit que le mécanisme d'examen par une commission est souple et que les recommandations de la commission ne sont pas obligatoires. En dernière analyse, la Cour de révision doit déterminer « [s]'il ressort, dans l'ensemble, que le recours à une commission s'est révélé efficace et qu'on a "dépolitisé" la fixation de la rémunération des juges ». Dans l'affirmative, le choix du gouvernement devrait alors être confirmé (*Bodner*, précité, paragraphes 28 à 43).

Review of the response in this case

L'examen de la réponse en l'espèce

[16] As earlier noted, the Minister's response specifies that it is based on two distinct factual grounds. Since those are essentially unrelated, I propose to review them separately and then to assess the response, viewing these bases together, and as *Bodner* directs, "globally" in light of the purposes of the commission and response process for determining judicial remuneration.

[16] Comme je l'ai indiqué précédemment, la réponse du ministre précise qu'elle repose sur deux motifs factuels distincts. Puisqu'il n'y a essentiellement aucun lien entre ces deux motifs, je les examinerai séparément, après quoi j'apprécierai la réponse, en examinant ces deux motifs en même temps et, conformément à l'arrêt *Bodner*, « dans l'ensemble » au regard des objectifs du mécanisme de fixation de la rémunération des juges fondé sur un examen par une commission et une réponse.

A. The reliance on deteriorating economic conditions

A. Le motif tiré de la détérioration des conditions économiques

[17] As noted by the response a key criterion governing the mandate of the Special Advisor was "the prevailing economic conditions in Canada, including the cost of living, and the overall economic and current financial position of the federal government."

[17] Comme le souligne la réponse, un des critères clés à prendre en compte dans le cadre de l'exécution du mandat du conseiller spécial était « l'état de l'économie au Canada, notamment le coût de la vie, ainsi que la situation économique et financière globale de

Submissions were made to the Special Advisor in regard to this criterion and he commented in his report on those circumstances based on the submissions made to him. Those submissions, made in the spring of 2008, did not highlight the serious economic difficulties that soon were seen to be facing Canada. The economic circumstances and the financial position relied upon in the response, however, are specifically related to the significant deterioration in the global economic situation and the Government's economic and financial position "after the Special Advisor concluded his inquiry and submitted his recommendations to the Minister of Justice on May 30, 2008". The reliance upon deteriorating economic conditions, without reference to the specific recommendations, cannot be, indeed it does not purport to be, a response to the recommendations made by the Special Advisor.

[18] The response relies upon *Budget 2009 – Canada's Economic Action Plan* (Canada's Economic Action Plan, Budget 2009, Department of Finance Canada, tabled in the House of Commons, January 27, 2009), which, *inter alia*, referred to the introduction of legislation to ensure predictability of federal public sector wages during this difficult economic period. That legislation, later enacted as the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2., s. 393, in force on assent March 12, 2009, provided for annual wage increases, for the federal public administration generally, of 2.3 percent in 2007–2008 and 1.5 percent for the following three years (*Expenditure Restraint Act*, section 16). Exemptions from those limitations were made under the Act for certain groups of public servants and for others whose salary increases, in excess of the restraint limits, had been settled before the wage restraints were announced. The applicants before me suggested that some thousands of public servants were ultimately exempt from the statutory wage restraints.

[19] Among those exempt (*Expenditure Restraint Act*, section 5, subsection 13(4)) from the general restraint were judges paid a salary under the *Judges Act*, and

l'administration fédérale. » Des observations ont été présentées au conseiller spécial au regard de ce critère, et le conseiller spécial a commenté ces circonstances dans son rapport en s'appuyant sur les observations qui lui avaient été présentées. Ces observations, présentées au printemps 2008, ne faisaient pas état de sérieuses difficultés économiques auxquelles le Canada allait bientôt être confronté. Cependant, les circonstances économiques et la situation financière invoquées dans la réponse sont précisément liées à l'importante détérioration des conditions économiques globales et de la position économique et financière du gouvernement « depuis que le conseiller spécial a conclu son enquête et soumis son rapport au ministre de la Justice le 30 mai 2008 ». Le motif tiré de la détérioration des conditions économiques sans allusion aux recommandations spécifiques ne saurait constituer une réponse aux recommandations formulées par le conseiller spécial — et d'ailleurs, il n'est pas présenté comme tel.

[18] La réponse invoque le *Budget de 2009 : Le plan d'action économique du Canada* (Le plan d'action économique du Canada, Budget 2009, ministère des Finances du Canada, présenté à la Chambre des communes le 27 janvier 2009), qui mentionnait notamment le dépôt d'un projet de loi visant à assurer la prévisibilité des salaires dans le secteur public fédéral pendant cette période économique difficile. Ce projet de loi, devenu par la suite la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, ch. 2, art. 393, entrée en vigueur après avoir obtenu la sanction royale le 12 mars 2009, prévoyait des augmentations salariales annuelles, pour l'administration publique fédérale en général, de l'ordre de 2,3 p. 100 en 2007–2008 et de 1,5 p. 100 au cours des trois années suivantes (*Loi sur le contrôle des dépenses*, article 16). La Loi soustrayait à ces restrictions certains groupes de fonctionnaires ainsi que ceux dont les augmentations salariales dépassant ces plafonds avaient fait l'objet d'un règlement avant l'annonce des restrictions salariales. Les demandeurs dans la présente instance ont laissé entendre qu'en fin de compte, des milliers de fonctionnaires avaient été soustraits aux restrictions salariales prévues par la Loi

[19] Figuraient parmi ceux qui étaient soustraits à la restriction générale (*Loi sur le contrôle des dépenses*, article 5, paragraphe 13(4)) les juges touchant un

prothonotaries appointed under section 12 of the *Federal Courts Act*. Salary indexing for judges under the *Judges Act* provides for annual judicial salary adjustments by the industrial aggregate, a measure of wages over time compiled by Statistics Canada. The adjustments paid for years commencing 2007–2008, 2008–2009 and 2009–2010 were said before me to be respectively 3 percent, 3.2 percent and 2.8 percent, and that expected to be paid in 2010–2011 has been forecast at 2.8 percent. So long as the salaries of prothonotaries are proportionately related to judges of the Federal Court, as they have been, and are continuing to be by the Minister’s response, annual salary adjustments above those fixed for public servants generally will have been payable to prothonotaries, for the period 2007 to 2011. As a result, federally appointed judges, and the applicant prothonotaries would have annual increases restrained, but at rates slightly above those payable to public servants generally.

[20] In commenting on the effects of deteriorating economic conditions and public finances the response of the Minister makes the following comments:

The Government accepts that compensation of judges — and judicial officers such as prothonotaries — is subject to certain unique requirements that do not apply with respect to others paid from the public purse. In particular, it is necessary to ensure that judicial compensation does not fall below the ‘minimum’ required to protect financial security, including through erosion of compensation levels over time. The purpose of this minimum is to avoid the perception that judges might be susceptible to political pressure through economic manipulation as witnessed in many other countries. [Minister’s response, page 2, 3rd last paragraph.]

...

This is not the time for the kind of major enhancements contemplated by the Special Advisor’s Report. Indeed, exempting prothonotaries from across-the-board public sector restraint measures would more likely undermine than enhance the public’s perception of their judicial independence and impartiality. [Minister’s response, page 2, last paragraph.]

traitement sous le régime de la *Loi sur les juges* et les protonotaires nommés en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les Cours fédérales*. L’indexation du traitement des juges sous le régime de la *Loi sur les juges* prévoit des rajustements annuels du traitement des juges en fonction de l’indice de l’ensemble des activités économiques, une mesure des salaires au fil du temps compilée par Statistique Canada. Les rajustements payés pour les années commençant en 2007–2008, 2008–2009 et 2009–2010 seraient respectivement de l’ordre de 3 p. 100, 3,2 p. 100 et 2,8 p. 100, et, selon les prévisions, le rajustement qui sera payé en 2010–2011 devrait être de l’ordre de 2,8 p. 100. Pour autant que le traitement des protonotaires demeure proportionnel à celui des juges de la Cour fédérale, comme il l’a été, et comme il continue de l’être selon la réponse du ministre, des rajustements annuels du traitement supérieurs à ceux établis pour les fonctionnaires en général auront été payables aux protonotaires pour la période allant de 2007 à 2011. Ainsi, les augmentations annuelles des traitements des juges nommés par le gouvernement fédéral et des protonotaires demandeurs seraient restreintes, mais à des taux légèrement supérieurs que dans le cas des fonctionnaires en général.

[20] La réponse du ministre expose les commentaires suivants en rapport avec les effets de la détérioration des conditions économiques et des finances publiques :

Le gouvernement convient que le traitement des juges — et celui des fonctionnaires judiciaires comme les protonotaires — est subordonné à certaines considérations qui ne s’appliquent pas aux autres personnes payées à même les fonds publics. Tout particulièrement, il importe de veiller à ce que le traitement des juges ne soit pas abaissé sous le “minimum” requis pour protéger leur sécurité financière, y compris une baisse résultant d’une érosion par l’inflation. Ce “minimum” sert à éviter que les juges soient perçus comme étant vulnérables à des pressions politiques exercées par manipulation financière, comme cela se produit dans d’autres pays. [Réponse du ministre, page 3, 2<sup>e</sup> paragraphe.]

[...]

Le moment est mal choisi pour apporter les améliorations considérables recommandées par le conseiller spécial dans son rapport. En effet, en les soustrayant à des restrictions imposées dans l’ensemble du secteur public, on minerait la perception d’indépendance judiciaire et d’impartialité qu’entretient le public à leur égard, au lieu d’augmenter la confiance du public. [Réponse du ministre, page 3, avant-dernier paragraphe.]

In support of this view, the response refers to comments of Chief Justice Lamer in *Reference re P.E.I. Judges* where statutory compensation restraints for provincial judges, comparable to those applicable to public servants generally, were upheld as applicable and not enactments compromising judicial independence (above, at paragraphs 156, 158). With respect, in my view the Minister's response in referring to a quoted comment by Chief Justice Lamer, puts an unwarranted gloss on the Supreme Court's comment as "[having] established that it is to ensure continued public confidence in the judicial officers that their remuneration should be subject to measures affecting salaries of all others paid from the public purse" (Minister's response, page 2, paragraph 3).

Accordingly, the Government is of the view that prothonotaries' salaries should continue to be fixed at 69% of the Federal Court judge's salary. Their financial security will continue to be protected by annual adjustments equivalent to superior court judges in Canada, a benefit to which few, if any, Canadians could aspire in these difficult economic times. Similarly, the Government is not prepared to implement enhancements to the prothonotaries' pension arrangements or other benefits at this time. [Minister's response, at page 3, paragraph 1.]

[21] The repeated references in the response, particularly in dealing with deteriorating economic conditions and public finances, underline that those circumstances are extraordinary. It is not unfair to infer that in better economic times the response of Government might be different. There is, however, no time and no undertaking specified for future reconsideration by Government.

[22] The applicants acknowledge, in written submissions and oral representations to this Court, that the economic conditions are indeed extraordinary, e.g. (applicant's memorandum of fact and law, paragraph 34):

Au soutien de ce point de vue, la réponse du ministre renvoie aux commentaires du juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, où la Cour suprême a jugé que des restrictions législatives à la rémunération de juges provinciaux, comparables à celles qui s'appliquaient aux fonctionnaires en général, étaient valides et ne constituaient pas des mesures législatives compromettant l'indépendance de la magistrature (aux paragraphes 156 et 158). En toute déférence, lorsqu'elle renvoie à un commentaire cité du juge en chef Lamer, la réponse du ministre force l'interprétation du commentaire de la Cour suprême en disant qu'il « a établi que c'est en vue d'assurer la confiance du public dans la magistrature que la rémunération des juges devrait être assujettie aux mesures touchant les salaires de toutes les autres personnes rémunérées sur les fonds publics » (réponse du ministre, page 2, dernier paragraphe).

De même, le gouvernement est d'avis que le traitement des protonotaires devrait rester fixé à 69 % de la rémunération d'un juge de la Cour fédérale. Leur sécurité financière continuera d'être assurée par les rajustements annuels équivalents à ceux dont jouissent les juges des cours supérieures au Canada, un avantage auquel peu ou pas de Canadiens et de Canadiennes pourraient aspirer en ces temps économiques difficiles. Le gouvernement n'est pas non plus disposé à l'heure actuelle à mettre en œuvre les améliorations recommandées à la pension de retraite et aux autres avantages sociaux accordés aux protonotaires. [Réponse du ministre, page 3, dernier paragraphe.]

[21] Les mentions répétées dans la réponse, particulièrement en ce qui concerne la détérioration des conditions économiques et des finances publiques, font ressortir le caractère extraordinaire de ces circonstances. Il n'est pas déraisonnable d'en déduire que, dans une conjoncture économique plus favorable, la réponse du gouvernement pourrait être différente. Cependant, la réponse ne prévoit aucun réexamen par le gouvernement à l'avenir, et aucun engagement n'est pris en ce sens.

[22] Dans leurs observations écrites et dans les plaidoiries qu'ils ont présentées à la Cour, les demandeurs reconnaissent que les conditions économiques sont effectivement extraordinaires, par exemple lorsqu'ils écrivent (mémoire des faits et du droit des demandeurs, paragraphe 34) :

There is no dispute that the economy has deteriorated significantly since the Adams Report was released. The Prothonotaries accept that in an appropriate case, economic conditions might justify a departure from the commission process.

[23] Yet, the applicants urge that in this case, the evidence before the Court does not here establish the factual bases to support the Government's action. It is said Government provided no information demonstrating the cost of implementing the recommendations, that there is no clear undertaking that the refusal of the recommendations is temporary, and Government's reliance on the necessity of comparable treatment of all or nearly all persons paid from public funds is not supported by evidence that comparable treatment was applied. Indeed, the exemptions from compensation restraints under the *Expenditure Restraint Act*, applicable to a substantial number of people, appear to belie the possibility of uniformly comparable treatment of all those paid from public funds.

[24] Yet, this Court may not require evidence of a particular kind, and is not to assess the wisdom or effectiveness of the application of public policy by the Government of Canada in the circumstances of this case. That is not the function of the Court. Rather, the task before me is to assess whether evidence produced by Government in support of the reasons set out in the Minister's response provide a rational, in the sense of reasonable, basis for the response and departure from the recommendations.

[25] There is evidence to support the basis for the Minister's response with reference to the deterioration of economic conditions and of public finance after the report of the Special Advisor was presented. The response refers to the document *Budget 2009 – Canada's Economic Action Plan* of January 27, 2009. The significance of the deteriorating circumstances leading to that Budget are described in considerable detail, both for the global situation and for that facing Canada, in an affidavit filed in this case on behalf of the Government by Benoît Robidoux, General Director, Economic and

[TRANSLATION] Il n'est pas contesté que l'économie s'est considérablement détériorée depuis le dépôt du Rapport Adams. Les protonotaires admettent que, dans certaines circonstances, les conditions économiques pourraient justifier une dérogation au mécanisme d'examen par une commission.

[23] Cependant, les demandeurs soutiennent qu'en l'espèce, les éléments de preuve présentés à la Cour n'établissent pas de bases factuelles justifiant les actes du gouvernement. Ils affirment que le gouvernement n'a fourni aucun renseignement démontrant le coût de la mise en œuvre des recommandations, qu'il n'y a aucun engagement clair à revenir éventuellement sur le refus des recommandations et que le motif du gouvernement tiré de la nécessité de traiter de manière comparable toutes ou presque toutes les personnes payées à même les fonds publics n'est pas étayé par des éléments de preuve démontrant qu'un traitement comparable a été appliqué. D'ailleurs, les exemptions aux restrictions salariales sous le régime de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, applicables à un nombre important de personnes, semblent démentir la possibilité d'un traitement comparable uniforme de tous ceux qui sont payés à même les fonds publics.

[24] Cependant, la Cour ne peut pas exiger des éléments de preuve d'un type particulier et il ne lui appartient pas d'apprécier la sagesse ou l'efficacité de l'application d'une politique par le gouvernement du Canada dans les circonstances de la présente espèce. Telle n'est pas la fonction de la Cour. Je dois plutôt déterminer si les éléments de preuve produits par le gouvernement au soutien des motifs exposés dans la réponse du ministre procurent un fondement rationnel, au sens de « raisonnable », à la réponse et à la décision d'écarter les recommandations.

[25] Il y a des éléments de preuve qui étayaient le motif invoqué dans la réponse du ministre relativement à la détérioration des conditions économiques et des finances publiques après le dépôt du Rapport du conseiller spécial. La réponse cite le document intitulé *Budget de 2009 : Le plan d'action économique du Canada* du 27 janvier 2009. L'importance de la détérioration de la situation qui a mené à ce budget est décrite avec force détails, en ce qui a trait aussi bien à la situation mondiale qu'à celle qui prévaut au Canada, dans un affidavit produit en l'espèce pour le compte du gouvernement par

Fiscal Policy Branch, Department of Finance Canada. There is no contrary evidence. That affidavit dated May 13, 2009, in my opinion, clearly establishes a reasonable basis for the actions of Government, in its lawful discretion, to manage economic and fiscal policy, including wage restraints, in extraordinary economic times. That discretion is clearly within Government's constitutional authority. As for its choices made to meet extraordinary conditions, absent any serious Charter issues [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], the Court defers to the determinations of Government. That is not to ignore other constitutional responsibilities of Government, even if it is left to the Government to determine generally when other responsibilities are to be met.

[26] In my view, there is evidence of a factual basis to support the Government's departure from the recommendations, that is, the extraordinary deterioration of economic conditions and of public finance. In *Bodner*, it is suggested that if new facts or circumstances arise after the release of a compensation commission's report the Government may rely on that in its reasons for varying the commission's recommendations. In this case the extraordinary economic circumstances relied upon by Government provide a reasonable basis for the first ground of its response and its actions in not accepting the recommendations of the Special Advisor.

[27] That finding precludes this Court from granting the application sought. I do not set aside the Minister's response. Yet that does not mean that the response meets the accepted test for a rational or legitimate response to the recommendations made by the Special Advisor. In adopting the decision to reject, not merely to modify, the Advisor's recommendation, for extraordinary

Benoît Robidoux, directeur général de la Direction de la politique économique et fiscale du ministère des Finances du Canada. Il n'y a aucun élément de preuve contraire. J'estime que cet affidavit, daté du 13 mai 2009, établit clairement un fondement raisonnable aux mesures prises par le gouvernement, dans les limites de son pouvoir discrétionnaire légitime, pour gérer sa politique économique et fiscale, notamment des restrictions salariales, dans le contexte d'une conjoncture économique extraordinaire. Cette discrétion relève clairement du pouvoir constitutionnel du gouvernement. Quant aux choix qu'a faits ce dernier pour composer avec ces conditions extraordinaires, en l'absence de toute question sérieuse relative à 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]], la Cour respecte les décisions du gouvernement. Il ne s'ensuit pas que d'autres responsabilités constitutionnelles du gouvernement doivent être ignorées, même s'il appartient au gouvernement de déterminer en général à quel moment il doit s'acquitter de ces autres responsabilités.

[26] À mon avis, il y a des éléments de preuve qui établissent un fondement factuel justifiant la décision du gouvernement d'écarter les recommandations, à savoir la détérioration extraordinaire des conditions économiques et des finances publiques. Dans l'arrêt *Bodner*, la Cour laisse entendre que, si des faits ou circonstances nouveaux se présentent après le dépôt du rapport d'une commission sur la rémunération, le gouvernement peut en tirer un motif pour justifier sa décision de modifier les recommandations de la commission. En l'espèce, les circonstances économiques extraordinaires invoquées par le gouvernement donnent un fondement raisonnable au premier motif de sa réponse et à sa décision de ne pas accepter les recommandations du conseiller spécial.

[27] Cette conclusion exclut la possibilité que la Cour fasse droit à la demande en l'espèce. Je n'annule pas la réponse du ministre. Il ne s'ensuit toutefois pas que la réponse satisfait au critère établi d'une réponse rationnelle ou légitime aux recommandations faites par le conseiller spécial. En adoptant la décision de rejeter la recommandation du conseiller, et non simplement de

economic reasons, the Minister's response is made without reference to the reasons for or to the recommendations themselves.

#### B. Additional considerations

[28] I turn then to assess the additional considerations set out in the response, which are directed to the recommendations. The response notes that the Government is mindful that the *Reference re P.E.I. Judges*, which established the process, apart from the current state of the economy would require a rational justification for failure to fully implement the recommendations of the Special Advisor. It then turns to the Government's concerns with some of the assumptions underpinning those recommendations, in particular in relation to salary. I consider first the comments concerning salary and pension recommendation, then I turn to other matters raised.

##### Salary

[29] In relation to the salary recommendations the response takes the amount recommended, at 80 percent of a Federal Court Judge's salary, and calculates the amount this would be for most of the prothonotaries if it were to be retroactive, as recommended, to April 1, 2004. The calculation is not characterized by the response for any particular purpose (Minister's response, page 3, paragraph 3). If it was intended to suggest the calculated cumulative salary increase over five years would be unwarranted, that could only be based on the assumption that the salaries actually paid were appropriately determined by an acceptable process. They were not. They were the result of negotiations between representatives of the parties in 2001.

[30] The Special Advisor's reasoning in relation to salary comparators is said to be "problematic". It is

la modifier, en raison de circonstances économiques extraordinaires, la réponse du ministre a été faite sans égard aux motifs qui sous-tendent les recommandations ni aux recommandations elles-mêmes.

#### B. Les autres considérations

[28] J'examinerai maintenant les autres considérations exposées dans la réponse, lesquelles visent les recommandations. La réponse indique que le gouvernement sait que, n'eût été de la situation économique actuelle, suivant le principe énoncé dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, qui établit le mécanisme, il lui incomberait de justifier suivant la norme de la simple rationalité sa décision de ne pas suivre toutes les recommandations présentées par le conseiller spécial. La réponse expose ensuite les préoccupations du gouvernement à l'égard de certaines présomptions qui sous-tendent ces recommandations, tout particulièrement quant au traitement. J'examinerai tout d'abord les commentaires concernant la recommandation relative au traitement et à la pension, après quoi j'examinerai les autres questions soulevées.

##### Le traitement

[29] En rapport avec le traitement recommandé, la réponse prend le montant recommandé, qui correspond à 80 p. 100 du traitement d'un juge de la Cour fédérale, et calcule le montant qui en résulterait pour la plupart des protonotaires si ce traitement devait être rétroactif au 1<sup>er</sup> avril 2004, comme le recommande le conseiller spécial. La réponse n'indique pas à quelle fin ce calcul est effectué (réponse du ministre, page 3, paragraphe 3). S'il a été effectué pour laisser entendre que l'augmentation salariale cumulative sur cinq ans ne serait pas justifiée, cette prétention pouvait seulement être fondée sur la présomption selon laquelle le traitement payé actuellement avait été fixé convenablement en ayant recours à un mécanisme acceptable. Or, tel n'avait pas été le cas. Ce traitement résulte de négociations entre des représentants des parties en 2001.

[30] La réponse indique que le raisonnement du conseiller spécial à l'égard des bases de comparaison

true that the Advisor accepted the prothonotaries' position that provincial courts masters and judges were the most relevant historical comparators for assessing prothonotaries' salary levels. That was based on the evidence before him. The response then comments that, "[n]otably he relied on masters in only three of Canada's 13 provinces and territories." With respect, in part that is true but it is an incomplete representation of the recommendation on salaries, which notes, first the average of all known salaries for provincial and territorial court judges and masters across Canada, and then the average of salaries of the masters in the three provinces where their work is comparable to that of Federal Court prothonotaries. Those two comparators were said to be respectively 79 percent and 79.4 percent of a Federal Court Judge's salary in 2007 (Report of the Special Advisor, pages 56–57).

[31] The response notes that the Advisor rejected the Government's position that federal public service comparators should be preferred, in particular salaries for members of administrative tribunals at the GCQ-5 and GCQ-6 levels. This was argued before the Special Advisor whose report includes his appraisal of those suggested as primary comparators of salary levels from an administrative system of Government as manager of public employees, the Hay system for classification of public servants. That system had been used unilaterally by Government itself as a comparator for prothonotaries, without any consultation with prothonotaries, and while under that system they would have been classified within the GFQ-5 group, they were actually paid as though they were in the GFQ-6 group. The expert produced to testify before the Special Advisor about the system apparently relied upon scant government information about the office of prothonotary. The Government's response does not explain why the reasons of the Special Advisor not to accept its preference for public service comparators were in error. To complain that the Advisor did not accept its

des traitements « pose problème ». Il est vrai que le conseiller spécial a accepté la position des protonotaires selon laquelle les conseillers-maîtres et les juges des provinces offriraient l'indice de comparaison du traitement le plus pertinent au fil des ans pour évaluer les niveaux de traitement des protonotaires. Ce choix était fondé sur les éléments de preuve dont disposait le conseiller spécial. La réponse indique ensuite : « Soulignons qu'il n'a tenu compte que du traitement des conseillers-maîtres dans trois des treize provinces et territoires. » En toute déférence, c'est en partie vrai, mais cela constitue une représentation incomplète de la recommandation relative au traitement, qui mentionne, en un premier temps, la moyenne de tous les traitements connus des juges et des conseillers-maîtres provinciaux et territoriaux partout au Canada, puis la moyenne des traitements des conseillers-maîtres dans les trois provinces où leur travail est comparable à celui des protonotaires de la Cour fédérale. Le conseiller spécial indique que ces deux bases de comparaison correspondent respectivement à 79 p. 100 et 79,4 p. 100 du traitement d'un juge de la Cour fédérale en 2007 (Rapport du conseiller spécial, pages 72 et 73).

[31] La réponse note que le conseiller a rejeté la position du gouvernement qui prônait le recours à des indices de comparaison tirés de la fonction publique fédérale, notamment les salaires des membres de tribunaux administratifs aux échelons GCQ-5 et GCQ-6. Cette position a été défendue devant le conseiller, dont le rapport comporte une appréciation de ces indices de comparaison présentés comme principaux indices de comparaison de niveaux de salaire dans le contexte d'un système administratif où le gouvernement est considéré comme le gestionnaire des fonctionnaires, soit le système Hay de classification des fonctionnaires. Le gouvernement lui-même avait employé ce système unilatéralement comme indice de comparaison pour les protonotaires, sans n'avoir jamais consulté ces derniers, et, bien qu'en vertu de ce système les protonotaires aient été classifiés dans le groupe GFQ-5, en fait, ils étaient payés comme s'ils appartenaient au groupe GFQ-6. L'expert appelé à témoigner devant le conseiller spécial au sujet du système en question s'est apparemment appuyé sur des renseignements gouvernementaux insuffisants concernant la charge de



preference for comparators is not a reasoned response to the recommendations (*Bodner*, above, at paragraph 23).

[32] In another reiteration of a preference expressed unsuccessfully by Government to the Special Advisor, the response notes concern with the validity of salaries of provincial masters as comparators because there was no evidence of a basis, other than administrative efficiency and convenience, for the linkage of masters' salaries to those of provincial judges. The response asserts that "he [the Advisor] finds that masters would not have been able to independently assert this parity argument since they could not and do not equate their work to that of judges in the superior courts" (Minister's response, page 3, last paragraph). With respect, the "finding" referred to is merely a descriptive statement in the Advisor's Report concerning possible comparators, not repeated in his recommendations on salary. In my view this consideration is not a response to the recommendations on salary. The response does not explain why the linkage of salary levels between provincial court judges and masters is relevant to the issue of comparators here. At most it seems a complaint that the Advisor did not accept the argument advanced and the position preferred by Government.

[33] The final comment of the response concerning the recommendations on salary is that the Advisor misconstrued the Government's position regarding the requirement of ensuring that salaries do not fall below a minimum (Minister's response, page 4, 1st full paragraph). It is not clear what the significance of this

protonotaire. La réponse du gouvernement n'explique pas en quoi la décision du conseiller spécial de ne pas accepter sa préférence pour des indices de comparaison de la fonction publique était mal fondée. Reprocher au conseiller de ne pas avoir accepté sa préférence pour certains indices de comparaison ne constitue pas une réponse motivée aux recommandations (*Bodner*, précité, au paragraphe 23).

[32] Dans une autre réitération d'une préférence exprimée sans succès par le gouvernement devant le conseiller spécial, la réponse fait état de réserves quant à la validité des salaires des maîtres-conseillers provinciaux comme indices de comparaison parce qu'il n'y a aucune preuve d'un motif, autre que l'efficacité administrative et l'aspect pratique, justifiant la corrélation entre les traitements des conseillers-maîtres et ceux des juges provinciaux. La réponse affirme que « [le conseiller] a également reconnu que les conseillers-maîtres n'auraient pas pu soulever de manière indépendante l'argument de la parité, puisqu'ils ne pouvaient établir et n'établissaient pas un rapport d'égalité entre leur travail et celui des juges des cours supérieures » (réponse du ministre, page 5, 2<sup>e</sup> paragraphe). En toute déférence, la « reconnaissance » à laquelle il est fait allusion est simplement une affirmation descriptive contenue dans le Rapport du conseiller concernant des bases de comparaison envisageables, que le conseiller ne reprend pas dans ses recommandations relatives au traitement. À mon avis, cette considération ne constitue pas une réponse aux recommandations relatives au traitement. La réponse n'explique pas en quoi le lien entre les niveaux de traitement des juges provinciaux et ceux des conseillers-maîtres provinciaux est pertinent ici quant à la question des indices de comparaison. À cet égard, la réponse semble tout au plus reprocher au conseiller de ne pas avoir accepté l'argument formulé et la position préconisée par le gouvernement.

[33] Le dernier commentaire formulé dans la réponse concernant la recommandation relative au traitement est une affirmation selon laquelle le conseiller spécial a mal interprété la position du gouvernement sur la nécessité de faire en sorte que le traitement ne soit pas abaissé sous un certain minimum (réponse du ministre,

comment is. Even if that criticism about the Advisor's interpretation of the submissions to him were warranted, it is not a response to the recommendations about salary, which do not refer to the matter of a minimum salary. Moreover, aside from that criticism, the minimum salary amount for prothonotaries has not been an issue before me, it does not appear to have been an issue between the parties before the Special Advisor, and it is not expressed as an aspect of the final recommendations on salary. It was argued before me that if the Advisor misunderstood the Government's position he must then have interpreted that to be specifying a minimum salary, above which his recommendation should fall. But that is sheer speculation and has no basis in his report or recommendations.

[34] The response concludes its discussion of the Advisor's salary recommendations, referring to "these cumulative flaws in both assumptions and logic", concluding that "the Government would not in any event be prepared to accept his salary recommendation" (Minister's response, page 4, 2nd full paragraph). It does not suggest any modification of that recommendation, rather the response underlines the view of Government that "prothonotaries' salary should continue to be fixed at 69 percent of a Federal Court judge's salary" (Minister's response, page 3, paragraph 1), that is, it should remain unchanged.

#### Pensions

[35] The response notes that the Advisor relied on judicial annuities, not civil service pension plans, as proper comparators to consider prothonotaries' pensions. It adds that the Advisor's recommendation on pensions seeks to combine in one plan the most generous elements of each of the provincial and territorial judicial pension arrangements. Further, it states that, "[e]ven in a period of economic stability and growth, it would be unreasonable for the Government to accept a pension

page 4, 1<sup>er</sup> paragraphe complet). La signification de ce commentaire n'est pas claire. Même si cette critique de l'interprétation qu'a faite le conseiller des observations qui lui avaient été présentées était justifiée, elle ne constitue pas une réponse aux recommandations relatives au traitement, qui n'évoquent pas la question d'un traitement minimum. En outre, mis à part cette critique, la question d'un traitement minimum pour les protonotaires n'a pas été débattue devant moi, elle ne semble pas avoir été débattue par les parties devant le conseiller spécial et elle n'est pas évoquée dans les recommandations finales relatives au traitement. Il a été soutenu devant moi que, si le conseiller avait mal compris la position du gouvernement, il avait forcément dû l'interpréter comme précisant un salaire minimum que sa recommandation devait respecter. Cependant, il s'agit là de pure spéculation, et cette prétention ne trouve aucun fondement ni dans le rapport ni dans les recommandations du conseiller spécial.

[34] La réponse conclut son analyse des recommandations du conseiller relatives au traitement en mentionnant « les lacunes cumulatives soulevées dans les présomptions et la logique » pour conclure que « le gouvernement n'est pas disposé à accepter ses recommandations sur le traitement » (réponse du ministre, page 6, 2<sup>e</sup> paragraphe). La réponse ne propose aucune modification de ces recommandations, mais souligne plutôt l'avis du gouvernement selon lequel « le traitement des protonotaires devrait rester fixé à 69 p. 100 de la rémunération d'un juge de la Cour fédérale » (réponse du ministre, page 3, dernier paragraphe), ou, autrement dit, il devrait demeurer inchangé.

#### Les pensions

[35] La réponse note que le conseiller a invoqué les pensions des juges, et non les régimes de pension de la fonction publique, à titre de bases de comparaison appropriées au regard des pensions des protonotaires. La réponse ajoute que la recommandation du conseiller relative à la pension cherche à combiner dans un seul régime les éléments les plus généreux de chaque régime de pension de la magistrature des provinces et des territoires. Elle ajoute en outre que, « [m]ême en période

recommendation that seeks to combine in one plan the most generous elements of each of the provincial and territorial judicial pension arrangements” (Minister’s response, page 4, 3rd last paragraph).

[36] The Minister’s response, not in its text but in footnote 17, includes, for the first time, a variation of the framework for prothonotaries’ pensions, in the following terms (at page 6):

Using the more reasonable average age of appointment of the six existing prothonotaries (45 years of age) results in an accrual period of 23.3 years with an accrual rate of 3%. Indeed, an accrual rate of 3% is applied in a number of jurisdictions with benefits based on three years best average salary rather than the final year as recommended.

In my opinion, the manner of the presentation of this variation does not mean that Government was proposing this as a serious modification of the Special Advisor’s recommendations on pensions. It cannot be considered as a rational response to those recommendations.

[37] The final reason in the response for rejecting the pension recommendations of the Special Advisor was that he incorrectly assumed his recommended enhancements could be easily implemented through the existing public service plan, which is described as a significant underestimate of the technical complexity and cost associated with implementation within the PSSA scheme. The essence of the recommendation of the Advisor is that there be an appropriate retirement arrangement for the office of prothonotary, with certain features. Apart from the detailed features he notes, such an arrangement is in place in six provinces for provincial judges and masters. He does suggest that arrangements “can be implemented through the existing PSSP (registered plan) with a supplementary RCA to top up the difference” as is already in place, he suggests, for federal deputy ministers (Report of the Special Advisor at page 62). The latter exceptional arrangement, if it exists, is not disputed by the response.

de croissance et de stabilité économique, il serait déraisonnable pour le gouvernement d’accepter une recommandation qui combine les éléments les plus généreux de chaque régime de pension de la magistrature des provinces et des territoires » (réponse du ministre, page 6, dernier paragraphe).

[36] La réponse du ministre, non pas dans le corps du texte, mais à la note en bas de page 17, comporte pour la première fois une modification du régime de pension des protonotaires, exposée comme suit (à la page 6) :

Si l’on tient compte de l’âge moyen de nomination des protonotaires actuels (45 ans), on obtient une période d’accumulation de 23,3 ans à un taux de 3 %. En effet, dans certaines provinces, on applique un taux d’accumulation de 3 % avec les avantages au salaire moyen des trois meilleures années, plutôt qu’au traitement de la dernière année tel que recommandé.

À mon avis, compte tenu de la manière dont il a présenté cette modification, le gouvernement ne semble pas avoir proposé sérieusement cette modification aux recommandations du conseiller spécial relatives aux pensions. Ce passage de la réponse ne saurait être considéré comme une réponse rationnelle à ces recommandations.

[37] Comme dernier motif justifiant de rejeter les recommandations du conseiller spécial relatives à la pension, la réponse reproche au conseiller spécial d’avoir présumé à tort que les améliorations qu’il recommandait pourraient être mises en œuvre aisément au moyen du régime actuel de la fonction publique, ce que la réponse décrit comme une importante sous-estimation de la complexité technique et des coûts reliés à une mise en œuvre dans le cadre du régime de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Le conseiller recommande essentiellement l’adoption d’un régime approprié en matière de retraite pour la charge de protonotaire, comportant certaines caractéristiques. Mis à part les caractéristiques qu’il décrit en détail, un pareil régime est en vigueur dans six provinces pour les juges et les conseillers-maîtres provinciaux. Il est vrai que le conseiller spécial laisse entendre que des dispositions « peu[ven]t être mis [...] en œuvre par le biais du RPRFP existant (régime enregistré) et une convention

[38] There may well be reasons why the detailed recommendations for a pension arrangement were not acceptable, but the response goes no further than to reject the recommendation without serious consideration for any of it, even in principle. The rejection itself can hardly be taken as rationally related to the recommendations in the special circumstances of this case where never before have pensions for prothonotaries been considered in the process of commission recommendation and response required if judicial independence is to be recognized.

[39] Curiously, after referring generally to the reasons given in relation to salary proposals, the response states “Government has concluded that it would not be reasonable to contemplate implementing major pension or other benefit enhancements in the current economic situation. Rather the Government will take the opportunity to consider how the current pension arrangements might be modified to reflect the particular circumstances of prothonotaries as judicial officers, including the admittedly unique demographics of mid-career, life-time appointments” (Minister’s response, page 4, last paragraph).

[40] There is no explanation why only now, in 2009, is the opportunity to be taken to account of the particular circumstances of prothonotaries in reviewing pension arrangements. No review has taken place. I may infer too much, but now, 12 years after the decision in *Reference re P.E.I. Judges*, and with the evolving jurisprudence since, the law officers of the Crown surely cannot be proposing to unilaterally review prothonotaries’ pension arrangements and consider changes to be implemented, except in a response to

de retraite (CR) supplémentaire pour combler la différence », comme c’est déjà le cas, selon ses dires, pour les sous-ministres fédéraux (Rapport du conseiller spécial à la page 80). La réponse ne conteste pas ce dernier régime exceptionnel, s’il existe.

[38] Il se peut bien qu’il y ait eu des motifs valables de considérer que les recommandations détaillées relatives à un régime de pension n’étaient pas acceptables, mais la réponse se borne à rejeter la recommandation sans en examiner sérieusement aucun aspect, ni même au plan des principes. Il est difficile de considérer que ce rejet en lui-même présente un lien rationnel avec les recommandations dans les circonstances particulières de la présente espèce, où la question des pensions pour les protonotaires n’a jamais été examinée auparavant dans le cadre du mécanisme d’examen par une commission et de réponse qui est nécessaire pour que l’indépendance de la magistrature soit reconnue.

[39] Curieusement, après avoir évoqué de manière générale les raisons invoquées relativement aux propositions concernant le traitement, la réponse énonce : « le gouvernement est d’avis qu’il ne serait pas raisonnable d’envisager des améliorations considérables au régime de pension ou à d’autres avantages sociaux dans la conjoncture économique actuelle. Le gouvernement profitera plutôt de l’occasion pour déterminer comment le régime de pension actuel pourrait être modifié pour tenir compte des circonstances particulières qui s’appliquent aux protonotaires, à titre de fonctionnaires judiciaires, notamment le caractère unique de telles nominations à titre inamovible en milieu de carrière » (réponse du ministre, page 7, 2<sup>e</sup> paragraphe).

[40] La réponse n’explique nulle part pourquoi c’est seulement maintenant, en 2009, que le gouvernement profite de l’occasion pour tenir compte des circonstances particulières qui s’appliquent aux protonotaires dans le contexte d’un examen du régime de pension. Il n’y a eu aucun examen. Peut-être que je vais trop loin dans mes déductions, mais aujourd’hui, 12 ans après le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, et compte tenu de la jurisprudence subséquente, les conseillers juridiques de la Couronne ne sont certainement pas en train de

recommendations of an open, fair and effective commission and response process.

proposer de procéder unilatéralement à l'examen du régime de pension des protonotaires et de modifications envisageables, sauf en réponse aux recommandations résultant de l'application d'un mécanisme ouvert, équitable et efficace d'examen par une commission et de réponse.

#### Other benefit enhancements

#### Les autres améliorations aux avantages sociaux

[41] I have noted that the response stated it is not timely to implement other benefit enhancements. These were subjects of specific comment or recommendations by the Special Advisor. They are dealt with in the response, but only in footnote 18 in the following terms (at page 7):

[41] J'ai noté que la réponse indiquait que le moment était mal choisi pour mettre en œuvre d'autres améliorations aux avantages sociaux. Le conseiller spécial a formulé à ce sujet des commentaires ou des recommandations spécifiques. La réponse en traite, mais seulement à la note en bas de page 18, en ces termes (à la page 7) :

More specifically the Government is not prepared to implement the Special Advisor's recommendations to extend long-term disability benefits and to provide an annual tax-free allowance of \$3,000 to prothonotaries. Nor is the Government prepared to make an *ex gratia* payment to the former prothonotary and the two survivors of deceased prothonotaries. However, the Government will extend vacation entitlements to 6 weeks to all prothonotaries on the basis that they all should receive the same level of benefits immediately without executive discretion.

Plus précisément, le gouvernement n'est pas disposé à donner suite à la recommandation du conseiller spécial visant à étendre les prestations d'assurance-invalidité de longue durée et d'offrir aux protonotaires une allocation annuelle non imposable de 3 000 \$. Le gouvernement n'est pas non plus disposé à verser une somme non imposable à l'ancien protonotaire et aux survivants des deux protonotaires décédés. Cependant, le gouvernement accepte d'accorder six semaines de vacances à tous les protonotaires, au motif qu'ils devraient bénéficier des mêmes avantages sans délai et sans que l'exercice du pouvoir discrétionnaire exécutif n'entre en jeu.

(The background to the decision to extend vacation entitlements to 6 weeks for all prothonotaries, as I understand it, was that prior to June 2009 most but not all prothonotaries had 6 weeks or longer annual vacation. The change, by Order in Council [P.C. 2009-0986] in June 2009 provides a standard six-week vacation for all prothonotaries.)

(Selon ce que je comprends, la décision de faire passer à six semaines le droit à congé annuel pour l'ensemble des protonotaires s'inscrit dans le contexte où, avant juin 2009, la plupart des protonotaires, mais pas tous, avaient droit à six semaines de congé ou plus par année. La modification, apportée par décret [C.P. 2009-0986] en juin 2009, prévoit un droit uniforme de six semaines de congé pour tous les protonotaires.)

#### Other matters

#### Les autres questions

[42] Other matters raised by the Advisor's Report are commented upon in the Minister's response. One of those concerns the status of prothonotaries. As I read the Advisor's Report he makes no clear recommendation for changes. Rather he recommends that the Minister of Justice and the Chief Justice of the Federal Court should consider (a) establishing an opportunity

[42] La réponse du ministre commente aussi d'autres questions soulevées par le Rapport du conseiller. L'une d'entre elles concerne le statut des protonotaires. Je ne relève aucune recommandation claire de modification à cet égard dans le Rapport du conseiller. Celui-ci recommande plutôt au ministre de la Justice et au juge en chef de la Cour fédérale d'envisager a) de créer la

for prothonotaries to elect supernumerary status, and (b) taking necessary steps to reflect their status as associate judges. The second matter dealt with concerns administration of leave and travel arrangements and a comment that “temporary funding of four of six prothonotary positions ... needs to change” (Report, above, at page 65). I assume that comment is the basis for the Minister’s negative reference about transfer of responsibilities for administration of compensation of prothonotaries within the federal fiscal and budgetary process.

[43] For both of these matters the response is that each was beyond the mandate of the Special Advisor and the Government is under no obligation to respond to these recommendations. That is a response, but there were no clear recommendations made on these other matters, except to consider them. The response indicates a necessity for representatives of the parties to be clear in advance about the issues to be considered by any future independent commission.

[44] The response rejects a recommendation that there be full reimbursement of all legal fees and disbursements incurred by prothonotaries, because Government has declined to pay more than 2/3 of costs incurred by federally appointed judges for representations to the quadrennial commissions on judges’ compensation. As we have seen in footnote 18 of the response, it rejects, without explanation, recommendations concerning a non-taxable allowance, an available sickness and LTD [long-term disability] insurance coverage, and *ex gratia* payments to widows of, and to a former prothonotary.

[45] The response makes no comment or reference to a recommendation that periodic review of prothonotaries’ remuneration ought to track the time frames of the quadrennial commission process for federally appointed judges. Perhaps the lack of a response to this was mere oversight. I have noted that on the date of the response, the Minister responded to the latest Quadrennial Commission Report on Judicial Compensation and Benefits, rejecting all of that

possibilité pour les protonotaires de choisir de devenir surnuméraires; b) de prendre les mesures nécessaires pour les assimiler à des juges associés. La deuxième question évoquée se rapporte à l’administration des congés et des préparatifs de voyage ainsi qu’au commentaire selon lequel « le financement temporaire de quatre des six postes de protonotaire [...] doit être modifié » (Rapport, précité, à la page 83). Je présume que c’est sur ce commentaire que le ministre fonde sa conclusion défavorable concernant le transfert des responsabilités relatives à la rémunération des protonotaires dans le cadre du processus financier et budgétaire fédéral.

[43] La réponse dit que chacune de ces deux questions outrepassé le mandat du conseiller spécial et que le gouvernement n’est pas tenu de répondre à ces recommandations. Cela constitue une réponse, mais aucune recommandation claire n’a été formulée au sujet de ces autres questions, si ce n’est de les étudier. La réponse évoque la nécessité pour les parties de faire savoir clairement à l’avance les questions que devrait examiner toute commission indépendante à l’avenir.

[44] La réponse rejette la recommandation de rembourser la totalité des frais juridiques engagés par les protonotaires, parce que le gouvernement a refusé de payer plus des deux tiers des frais des juges nommés par le gouvernement fédéral pour leur représentation devant les commissions quadriennales d’examen de la rémunération des juges. Comme nous l’avons vu à la note en bas de page 18 de la réponse, celle-ci rejette, sans explications, les recommandations concernant une allocation non imposable, une couverture d’assurance en cas de maladie et d’invalidité de longue durée et des paiements à titre gracieux aux veuves d’anciens protonotaires et à l’ancien protonotaire.

[45] La réponse ne commente ni ne mentionne nulle part la recommandation selon laquelle l’examen périodique de la rémunération des protonotaires devrait suivre le calendrier du processus de la commission quadriennale relative aux juges nommés par le gouvernement fédéral. L’absence de réponse à cette recommandation était peut-être un oubli. J’ai noté qu’à la date de la réponse, le ministre répondait aussi au dernier rapport de la Commission quadriennale

Commission's recommendations on economic grounds similar to those relied on in the response concerning prothonotaries. However, in that case, in relation to federally appointed judges, it is specifically stated that "in the event that the current economic circumstances improve before the next Judicial Compensation and Benefits Commission is established so as to justify salary enhancements, such circumstance could be taken into account by the Commission." (*Response of the Government of Canada to the Report of the 2007 Judicial Compensation and Benefits Commission*, above, at page 2, last paragraph.)

[46] While no comparable commitment is made in the response to the recommendation for periodic compensation reviews for prothonotaries, I do note that in oral submissions at the hearing before me counsel for the Minister commented that the response did not need to say anything about periodic review because "it's understood that will occur. Once we have accepted that the *Reference re P.E.I. Judges* applies and that prothonotaries are judicial officers, it is our [the Government's] constitutional obligation to ensure periodic review of their compensation and benefits" (transcript, July 9, 2009, page 114, at lines 7–17; page 116, at lines 14–16). That last comment does explicitly acknowledge the constitutional obligation of the Crown to support the public interest in judicial independence by the process of periodic review of judicial remuneration for prothonotaries, as established in *Reference re P.E.I. Judges* and *Bodner*, and acknowledged in P.C. 2007-1015 and in the Minister's response.

[47] With reference to costs the Government notes that it has already paid prothonotaries on an *ex gratia* basis \$50 000 to support their participation in the process which is said, with no evidence to support this, to be an amount that exceeds 2/3 of their total representational costs.

d'examen de la rémunération des juges, en rejetant toutes les recommandations de la Commission pour des motifs économiques similaires à ceux invoqués dans la réponse concernant les protonotaires. Cependant, dans ce cas, pour ce qui concerne les juges nommés par le gouvernement fédéral, la réponse affirme expressément que, « si les conditions économiques actuelles s'amélioreraient avant la prochaine commission d'examen justifiant ainsi des améliorations salariales, ces circonstances pourraient être prises en considération par la commission ». (*Réponse du gouvernement du Canada au rapport de la commission d'examen de la rémunération des juges 2007*, précité, à la page 4, 2<sup>e</sup> paragraphe.)

[46] Bien qu'aucun engagement comparable ne soit pris dans la réponse à l'égard de la recommandation relative à l'examen périodique de la rémunération des protonotaires, je note que, dans ses plaidoiries à l'audience devant moi, l'avocat du ministre a exprimé l'avis que la réponse n'avait pas à dire quoi que ce soit au sujet de l'examen périodique parce qu' [TRADUCTION] « il est entendu qu'il aura lieu. Dès lors que nous avons accepté que le *Renvoi sur la rémunération des juges* s'applique et que les protonotaires soient des fonctionnaires judiciaires, nous [le gouvernement] avons l'obligation constitutionnelle d'assurer un examen périodique de leur rémunération et de leurs avantages » (transcription, 9 juillet 2009, page 114, aux lignes 7 à 17; page 116, aux lignes 14 à 16). Ce dernier commentaire reconnaît expressément l'obligation constitutionnelle de la Couronne d'appuyer l'intérêt public dans l'indépendance de la magistrature en recourant au mécanisme d'examen périodique de la rémunération judiciaire des protonotaires, comme l'ont établi le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et l'arrêt *Bodner*, et comme le reconnaissent le décret C.P. 2007-1015 et la réponse du ministre.

[47] En ce qui a trait aux frais, le gouvernement note qu'il a déjà versé aux protonotaires un montant de 50 000 \$ à titre gracieux pour appuyer leur participation au mécanisme, montant dont la réponse affirme, sans aucune preuve à l'appui, qu'il excède les deux tiers des frais de représentation totaux des protonotaires.

### C. Applying the test of *Bodner*

[48] In reviewing the response of the Minister I consider the following:

The *Reference re P.E.I. Judges* and evolving jurisprudence requires that compensation for judicial officers be determined after a process including assessment by an independent, open and effective commission and a response, by the government agency concerned, that is rational, legitimate and that appropriately recognizes judicial independence of the judicial officers concerned. The commission process is not effective if it has no influence on the compensation that results. A response by Government as a result of negotiations between judicial officers and Government does not meet requirements for recognition of judicial independence. The reasons set out in the response for not accepting a commission's recommendations are rational in the sense here intended, if they are complete and set out how and why the recommendations are not accepted by Government, and if they are legitimate in the sense of meeting requirements of the law and the Constitution. Finally the reasons are to be assessed globally with a view to determining whether the purposes of the process of an independent commission, and response, are met.

[49] In dealing with the Government's response to the recommendations of an independent commission, in *Bodner* the Supreme Court commented, in part (at paragraphs 25–26):

The government can reject or vary the commission's recommendations, provided that legitimate reasons are given. Reasons that are complete and that deal with the commission's recommendations in a meaningful way will meet the standard of rationality. Legitimate reasons must be compatible with the common law and the Constitution. The government must deal with the issues at stake in good faith. Bald expressions of rejection or disapproval are inadequate. Instead, the reasons must show that the commission's recommendations have been taken into account and must be based on facts and sound reasoning. They must state in what respect and to what extent they depart from the recommendations, articulating the

### C. L'application du critère de l'arrêt *Bodner*

[48] Dans le cadre de mon examen de la réponse du ministre, je tiens compte de ce qui suit :

Le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et la jurisprudence subséquente exigent que la rémunération des fonctionnaires judiciaires soit fixée en ayant recours à un mécanisme comprenant un examen par une commission indépendante, ouverte et efficace et une réponse, de la part de l'organisme gouvernemental concerné, qui soit rationnelle et légitime et qui reconnaisse convenablement l'indépendance judiciaire des fonctionnaires judiciaires concernés. Le mécanisme d'examen par une commission n'est pas efficace s'il n'a aucune incidence sur la rémunération qui en résulte. Une réponse du gouvernement qui résulte de négociations entre les fonctionnaires judiciaires et le gouvernement ne satisfait pas aux exigences relatives à l'indépendance de la magistrature. Les motifs exposés dans la réponse pour refuser les recommandations d'une commission sont considérés comme rationnels dans le présent contexte s'ils sont complets et s'ils expliquent comment et pourquoi le gouvernement n'accepte pas les recommandations, et s'ils sont légitimes en ce sens qu'ils satisfont aux exigences de la loi et de la Constitution. Enfin, les motifs doivent être examinés globalement en vue de déterminer si les objectifs du mécanisme d'examen par une commission indépendante, et de réponse, sont atteints.

[49] Dans l'arrêt *Bodner*, la Cour suprême a notamment formulé les commentaires suivants dans ses motifs relatifs à la réponse du gouvernement aux recommandations d'une commission indépendante (aux paragraphes 25 et 26) :

Le gouvernement peut rejeter ou modifier les recommandations de la commission, à condition de fournir des motifs légitimes. Les motifs qui respectent la norme de la rationalité sont ceux qui sont complets et qui traitent les recommandations de la commission de façon concrète. Les motifs sont légitimes s'ils sont conciliables avec la common law et la Constitution. Le gouvernement doit aborder de bonne foi les questions en jeu. De simples déclarations rejetant ou désapprouvant les recommandations ne suffisent pas. Au contraire, les motifs doivent révéler que les recommandations ont été prises en compte et ils doivent être fondés sur des faits et un raisonnement solide. Ils doivent indiquer à quels égards



grounds for rejection or variation. The reasons should reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately. They must preclude any suggestion of attempting to manipulate the judiciary. The reasons must reflect the underlying public interest in having a commission process, being the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence.

The reasons must also rely upon a reasonable factual foundation. If different weights are given to relevant factors, this difference must be justified. Comparisons with public servants or with the private sector may be legitimate, but the use of a particular comparator must be explained. If a new fact or circumstance arises after the release of the commission's report, the government may rely on that fact or circumstance in its reasons for varying the commission's recommendations. It is also permissible for the government to analyse the impact of the recommendations and to verify the accuracy of information in the commission's report.

[50] I have already concluded that in one respect the response in this case was reasonable, but that it was without reference to the recommendations, rather it was based on the facts of deteriorating economic conditions globally, and financial circumstances of the Government of Canada. The response and the actions to which it was related, in particular the determination to manage public finances, including general public service wage restraints, was legitimate for Government (i.e. it was lawful and within the constitutional authority of Government).

[51] In *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, provincial legislation enacted to meet a serious fiscal crisis, which infringed Charter rights against discriminatory treatment, was applicable, saved in the circumstances under section 1 of the Charter. I note later that section of the Charter was argued briefly by counsel for the Minister before me as a basis to support government action in this case but that argument was not joined, or disputed, by the applicants. In my view, *N.A.P.E.* supports the view that Government's actions in this case, including the response, were constitutional. Judicial deference to that

et dans quelle mesure le gouvernement s'écarte des recommandations et indiquer les raisons du rejet ou de la modification. Ils doivent démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent. Ils ne doivent pas donner à penser qu'on cherche à manipuler la magistrature. Les motifs doivent refléter l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours à une commission, mécanisme qui garantit la dépoliticisation de l'examen de la rémunération et permet de préserver l'indépendance de la magistrature.

Les motifs doivent également reposer sur des faits raisonnables. Si l'importance accordée aux facteurs pertinents varie, cette variation doit être justifiée. Il est légitime de procéder à des comparaisons avec les salaires offerts dans le secteur public ou dans le secteur privé, mais il faut expliquer l'emploi d'un facteur de comparaison donné. Si un fait ou circonstance nouveau se produit après la publication du rapport de la commission, le gouvernement peut l'invoquer dans ses motifs pour modifier les recommandations de la commission. Il lui est également loisible d'analyser l'incidence des recommandations et de s'assurer de l'exactitude des renseignements contenus dans le rapport de la commission.

[50] J'ai déjà conclu que, sur un point, la réponse en l'espèce était raisonnable, mais ce, non pas au regard des recommandations, mais plutôt sur le fondement d'éléments de preuve factuels relatifs à la détérioration des conditions économiques globales et à la situation financière du gouvernement du Canada. La réponse et les mesures auxquelles elle est liée, en particulier la détermination à gérer les finances publiques, notamment en imposant des restrictions salariales dans la fonction publique, étaient légitimes de la part du gouvernement (c.-à-d. qu'elles étaient conformes à la loi et qu'elles relevaient du pouvoir constitutionnel du gouvernement).

[51] Dans l'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, une disposition législative provinciale promulguée pour remédier à une grave crise financière, qui violait les droits garantis par la Charte de ne pas être soumis à un traitement discriminatoire, a été jugée valide, justifiée dans les circonstances en vertu de l'article premier de la Charte. Je note que l'avocat du ministre a plaidé brièvement devant moi cet article de la Charte au soutien des actes du gouvernement en l'espèce, mais que les demandeurs n'ont pas lié contestation à l'égard de cet argument ni ne l'ont contesté. À mon avis, l'arrêt

action precludes intervention by this Court, in the extraordinary economic circumstances of this case.

[52] At the same time, if the test as set out in *Bodner* is applied, I conclude that the primary basis of the response, that is, deterioration of the economic situation and of public finances after the Report of the Special Advisor was submitted, was without reference to the Advisor's recommendations. The recommendations were given no weight, they had no meaningful effect upon the outcome, they were not appropriately responded to by reasonably complete reasons dealing with them. In my opinion, the response does not meet the standard of rationality, either on the "overarching" ground of deteriorating economic conditions, or on the additional grounds set out in relation to specific recommendations. In neither case does the response deal appropriately with the reasons underlying the recommendations. Unless the response does this, it is not rational in the sense intended in *Bodner*.

[53] In *Bodner*, in review of the response of the Government of Quebec to recommendations made by a provincial committee on judicial compensation and pensions, the Supreme Court upheld the decision of the Quebec Court of Appeal which quashed the Government's response. The Supreme Court commented in part (at paragraph 160):

[The Government's] position is tainted by a refusal to consider the issues relating to judicial compensation on their merits and a desire to keep them within the general parameters of its public sector labour relations policy.

The circumstances in this case are not similar to those considered in *Bodner* concerning the issues there raised in the appeals from Quebec. Yet I come to generally similar conclusions as were there reached. The commission and response process here followed did not

*N.A.P.E.* confirme que les actes du gouvernement en l'espèce, y compris la réponse, étaient conformes à la Constitution. La retenue judiciaire à l'égard de ces actes écarte la possibilité que la Cour intervienne, dans les circonstances économiques extraordinaires de la présente espèce.

[52] En même temps, si j'applique le critère énoncé dans l'arrêt *Bodner*, je conclus que le fondement principal de la réponse, à savoir la détérioration de la situation économique et des finances publiques après le dépôt du Rapport du conseiller spécial, n'est aucunement lié aux recommandations du conseiller. Aucun poids n'a été accordé aux recommandations, celles-ci n'ont eu aucun effet concret sur le résultat et le ministre n'y a pas répondu de manière adéquate en invoquant des motifs raisonnablement complets traitant ces recommandations. À mon avis, la réponse ne satisfait pas à la norme de la rationalité, ni au titre du motif « principal » tiré de la détérioration des conditions économiques, ni au titre des motifs additionnels exposés en rapport avec des recommandations précises. Dans l'un et l'autre cas, la réponse ne traite pas de manière adéquate les motifs qui sous-tendent les recommandations. À moins que la réponse fasse cela, elle n'est pas rationnelle au sens de l'arrêt *Bodner*.

[53] Dans l'arrêt *Bodner*, dans le cadre d'un examen de la réponse du gouvernement du Québec aux recommandations faites par un comité provincial sur la rémunération et les pensions des juges, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel du Québec qui avait annulé la réponse du gouvernement. La Cour suprême a notamment formulé le commentaire suivant (au paragraphe 160) :

[L]a position [du gouvernement] est viciée par son refus d'examiner quant au fond les questions relatives à la rémunération des juges et par son désir de continuer d'y appliquer les paramètres généraux de sa politique en matière de relations du travail dans le secteur public.

Les circonstances de la présente espèce ne sont pas similaires à celles examinées dans l'arrêt *Bodner* concernant les questions qui y étaient soulevées dans les appels provenant du Québec. J'en arrive toutefois à des conclusions similaires de manière générale à celles de la

have meaningful effect upon the outcome following the response.

#### Conclusions and implications

[54] The reasons here set forth in the response were not rational with reference to the recommendations of the Special Advisor. That judgment is equally applicable to the reasonable basis supporting Government's decision and action to deal with extraordinary economic conditions and deteriorating public finances after May 30, 2008, and to the additional considerations raised in the response. If neither the overarching ground nor the additional grounds for the response deal appropriately with the recommendations of the Special Advisor, then viewed globally, the reasons expressed in the response do not respect the purposes of the process for establishing judicial remuneration, as established by the *Reference re P.E.I. Judges* and as elaborated by *Bodner*.

[55] Let me be clear that the response in this case does not evidence any improper political purpose or intent to manipulate or influence the judicial officers concerned. Nevertheless, even though the proper process is expressly acknowledged in the Minister's response, that process has not been accomplished in this case in a manner that preserves judicial independence and depoliticizes the establishment of prothonotaries' remuneration. In my opinion, the response does not meet the constitutional requirements of the commission and response process for establishing compensation for judicial officers, here the prothonotaries, established by the *Reference re P.E.I. Judges* and *Bodner*.

[56] In our democracy the rule of law is a basic pillar. It rests upon judicial independence. That is why that independence is a basic public value. It is secured by essential support for courts and judicial work and by appropriate remuneration for all judicial officers. The value of judicial independence is a matter of concern for

Cour suprême dans cet arrêt. Le mécanisme d'examen par une commission et de réponse appliqué en l'espèce n'a pas eu d'effet concret sur le résultat à la suite de la réponse.

#### Conclusions et implications

[54] Les motifs exposés dans la réponse en l'espèce n'étaient pas rationnels au regard des recommandations du conseiller spécial. Cette conclusion s'applique également au fondement raisonnable de la décision du gouvernement et des mesures qu'il a prises pour composer avec des conditions économiques extraordinaires et la détérioration des finances publiques après le 30 mai 2008, de même qu'aux autres considérations soulevées dans la réponse. Si ni le motif principal ni les motifs additionnels invoqués dans la réponse ne traitent adéquatement les recommandations du conseiller spécial, alors, dans l'ensemble, les motifs exposés dans la réponse ne respectent pas les objectifs du mécanisme de fixation de la rémunération judiciaire établi dans le *Renvoi sur la rémunération des juges* et précisé par l'arrêt *Bodner*.

[55] Je tiens à préciser que la réponse en l'espèce ne révèle aucun objectif politique inapproprié ni aucune intention de manipuler ou d'influencer les fonctionnaires judiciaires concernés. Néanmoins, même si le mécanisme approprié est expressément reconnu dans la réponse du ministre, ce mécanisme n'a pas été appliqué en l'espèce d'une manière qui préserve l'indépendance de la magistrature et qui dépolitise la fixation de la rémunération des protonotaires. À mon avis, la réponse ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles relatives au mécanisme d'examen par une commission et de réponse ayant pour objet la fixation du traitement de fonctionnaires judiciaires, dans ce cas-ci les protonotaires, établi par le *Renvoi sur la rémunération des juges* et l'arrêt *Bodner*.

[56] La primauté du droit constitue un des piliers essentiels de notre démocratie. Or, elle repose sur l'indépendance de la magistrature. C'est pourquoi cette indépendance constitue une valeur publique essentielle. Elle est assurée par un appui essentiel aux tribunaux et au travail judiciaire ainsi que par une rémunération

all, not least for the Minister of Justice and Attorney General of Canada and for all law officers of the Crown. They have the responsibility and the ability to meet their lawful concerns in this and in all respects. Government always has a number of constitutional obligations to meet under our law. It may be difficult to meet them all at one time, but it is not for this Court at this time to direct the manner or timing for those requirements to be met. That is a continuing responsibility of Government to which the Court must ordinarily defer.

[57] The extraordinary economic circumstances with which Government now copes are unlikely to continue indefinitely. It cannot be forgotten that it is now 12 years since the requirements of the lawful process for considering the appropriate remuneration for prothonotaries were established by the *Reference re P.E.I. Judges*. Reconsideration could be initiated by re-examining the recommendations already made by the Special Advisor's Report of May 30, 2008, which might expedite reconsideration when the time for that is ripe. If that is not appropriate a new commission process will be required.

[58] An order goes dismissing the application for judicial review. No other order or directions to the applicants or to the respondents is made except concerning costs.

[59] For the record I note that counsel for the parties before me made submissions on two other matters about which I make no determination since neither affects the result. The applicants' claim that the Minister was in breach of the law by failing to respond in no later than six months after the Special Advisor's report was submitted, as P.C. 2007-1015 provided, does not affect the order dismissing this application. The respondent Minister's reliance, if it should prove necessary, upon section 1 of the Charter to support the decision in this case, was simply not an issue argued for the applicants and is not here determined.

adéquate de tous les fonctionnaires judiciaires. Cette valeur qu'est l'indépendance de la magistrature intéresse tout le monde, et notamment le ministre de la Justice et procureur général du Canada, de même que tous les avocats de la Couronne. Ils ont la responsabilité et la capacité de répondre à leurs préoccupations légitimes à cet égard ainsi qu'à tous égards. Le gouvernement a toujours un certain nombre d'obligations constitutionnelles à respecter dans notre droit. Il peut s'avérer difficile de les respecter toutes dans une seule et même occasion, mais il n'appartient pas à la Cour, à ce stade-ci, de dicter quand et comment il doit être satisfait à ces exigences. Il s'agit là d'une responsabilité permanente du gouvernement à l'égard de laquelle la Cour doit normalement faire preuve de retenue.

[57] Les circonstances économiques extraordinaires avec lesquelles le gouvernement s'efforce actuellement de composer ne sont pas susceptibles de se perpétuer. On ne saurait oublier qu'il y a maintenant 12 ans que les exigences relatives au mécanisme légal de fixation de la rémunération des protonotaires ont été établies par le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*. Un nouvel examen pourrait être entrepris en réexaminant les recommandations déjà formulées dans le Rapport du conseiller spécial du 30 mai 2008, ce qui pourrait accélérer ce nouvel examen le temps venu. Si cela ne convient pas, il faudra recourir à un nouveau mécanisme d'examen par une commission.

[58] J'ordonne le rejet de la demande de contrôle judiciaire. Je ne prononce aucune autre ordonnance visant les demandeurs ou les défendeurs ni ne leur donne aucune instruction, sauf quant aux dépens.

[59] Aux fins du dossier, je note que les avocats des parties qui ont comparu devant moi ont formulé des observations relatives à deux autres questions sur lesquelles je ne statuerai pas, parce que ni l'une ni l'autre n'a d'incidence sur le résultat. D'une part, la prétention des demandeurs selon laquelle le ministre a violé la loi en omettant de répondre dans les six mois suivant le dépôt du Rapport du conseiller spécial, comme le prévoyait le décret C.P. 2007-1015, n'a aucune incidence sur l'ordonnance rejetant la présente demande. Par ailleurs, les demandeurs n'ont tout simplement pas débattu de l'invocation par le ministre défendeur, pour

le cas où cela s'avérerait nécessaire, de l'article premier de la Charte au soutien de sa décision en l'espèce, et je ne statuerai pas ici sur ce point.

### Costs

[60] The matter of costs as discussed in the Advisor's Report and the Minister's response is not one for this Court to review.

[61] I consider that success in this matter is divided for dismissal of the application does not constitute recognition of the commission and response process here reviewed as one that met constitutional requirements. The constitutional obligation of Government to ensure an appropriate process for establishing salary and benefits for the prothonotaries of the Federal Court remains, just as it was when the Special Advisor reported to the Minister on May 30, 2008.

[62] Costs of the parties in this application, now dismissed, I leave for them to resolve, and if no other resolution is made between them within 14 days of my order, then each shall bear their own costs.

### Les dépens

[60] Il n'appartient pas à la Cour d'examiner la question des frais traitée dans le Rapport du conseiller et dans la réponse du ministre.

[61] Je considère que le succès en l'espèce est partagé, puisque le rejet de la demande ne vaut pas reconnaissance de la conformité aux exigences constitutionnelles du mécanisme d'examen par une commission et de réponse examiné ici. Le gouvernement conserve la même obligation constitutionnelle d'assurer un mécanisme adéquat pour la fixation du traitement et des avantages des protonotaires de la Cour fédérale qu'au moment où le conseiller spécial a fait rapport au ministre le 30 mai 2008.

[62] Je laisse aux parties le soin de parvenir à une entente relativement aux dépens dans la présente demande, maintenant rejetée, et, si les parties ne parviennent pas à une entente dans les 14 jours suivant mon ordonnance, alors chaque partie paiera ses frais.

## ANNEX A

### RECOMMENDATIONS OF THE SPECIAL ADVISOR ON FEDERAL COURT PROTHONOTARIES' COMPENSATION

#### *Salary*

Salary be set for April 1, 2007, at 80% of a (puisne) Federal Court judge's salary of \$252,000 at \$201,600 and adjusted at that rate thereafter. Adjustment be retroactive to April 1, 2004.

#### *Pension*

An appropriate retirement arrangement having:

- an accrual rate of 3.5% per year of service;
- applied to the final year of earnings;

## ANNEXE A

### RECOMMANDATIONS DU CONSEILLER SPÉCIAL SUR LE TRAITEMENT DES PROTHONOTAIRES DE LA COUR FÉDÉRALE

#### *Traitement*

Le traitement est fixé au 1er avril 2007 à un montant équivalant à 80 % du traitement d'un juge de la Cour fédérale (252 000 \$), soit 201 600 \$ et rajusté selon ce rapport par la suite. Le rajustement est rétroactif au 1er avril 2004.

#### *Pension*

Un régime adéquat de retraite prévoyant les éléments suivants :

- un taux d'accumulation de 3,5 % par année de service
- qui sera appliqué à la dernière année de rémunération

- to age 75, for a maximum benefit of 70%;
- contributions at 7%;
- benefit to be indexed to CPI;
- not integrated with CPP/QPP;
- current entitlements should be grand-fathered with *Public Service Superannuation Act* so that in conjunction with a supplementary RCA due difference is topped up. Proposal for full retroactivity so all service counted at 3.5%.

### ***Retired Prothonotaries or widows***

Correlative enhancements for retired prothonotaries or widows, or alternatively an appropriate sized *ex gratia* payment.

### ***Sickness and disability***

Elimination of 13-week waiting period (automatic salary protection); extension of benefits to age 75, or alternatively that LTD be replaced by an annuity amounting to 70% of salary to age 75.

### ***Supernumerary Status***

Consideration be given to establishing opportunity to elect supernumerary status.

### ***Associate Judges***

Consideration be given to taking the steps necessary to reflect the status of the prothonotaries as associate judges.

### ***Vacation Entitlement, Other Leaves, Travel, etc***

- harmonization of vacation entitlement to 6 weeks currently afforded to Federal Court judges;
- leave and travel arrangements to be administered in same way as for judges as proposed by Courts Administration Service submission;
- application of public service Values and Ethics Code problematic;
- appropriate judicial complaint and discipline mechanism; and

- jusqu'à l'âge de 75 ans, avec prestations maximales de 70 %
- des contributions fixées à 7 %
- des prestations indexées selon l'indice des prix à la consommation
- des prestations non intégrées au RPC et à la RRQ
- les droits accumulés devraient être maintenus dans le cadre de la participation au régime prévu dans la *Loi sur la pension de la fonction publique* pour qu'avec une convention supplémentaire de retraite, l'écart soit comblé. On propose la rétroactivité complète de manière que toutes les années de service soient comptées à 3,5 %.

### ***Protonotaires retraités ou veuves***

Des améliorations corrélatives applicables dans le cas des protonotaires à la retraite ou des veuves ou subsidiairement, un versement à titre gracieux d'un montant adéquat.

### ***Maladie et invalidité***

Suppression de la période d'attente de 13 semaines (protection automatique du traitement), prolongation des prestations jusqu'à l'âge de 75 ans ou subsidiairement, que le congé d'invalidité de longue durée soit remplacé par le versement d'une pension équivalant à 70 % du traitement jusqu'à l'âge de 75 ans.

### ***Statut de surnuméraire***

Envisager de créer la possibilité de choisir de devenir surnuméraire.

### ***Juges associés***

Envisager la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour assimiler les protonotaires à des juges associés.

### ***Congés, congés annuels, déplacements, etc.***

- Étendre les congés annuels à six semaines, comme pour les juges de la Cour fédérale
- Que les congés et les arrangements pour fins de déplacements soient administrés de la même manière que pour les juges, comme le proposait la soumission du Service administratif des tribunaux judiciaires
- L'application du Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique pose problème
- Mécanisme adéquat de plainte et de discipline

- 
- temporary funding of positions as described by CAS needs to change.
  - Le financement temporaire des postes tel que décrit par le Service administratif des tribunaux doit être modifié.

***Allowances***

Non-taxable allowance of \$3,000.

***Interest and Costs***

Full reimbursements of all legal fees and costs (“in accordance with case law”). No interest.

***Periodic Review***

Subsequent reviews to track the timeframes of the quadrennial commission process.

***Allocations***

Montant non imposable de 3 000 \$.

***Intérêts et frais***

Remboursement total de tous les frais juridiques (« en conformité avec la jurisprudence »). Pas d’intérêt.

***Révisions périodiques***

Révisions subséquentes suivant le calendrier de la commission quadriennale.

A-251-09  
2010 FCA 75

A-251-09  
2010 CAF 75

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant) (Respondent in the Federal Court)

**Le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(appellant) (défendeur en Cour fédérale)

v.

c.

**Dong Zhe Li and Dong Hu Li** (Respondents)  
(Applicants in the Federal Court)

**Dong Zhe Li et Dong Hu Li** (intimés) (demandeurs en  
Cour fédérale)

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

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

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Layden-  
Stevenson J.J.A.—Vancouver, December 14, 2009;  
Ottawa, March 17, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Layden-  
Stevenson, J.C.A.—Vancouver, 14 décembre 2009;  
Ottawa, 17 mars 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of visitors — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision respondents persons described in Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 112(3) — Respondents, Chinese nationals, entering Canada on temporary resident visas but issued exclusion orders thereafter — Since respondents found ineligible to make refugee claims, submitting PRRA applications — While respondents found to be excluded from refugee protection under IRPA, s. 98, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b), nonetheless found to be at risk of torture if returned to China pursuant to IRPA, ss. 97, 113(d) — Federal Court finding PRRA officer erring when proceeding under IRPA, s. 113(d) rather than s. 113(c) to assess applications — Exclusion in Convention, Art. 1(F) applying to respondents even if respondents not claiming refugee status prior to admission to Canada — By incorporating Convention exclusions into IRPA refugee protection scheme, exclusions intended to extend to all claims for refugee protection, not only Convention refugee status — Application under IRPA, s. 112 to Minister constituting application for refugee protection, even where applicant precluded from applying for refugee protection by reason of exclusion order — PRRA officer having jurisdiction to determine whether person excluded under IRPA, s. 98 given clear wording in s. 112 that application made to Minister — PRRA officer considering PRRA application under IRPA, s. 113(c) and determining applicant excluded from protection under IRPA, s. 98 entitled to consider application under s. 113(d), determine whether stay of removal order warranted — Federal Court thus erring when finding otherwise — Appeal allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Appel de la décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente chargée d'examiner les risques avant renvoi (l'agente d'ERAR) portant que les intimés étaient visés par l'art. 112(3) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Les intimés, des ressortissants chinois, sont entrés au Canada grâce à des visas de résident temporaire, mais des mesures d'exclusion ont été prises contre eux par la suite — Comme les intimés ont été déclarés inadmissibles à présenter des demandes d'asile, ils ont soumis des demandes d'ERAR — Même si la Cour a conclu à leur exclusion de la protection accordée aux réfugiés par application de l'art. 98 de la LIPR parce qu'ils étaient visés par l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, elle a néanmoins statué, par application des art. 97 et 113d) de la LIPR, qu'ils seraient exposés au risque d'être torturés s'ils étaient renvoyés en Chine — La Cour fédérale a conclu que l'agente d'ERAR avait commis une erreur en appliquant l'art. 113d) plutôt que l'art. 113c) pour examiner les demandes — L'exclusion prévue à l'art. 1F de la Convention s'appliquait aux intimés même si ceux-ci n'avaient pas demandé l'asile avant d'entrer au Canada — En incorporant dans le régime de protection des réfugiés de la LIPR les exclusions prévues dans la Convention, le législateur voulait que ces exclusions s'appliquent à toutes les demandes d'asile et non seulement aux demandes de statut de réfugié — La demande présentée au ministre en vertu de l'art. 112 de la LIPR est une demande d'asile, même si le demandeur était irrecevable à présenter une demande d'asile en raison d'une mesure d'exclusion — L'agent d'ERAR a compétence*



*pour décider d'exclure une personne par application de l'art. 98 de la LIPR compte tenu du libellé clair de l'art. 112 précisant que la demande est présentée au ministre — L'agente d'ERAR, ayant examiné la demande d'ERAR en vertu de l'art. 113c) de la LIPR et ayant conclu que le demandeur était exclu de la protection en vertu de l'art. 98 de la LIPR, avait le droit d'examiner la demande en vertu de l'art. 113d) et d'établir si un sursis de la mesure de renvoi était justifié — La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant autrement — Appel accueilli.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the application for judicial review of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision that the respondents were persons described in paragraph 112(3)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Paragraph 112(3)(c) provides that refugee protection may not result from an application for protection if the person made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*.

The respondents were Chinese nationals who entered Canada on temporary resident visas but who were excluded after failing to leave Canada when those visas expired. In the interim, Chinese warrants were issued against them for their arrest for fraud. The respondents sought to claim refugee protection but were found ineligible to make those claims because of the exclusion orders in force against them. Therefore, they submitted PRRA applications pursuant to section 112 of the IRPA. While they were found to be excluded from refugee protection under section 98 of the IRPA as they were persons referred to in section F(b) of Article 1 of the Convention, they were also found, by operation of paragraph 113(d) and section 97 of the IRPA, to be at risk of torture if returned to China. Paragraph 113(d) provides that in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration of an application for protection shall be on the basis of the factors set out in section 97.

On judicial review, the Federal Court found that the PRRA officer had erred by proceeding under paragraph 113(d) when the IRPA required the officer to proceed under paragraph 113(c) (dealing with applicants not described in subsection 112(3)) and consider the application on the basis of sections 96 to 98 of the IRPA. The Federal Court certified two questions. The principal issues raised in these questions were framed as follows in the present instance: (1) whether it was reasonable for the PRRA officer to conclude that the respondents were persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they had committed a serious non-political crime outside the country of refuge before their admission to that country as a refugee contrary to

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente chargée d'examiner les risques avant renvoi (l'agente d'ERAR) portant que les intimés étaient visés par l'alinéa 112(3)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). L'alinéa 112(3)c) précise que l'asile ne peut être conféré au demandeur qui a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*.

Les intimés étaient des ressortissants chinois qui sont entrés au Canada grâce à des visas de résident temporaire, mais qui ont été exclus en raison de leur refus de quitter le Canada à l'expiration de leurs visas. Dans l'intervalle, des mandats d'arrêt ont été lancés contre eux pour fraude. Les intimés ont demandé l'asile, mais ils ont été déclarés inadmissibles à présenter ces demandes d'asile en raison de l'existence de mesures d'exclusion prises contre eux. En conséquence, ils ont présenté des demandes d'ERAR en application de l'article 112 de la LIPR. Même si la Cour a conclu à leur exclusion de la protection accordée aux réfugiés par application de l'article 98 de la LIPR parce qu'ils étaient visés par l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention, elle a aussi statué, par application de l'alinéa 113d) et de l'article 97 de la LIPR, qu'ils seraient exposés au risque d'être torturés s'ils étaient renvoyés en Chine. L'alinéa 113d) précise que, s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), il est disposé de la demande d'asile sur la base des éléments mentionnés à l'article 97.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que l'agente d'ERAR avait commis une erreur en appliquant l'alinéa 113d) alors que la LIPR l'obligeait à appliquer l'alinéa 113c) (qui traite des demandeurs non visés par le paragraphe 112(3)) et à examiner la demande à la lumière des articles 96 à 98 de la LIPR. La Cour fédérale a certifié deux questions. Les principaux points litigieux soulevés en l'espèce ont été formulés de la façon suivante : 1) était-il raisonnable de la part de l'agente d'ERAR de conclure que les intimés étaient des personnes dont on avait des raisons sérieuses de penser qu'elles avaient commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés, contrairement à

section F(b) of Article 1 of the Convention and section 98 of the IRPA; (2) whether an application under section 112 is an application for refugee protection; (3) whether a PRRA officer has jurisdiction to determine whether a person is excluded from refugee protection under section 98 of the IRPA and, (4) if such a determination is made, whether the officer may consider the person's application under paragraph 113(d) of the IRPA.

*Held*, the appeal should be allowed.

The intent of the Convention is to prevent certain persons who are deemed to be undeserving of international protection from invoking the Convention to claim Convention refugee status. The achievement of that objective does not depend on the timing of the claim but rather on the fact of claiming that status. Therefore, the application of the exclusion (section F of Article 1 of the Convention and section 98 of the IRPA) requires that there must be serious reasons for believing that the person has committed one or more of the acts described in sections E and F of Article 1 of the Convention, and that person must make a claim for Convention refugee status. It is not necessary that the refugee claim be made before or upon entry to Canada.

By incorporating the exclusions found at sections E and F of Article 1 of the Convention into the refugee protection scheme found in the IRPA, Parliament clearly intended those exclusions to extend to all claims for refugee protection, not simply to claims for Convention refugee status. Therefore, the fact that the respondents entered Canada on temporary resident visas and not as refugees did not preclude the application of sections E and F of Article 1 of the Convention to their claim for refugee protection. While neither the respondents' wealth nor the issuance of the warrants would by itself satisfy the test set out in section F of Article 1 of the Convention, the combination of the two was capable of reasonably supporting the PRRA officer's conclusion herein.

Refugee protection may result from an application to the Minister for protection as provided in the opening words of section 112. Therefore, applications for protection made under section 112 may result in applicants being accorded refugee protection or may result in a stay of the removal orders made against them. An application for protection under section 112 is thus an application for refugee protection. This is true even where the applicant is precluded, as was the case here, from applying for refugee protection pursuant to section 99 as a result of an exclusion order. Section 99 does not preclude making an application for protection under section 112. It only precludes making an application to an officer and then to the Refugee Protection Division. Therefore, notwithstanding their ineligibility to make

l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention et à l'article 98 de la LIPR; 2) une demande présentée en vertu de l'article 112 est-elle une demande d'asile; 3) l'agent d'ERAR a-t-il compétence pour refuser de décider de l'exclusion d'une personne du droit à l'asile par application de l'article 98 de la LIPR et 4) si une telle décision est prise, l'agent d'ERAR a-t-il le droit d'examiner la demande de cette personne en vertu de l'alinéa 113d) de la LIPR?

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La Convention vise à empêcher certaines personnes que l'on estime ne pas mériter la protection internationale d'invoquer la Convention pour revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. L'atteinte de cet objectif ne dépend pas du moment où la demande d'asile est présentée, mais plutôt du fait que cette demande est soumise. Par conséquent, pour que l'exclusion s'applique (section F de l'article premier de la Convention et article 98 de la LIPR), on doit avoir des motifs sérieux de croire que la personne en question a commis un ou plusieurs des actes énumérés aux sections E et F de l'article premier de la Convention, et il faut que cette personne ait demandé le statut de réfugié au sens de la Convention. Il importe peu que la demande d'asile soit faite avant ou après l'entrée au Canada.

En incorporant dans le régime de protection des réfugiés de la LIPR les exclusions prévues aux sections E et F de l'article premier de la Convention, le législateur voulait manifestement que ces exclusions s'appliquent à toutes les demandes d'asile et non seulement aux demandes de statut de réfugié. Par conséquent, le fait que les intimés sont entrés au Canada grâce à des visas de résident temporaire, et non pas à titre de réfugiés, n'empêchait pas l'application des sections E et F de l'article premier de la Convention à leur demande d'asile. Même si ni la richesse des intimés ni la délivrance des mandats ne satisferaient en soi au critère prévu à la section F de l'article premier de la Convention, la combinaison des deux était propre à appuyer de façon raisonnable la conclusion de l'agent d'ERAR en l'espèce.

L'asile peut être octroyé à la suite d'une demande de protection adressée au ministre ainsi que le prévoit la disposition liminaire de l'article 112. Ainsi, une demande de protection présentée en vertu de l'article 112 peut se solder soit par l'octroi de l'asile au demandeur, soit par un sursis de la mesure de renvoi le visant. La demande de protection visée à l'article 112 est donc une demande d'asile. Ce constat tient même si, comme c'est le cas en l'espèce, le demandeur est irrecevable à demander l'asile au titre de l'article 99 parce qu'il est visé par une mesure de renvoi. L'article 99 n'empêche pas de présenter une demande de protection en vertu de l'article 112. Il empêche seulement de présenter une demande d'asile à un agent, puis à la Section de la protection des réfugiés. En conséquence, en dépit du fait qu'ils étaient

applications to the Refugee Protection Division, the respondents were competent to make their applications to the Minister under section 112 and to receive refugee protection as a result of those applications.

A PRRA officer has jurisdiction to decide whether a person is excluded under section 98 of the IRPA. Sections 95 and 112 make it clear that an application under section 112 is made to the Minister who, where the applicant has not been excluded under section 98, is directed by paragraph 113(c) to consider the application according to sections 96, 97 and 98. Therefore, the Minister must have jurisdiction to consider section 98 and to exclude an applicant thereunder if the facts warrant the exclusion.

A PRRA officer having commenced consideration of an applicant's PRRA under paragraph 113(c) is entitled, after determining that the person is excluded from protection under section 98 of the IRPA, to then consider the person's application under paragraph 113(d). While section 113 provides a road map for the treatment of section 112 applications, the PRRA officer must first determine if the applicant has thus far been refused refugee protection as a result of having been excluded under section E or F of Article 1 of the Convention. If no exclusion exists, the PRRA officer must consider the applicant's application under paragraph 113(c). However, if grounds for exclusion are found, the applicant becomes a person described in paragraph 112(3)(c) and the officer must therefore return to section 113 and proceed under paragraph 113(d). Under that paragraph, the officer must determine whether the deportation order in force against the applicant ought to be stayed.

Consequently, the Federal Court erred in law when it found that the PRRA officer could not consider the respondents' applications under paragraph 113(d) of the IRPA after determining, by means of her analysis pursuant to paragraph 113(c), that they were excluded from refugee protection pursuant to section 98.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 52 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17; 2002, c. 8, s. 50).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 29(2), 41(a), 95, 96, 97, 98, 99, 112, 113, 114, 115(1).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 223.

inadmissibles à soumettre une demande à la Section de la protection des réfugiés, les intimés étaient en mesure de présenter leurs demandes au ministre en vertu de l'article 112 et de se voir ainsi conférer l'asile.

L'agent d'ERAR a compétence pour décider d'exclure une personne par application de l'article 98 de la LIPR. Les articles 95 et 112 précisent clairement que la demande prévue à l'article 112 est soumise au ministre qui, lorsque le demandeur n'a pas été exclu par application de l'article 98, est, aux termes de l'alinéa 113c), tenu d'examiner la demande sur la base des articles 96, 97 et 98. Le ministre doit par conséquent avoir compétence pour examiner l'article 98 et pour prononcer l'exclusion du demandeur par application de cet article si les faits justifient son exclusion.

Si, après avoir commencé, en vertu de l'alinéa 113c), l'examen des risques avant renvoi à l'égard du demandeur, l'agente d'ERAR avait le droit, dès lors qu'elle a conclu à l'exclusion du demandeur par application de l'article 98 de la LIPR, d'examiner la demande en vertu de l'alinéa 113d). Bien que l'article 113 donne une feuille de route pour la façon dont une demande fondée sur l'article 112 doit être examinée, l'agent d'ERAR doit d'abord déterminer si le demandeur s'est, jusqu'à ce moment-là, vu refuser l'asile parce qu'il a été exclu aux termes de la section E ou F de l'article premier de la Convention. Si le demandeur n'a pas été ainsi exclu, l'agent d'ERAR doit examiner sa demande en vertu de l'alinéa 113c). Cependant, si l'agent conclut qu'il existe des motifs justifiant l'exclusion du demandeur, celui-ci devient alors une personne visée à l'alinéa 112(3)c) et l'agent doit alors revenir à l'article 113 et procéder en vertu de l'alinéa 113d). Suivant cet alinéa, l'agent doit déterminer s'il y a lieu de surseoir à la mesure d'expulsion prise contre le demandeur.

La Cour fédérale a donc commis une erreur de droit en concluant que l'agente d'ERAR ne pouvait pas examiner la demande des intimés en vertu de l'alinéa 113d) de la LIPR après avoir établi, par suite de son analyse menée suivant l'alinéa 113c), qu'ils étaient exclus du droit à l'asile par application de l'article 98.

#### LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 52 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17; 2002, ch. 8, art. 50).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 29(2), 41a), 95, 96, 97, 98, 99, 112, 113, 114, 115(1).
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 223.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E, 1F.

## CASES CITED

## DISTINGUISHED:

*Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304, 245 D.L.R. (4th) 385, 37 Imm. L.R. (3d) 163.

## CONSIDERED:

*Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 877, 353 F.T.R. 132, 83 Imm. L.R. (3d) 228.

## REFERRED TO:

*Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 941, 319 F.T.R. 14, 65 Imm. L.R. (3d) 234; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433, 308 D.L.R. (4th) 314, 188 C.R.R. (2d) 71; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, 11 Admin. L.R. (3d) 1, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Saeed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1016, 298 F.T.R. 307; *Saleem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 389; *Soares v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 190, 308 F.T.R. 280; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, 60 Admin. L.R. (4th) 247, 64 Imm. L.R. (3d) 226; *Cui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 945, 65 Imm. L.R. (3d) 228; *Deng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 943, 64 Imm. L.R. (3d) 133; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 956, 333 F.T.R. 84.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 623, [2010] 2 F.C.R. 467, 350 F.T.R. 28, 80 Imm. L.R. (3d) 293) allowing the application for judicial review of a pre-removal risk assessment officer's decision that the respondents were persons described in subsection 112(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal allowed.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E, 1F.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 877.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 941; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Saeed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1016; *Saleem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 389; *Soares c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 190; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Cui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 945; *Deng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 943; *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 956.

APPEL d'une décision (2009 CF 623, [2010] 2 R.C.F. 467) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision d'une agente chargée d'examiner les risques avant renvoi portant que les intimés étaient visés par le paragraphe 112(3) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Cheryl D. E. Mitchell and Jennifer Dagsvik* for appellant.  
*Christopher Elgin* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for respondents.

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

PELLETIER J.A.:

## INTRODUCTION

[1] The appellants, Dong Zhe Li and Dong Hu Li (the Li brothers or simply the brothers) entered Canada on temporary resident visas. They failed to leave the country when their visas expired. They were eventually apprehended and exclusion orders were made against them, which had the effect of precluding them from making applications to the Refugee Protection Division for Convention refugee status. In the course of their pre-removal risk assessments, their last chance to claim refugee protection, the pre-removal risk assessment (PRRA) officer determined the brothers were excluded from refugee protection because they were persons referred to in section E or F of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention).

[2] The issue in this appeal [Federal Court reasons for judgment reported at 2009 FC 623, [2010] 2 F.C.R. 467] is whether the PRRA officer had the jurisdiction to make that determination. The Li brothers say that only the Refugee Protection Division can determine whether a person is excluded from refugee protection. In any event, they say, the PRRA officer had no factual basis upon which to make the determination that they were excluded.

## ONT COMPARU

*Cheryl D. E. Mitchell et Jennifer Dagsvik* pour l'appelant.  
*Christopher Elgin* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour les intimés.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[1] Les appelants, Dong Zhe Li et Dong Hu Li (les frères Li ou, simplement, les frères), sont entrés au Canada munis de visas de résidents temporaires. Ils n'ont pas quitté le pays lorsque leurs visas ont expiré. Ils ont finalement été arrêtés et des mesures d'exclusion ont été prises contre eux, ce qui a eu pour effet de les empêcher de présenter devant la Section de la protection des réfugiés des demandes de statut de réfugié. Au cours de l'examen des risques avant renvoi dont ils ont fait l'objet, étape qui représentait leur dernière chance de demander l'asile, l'agente chargée d'examiner les risques avant renvoi (l'agente d'ERAR) a estimé que les frères étaient exclus du droit à l'asile parce qu'ils étaient visés aux sections E ou F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention).

[2] La question en litige dans le présent appel [les motifs du jugement de la Cour fédérale sont rapportés à 2009 CF 623, [2010] 2 R.C.F. 467] est celle de savoir si l'agente d'ERAR était compétente pour rendre cette décision. Les frères Li affirment que seule la Section de la protection des réfugiés peut décider si une personne est exclue du droit à l'asile. Ils soutiennent, en tout état de cause, que l'agente d'ERAR ne disposait d'aucun fondement factuel lui permettant de décider de leur exclusion.

## FACTS

[3] The Li brothers, citizens of the People's Republic of China, were admitted to Canada on December 31, 2004, pursuant to temporary resident visas. When their visas expired on June 30, 2005, they did not leave the country as required. In February 2007, the immigration authorities located them and issued exclusion orders against them on the basis of their failure to leave Canada at the expiry of their visas, contrary to subsection 29(2) and paragraph 41(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). The brothers' challenge to the validity of the exclusion orders was dismissed by the Federal Court in reasons reported as *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 941, 319 F.T.R. 14, a decision from which no appeal was taken.

[4] In the interim, public officials in China issued warrants for the arrest of the Li brothers, alleging that they and others had committed theft of more than 170 million yuan, which amounts to approximately 24 million Canadian dollars, by negotiable instruments fraud. It was only after their apprehension by immigration authorities that the brothers sought to claim refugee protection but they were found to be ineligible to make those claims because of the existence of the exclusion orders in force against them: see subsection 99(3) of the Act and section 223 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-27 (the Regulations):

99. (1) ...

(3) A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.

223. There are three types of removal orders, namely, departure orders, exclusion orders and deportation orders.

[5] The brothers launched numerous unsuccessful legal proceedings in an attempt to stave off their removal from Canada. These proceedings are described in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li*, 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433, at paragraph 28.

## LES FAITS

[3] Les frères Li, citoyens de la République populaire de Chine, ont été admis au Canada le 31 décembre 2004 en vertu de visas de résidents temporaires. À l'expiration de leurs visas, le 30 juin 2005, ils n'ont pas quitté le pays comme ils étaient tenus de le faire. En février 2007, les autorités de l'immigration les ont repérés et ont pris des mesures d'exclusion contre eux en raison de leur refus de quitter le Canada à l'expiration de leurs visas, contrairement au paragraphe 29(2) et à l'alinéa 41a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). Les frères ont contesté la validité des mesures d'exclusion devant la Cour fédérale, qui a rejeté leur contestation dans la décision publiée sous l'intitulé *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 941. Cette décision n'a pas été portée en appel.

[4] Dans l'intervalle, les autorités publiques chinoises ont lancé des mandats d'arrêt visant les frères Li dans lesquels il était allégué qu'ils avaient commis, avec d'autres individus, un vol de plus de 170 millions de yuan, ce qui correspond à environ 24 millions de dollars canadiens, en fraudant des titres négociables. Ce n'est qu'après leur arrestation par les autorités de l'immigration que les frères ont demandé l'asile. Ils ont toutefois été déclarés inadmissibles à présenter ces demandes d'asile en raison de l'existence des mesures d'exclusion prises contre eux : voir le paragraphe 99(3) de la Loi et l'article 223 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-27 (le Règlement) :

99. (1) [...]

(3) Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.

223. Les mesures de renvoi sont de trois types : interdiction de séjour, exclusion, expulsion.

[5] Les frères ont intenté sans succès une série de recours judiciaires en vue de retarder leur renvoi du Canada. Ces procédures sont décrites dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Li*, 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433, au paragraphe 28.

Their last hope of remaining in Canada was their applications for protection under section 112 of the Act, a proceeding known as a pre-removal risk assessment. Their applications met with mixed success. While they were found to be excluded from refugee protection by virtue of section 98 of the Act, they were also found to be at risk of torture if returned to China. The result is that while they are denied the status of persons in need of protection, the enforcement of the removal orders against them will be stayed for an indeterminate period, unless it is determined that they are subject to removal pursuant to paragraph 113(d) of the Act.

Leur dernier espoir de demeurer au Canada consistait à présenter une demande de protection en vertu de l'article 112 de la Loi dans le cadre d'une procédure connue sous le nom d'examen des risques avant renvoi. Ils n'ont obtenu qu'en partie gain de cause. La Cour a conclu à leur exclusion de la protection accordée aux réfugiés par application de l'article 98 de la Loi, mais a estimé qu'ils seraient exposés au risque d'être torturés s'ils devaient retourner en Chine. Ainsi, même si la qualité de personnes à protéger leur a été refusée, l'exécution des mesures de renvoi prises contre eux a été suspendue pour une durée indéterminée, sous réserve de leur éventuel renvoi en vertu de l'alinéa 113d) de la Loi.

#### THE PRRA OFFICER'S DECISION

[6] Section 113 of the Act indicates how an application for protection is to be considered:

**112.** (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

...

**113.** Consideration of an application for protection shall be as follows:

...

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

#### LA DÉCISION DE L'AGENTE D'ERAR

[6] L'article 113 de la Loi précise de quelle manière il doit être disposé d'une demande de protection :

**112.** (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[...]

**113.** Il est disposé de la demande comme il suit :

[...]

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

[7] After having reviewed the Li brothers' personal circumstances, including the charges pending against them, the PRRA officer began her analysis by inquiring whether the Li brothers were persons described in subsection 112(3) of the Act because the answer to that question dictates whether the officer proceeds under paragraph 113(c) or (d). The material portions of subsection 112(3) are:

**112.** (1) ...

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

...

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention;

[8] The PRRA officer concluded that the Li brothers were persons described in paragraph 112(3)(c) as she considered that they were persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they had committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to their admission to that country as refugees contrary to section F(b) of Article 1 of the Convention and section 98 of the Act.

ARTICLE 1

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

**98.** A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[9] Having made this determination, the PRRA officer dealt with the Li brothers' applications pursuant to paragraph 113(d), which meant that she directed her

[7] Après avoir examiné la situation personnelle des frères Li, y compris les accusations portées contre eux, l'agente d'ERAR a commencé son analyse en se demandant si les frères Li étaient visés au paragraphe 112(3) de la Loi, étant donné que, selon la réponse que l'on donne à cette question, l'agente devait procéder selon l'alinéa 113c) ou selon l'alinéa 113d). Voici les extraits pertinents du paragraphe 112(3) :

**112.** (1) [...]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

[...]

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[8] L'agente d'ERAR a conclu que les frères Li étaient visés à l'alinéa 112(3)c) au motif qu'il s'agissait de personnes dont on avait des raisons sérieuses de penser qu'elles avaient commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés, contrairement à la section Fb) de l'article premier de la Convention et à l'article 98 de la Loi.

ARTICLE 1

[...]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

[...]

b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés.

**98.** La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[9] Ayant tiré cette conclusion, l'agente d'ERAR a examiné les demandes présentées par les frères Li en vertu de l'alinéa 113d). Elle s'est donc attardée à la



mind to the question of whether the Li brothers were at risk of torture or inhumane treatment if they were returned to China, as provided in section 97 of the Act:

**97.** (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

[10] The PRRA officer concluded that there was a real risk that the Li brothers would be tortured, given the nature of the charges pending against them. She then sent the file on to the Minister's delegate for consideration of the factors militating against allowing the Li brothers to stay in Canada, that is, the nature and severity of the crimes alleged against them. This weighing exercise has yet to be completed. But, given the PRRA officer's determination that the brothers are persons described in subsection 112(3), the best they can hope for is a stay of the removal orders which are in force against them, a result dictated by paragraph 114(1)(b) of the Act:

**114.** (1) A decision to allow the application for protection has

question de savoir si les frères Li seraient exposés au risque d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains s'ils devaient retourner en Chine, ainsi que le prévoit l'article 97 de la Loi :

**97.** (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[10] L'agente d'ERAR a conclu qu'il existait un risque réel que les frères Li soient torturés, compte tenu de la nature des accusations qui pesaient contre eux. Elle a ensuite soumis le dossier au délégué du ministre pour qu'il examine les facteurs militant contre l'éventuelle décision de permettre aux frères Li de demeurer au Canada, c'est-à-dire la nature et la gravité des crimes qui leur étaient reprochés. Cet exercice de mise en balance n'est toujours pas terminé. Cependant, compte tenu de la conclusion de l'agente d'ERAR suivant laquelle ils sont visés au paragraphe 112(3), les frères peuvent tout au plus espérer obtenir un sursis des mesures de renvoi les visant, comme le prévoit le paragraphe 114(1) de la Loi :

**114.** (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de

surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

#### THE FEDERAL COURT DECISION

[11] The Li brothers challenged the PRRA officer's decision by way of an application for judicial review. They argued that since they were precluded from making an application for refugee protection because of the exclusion orders in force against them, they could not be persons whose claim to refugee protection had been refused. In their view, only the Refugee Protection Division has jurisdiction to make such a determination; the PRRA officer does not.

[12] Accordingly, if, at the time of making a demand under section 112, a person has not been denied refugee protection, then paragraph 113(c) of the Act must be read to exclude the reference to section 98. In their memorandum of fact and law, filed in response to the Minister's appeal, the Li brothers contend that the reference to section 98 in paragraph 113(c) is a drafting error: see paragraph 67.

[13] The brothers' applications for judicial review were heard by Madam Justice Heneghan. She set aside the PRRA officer's decision and sent the matter back for redetermination.

[14] The Judge concluded that the PRRA officer was required, as a preliminary step, to make a determination as to whether there was a restriction on the availability of protection by reason of the application of subsection 112(3). She analysed each of the circumstances described in that subsection and concluded that they all referred to an action or determination which had already occurred by the time the application for protection was made. In particular, she found that

#### LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[11] Les frères Li ont contesté la décision de l'agente d'ERAR au moyen d'une demande de contrôle judiciaire. Ils soutenaient que, comme ils étaient irrecevables à présenter une demande d'asile en raison des mesures d'exclusion prises contre eux, ils ne pouvaient être considérés comme des personnes ayant été déboutées de leur demande d'asile. À leur avis, seule la Section de la protection des réfugiés était compétente pour rendre une telle décision, et l'agente d'ERAR n'avait pas ce pouvoir.

[12] En conséquence, si la personne qui présente une demande en vertu de l'article 112 ne s'est pas préalablement vu refuser l'asile, il faut, selon eux, interpréter l'alinéa 113c) de la Loi sans tenir compte de l'article 98. Dans le mémoire des faits et du droit qu'ils ont déposé en réponse à l'appel du ministre, les frères Li soutiennent que la mention de l'article 98 à l'alinéa 113c) est une erreur de rédaction (voir le paragraphe 67).

[13] La demande de contrôle judiciaire des frères a été examinée par la juge Heneghan. Elle a annulé la décision de l'agente d'ERAR et a renvoyé l'affaire à un autre agent pour qu'il rende une nouvelle décision.

[14] La juge a conclu que l'agente d'ERAR devait tout d'abord déterminer s'il existait, par application du paragraphe 112(3), une restriction à la possibilité d'obtenir la protection. Elle a analysé chacun des cas prévus au paragraphe 112(3) et a conclu que chacun d'entre eux prévoyait qu'une mesure avait déjà été prise ou qu'une décision avait déjà été rendue au moment où la demande de protection était faite. Elle a notamment conclu que l'alinéa 112(3)c) visait la situation où une demande

paragraph 112(3)(c) described the situation where a claim for refugee protection had been rejected after a hearing before the Refugee Protection Division. In her view, paragraph 112(3)(c) did not deal with persons who were ineligible to make a claim for refugee protection as a result of subsection 99(3) of the Act.

[15] The Judge noted that applications under section 112 are to be considered following the “road map” provided by section 113. In the Judge’s view, the PRRA officer must first determine whether a claim must be considered pursuant to paragraph 113(c) or 113(d). If the person is not, at the time of making the application under section 112, a person described in subsection 112(3), then the application must be considered as provided in paragraph 113(c). If the person is a person described in subsection 112(3), then consideration of the application is governed by paragraph 113(d).

[16] The Judge rejected the Li brothers’ argument that the PRRA officer did not have jurisdiction to consider section 98. She found that, on a plain reading of the language of paragraph 113(c), the PRRA officer was entitled to consider section 98. But she found that the PRRA officer erred in this case because the PRRA officer limited her consideration of the Li brothers’ applications to section 97 of the Act, that is, she proceeded under paragraph 113(d) when the Act required her to proceed under paragraph 113(c). As a result, the Judge set aside the PRRA officer’s decision and sent the matter back for redetermination.

[17] The application Judge certified two questions:

(1) Do pre-removal risk assessment officers have the jurisdiction to exclude persons from refugee protection under section 98 of the IRPA (the Act) and find them described in section 112(3)(c) of the IRPA?

(2) Does section 112(3)(c) of the IRPA only apply to rejections by the Refugee Protection Division on the basis of Section F of Article 1 of the Refugee Convention or does it also apply to rejections by pre-removal risk assessment

d’asile avait été rejetée à la suite d’une audience tenue devant la Section de la protection des réfugiés. À son avis, l’alinéa 112(3)c) ne visait pas les personnes qui étaient irrecevables à présenter une demande d’asile en raison du paragraphe 99(3) de la Loi.

[15] La juge a fait observer que l’examen des demandes de protection présentées en vertu de l’article 112 devait suivre la « feuille de route » prévue à l’article 113. Suivant la juge, l’agent d’ERAR doit d’abord déterminer si la demande doit être examinée en vertu de l’alinéa 113c) ou de l’alinéa 113d). Si la personne n’est pas visée au paragraphe 112(3) au moment où elle présente sa demande en vertu de l’article 112, la demande doit être examinée conformément à l’alinéa 113c). Si la personne est visée au paragraphe 112(3), l’examen de sa demande est régi par l’alinéa 113d).

[16] La juge a rejeté l’argument des frères Li suivant lequel l’agente d’ERAR n’avait pas compétence pour examiner l’article 98. Elle a estimé qu’il apparaissait clairement, à la simple lecture du libellé de l’alinéa 113c), que l’agente avait compétence pour examiner l’article 98. Elle a toutefois conclu que l’agente d’ERAR avait commis une erreur en l’espèce en limitant son examen de la demande des frères Li à l’article 97 de la Loi. En d’autres termes, elle s’est fondée sur l’alinéa 113d) alors que la Loi l’obligeait à se fonder sur l’alinéa 113c). La juge a par conséquent annulé la décision de l’agente d’ERAR et a renvoyé l’affaire à un autre agent pour qu’il rende une nouvelle décision.

[17] La juge de première instance a certifié les deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

1) Les agents d’examen des risques avant renvoi ont-ils compétence pour exclure des personnes du droit à l’asile par application de l’article 98 de la LIPR (la Loi) et pour conclure qu’elles sont visées à l’alinéa 112(3)c) de la LIPR?

2) L’alinéa 112(3)c) de la LIPR ne s’applique-t-il qu’aux rejets des demandes par la Section de la protection des réfugiés sur la base de la section F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés ou s’applique-t-il aussi aux

officers on the basis of Section F of Article 1 of the Refugee Convention?

décisions défavorables rendues par les agents d'examen des risques avant renvoi sur la base de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés?

## ISSUES

[18] In my view, the issues raised in the certified questions can best be answered by considering a series of more fundamental questions:

- i. What is the appropriate standard of review?
- ii. Was it reasonable for the PRRA officer to conclude that the Li brothers are persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they had committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to their admission to that country as a refugee contrary to section F(b) of Article 1 of the Convention and section 98 of the Act?
- iii. Is an application under section 112 of the Act an application for refugee protection?
- iv. Does a PRRA officer have jurisdiction to determine that a person is excluded from refugee protection under section 98 of the Act?
- v. If the PRRA officer determines that a person is excluded from protection under section 98 of the Act, is the PRRA officer entitled to consider the person's application pursuant to paragraph 113(d) of the Act?

## ANALYSIS

1. What is the appropriate standard of review?

[19] The role of an appellate court on appeal from the decision of a reviewing court is to determine if the reviewing court has properly identified the standard of review which it must apply, and then to confirm that the reviewing court has properly applied that standard of review: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43. In this case, the Judge found that the

## QUESTIONS EN LITIGE

[18] À mon avis, la meilleure façon de résoudre les points litigieux soulevés par les questions certifiées consiste à examiner une série de questions plus fondamentales :

- i. Quelle est la norme de contrôle appropriée?
- ii. Était-il raisonnable de la part de l'agente d'ERAR de conclure que les frères Li étaient des personnes dont on avait des raisons sérieuses de penser qu'elles avaient commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés, contrairement à l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention et à l'article 98 de la Loi?
- iii. Une demande présentée en vertu de l'article 112 de la Loi est-elle une demande d'asile?
- iv. L'agent d'ERAR a-t-il compétence pour refuser de décider de l'exclusion d'une personne du droit à l'asile par application de l'article 98 de la Loi?
- v. S'il décide qu'une personne est exclue du droit à l'asile par application de l'article 98 de la Loi, l'agent d'ERAR a-t-il le droit d'examiner la demande de cette personne en vertu de l'alinéa 113d) de la Loi?

## ANALYSE

1. Quelle est la norme de contrôle appropriée?

[19] Le rôle d'une juridiction d'appel saisie de l'appel d'une décision rendue par un tribunal de révision consiste à décider si le tribunal de révision a choisi la norme de contrôle appropriée qu'il devait appliquer et à confirmer ensuite si le tribunal de révision a bien appliqué cette norme (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43). En l'espèce, la

determination as to whether the Li brothers were caught by subsection 112(3) was a question of fact and was therefore reviewable only on a standard of reasonableness. Questions of statutory interpretation and jurisdiction were to be reviewed on the standard of correctness.

[20] In my view, it is more correct to say that the question of whether the Li brothers were persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they had “committed a serious non-political crime outside the country of refuge” contrary to section F of Article 1 of the Convention is a question of mixed fact and law, since it requires the application of a legal test to a given set of facts, and it is therefore reviewable on a standard of reasonableness. Once that issue was decided, the question as to whether they were persons described in subsection 112(3) was a question of law since it required the Court to decide if the determination made under section 99 satisfied the test set out in paragraph 112(3)(c). Similarly, the consequences of the determination made under section 112 on the processing of the brothers’ application under section 113 is a question of law. These questions are reviewable on a standard of correctness.

2. Was it reasonable for the PRRA officer to conclude that the Li brothers are persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they had committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to their admission to that country as a refugee contrary to section F(b) of Article 1 of the Convention and section 98 of the Act?

[21] The Li brothers, as respondents in the appeal, did not frame the issues under appeal. They are, however, entitled to defend the decision on any basis which was raised before the Judge. Thus, if the Minister’s arguments are successful, the Li brothers argue that the appeal should nevertheless be dismissed because the PRRA officer’s determination that there were serious reasons to believe that they had committed serious non-political

juge a conclu que la question de savoir si les frères Li étaient visés au paragraphe 112(3) était une question de fait, dont le contrôle ne pouvait donc s’effectuer qu’en fonction de la norme de la décision raisonnable, et que les questions d’interprétation des lois et de compétence étaient quant à elles assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte.

[20] À mon avis, il est plus exact de dire que la question de savoir si les frères Li étaient des personnes dont on avait des raisons sérieuses de penser qu’elles avaient « commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil » au sens de la section F de l’article premier de la Convention est une question mixte de fait et de droit, puisqu’elle commande l’application d’un critère légal à une série de faits déterminés. Cette question est donc assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Une fois que cette question était tranchée, celle de savoir si les frères Li étaient visés au paragraphe 112(3) était une question de droit, étant donné qu’elle obligeait la Cour à décider si la décision rendue en vertu de l’article 99 satisfaisait au critère énoncé à l’alinéa 112(3)c). De même, les conséquences d’une décision rendue en vertu de l’article 112 sur le traitement de la demande des frères en vertu de l’article 113 est une question de droit. Ces questions sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

2. Était-il raisonnable de la part de l’agente d’ERAR de conclure que les frères Li étaient des personnes dont on avait des raisons sérieuses de penser qu’elles avaient commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés, contrairement à la section F(b) de l’article premier de la Convention et à l’article 98 de la Loi?

[21] Les frères Li, en tant qu’intimés en appel, n’ont pas formulé les questions qui sont en litige dans le présent appel. Il leur est toutefois loisible de contester la décision en invoquant l’un ou l’autre des moyens qui ont été invoqués devant la juge. Ainsi, ils font valoir que le ministre devrait être débouté de son appel même si ses arguments sont acceptés, parce que la conclusion de l’agente d’ERAR suivant laquelle on avait des raisons

crimes in China was unreasonable. Since this question, if answered in favour of the Li brothers, is dispositive of the appeal, I propose to treat it first.

[22] This requires me to deal with a preliminary question which was not raised by the parties but is nonetheless a question which must be answered in order to dispose of the appeal. As to the Court's power to decide a question not fully canvassed before it, see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 25.

[23] The question is whether section 98 and section F of Article 1 of the Convention apply to the Li brothers at all since they did not enter Canada as refugees, but on a temporary resident visa. Section F of Article 1, it will be recalled, deals with persons with respect to whom there were serious reasons for considering that they have committed a serious non-political crime outside the country of refuge *prior to their admission to that country as refugees*. If these words are to be taken at face value, the exclusions found at sections E and F of Article 1 of the Convention would only apply to persons who either entered Canada after having their claim to refugee status recognized by a visa officer overseas, or who made their claim for refugee status at a port of entry and were admitted to Canada pending the determination of their claim for refugee protection.

[24] The case law contains many examples of persons who entered Canada without claiming refugee status and who subsequently made an application to the Refugee Protection Division: for recent examples, see *Saeed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1016, 298 F.T.R. 307; *Saleem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 389; *Soares v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 190, 308 F.T.R. 280; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385. It

sérieuses de penser qu'ils avaient commis des crimes graves de droit commun en Chine était déraisonnable. Comme la réponse à cette question scellera le sort de l'appel si elle est tranchée en faveur des frères Li, je propose de l'examiner en premier.

[22] Pour ce faire, il me faut aborder une question préliminaire qui n'a pas été soulevée par les parties mais qui constitue néanmoins une question à laquelle il faut répondre pour pouvoir disposer de l'appel. Au sujet du pouvoir de la Cour de statuer sur une question qui n'a pas été débattue à fond devant elle, voir l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 25.

[23] La question qui se pose est celle de savoir si l'article 98 et la section F de l'article premier de la Convention s'appliquent aux frères Li étant donné qu'ils ne sont pas entrés au Canada en tant que réfugiés, mais en tant que personnes munies d'un visa de résident temporaire. La section F de l'article premier, on s'en souviendra, traite des personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil *avant d'y être admises comme réfugiés*. Si l'on doit prendre ces mots au pied de la lettre, les exclusions contenues aux sections E et F de l'article premier de la Convention ne s'appliqueraient qu'aux personnes qui soit sont entrées au Canada après que le statut de réfugié leur a été reconnu à l'étranger par un agent des visas, soit ont présenté une demande de statut de réfugié à un point d'entrée et ont été admises au Canada en attendant qu'une décision soit prise au sujet de leur demande d'asile.

[24] La jurisprudence renferme de nombreux exemples de personnes qui sont entrées au Canada sans revendiquer le statut de réfugié et qui ont par la suite saisi la Section de la protection des réfugiés d'une demande (pour des exemples récents, voir *Saeed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1016; *Saleem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 389; *Soares c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 190; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198,

seems unlikely that Parliament intended that such persons would be immune from exclusion on the basis that they did not enter Canada as refugees. Such a result would simply provide a significant incentive for those persons most likely to face exclusion to enter Canada under cover of some other legal authority (i.e. visitor, student visa, temporary resident visa) as opposed to asking for refugee protection prior to, or upon entry to, Canada.

[25] In addition, restricting the application of the exclusion to persons claiming refugee status upon entry would lead to the kind of forum shopping described in *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 877, 353 F.T.R. 132, where an applicant who attempted unsuccessfully to enter Canada with false documents, made a claim for refugee status which he later withdrew in favour of an application under section 112, in which he claimed that the exclusions found in the Convention could not be invoked against his application for refugee protection.

[26] The requirement that the acts giving rise to the exclusion must have occurred prior to the claimant's entry to Canada do not give rise to any particular difficulty. The issue is whether persons who would otherwise fall within the exclusion can only be excluded if they enter Canada as refugees. The intent of the Convention is to prevent certain persons who are deemed to be undeserving of international protection from invoking the Convention to claim Convention refugee status. The achievement of that objective does not depend upon the timing of the claim for Convention refugee status but rather on the fact of claiming that status. As a result, it seems to me that application of the exclusion requires two conditions to be met. There must be serious reasons for believing that the person has committed one or more of the acts described in sections E and F of Article 1, and that person must make a claim for Convention refugee status. In my view, it is not necessary that the claim for Convention refugee status be made prior to or upon entry to Canada. The objective

[2008] 1 R.C.F. 385). Il semble peu probable que le législateur ait voulu que ces personnes soient à l'abri d'une exclusion parce qu'elles ne sont pas entrées au Canada en qualité de réfugiés. Une telle solution aurait simplement pour effet d'inciter fortement les personnes qui risquent vraisemblablement d'être exclues d'entrer au Canada sous le couvert d'une autorisation légale quelconque (à savoir un visa de visiteur, un visa d'étudiant ou un visa de résident temporaire) au lieu de demander l'asile avant d'entrer au Canada ou à leur entrée au Canada.

[25] De plus, le fait de ne donner effet à l'exclusion que dans le cas des personnes qui revendiquent le statut à leur entrée au Canada conduirait au genre de recherche du tribunal le plus accommodant à laquelle on a assisté dans l'affaire *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 877, où le demandeur, qui avait cherché sans succès à entrer au Canada avec de faux documents, avait présenté une demande de statut de réfugié, qu'il avait par la suite retirée pour la remplacer par une demande fondée sur l'article 112 dans laquelle il soutenait que les exclusions prévues à la Convention ne pouvaient être invoquées pour faire échec à sa demande d'asile.

[26] L'obligation que les faits donnant lieu à l'exclusion se soient produits avant l'entrée du demandeur au Canada ne soulève pas de problème particulier. La question qui se pose est celle de savoir si les personnes qui seraient autrement visées par l'exclusion ne peuvent être exclues que si elles entrent au Canada comme réfugiés. La Convention vise à empêcher certaines personnes que l'on estime ne pas mériter la protection internationale d'invoquer la Convention pour revendiquer le statut de réfugié. L'atteinte de cet objectif ne dépend pas du moment où la demande de statut de réfugié est présentée mais plutôt du fait que ce statut est revendiqué. Il me semble donc que deux conditions doivent être réunies pour que l'exclusion s'applique. En premier lieu, on doit avoir des motifs sérieux de croire que la personne en question a commis un ou plusieurs des actes énumérés aux sections E et F de l'article premier et, en second lieu, il faut que cette personne ait demandé le statut de réfugié. À mon avis, il importe peu que la demande de statut de réfugié soit

of the Convention is furthered by the application of the exclusion at the time of making an application for Convention refugee status, whenever that application is made.

[27] By incorporating the exclusions found at sections E and F of Article 1 of the Convention into the refugee protection scheme found in the Act, it seems clear that Parliament intended those exclusions to extend to all claims for refugee protection, not simply to claims for Convention refugee status. Thus, the requirements for the application of the exclusions are that there must be serious reasons to consider that the person has committed the acts described in sections E and F of Article 1 of the Convention, and that, either before or after entry to Canada, the person makes an application for refugee protection. Thus, the making of an application for refugee protection, at any time, triggers the inquiry into whether or not the person has committed acts which would disentitle him or her from international protection. I would therefore conclude that the fact that the Li brothers did not enter Canada as refugees does not preclude the application of sections E and F of Article 1 of the Convention to their claim for refugee protection.

[28] The Refugee Protection Division and the Federal Court have recently dealt with cases in which the exclusion was applied to persons who did not claim refugee status prior to or upon entry to Canada. No issue appears to have been raised as to the applicability of the exclusion to those persons: see *Cui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 945, 65 Imm. L.R. (3d) 228; *Deng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 943, 64 Imm. L.R. (3d) 133; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 956, 333 F.T.R. 84. At the very least, these cases are illustrative of the prevailing view of the applicability of the exclusion to persons who did not enter Canada as refugees.

[29] The Li brothers challenge the PRRA officer's conclusion that there are serious grounds for believing that they had committed serious non-political crimes in China prior to their arrival in Canada. They say that the

faite avant ou après l'entrée au Canada. L'objectif visé par la Convention est réalisé par l'application de l'exclusion au moment où la demande de statut de réfugié est faite, et ce, peu importe le moment où elle l'est.

[27] Il semble qu'en incorporant dans le régime de protection des réfugiés les exclusions prévues aux sections E et F de l'article premier de la Convention, le législateur voulait que ces exclusions s'appliquent à toutes les demandes d'asile et non seulement aux demandes de statut de réfugié. Ainsi, pour que l'exclusion s'applique, il faut qu'il existe des motifs sérieux de croire que la personne en cause a commis un ou plusieurs des actes énumérés aux sections E et F de l'article premier de la Convention et qu'avant ou après être entrée au Canada, cette personne ait présenté une demande d'asile. Ainsi, lorsqu'une demande d'asile est présentée, il y a lieu de se demander — et ce, indépendamment du moment où la demande est présentée — si la personne a commis des actes qui lui font perdre le droit à la protection internationale. Je suis par conséquent d'avis de conclure que le fait que les frères Li ne sont pas entrés au Canada comme réfugiés n'empêche pas l'application des sections E et F de l'article premier de la Convention à leur demande d'asile.

[28] La Section de la protection des réfugiés et la Cour fédérale ont récemment examiné des affaires dans lesquelles une exclusion avait été prononcée contre des personnes qui n'avaient pas demandé le statut de réfugié avant ou à leur arrivée au Canada. L'applicabilité de l'exclusion à ces personnes ne semble pas avoir été soulevée (voir les affaires *Cui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 945; *Deng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 943; et *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 956). Ces affaires illustrent à tout le moins le point de vue dominant suivant lequel l'exclusion s'applique aux personnes qui ne sont pas entrées au Canada en tant que réfugiés.

[29] Les frères Li contestent la conclusion de l'agente d'ERAR suivant laquelle il existe de sérieuses raisons de penser qu'ils ont commis des crimes graves de droit commun en Chine avant leur arrivée au Canada. À leur



evidence shows that the property and assets which the Li brothers acquired in Canada were acquired between 2000 and 2002 while the warrants which were issued against them were for crimes allegedly committed in 2003 and 2004. As a result, the possession of unexplained wealth cannot be tied to the warrants alleging serious criminal behaviour.

[30] It is true that the information provided by the Chinese officials only alleges crimes committed in the period between 2003 and 2004. The Armstrong report, which was relied upon by the PRRA officer, alleges four series of frauds beginning in 2002. It also shows various transactions, some of which precede 2003–2004, and others which fall within or after that period, though it must be said that very few details are provided.

[31] The Armstrong report also shows a pattern of liquidation of assets and divestment of property in the name of the Li brothers following their arrival in Canada. None of the proceeds of the property can be traced back to the Li brothers. The Armstrong report notes that “[n]one of the targets listed above have any bank accounts, vehicles, utilities or properties in their name” (appeal book, page 871). Several incidents demonstrate the use of nominees to conceal the Li brothers’ identities or ownership of assets.

[32] The affidavits filed by the Li brothers are, as the PRRA officer noted, the equivalent of pleading innocent. They provide no explanation for their wealth, other than the assertion of having operated successful businesses, an assertion which is not borne out by the information provided to the author of the Armstrong report.

[33] The question of whether there are serious grounds to believe that the Li brothers have committed serious non-political crimes in China is a question of mixed fact and law and is reviewable on a standard of reasonableness. The combination of the Li brothers’ wealth, their unsupported assertions as to the source of their

avis, la preuve démontre que la propriété et les biens qu’ils ont acquis au Canada l’ont été entre 2000 et 2002, alors que les mandats qui ont été délivrés contre eux visaient des crimes qui auraient été commis en 2003 et en 2004. On ne peut donc pas faire un lien entre leur richesse inexplicquée et les mandats qui faisaient état d’actes criminels graves.

[30] Il est vrai que les renseignements communiqués par les autorités chinoises ne visent que des crimes qui auraient été commis entre 2003 et 2004. Le rapport Armstrong, sur lequel l’agente d’ERAR s’est fondée, mentionne quatre séries de fraudes commises à partir de 2002. Il fait également état de diverses opérations, dont certaines sont antérieures aux années 2003–2004, et d’autres activités qui ont eu lieu pendant cette période ou après, bien qu’on doive reconnaître que très peu de détails sont fournis.

[31] Le rapport Armstrong signale aussi une série d’opérations par lesquelles il y a eu liquidation d’actifs et aliénation de biens au nom des frères Li à la suite de leur arrivée au Canada. Il n’est pas possible d’établir de lien entre le produit de ces biens et les frères Li. Le rapport Armstrong indique ceci : [TRADUCTION] « Aucune des personnes susmentionnées visées par le rapport ne possède de compte bancaire, de véhicule, de facture de services publics ou de bien en son nom » (dossier d’appel, à la page 871). Une série de faits démontre qu’on a recouru à des prête-noms pour cacher l’identité des frères Li ou celle du propriétaire des biens.

[32] Les affidavits déposés par les frères Li sont, comme l’agente d’ERAR l’a fait remarquer, l’équivalent d’un plaidoyer d’innocence. Ils ne fournissent aucune explication au sujet de leur richesse, hormis leur affirmation qu’ils ont exploité des entreprises florissantes, affirmation qui n’est pas corroborée par les renseignements donnés à l’auteur du rapport Armstrong.

[33] La question de savoir s’il existe des motifs sérieux de croire que les frères Li ont commis des crimes graves de droit commun en Chine est une question mixte de fait et de droit qui est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La combinaison de la richesse des frères Li, de leurs affirmations non

wealth (even if made under oath), the liquidation of their Canadian assets upon their arrival in Canada and the disappearance of the proceeds of those dispositions, taken together with the warrants issued for their arrest and the particulars of the crimes alleged, is sufficient to support a reasonable conclusion that there are grounds to believe that the Li brothers committed serious non-political crimes in China.

[34] It is important to remember that the Li brothers are the ones who know the most about their business dealings. When circumstances reasonably call for an explanation of their wealth, they are in the best position to provide it. The PRRA officer is entitled to take into account the quality of the explanation provided by persons in the position of the brothers when assessing whether there are serious grounds for believing that they have obtained their assets by the commission of offences.

[35] Neither the Li brothers' wealth, nor the issuance of the warrants would, by itself, satisfy the test set out in section F of Article 1 of the Convention. However, the combination of the two, when considered in the light of an indifferent explanation for their wealth and a pattern of liquidating property and concealing the proceeds of such dispositions, is capable of reasonably supporting the PRRA officer's conclusion.

3. Is an application under section 112 of the Act an application for refugee protection?

[36] The Li brothers argued before us that the PRRA officer did not reject a claim for refugee protection since she considered the brothers' application in light of section 97 only. Since claims for refugee protection are dealt with under section 96, the failure to make a determination under that section means that the PRRA officer did not refuse an application for refugee protection. Furthermore, they took the position that only the Refugee Protection Division had the jurisdiction to decide a claim for refugee protection. Because they were

corroborées quant à la provenance de leur richesse (même si elles ont été faites sous serment), de la liquidation de leurs actifs canadiens à leur arrivée au Canada et de la disparition du produit de la disposition de ces biens, le tout ajouté à la délivrance de mandats d'arrêt contre eux et aux détails des crimes qu'on leur reproche, permettent raisonnablement de conclure qu'il y a des raisons de croire que les frères Li ont commis des crimes graves de droit commun en Chine.

[34] Il importe de se rappeler que les frères Li sont les personnes qui en savent le plus sur leurs opérations commerciales. Lorsque les circonstances font en sorte que des explications au sujet de leur richesse sont de mise, ce sont eux qui sont les mieux placés pour fournir pareilles explications. L'agente d'ERAR a le droit de tenir compte de la qualité des explications données par des personnes se trouvant dans la situation des frères pour déterminer s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'ils ont obtenu leurs biens par la commission d'infractions.

[35] Ni la richesse des frères Li, ni la délivrance des mandats ne satisferaient en soi au critère prévu à la section F de l'article premier de la Convention. Toutefois, la combinaison des deux, à la lumière des explications boiteuses données au sujet de leur richesse et de la série d'opérations par lesquelles il y a eu liquidation d'actifs et dissimulation du produit de la disposition des biens, est propre à appuyer de façon raisonnable la conclusion de l'agente d'ERAR.

3. Une demande présentée en vertu de l'article 112 de la Loi est-elle une demande d'asile?

[36] Les frères Li ont soutenu devant nous que l'agente d'ERAR n'avait pas rejeté des demandes d'asile étant donné qu'elle avait examiné les demandes des frères en tenant uniquement compte de l'article 97. Comme les demandes d'asile sont visées à l'article 96, le fait que l'agente d'ERAR n'a pas rendu sa décision en vertu de cet article signifie qu'elle n'a pas rejeté des demandes d'asile. Les frères Li ont par ailleurs soutenu que seule la Section de la protection des réfugiés avait compétence pour statuer sur les demandes d'asile. Comme ils étaient

precluded from making an application for refugee protection by virtue of the exclusion orders in force against them, there could have been no rejection of an application for refugee protection at the time they made their section 112 application.

[37] Section 95 of the Act sets out the circumstances in which refugee protection may be granted:

**95.** (1) Refugee protection is conferred on a person when

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

[38] The three circumstances described in section 95 are an application made from abroad to a visa officer, an inland application made to the Refugee Protection Division, or an application made to the Minister pursuant to section 112. The point to note here is that *refugee protection* (as set out in the opening words of section 95) may result from an application to the Minister for *protection* (as provided in the opening words of section 112).

[39] This is confirmed by section 114 of the Act (reproduced below, again, for ease of reference) which describes the possible outcomes of a successful application under section 112:

**114.** (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect

irrecevables à présenter des demandes d'asile en raison des mesures d'exclusion prises contre eux, il ne pouvait y avoir eu de rejet de demandes d'asile au moment où ils ont présenté leurs demandes en vertu de l'article 112.

[37] L'article 95 de la Loi précise dans quels cas l'asile peut être conféré :

**95.** (1) L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas :

a) sur constat qu'elle est, à la suite d'une demande de visa, un réfugié ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d'un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

[38] Les trois cas visés à l'article 95 sont les suivants : demande présentée à l'étranger à un agent des visas, demande soumise au Canada à la Section de la protection des réfugiés et demande adressée au ministre en vertu de l'article 112. Ce qu'il importe de signaler ici, c'est que *l'asile* (comme l'indique la disposition liminaire de l'article 95) peut être octroyé à la suite d'une demande de *protection* adressée au ministre (ainsi que le prévoit la disposition liminaire de l'article 112).

[39] Cette constatation est confirmée par l'article 114 de la Loi (ci-après reproduit de nouveau, par souci de commodité), qui énumère les conséquences possibles d'une demande présentée en vertu de l'article 112 qui est accueillie :

**114.** (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

[40] As a result, applications for protection made under section 112 may result in applicants being accorded refugee protection (as contemplated by section 95 and paragraph 114(1)(a)) or may result in a stay of the removal orders made against them. In the latter case, applicants are afforded a form of protection, a stay of removal, even though, by virtue of section 98, they are not granted refugee protection nor are they considered to be persons in need of protection.

[41] As a result, I believe that it is clear that an application for protection under section 112 is an application for refugee protection.

[42] Is this still true where the applicant, as is the case here, is precluded from applying for refugee protection pursuant to section 99 by reason of the exclusion order in force against him? The answer is that section 99 precludes the making of an application for refugee protection to an officer, and then to the Refugee Protection Division. It does not preclude making an application for protection under section 112. Any person in Canada who is subject to a deportation order (other than a person described in subsections 115(1) and 112(2)) may apply for protection under that section. Such an application may result in refugee protection and, but for section 98, could have resulted in refugee protection for the Li brothers. Consequently, notwithstanding their ineligibility to make applications to the Refugee Protection Division, the Li brothers were competent to make their applications to the Minister under section 112 and to receive refugee protection as a result of those applications. Their applications to the Minister were, in fact and law, applications for refugee protection.

[43] This conclusion is entirely consistent with the decision of this Court in *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304 (*Xie*). The issue in that case was whether the exclusion found at section F of Article 1 of the Convention could be invoked in the case of purely economic crimes. The appellant's argument was that

[40] Ainsi, une demande de protection présentée en vertu de l'article 112 peut se solder soit par l'octroi de l'asile au demandeur (comme le prévoient l'article 95 et le paragraphe 114(1)), soit par un sursis de la mesure de renvoi le visant. Dans ce dernier cas, le demandeur se voit accorder une certaine forme de protection du fait qu'il est sursis à son renvoi, et ce, même si l'article 98 empêche de lui conférer l'asile ou de lui reconnaître la qualité de personne à protéger.

[41] J'estime en conséquence qu'il est clair que la demande de protection visée à l'article 112 est une demande d'asile.

[42] Est-ce que ce constat tient toujours lorsque, comme en l'espèce, le demandeur est irrecevable à demander l'asile au titre de l'article 99 parce qu'il fait l'objet d'une mesure d'exclusion qui a pris effet? La réponse réside dans le fait que l'article 99 empêche de présenter une demande d'asile à un agent, puis à la Section de la protection des réfugiés. Il n'empêche pas de présenter une demande de protection en vertu de l'article 112. Toute personne qui se trouve au Canada et qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion (à l'exception des personnes visées aux paragraphes 115(1) et 112(2)) peut présenter une demande de protection en vertu de cet article. À l'issue d'une telle demande, l'asile peut être conféré au demandeur et, n'eût été de l'article 98, cette demande aurait pu se solder par l'octroi de l'asile aux frères Li. En conséquence, en dépit du fait qu'ils étaient inadmissibles à soumettre une demande à la Section de la protection des réfugiés, les frères Li étaient en mesure de présenter leurs demandes au ministre en vertu de l'article 112 et de se voir ainsi conférer l'asile. Les demandes qu'ils ont soumises au ministre étaient, en fait et en droit, des demandes d'asile.

[43] Cette conclusion s'accorde parfaitement avec la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304 (*Xie*). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'exclusion prévue à la section F de l'article premier de la Convention pouvait être invoquée dans le cas de crimes purement

such a finding put her at risk of deportation to torture. In order to dispose of this argument, the Court reviewed the dispositions relating to claims for refugee protection. At paragraph 28 of its reasons, this Court said:

The third avenue by which a person can be extended refugee protection is by means of an application for protection pursuant to section 112. Persons facing deportation may apply to the Minister for protection on the basis that they face a risk of harm if returned to their country of origin. If the application for protection is granted, such persons acquire refugee protection pursuant to paragraph 95(1)(c).

[44] The Court went on to examine the consequences of a successful application under section 112 and concluded as follows (at paragraph 32):

For all except those described in subsection 112(3), a successful application for protection results in the grant of refugee protection and the status of protected person. For persons described in subsection 112(3), the result is a stay of the deportation order in force against them.

[45] In *Xie*, this Court was not called upon to decide the effect of exclusion under section 99. The argument that an application under section 112, in the circumstances in which the Li brothers find themselves, does not amount to an application for refugee protection is an argument about the effect of section 99, not an argument about the effect of section 98. Consequently, nothing in *Xie* is of assistance to the Li brothers.

4. Does a PRRA officer have jurisdiction to determine that a person is excluded from refugee protection under section 98 of the Act?

[46] The conclusion that an application under section 112 is an application for refugee protection disposes of the second issue, namely, whether a PRRA officer has jurisdiction to decide whether a person is excluded under section 98.

économiques. L'argument de l'appelante était qu'une telle conclusion l'exposait au risque d'être expulsée vers un pays où elle serait torturée. Pour se prononcer sur cet argument, la Cour a dressé la liste des diverses décisions qui peuvent être rendues en réponse à une demande d'asile. Au paragraphe 28 de ses motifs, notre Cour a écrit ce qui suit :

Le troisième moyen d'obtenir l'asile consiste à présenter une demande de protection en vertu de l'article 112. Les personnes qui risquent l'expulsion peuvent réclamer la protection du ministre en alléguant qu'elles risquent de subir de mauvais traitements si elles retournent dans leur pays d'origine. Si la demande de protection est accordée, ces personnes se voient conférer l'asile en vertu de l'alinéa 95(1)c).

[44] La Cour a poursuivi en examinant les conséquences d'une décision faisant droit à une demande fondée sur l'article 112 et a conclu ce qui suit (au paragraphe 32) :

Pour toutes les personnes, sauf celles qui sont visées au paragraphe 112(3), la décision accueillant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile et la qualité de personne protégée au demandeur. Dans le cas des personnes visées au paragraphe 112(3), elle a pour effet de surseoir à la mesure de renvoi les visant.

[45] Dans l'affaire *Xie*, notre Cour n'était pas appelée à se prononcer sur les conséquences d'une exclusion prononcée en vertu de l'article 99. L'argument qu'une demande présentée en vertu de l'article 112 n'équivaut pas à une demande d'asile dans la situation dans laquelle se trouvent les frères Li, est un argument portant sur l'effet de l'article 99, et non un argument sur l'effet de l'article 98. En conséquence, l'arrêt *Xie* n'est d'aucune utilité pour les frères Li.

4. L'agent d'ERAR a-t-il compétence pour refuser de décider de l'exclusion d'une personne du droit à l'asile par application de l'article 98 de la Loi?

[46] La conclusion suivant laquelle une demande présentée au titre de l'article 112 constitue effectivement une demande d'asile répond à la deuxième question, soit celle de savoir si l'agent d'ERAR a compétence pour décider d'exclure une personne par application de l'article 98.

[47] Section 95 quoted above, as well as section 112 itself, make it clear that an application under section 112 is made to the Minister. In the course of considering an application under section 112, where the applicant has not been excluded under section 98, the Minister is directed by paragraph 113(c) to consider the application according to sections 96, 97, and 98. The Minister must therefore have jurisdiction to consider section 98 and to exclude an applicant under that section if the facts warrant the exclusion. Otherwise, the legislation imposes an obligation on the Minister without giving him or her the authority to discharge that duty. Such a result cannot have been intended.

5. If the PRRA officer determines that a person is excluded from protection under section 98 of the Act, is the PRRA officer entitled to consider the person's application pursuant to paragraph 113(d) of the Act?

[48] The issue here is whether the PRRA officer, having commenced consideration of an applicant's pre-removal risk assessment under paragraph 113(c) of the Act, is entitled, upon making a finding of exclusion under section 98, to then consider the application under paragraph 113(d). The application Judge seems to have concluded that the PRRA officer could not do so when she found that, although the PRRA officer had the jurisdiction to consider section 98, she erred when she purported to treat the Li brothers' application under paragraph 113(d) when she was bound to consider it under 113(c): see paragraph 56. This flows from the application Judge's conclusion that the factors set out in subsection 112(3) were all matters which would be determined prior to the making of an application under section 112. Consequently, the Judge concluded that while the PRRA officer had the jurisdiction to consider section 98, it was jurisdictional error for her to recast her consideration of the Li brothers' section 112 application under paragraph 113(d) when she had commenced it under paragraph 113(c).

[47] Il ressort de l'article 95, précité, ainsi que de l'article 112 lui-même que la demande prévue à l'article 112 est soumise au ministre. Lorsqu'il examine une demande qui lui a été présentée en vertu de l'article 112 et que le demandeur n'a pas été exclu par application de l'article 98, le ministre est, aux termes de l'alinéa 113c), tenu d'examiner la demande sur la base des articles 96, 97 et 98. Le ministre doit par conséquent avoir compétence pour examiner l'article 98 et pour prononcer l'exclusion du demandeur par application de cet article si les faits justifient son exclusion. Sinon, la loi imposerait une obligation au ministre sans lui accorder les pouvoirs nécessaires pour s'en acquitter. Il n'est pas possible que le législateur ait voulu un tel résultat.

5. S'il décide qu'une personne est exclue du droit à l'asile par application de l'article 98 de la Loi, l'agent d'ERAR a-t-il le droit d'examiner la demande de cette personne en vertu de l'alinéa 113d) de la Loi?

[48] La question à laquelle il faut répondre ici est celle de savoir si, après avoir commencé, en vertu de l'alinéa 113c) de la Loi, l'examen des risques avant renvoi à l'égard du demandeur, l'agente d'ERAR avait le droit, dès lors qu'elle a conclu à l'exclusion du demandeur par application de l'article 98, d'examiner la demande en vertu de l'alinéa 113d). La juge de première instance semble avoir estimé que l'agente d'ERAR ne pouvait pas agir ainsi lorsqu'elle a conclu que, même si l'agente d'ERAR avait compétence pour examiner l'article 98, elle avait commis une erreur en prétendant évaluer les demandes des frères en fonction de l'alinéa 113d) alors qu'elle était tenue de les examiner en fonction de l'alinéa 113c) (au paragraphe 56). Cette constatation découle de la conclusion de la juge de première instance suivant laquelle les facteurs énumérés au paragraphe 112(3) étaient des questions qu'il fallait résoudre avant de pouvoir présenter une demande en vertu de l'article 112. La juge a par conséquent conclu que l'agente d'ERAR avait compétence pour examiner l'article 98, mais qu'elle avait commis une erreur de compétence en poursuivant l'examen des demandes présentées par les frères Li en vertu de l'article 112 en fonction de l'alinéa 113d) alors qu'elle l'avait commencé en vertu de l'alinéa 113c).

[49] The argument that the PRRA officer erred in applying section 98 to section 96, which deals with refugee protection, but in not applying it to section 97, which deals with persons in need of protection, is of a similar nature. Since section 98 denies a person excluded under section F of Article 1 of the Convention the status of a Convention refugee, as well as the status of a person in need of protection, the Li brothers argue that a PRRA officer cannot deny them Convention refugee status as a result of their exclusion under section 98 but yet consider whether they are persons in need of protection under section 97. They say that such a result is excluded by the terms of section 98 itself.

[50] In my view, both of these arguments are based on the false premise that once the PRRA officer starts down the road of paragraph 113(c), he or she is precluded from reassessing the application once he or she finds that section 98 applies to the applicant. I agree with the application Judge that section 113 provides a road map for the treatment of section 112 applications. I also agree that the PRRA officer must first determine if the applicant has, to that point, been refused refugee protection as a result of having been excluded under section E or F of Article 1 of the Convention. If the applicant has not been so excluded, I agree that the PRRA officer must consider the applicant's application under paragraph 113(c).

[51] That said, I consider that the PRRA officer's analysis under paragraph 113(c) must begin by addressing section 98. Where an applicant has not made a claim to the Refugee Protection Division, the question of exclusion will not have been canvassed. If there are no grounds for exclusion under section 98, the PRRA officer's analysis then proceeds through sections 96 and 97. If, however, the PRRA officer finds that there are grounds for exclusion, the applicant becomes a person described in paragraph 112(3)(c), and the PRRA officer must therefore return to section 113 and proceed under paragraph 113(d). At that point, the best possible outcome for the applicant is a limited form of protection, namely an indefinite stay of the deportation order in force against him or her.

[49] L'argument que l'agente d'ERAR a commis une erreur en appliquant l'article 98 à l'article 96, qui porte sur les réfugiés, mais en ne l'appliquant pas à l'article 97, qui traite des personnes à protéger, est semblable. Les frères Li font valoir que, comme l'article 98 prévoit que la personne qui est exclue aux termes de la section F de l'article premier de la Convention ne peut avoir ni la qualité de réfugié ni de personne à protéger, l'agente d'ERAR ne peut refuser de leur reconnaître la qualité de réfugiés par application de l'article 98 tout en se demandant s'ils ont la qualité de personnes à protéger au sens de l'article 97. Ils soutiennent que le libellé de l'article 98 lui-même exclut un tel résultat.

[50] À mon sens, ces deux arguments reposent sur une fausse prémisse, en l'occurrence celle suivant laquelle dès lors que l'agent d'ERAR entame son examen en vertu de l'alinéa 113c), il ne peut plus réévaluer la demande s'il découvre que l'article 98 s'applique au demandeur. Je suis d'accord avec la juge de première instance pour dire que l'article 113 prévoit une feuille de route pour la façon dont une demande fondée sur l'article 112 doit être examinée. Je conviens également avec elle que l'agent d'ERAR doit d'abord déterminer si le demandeur s'est, jusqu'à ce moment-là, vu refuser l'asile parce qu'il a été exclu aux termes de la section E ou de la section F de l'article premier de la Convention. Je suis d'accord pour dire que, si le demandeur n'a pas été ainsi exclu, l'agent d'ERAR doit examiner sa demande en vertu de l'alinéa 113c).

[51] Cela dit, j'estime que l'analyse à laquelle l'agent d'ERAR procède en vertu de l'alinéa 113c) doit commencer par un examen de l'article 98. Lorsque le demandeur n'a pas présenté de demande à la Section de la protection des réfugiés, la question de son exclusion n'a pas encore été abordée. S'il n'existe aucun motif justifiant son exclusion en vertu de l'article 98, l'analyse de l'agent d'ERAR a lieu sur la base des articles 96 et 97. En revanche, si l'agent d'ERAR conclut qu'il existe des motifs justifiant l'exclusion du demandeur, celui-ci devient alors une personne visée à l'alinéa 112(3)c), et l'agent d'ERAR doit alors revenir à l'article 113 et procéder en vertu de l'alinéa 113d). À cette étape, la meilleure issue à laquelle le demandeur peut s'attendre est de se voir accorder une forme de

[52] In proceeding under paragraph 113(d), the PRRA officer is not considering the applicant as a candidate for the status of a person in need of protection, as suggested by the Li brothers. Section 98 is conclusive against this argument. The PRRA officer is engaged in a process of determining whether execution of the deportation order in force against the applicant ought to be stayed.

[53] The Li brothers rely on the following comments, made at paragraph 40 of this Court's reasons in *Xie*:

Specifically, I would say that a claimant can be excluded from refugee protection by the Refugee Protection Division for a purely economic offence. I stress refugee protection because the certified question appears to suggest that the exclusion applies to claims for protection, which is not the case. It applies only to claims for refugee protection.

[54] This is a comment about the effect of a finding of exclusion under section 98. It is not a comment about the nature of an application under section 112, nor is it inconsistent with the conclusion to which I have come. Notwithstanding the PRRA officer's conclusion that section 98 applied to the Li brothers, she went on to find that they were at risk of torture if returned to China and forwarded the file to the Minister's delegate for a weighing of the factors relevant to their removal to China in the face of that risk. Thus, while the Li brothers are excluded from refugee protection, they may yet benefit from protection in the form of a stay of the deportation orders in force against them.

[55] I note that in *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, Mr. Justice Russell came to the same conclusion as I have, expressing himself succinctly, as follows (at paragraph 131):

In other words, I do not think that the direction in 113(c) that "consideration shall be on the basis of sections 96 to 98"

protection limitée, soit un sursis indéterminé de la mesure d'expulsion prise contre lui.

[52] Lorsqu'il procède en vertu de l'alinéa 113d), l'agent d'ERAR n'essaie pas de savoir si le demandeur pourrait se voir reconnaître la qualité de personne à protéger, contrairement à ce que prétendent les frères Li. L'article 98 réfute catégoriquement cet argument. Ce sur quoi l'agent d'ERAR est appelé à se prononcer, c'est l'opportunité de surseoir à la mesure d'expulsion prise contre le demandeur.

[53] Les frères Li se fondent sur les observations suivantes, tirées du paragraphe 40 des motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *Xie* :

Plus précisément, je dirais qu'un demandeur peut se voir refuser l'asile par la Section de la protection des réfugiés en cas d'infraction purement économique. Je souligne le mot asile parce que la question certifiée semble laisser entendre que l'exclusion s'applique aussi aux demandes de protection, ce qui n'est pas le cas. L'exclusion vaut uniquement pour les demandes d'asile.

[54] Cette observation concerne les conséquences d'une déclaration d'exclusion faite en vertu de l'article 98; elle ne porte pas sur la nature de la demande prévue à l'article 112, et elle n'est pas incompatible avec la conclusion à laquelle je suis parvenu. Malgré le fait qu'elle estimait que l'article 98 s'appliquait aux frères Li, l'agente d'ERAR a poursuivi en concluant qu'ils seraient exposés au risque d'être torturés s'ils retournaient en Chine et elle a transmis le dossier au représentant du ministre pour qu'il apprécie les facteurs se rapportant à leur renvoi en Chine, compte tenu de ce risque. Ainsi, bien qu'ils soient exclus du droit à l'asile, les frères Li peuvent quand même bénéficier d'une certaine protection sous la forme d'un sursis des mesures d'expulsion prises contre eux.

[55] Je relève que le juge Russell arrive à la même conclusion dans la décision *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* où il a succinctement exprimé son point de vue dans les termes suivants (au paragraphe 131) :

En d'autres mots, je ne pense pas que la disposition de l'alinéa 113c) selon laquelle « [i]l est disposé de la demande



means that a PRRA officer who makes a 1F(b) exclusion decision cannot then go on to consider section 97 risk under subsection 113(d). It is also my view that the PRRA Officer's approach to these statutory provisions and his way of dealing with section 96 to 98 of the Act was in accordance with the guidance provided by the Federal Court of Appeal in *Xie*. The Officer kept the two streams separate and ensured that exclusion was only applied to refugee protection.

[56] In the result, I conclude that the application Judge erred in law when she found that the PRRA officer could not consider the Li brothers' applications under paragraph 113(d). When the PRRA officer's analysis under paragraph 113(c) led her to the conclusion that the Li brothers were excluded from refugee protection by virtue of section 98, and were therefore persons described in paragraph 112(3)(c), she was then entitled to pursue her analysis of the Li brothers' application under paragraph 113(d).

## CONCLUSION

[57] I would answer the certified questions as follows:

(1) Do pre-removal risk assessment officers have the jurisdiction to exclude persons from refugee protection under section 98 of the IRPA and find them described in paragraph 112(3)(c) of the IRPA?

Answer: Yes.

(2) Does paragraph 112(3)(c) of the IRPA only apply to rejections by the Refugee Protection Division on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention or does it also apply to rejections by pre-removal risk assessment officers on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention?

Answer: Paragraph 112(3)(c) applies to findings of exclusion on the basis of section F of Article 1 of the Convention by pre-removal risk assessment officers, as

[...] sur la base des articles 96 à 98 » signifie que l'agent d'ERAR qui prend une mesure d'exclusion fondée sur l'alinéa *Fb* de l'article premier ne puisse pas ensuite examiner un risque visé par l'article 97 en vertu de l'alinéa 113*d*). Je suis également d'avis que l'approche de ces dispositions législatives par l'agent d'ERAR ainsi que la façon de celui-ci de traiter les articles 96 à 98 de la Loi étaient conformes aux directives données par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Xie*. L'agent a maintenu les deux volets distincts et a veillé à ce que l'exclusion ne s'applique qu'à l'asile.

[56] Je conclus donc que la juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que l'agente d'ERAR ne pouvait pas examiner la demande des frères Li en vertu de l'alinéa 113*d*). Après que l'analyse qu'elle menait en vertu de l'alinéa 113*c*) l'eut conduit à la conclusion que les frères Li étaient exclus du droit à l'asile par application de l'article 98, de sorte qu'ils étaient des personnes visées à l'alinéa 112(3)*c*), l'agente d'ERAR avait le droit de poursuivre son examen de la demande des frères Li en vertu de l'alinéa 113*d*).

## DISPOSITIF

[57] Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions certifiées :

1) Les agents d'examen des risques avant renvoi ont-ils compétence pour exclure des personnes du droit à l'asile par application de l'article 98 de la LIPR et pour conclure qu'elles sont visées à l'alinéa 112(3)*c*) de la LIPR?

Réponse : Oui.

2) L'alinéa 112(3)*c*) de la LIPR ne s'applique-t-il qu'aux rejets des demandes par la Section de la protection des réfugiés sur la base de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ou s'applique-t-il aux décisions défavorables rendues par les agents d'examen des risques avant renvoi sur la base de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés?

Réponse : L'alinéa 112(3)*c*) s'applique aux conclusions d'exclusion fondées sur la section F de l'article premier de la Convention par les agents d'examen des risques

well as to findings of exclusion by the Refugee Protection Division.

[58] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the decision of the application Judge. Rather than return the matter for reconsideration, I would invoke the jurisdiction conferred on this Court by section 52 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17; 2002, c. 8, s. 50] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], and, rendering the judgment which the Federal Court should have rendered, I would dismiss the application for judicial review.

NOËL J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

avant renvoi ainsi qu'aux conclusions d'exclusion tirées par la Section de la protection des réfugiés.

[58] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision de la juge de première instance. Plutôt que de lui renvoyer l'affaire pour qu'elle procède à un nouvel examen, je ferais appel à la compétence que l'article 52 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17; 2002, ch. 8, art. 50] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], confère à la Cour et, rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

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

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-446-08  
2009 FCA 214

A-446-08  
2009 CAF 214

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**The Canadian Wheat Board** (*Respondent*)

**La Commission canadienne du blé** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA (WHEAT BOARD) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION DU BLÉ) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Noël, Evans and Layden-Stevenson J.J.A.—Ottawa, June 10 and 23, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Evans et Layden-Stevenson, J.C.A.—Ottawa, 10 et 23 juin 2009.

*Agriculture — Appeal from Federal Court decision declaring Canadian Wheat Board Direction Order, prohibiting Canadian Wheat Board from expending funds on advocating retention of monopoly powers, ultra vires Canadian Wheat Board Act — Direction Order issued pursuant to Act, s. 18(1) — Federal Court erring to extent holding authority conferred to Governor in Council under Act, s. 18(1) aimed at protecting government funds — Plain purpose of Direction Order to ensure Wheat Board no longer advocating mandate conflicting with government policy using funds made available to it under Act — Act, s. 18(1) very broad, intended to provide Governor in Council with authority to direct Wheat Board on any matter of governance if disagreement with board of directors arising — Direction Order also coming within ambit of Act, s. 18(1), consistent with Act read as whole — Furthermore, in accordance with Act, s. 18(1.2), compliance with direction “deemed” by Act to be in Wheat Board’s best interest — Thus following that after Direction Order issued, spending producer funds to advocate Wheat Board’s monopoly no longer in Board’s best interest for purposes of Act — Therefore, Federal Court wrong in holding Direction Order not falling within ambit of Act, s. 18(1) — Appeal allowed.*

*Agriculture — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a statué que le Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé, interdisant à la Commission canadienne du blé d’engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques, était ultra vires de la Loi sur la Commission canadienne du blé — Le décret a été pris conformément à l’art. 18(1) — La Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l’art. 18(1) de la Loi vise à protéger les fonds du gouvernement — L’objet évident du décret est de s’assurer que la Commission de blé ne prône pas un mandat qui est contraire à la politique gouvernementale en utilisant des fonds qui sont mis à sa disposition en vertu de la Loi — L’art. 18(1) de la Loi est très large et a pour objet de fournir au gouverneur en conseil le pouvoir de donner des instructions à la Commission du blé relativement à toute question liée à la gestion dans l’éventualité d’un désaccord avec le conseil d’administration — De même, le décret est visé par l’art. 18(1) de la Loi et est conforme à la Loi dans son ensemble — En outre, conformément à l’art. 18(1.2) de la Loi, le respect des instructions est « présumé » être au mieux des intérêts de la Commission du blé — Ainsi, après la prise du décret, le fait d’engager les fonds des producteurs pour prôner un monopole n’était plus au mieux des intérêts de la Commission du blé aux fins de la Loi — Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le décret n’était pas visé par l’art. 18(1) de la Loi — Appel accueilli.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Federal Court finding Canadian Wheat Board Direction Order, prohibiting Canadian Wheat Board from expending funds on advocating retention of monopoly powers, violating freedom of expression — Wheat Board creature of statute, thus having no powers, rights, duties except those conferred thereon by Canadian Wheat Board Act — Since as result of Direction Order, Wheat Board having no authority*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La Cour fédérale a statué que le Décret d’instructions à la Commission canadienne du blé, interdisant à la Commission canadienne du blé d’engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques, portait atteinte à la liberté d’expression — La Commission du blé est un organisme créé par le législateur et elle n’a donc aucun autre pouvoir; droit ou obligation que ceux qui lui sont*

*under Act to use producer funds to advocate against government policy, no Charter, s. 2(b) right to protect.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review by the Canadian Wheat Board. The Federal Court declared that the *Canadian Wheat Board Direction Order* (Direction Order), issued by the Governor in Council pursuant to subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act*, was *ultra vires* the Act, that it violated the guarantee of freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it was not justified under section 1 thereof. The Direction Order was declared of no force and effect. It had been issued as a result of a disagreement between the federal government and the respondent as to the respondent's future role, specifically whether it should retain its statutory monopoly. The government's policy is to give producers a choice to market grain through the respondent or through other means. The Direction Order prohibits the respondent from expending funds on advocating the retention of its monopoly powers.

The respondent is a marketing agency created by the Act and has been granted marketing and regulatory powers to market grain for producers. It has control in particular over the interprovincial and export trade of all wheat and barley in Canada. In 1998, the Act was amended with the result that the respondent ceased to be an agency of the Crown. A board of directors was also established. The statutory authority of the Governor in Council to issue directions pursuant to subsection 18(1) of the Act was maintained by the 1998 amendments. Several subsections (subsections 3.12(2), 18(1.1), 18(1.2)) which deal with the obligation of the directors and officers of the Wheat Board to comply with directions were added.

The issue was whether the Federal Court erred in its conclusions regarding the Direction Order.

*Held*, the appeal should be allowed.

Regarding the *vires* issue, it had to be determined whether the Direction Order was authorized by the power delegated to the Governor in Council pursuant to subsection 18(1) of the Act. The Federal Court conducted its analysis on the basis that the authority for issuing directions is aimed at protecting government funds but did not explain why it did so. On a plain reading, subsection 18(1) is not restricted to the

*conférés par la Loi sur la Commission canadienne du blé — En raison du décret, la Commission du blé n'a aucun pouvoir en vertu de la Loi d'utiliser les fonds des producteurs pour agir contre la politique du gouvernement et il n'y avait aucun droit à protéger en vertu de l'art. 2b) de la Charte.*

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission canadienne du blé. La Cour fédérale a statué que le *Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé* (le décret) pris par le gouverneur en conseil conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* était *ultra vires* de la Loi, qu'il portait atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait pas se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Le décret a été déclaré inconstitutionnel et inopérant. Le décret avait été publié en raison d'un différend entre le gouvernement fédéral et l'intimée quant au rôle futur de cette dernière, plus particulièrement quant à l'opportunité de conserver le monopole qui lui a été conféré par la loi. La politique du gouvernement vise à donner aux producteurs le choix de commercialiser leurs grains par l'entremise de l'intimée ou autrement. Le décret interdit à l'intimée d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques.

L'intimée est un organisme de commercialisation créé par la Loi à qui ont été accordés des pouvoirs de commercialisation et de réglementation pour commercialiser les grains pour les producteurs. Elle contrôle le marché interprovincial et l'exportation du blé et de l'orge au Canada. En raison des modifications à la Loi en 1998, l'intimée a cessé d'être un organisme mandataire de l'État. Un conseil d'administration a aussi été établi. Le pouvoir de donner des instructions conformément au paragraphe 18(1) que la loi confère au gouverneur en conseil a été maintenu dans les modifications de 1998. Plusieurs dispositions (paragraphe 3.12(2), 18(1.1), 18(1.2)), qui traitent de l'obligation des administrateurs et des dirigeants de la Commission du blé d'observer les instructions, ont été ajoutées.

La question à trancher était celle de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en tirant ses conclusions relatives au décret.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

En ce qui concerne la validité, la Cour devait déterminer si le décret était autorisé par le pouvoir délégué au gouverneur en conseil par le paragraphe 18(1) de la Loi. La Cour fédérale a effectué son analyse en se fondant sur le fait que le pouvoir de donner des instructions vise à protéger les fonds du gouvernement, mais elle n'a pas expliqué pourquoi elle a agi ainsi. Il ressort du libellé du paragraphe 18(1) que cette

protection of funds. On its face, the power to direct extends to the full range of activity which the Act authorizes the Wheat Board to conduct. The Federal Court erred to the extent that it was of the view that the authority so conferred was aimed at protecting government funds. The plain purpose of the Direction Order, when read together with the Regulatory Impact Analysis Statement, which accompanied the Direction Order, is to ensure that the Wheat Board no longer advocates a mandate that is at odds with government policy using funds made available to it under the Act. Nowhere was it made to appear that the purpose was to protect funds.

Subsection 18(1) of the Act is very broad and authorizes the government, through the Governor in Council, to direct the Wheat Board regarding the full range of activity conducted thereby. Subsection 18(1.2) was added to provide that compliance with a direction is “deemed” to be in the interest of the Wheat Board. Subsection 18(1) was clearly intended to provide the Governor in Council with the authority to direct the Wheat Board on any matter of governance in the event of a disagreement with the board of directors.

The Direction Order came within the ambit of subsection 18(1). Its purpose is to prevent the Wheat Board from expending funds accruing to it under the Act to advocate retention of its monopoly powers or to provide such funds to other persons to enable them to do so. Individual directors and staff of the Wheat Board remain free to advocate the view of their choice without financial support from the Wheat Board. The Direction Order also appeared to be consistent with the Act read as a whole. The Wheat Board has the authority to deduct certain corporate expenses set out in subsection 33(1) of the Act. None of the expenses listed pertain to advocacy on matters of public policy. Such advocacy could only come within its corporate objects by virtue of the general power set out in paragraph 6(k) of the Act empowering the Wheat Board “to do all such acts and things as may be necessary or incidental to carrying on its operations”. Even if the Wheat Board had a right of advocacy on matters of public policy using producer funds, it was subject to the authority set out in subsection 18(1). Beyond the unlimited scope of the power to direct and its mandatory nature, in accordance with subsection 18(1.2) of the Act, compliance with a direction is “deemed” by the Act to be in the best interest of the Wheat Board. It follows that, after the Direction Order was issued, spending producer funds to advocate a monopoly was no longer in the best interest of the Wheat Board for purposes of the Act. Therefore, the Direction Order came within the ambit of subsection 18(1) and the Federal Court erred in holding otherwise.

disposition n’est pas limitée à la protection des fonds. À première vue, le pouvoir de donner des instructions couvre la gamme complète des activités que la Loi autorise la Commission du blé à exercer. La Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le pouvoir conféré par cette disposition vise à protéger les fonds du gouvernement. L’objet évident du décret, lu conjointement avec le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation joint au décret, est de s’assurer que la Commission du blé ne prône pas un mandat qui est contraire à la politique gouvernementale en utilisant des fonds qui sont mis à sa disposition en vertu de la Loi. Rien ne démontre que l’objet est de protéger des fonds.

Le paragraphe 18(1) de la Loi est très large et il autorise, par l’entremise du gouverneur en conseil, le gouvernement à donner des instructions à la Commission du blé relativement à la gamme complète d’activités exercées par cette dernière. Le paragraphe 18(1.2) a été ajouté pour prévoir que le respect des instructions est « présumé » être au mieux des intérêts de la Commission du blé. Le paragraphe 18(1) avait manifestement pour objet de fournir au gouverneur en conseil le pouvoir de donner des instructions à la Commission du blé relativement à toute question liée à la gestion dans l’éventualité d’un désaccord avec le conseil d’administration.

Le décret est visé par le paragraphe 18(1). Il a pour objet d’empêcher la Commission du blé d’engager les fonds qu’elle reçoit en vertu de la Loi pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques et de verser des fonds à des tiers à cette fin. Les administrateurs ou les employés de la Commission du blé sont libres de faire, sans être rémunérés par cette dernière, des déclarations publiques en leur propre nom. Le décret semblait également être conforme à la Loi dans son ensemble. La Commission du blé a le pouvoir de déduire certaines dépenses d’entreprise prévues au paragraphe 33(1) de la Loi. Aucune des dépenses énumérées à ce paragraphe ne se rapporte à la promotion de questions touchant l’intérêt public. Ce droit de promotion ne pouvait être visé par l’objet de ses activités que selon les pouvoirs généraux de l’alinéa 6(k) de la Loi autorisant la Commission du blé à « prendre les mesures utiles à l’exercice de ses activités ». Même si la Commission du blé avait un droit de promotion de questions touchant l’intérêt public, il était assujéti au pouvoir prévu au paragraphe 18(1). Au delà de la portée illimitée du pouvoir de donner des instructions et de la nature exécutoire de ces dernières, suivant le paragraphe 18(1.2) de la Loi, le respect d’une instruction est « présumé », en vertu de la Loi, être au mieux des intérêts de la Commission du blé. Ainsi, après la prise du décret, le fait d’engager les fonds des producteurs pour prôner un monopole n’était plus au mieux des intérêts de la Commission du blé aux fins de la Loi. Par conséquent, le décret était visé par le paragraphe 18(1) et la Cour fédérale avait commis une erreur en statuant autrement.

The same reasoning disposed of the Charter issue. The Wheat Board is a creature of statute and as such, it has no powers, rights and duties except those conferred on it by the Act. Since as a result of the Direction Order, the Wheat Board has no authority under the Act to use producer funds to advocate against government policy, there was no Charter right to protect pursuant to paragraph 2(b). Therefore, the question of whether a body having some of the trappings of government such as the Wheat Board can seek the protection of the Charter did not need to be answered in this case. However, the Federal Court's reasoning on this point should not be taken as having been endorsed.

Le même raisonnement a tranché la question liée à la Charte. La Commission du blé est un organisme créé par le législateur et elle n'a donc aucun autre pouvoir, droit ou obligation que ceux qui lui sont conférés par la Loi. En raison du décret, la Commission du blé n'a aucun pouvoir en vertu de la Loi d'utiliser les fonds des producteurs pour agir contre la politique du gouvernement et il n'y avait aucun droit à protéger en vertu de l'alinéa 2b). Par conséquent, la question de savoir si un organisme ayant des attributs du gouvernement, comme la Commission du blé, peut demander la protection de la Charte n'avait pas à être tranchée en l'espèce. Cependant, cela ne signifiait pas que la Cour avait souscrit au raisonnement de la Cour fédérale sur ce point.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).

*Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 3.02(1) (as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 3), 3.12(2) (as enacted *idem*), 4(2) (as am. *idem*, s. 4), 5 (as am. *idem*, s. 28(E)), 6(1)(c) (as am. *idem*, s. 6), (d) (as am. *idem*, ss. 6, 28(E)), (k) (as am. *idem*, s. 6), 9(1)(b) (as am. *idem*, s. 28(E)), 18(1) (as am. *idem*), (1.1) (as enacted *idem*, s. 10), (1.2) (as enacted *idem*), 33(1) (as am. *idem*, s. 19), 47.1 (as enacted *idem*, s. 25).

*Canadian Wheat Board Direction Order*, SOR/2006-247.

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577, 47 C.R.R. (2d) 1.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577, 46 N.R. 91; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, 127 D.L.R. (4th) 193, [1995] 2 C.T.C. 369; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293, 243 N.R. 170 (F.C.A.); *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595, (1995), 125 D.L.R. (4th) 141, 30 Imm. L.R. (2d) 139 (C.A.).

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

*Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé*, DORS/2006-247.

*Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 3.02(1) (édicte par L.C. 1998, ch. 17, art. 3), 3.12(2) (édicte, *idem*), 4(2) (mod., *idem*, art. 4), 5 (mod., *idem*, art. 28(A)), 6(1)c) (mod., *idem*, art. 6), d) (mod., *idem*, art. 6, 28(A)), k) (mod., *idem*, art. 6), 9(1)b) (mod., *idem*, art. 28(A)), 18(1) (mod., *idem*), (1.1) (édicte, *idem*, art. 10), (1.2) (édicte, *idem*), 33(1) (mod., *idem*, art. 19), 47.1 (édicte, *idem*, art. 25).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 826 (C.A.) (QL); *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-247, *C. Gaz.* 2006.II.1546.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 769, [2009] 2 F.C.R. 347, 174 C.R.R. (2d) 85, 335 F.T.R. 76) declaring that the *Canadian Wheat Board Direction Order* was *ultra vires* the *Canadian Wheat Board Act*, violated the guarantee of freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not justified under section 1 thereof. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Stephen F. Vincent* and *Ryan Rempel* for appellant.  
*J. L. McDougall, Q.C.*, *Matthew Fleming* and *James E. McLandress* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Hill Dewar Vincent*, Winnipeg, for appellant.  
*Fraser Milner Casgrain LLP*, Toronto, for respondent.

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

NOËL J.A.:

[1] This is an appeal from a decision [2008 FC 769, [2009] 2 F.C.R. 347] of Justice Hughes (the Federal Court Judge), wherein he allowed an application for judicial review by the Canadian Wheat Board (the Wheat Board or the respondent) and declared that: Order in Council P.C. 2006-1092 dated October 5, 2006 (the Direction Order) [*Canadian Wheat Board Direction Order*, SOR/2006-247] issued by the Governor in Council pursuant to subsection 18(1) [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 28(E)] of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 (the Act) was *ultra vires* the Act; violated the guarantee of freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter); and that there was no justification

## DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-247, *Gaz. C.* 2006.II.1546.

APPEL de la décision (2008 CF 769, [2009] 2 R.C.F. 347) par laquelle la Cour fédérale a statué que le *Décret d'instructions à la Commission canadienne du blé* était *ultra vires* de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, qu'il portait atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait pas se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Stephen F. Vincent* et *Ryan Rempel* pour l'appellant.  
*J. L. McDougall, c.r.*, *Matthew Fleming* et *James E. McLandress* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Hill Dewar Vincent*, Winnipeg, pour l'appellant.  
*Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.*, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE NOËL, J.C.A. :

[1] Il s'agit d'un appel de la décision [2008 CF 769, [2009] 2 R.C.F. 347] par laquelle le juge Hughes (le juge de la Cour fédérale) a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission canadienne du blé (la Commission du blé ou l'intimée) et a déclaré : que le décret C.P. 2006-1092 daté du 5 octobre 2006 (l'instruction/le décret, ci-après appelés le « décret » [*Décret d'instruction à la Commission canadienne du blé*, DORS/2006-247] pris par le gouverneur en conseil conformément au paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A)] de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24 (la Loi) est *ultra vires* de la Loi; qu'il porte atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le*

for the violation of that guarantee, and was therefore of no force and effect.

[2] The Direction Order was issued as a result of a disagreement between the federal government (the government) and the Wheat Board as to the Board's future role, specifically whether it should retain its statutory monopoly. The policy of the government is to give producers, who are divided on the issue, a choice to market grain through the Wheat Board or through other means. The Wheat Board, on the other hand, wishes to retain its monopoly powers.

#### BACKGROUND

[3] The Direction Order prohibits the Wheat Board from expending funds on advocating the retention of its monopoly powers. It reads:

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Agriculture and Agri-Food, pursuant to subsection 18(1) of the *Canadian Wheat Board Act*, hereby directs The Canadian Wheat Board to conduct its operation under the Act in the following manner:

(a) it shall not expend funds, directly or indirectly, on advocating the retention of its monopoly powers, including the expenditure of funds for advertising, publishing or market research; and

(b) it shall not provide funds to any other person or entity to enable them to advocate the retention of the monopoly powers of The Canadian Wheat Board. [Footnote omitted.]

[4] The Wheat Board maintains that this Direction Order was issued without authority and is therefore illegal. The provisions of the Act, which are directly relevant to the authority of the Governor in Council to issue directions and the obligation of the directors and officers of the Wheat Board to comply with such directions, are as follows [ss. 3.12(2) (as enacted by S.C. 1998, c. 17, s. 3), 18(1.1) (as enacted *idem*, s. 10), (1.2) (as enacted *idem*)]:

*Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte); qu'il n'y a pas de justification pour la violation de ce droit, et que, par conséquent, le décret est inconstitutionnel et inopérant.

[2] Le décret a été publié en raison d'un différend entre le gouvernement fédéral (le gouvernement) et la Commission du blé quant au rôle futur de la Commission, plus particulièrement quant à l'opportunité de conserver le monopole qui lui a été conféré par la Loi. La politique du gouvernement vise à donner aux producteurs, qui sont partagés sur cette question, le choix de commercialiser leurs grains par l'entremise de la Commission du blé ou autrement. De son côté, la Commission du blé souhaite maintenir ses pouvoirs monopolistiques.

#### CONTEXTE

[3] Le décret, qui interdit à la Commission du blé d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques, est rédigé comme suit :

Sur recommandation du ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil donne instruction à la Commission canadienne du blé d'exercer de la manière ci-après les activités prévues par cette loi :

a) elle n'engagera aucuns fonds, de façon directe ou indirecte, notamment à des fins de publicité, de publication ou d'étude de marché, pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques;

b) elle ne versera aucuns fonds à quiconque — personne ou entité — pour lui permettre de prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques. [Note en bas de page omise.]

[4] La Commission du blé soutient que le gouvernement n'avait pas le pouvoir de prendre ce décret et qu'il est donc illégal. Les dispositions de la Loi, qui prévoient directement le pouvoir du gouverneur en conseil de donner des instructions et l'obligation des administrateurs de la Commission du blé de se conformer à ces instructions, sont rédigées ainsi [art. 3.12(2) (édicte par L.C. 1998, ch. 17, art. 3), 18(1.1) (édicte, *idem*, art. 10), (1.2) (édicte, *idem*)]:



**3.12 (1) ...**

(2) The directors and officers of the Corporation shall comply with this Act, the regulations, the by-laws of the Corporation and any directions given to the Corporation under this Act.

...

**18.** (1) The Governor in Council may, by order, direct the Corporation with respect to the manner in which any of its operations, powers and duties under this Act shall be conducted, exercised or performed.

(1.1) The directors shall cause the directions to be implemented and, in so far as they act in accordance with section 3.12, they are not accountable for any consequences arising from the implementation of the directions.

(1.2) Compliance by the Corporation with directions is deemed to be in the best interests of the Corporation.

[5] The Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) which accompanied the issuance of the Direction Order is also relevant [*C. Gaz.* 2006.II.1546]:

**REGULATORY IMPACT ANALYSIS STATEMENT**

*(This statement is not part of the Order.)*

...

A commitment was made during the 2006 federal election campaign to give western Canadian wheat and barley producers the option of participating voluntarily in the CWB. The CWB has taken a public position opposing marketing choice. It is important that the CWB, as a shared-governance entity, not undermine government policy objectives. This Governor in Council order directing the CWB not to spend money on advocacy activity will ensure that the CWB carries out its operations and duties in a manner which is not inconsistent with the federal government's policy objectives. Direction Orders of this type may be made pursuant to the authority found in section 18 of the CWB Act.

**Alternatives**

The alternative would be to allow the CWB to spend funds towards advocating publicly against the policy goal of the federal government to give western grain producers the freedom to make their own marketing and transportation

**3.12 (1) [...]**

(2) Ils doivent observer la présente loi et ses règlements, ainsi que les règlements administratifs de la Commission et les instructions que reçoit celle-ci sous le régime de la présente loi.

[...]

**18.** (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, donner des instructions à la Commission sur la manière d'exercer ses activités et ses attributions.

(1.1) Les administrateurs veillent à la mise en œuvre des instructions données à la Commission, mais ils ne peuvent être tenus pour responsables des conséquences qui en découlent si, ce faisant, ils observent l'article 3.12.

(1.2) La Commission est, lorsqu'elle observe les instructions qu'elle reçoit, présumée agir au mieux de ses intérêts.

[5] Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) joint à la publication du décret est également pertinent [*Gaz. C.* 2006.II.1546] :

**RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION**

*(Ce résumé ne fait pas partie du décret.)*

[...]

Pendant la campagne électorale fédérale de 2006, l'engagement a été pris de laisser aux producteurs de blé et d'orge de l'Ouest canadien le choix de recourir ou non à l'entremise de la Commission. Cette dernière a pris position publiquement contre le libre choix du mode de commercialisation. Or, il est crucial que la Commission, en tant qu'organisme à régie partagée, ne mine pas les orientations stratégiques du gouvernement fédéral. Le décret donnant instruction à la Commission de ne pas consacrer de fonds pour prôner le maintien de son monopole, permet de garantir que celle-ci exerce ses attributions et activités d'une manière qui ne va pas à l'encontre de ces orientations. Le pouvoir de donner des instructions par décret est prévu à l'article 18 de la LCCB.

**Solutions envisagées**

L'autre solution envisagée est d'autoriser la Commission à consacrer des fonds à une prise de position publique contre l'orientation prise par le gouvernement fédéral, de donner aux producteurs de grain de l'Ouest canadien la possibilité de

decisions, and to allow them to participate voluntarily in the CWB.

### *Benefits and Costs*

As the funds available to the CWB are the funds of producers, some of whom favour marketing choice, those funds should not be used for a campaign which is aimed at preserving the monopoly. Producers who are in favour of marketing choice will support action to protect producers' funds from being used to advocate for retention of the monopoly. Producers who support the continuation of the monopoly and the CWB can be expected to oppose the Direction Order. The Direction Order will ensure that the Canadian values of conducting votes that are fair and democratic and that provide equal opportunity to all positions are respected by the CWB during the consultation process for determining the future direction of the CWB.

The Direction Order does not prevent the CWB from spending funds to carry out its object of marketing grain in an orderly manner nor does it infringe on the rights of individual directors or CWB staff to make statements in public in their own name and without financial support from the CWB. It would, however, prohibit the spending of funds by the CWB for the purpose of advocating the retention or its monopoly powers and would prohibit the CWB from funding third parties for that purpose.

[6] It is useful to briefly consider the mandate of the Wheat Board, its operations and the circumstances which led to the present dispute.

[7] The Wheat Board is a marketing agency created by the Act which has been granted marketing and regulatory powers to market grain for producers. Based in Winnipeg, it has approximately 460 employees and represents approximately 75 000 grain producers (Measner affidavit, appeal book, Vol. I, page 76, paragraph 26). Pursuant to the object set out in section 5 [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 28(E)] of the Act, the Wheat Board has control over the interprovincial and export trade of all wheat and barley in Canada, as well as control over the interprovincial and export of wheat and barley produced in the “designated area” (Martin affidavit, appeal book, Vol. III, page 870, paragraph 10). The “designated area” consists of the provinces of

choisir les modes de commercialisation et de transport qui leur conviennent et, par le fait même, la possibilité de décider s'ils veulent ou non commercialiser leurs produits par l'entremise de la Commission.

### *Avantages et coûts*

Puisque les fonds que gère la Commission proviennent des producteurs — dont certains sont en faveur d'un libre choix du mode de commercialisation de leurs produits —, ces fonds ne devraient pas servir une campagne visant à maintenir le monopole de la Commission. Les producteurs en faveur d'un libre choix appuieront les mesures visant à empêcher la Commission d'utiliser leurs fonds pour prôner le maintien de son monopole. Les producteurs en faveur du statu quo et de la Commission s'opposeront vraisemblablement, quant à eux, au décret. Ce dernier fera en sorte que les valeurs canadiennes qui consistent à tenir des votes justes et démocratiques et à donner une importance égale à tous les points de vue soient respectées par la Commission lors du processus de consultation visant à déterminer l'orientation future de la Commission.

Le décret n'empêche pas la Commission d'engager des fonds pour l'exécution de son mandat, qui est d'organiser la commercialisation du grain, ni ne restreint le droit des administrateurs ou des employés de la Commission de faire, sans être rémunérés par elle, des déclarations publiques en leur propre nom. Le décret interdit cependant à la Commission d'engager des fonds pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques et de verser des fonds à des tiers à cette fin.

[6] Il est utile d'examiner brièvement le mandat de la Commission du blé, ses activités et les circonstances qui ont mené au différend actuel.

[7] La Commission du blé est un organisme de commercialisation créé par la Loi à qui ont été accordés des pouvoirs de commercialisation et de réglementation pour commercialiser les grains pour les producteurs. Située à Winnipeg, elle compte environ 460 employés et représente approximativement 75 000 producteurs de grains (affidavit de Measner, dossier d'appel, vol. I, page 76, paragraphe 26). Conformément à l'objet de l'article 5 [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 28(A)] de la Loi, la Commission du blé contrôle le marché interprovincial et l'exportation du blé et de l'orge au Canada, ainsi que la commercialisation interprovinciale et les exportations du blé et de l'orge cultivés dans la « région désignée » (affidavit de Martin, dossier d'appel,

Manitoba, Saskatchewan and Alberta, and that part of British Columbia known as the Peace River District.

[8] The Wheat Board pays producers an initial price set by regulation on delivery and may make adjustment payments, with the approval of the Governor in Council, as the crop production for that year is sold. The government is required to guarantee certain funds during certain periods. At the end of a crop year, or “pooling period”, the total receipts from selling the grain in the pool, less expenses of the Wheat Board associated with its operations attributable to that grain, are remitted to the producers. The Wheat Board determines what expenses are charged to the pool accounts and paid for by producers (reasons, paragraph 36; Martin affidavit, appeal book, Vol. III, page 874, paragraph 17).

[9] Under the scheme, no one may move wheat and barley destined for domestic human consumption from one province to another, or for export, without the approval of the Wheat Board (Martin affidavit, appeal book, Vol. III, page 874, paragraph 18). These prohibitions combined with the Wheat Board’s obligation to market grain under Part III have historically been described as the “single desk” (Ritter affidavit, appeal book, Vol. V, page 1778, paragraph 10).

[10] The Act was amended in 1998 with the result that the Wheat Board ceased to be an agency of the Crown (the 1998 amendments). In particular, subsection 4(2) [as am. *idem*, s. 4] of the Act now expressly provides that the Wheat Board is not an agent of the Crown or a Crown corporation. Pursuant to section 47.1 [as enacted *idem*, s. 25] the designated Minister under the Act (the Minister) must consult with the board of directors and conduct a producer vote prior to the introduction of legislation to amend the application of Parts III or IV of the Act to particular grains.

vol. III, page 870, paragraphe 10). La « région désignée » est composée des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l’Alberta, et de la partie de la Colombie-Britannique appelée le district de la rivière de la Paix.

[8] La Commission du blé paie un prix initial fixé par règlement à la livraison et peut faire des paiements de rajustement, avec l’approbation du gouverneur en conseil, à mesure que les récoltes pour une année sont vendues. Le gouvernement est tenu de garantir certains fonds durant certaines périodes. À la fin de la campagne agricole, ou la « période de mise en commun », le total des rentrées de fonds provenant de la vente de grains dans la mise en commun, moins les charges engagées par la Commission du blé se rapportant à ses activités liées à ce type de grain, est remis aux producteurs. La Commission du blé détermine les dépenses qui sont imputées aux comptes de la mise en commun et celles qui sont payées par les producteurs (paragraphe 36 des motifs; affidavit de Martin, dossier d’appel, vol. III, page 874, paragraphe 17).

[9] Selon le régime, nul ne peut déplacer le blé et l’orge destinés à l’alimentation humaine intérieure d’une province à une autre, ou, en ce qui concerne les exportations, sans l’approbation de la Commission du blé (affidavit de Martin, dossier d’appel, vol. III, page 874, paragraphe 18). Ces interdictions, ainsi que l’obligation de commercialiser les grains qui incombe à la Commission du blé en vertu de la partie III de la Loi, forment, sur le plan historique, une politique à « guichet unique » (affidavit de Ritter, dossier d’appel, vol. V, page 1778, paragraphe 10).

[10] En raison des modifications à la Loi en 1998, la Commission du blé a cessé d’être un organisme mandataire de l’État (les modifications de 1998). Plus particulièrement, le paragraphe 4(2) [mod., *idem*, art. 4] de la Loi prévoit à présent expressément que la Commission du blé n’est ni mandataire de Sa Majesté ni une société d’État. Aux termes de l’article 47.1 [édicte, *idem*, art. 25], le ministre désigné en vertu de la Loi (le ministre) doit consulter le conseil d’administration et demander aux producteurs de voter avant de déposer tout projet de loi ayant pour effet de modifier

[11] The 1998 amendments also provided for the establishment of a 15-member board of directors. Ten of the directors are elected directly by producers, four are appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister and the remaining director, the President and Chief Executive Officer of the Wheat Board, is appointed by the Governor in Council, following prior consultation with the board of directors (reasons, paragraphs 31 and 36). As a result, the majority of the directors are elected by producers.

[12] At the same time, the statutory authority of the Governor in Council to issue directions pursuant to subsection 18(1) was maintained by the 1998 amendments and subsections 3.12(2), 18(1.1), 18(1.2) were added (these are reproduced at the beginning of these reasons).

[13] The Federal Court Judge describes the disagreement between the government and the directors of the Wheat Board as follows (paragraph 44):

... whether the Wheat Board should retain its monopoly powers, that is, operate as a “single desk,” a view taken by a majority of the board of directors of the Wheat Board, or whether there should be an open market or some form of dual marketing as an intermediate position.

[14] The position of the government was stated in a letter dated April 11, 2006, sent to the President of the Wheat Board (reasons, paragraph 44):

The new Conservative government has been clear on its intent to allow for voluntary participation in the Canadian Wheat Board. Once implemented, this policy will allow farmers the freedom to make their own marketing and transportation decisions. As the Minister responsible for the Board’s conduct, I would appreciate the co-operation of the Board’s management and directors in complying with this new direction, the policy of the Government of Canada.

I would note that all communication and promotional material issued on behalf of the Board should clearly reflect Government

l’application des parties III ou IV de la Loi à un type de grain en particulier.

[11] Les modifications de 1998 prévoient l’établissement d’un conseil d’administration composé de 15 administrateurs. Dix sont élus directement par les producteurs, quatre sont nommés par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre et le dernier administrateur, le président-directeur général de la Commission du blé, est nommé par le gouverneur en conseil après une consultation avec le conseil d’administration (paragraphes 31 et 36 des motifs). Ainsi, la majorité des administrateurs sont élus par les producteurs.

[12] Parallèlement, le pouvoir de donner des instructions conformément au paragraphe 18(1) que la Loi confère au gouverneur en conseil a été maintenu dans les modifications de 1998 et les paragraphes 3.12(2), 18(1.1) et 18(1.2) ont été ajoutés (ces dispositions ont été reproduites au début des motifs).

[13] Le juge de la Cour fédérale décrit comme suit le différend entre le gouvernement et les administrateurs de la Commission du blé (paragraphe 44) :

[...] au sujet du maintien des pouvoirs monopolistiques de la Commission. La Commission devrait-elle fonctionner comme un « guichet unique », point de vue que défendent la majorité des administrateurs de la Commission du blé, ou devrait-il y avoir un marché libre ou encore une forme de commercialisation mixte, position intermédiaire?

[14] La position du gouvernement a été exprimée au président-directeur général de la Commission du blé dans une lettre datée du 11 avril 2006 (paragraphe 44 des motifs) :

[TRADUCTION] Le nouveau gouvernement conservateur a fait connaître clairement son intention de permettre la participation volontaire à la Commission canadienne du blé. Une fois mise en œuvre, cette politique donnera aux agriculteurs la liberté de prendre leurs propres décisions en matière de commercialisation et de transport. À titre de ministre responsable de la gestion de la Commission, j’apprécierais recevoir la collaboration des dirigeants et administrateurs de la Commission pour le respect de cette nouvelle instruction, qui représente la politique du gouvernement du Canada.

Je tiens à noter que toute communication et tout document promotionnel publiés au nom de la Commission devraient

policy. In addition, it is inappropriate for an agency of the Government to spend producers' money on activities that could be regarded as partisan in nature. The recent advertising campaign encouraging producers to write the Minister could be regarded as a political activity.

I look forward to working with you and the Board in a transition plan to ensure a strong marketing option for farmers who choose to make use of the Canadian Wheat Board.

[15] There followed a series of letters in which the Wheat Board declined to "reflect Government policy" (reasons, paragraph 45) and the matter culminated with the issuance of the Direction Order on October 5, 2006.

#### THE FEDERAL COURT DECISION

[16] The Federal Court Judge noted that a determination as to the true nature of the Wheat Board was essential to the resolution of the application, particularly since the 1998 amendments (reasons, paragraph 27).

[17] After reviewing the 1998 amendments (reasons, paragraphs 30, 31 and 33), the Federal Court Judge noted that the previous Crown Corporation was replaced by a new Corporation, with a board of 15 directors charged with the task of directing and managing the affairs of the Corporation, but who are nonetheless obliged to follow directions given by the government of the day. This is clear from the addition of subsections 18(1.1) and (1.2) by the 1998 amendments. The Federal Court Judge also noted earlier in his reasons that subsection 3.12(2) requires the directors and officers to comply with any direction given under the Act (reasons, paragraphs 32 and 35).

[18] In describing its operations, the Federal Court Judge explained that the Wheat Board receives, handles and sells grain, and distributes the proceeds, after deductions to the producers. The government is required to guarantee certain funds during certain periods, it gets

clairement refléter la politique du gouvernement. En outre, il est inapproprié qu'un organisme du gouvernement dépense l'argent des producteurs pour des activités susceptibles d'être qualifiées de partisans. La campagne de publicité récente encourageant les producteurs à écrire au ministre pourrait être considérée comme une activité politique.

Je suis impatient de travailler avec vous et avec la Commission à l'élaboration d'un plan de transition qui offrira une option de commercialisation solide aux agriculteurs qui choisissent de recourir à la Commission canadienne du blé.

[15] Diverses lettres ont fait suite, dans lesquelles la Commission du blé refusait de [TRADUCTION] « refléter la politique du gouvernement » (paragraphe 45 des motifs) et le litige a conduit à la prise du décret le 5 octobre 2006.

#### DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[16] Le juge de la Cour fédérale a souligné qu'il était essentiel de déterminer la véritable nature de la Commission du blé pour trancher la demande, en particulier depuis les modifications de 1998 (paragraphe 27 des motifs).

[17] Après avoir examiné les modifications de 1998 (paragraphe 30, 31 et 33 des motifs), le juge de la Cour fédérale a noté que la société d'État antérieure avait été remplacée par une nouvelle société, dotée d'un conseil d'administration de 15 administrateurs qui sont chargés de la direction et de l'administration des affaires de la Commission, mais qui n'en sont pas moins tenus de respecter les instructions données par le gouvernement au pouvoir. Cette nouvelle situation est expressément reconnue par l'ajout des paragraphes 18(1.1) et (1.2) à la suite des modifications de 1998. Le juge de la Cour fédérale a également souligné précédemment dans ses motifs que le paragraphe 3.12(2) oblige les administrateurs à observer les instructions données en vertu de la Loi (paragraphe 32 et 35 des motifs).

[18] En décrivant les activités de la Commission du blé, le juge de la Cour fédérale explique qu'elle reçoit, traite et vend le grain et en distribue les recettes, moins certaines déductions, aux producteurs. Le gouvernement est tenu de garantir certains fonds pour certaines

paid out once most money is received from the sales, and will suffer liability only if there is a shortfall. Thus, the producers provide the stock-in-trade of the Wheat Board and the government guarantees funding (reasons, paragraph 36).

[19] The Federal Court Judge understood the Attorney General to argue “that the government has financial exposure under the Act and is therefore entitled to protect its financial interests by way of direction” (reasons, paragraph 38). He acknowledged that it would be prudent to make an appropriate direction if there is a genuine concern with the preservation of funds or the reduction of risk of loss (*idem*).

[20] According to the Federal Court Judge, the Direction Order was couched in terms of expenditure of funds. However, nowhere in the record was there any evidence that genuine consideration was given to the nature or extent of the funds that were in issue or at risk (reasons, paragraph 43).

[21] The Federal Court Judge went on to find that despite its apparent purpose, the Direction Order was primarily intended to silence the Wheat Board “in respect of any promotion of a ‘single desk’ policy that it might do” (reasons, paragraph 46). He further noted that an order that is “apparently directed to one purpose, [but] is really directed to a different purpose [is] not within the scope of the enabling statute, properly construed” (reasons, paragraph 48).

[22] The Federal Court Judge insisted that it may be appropriate for a direction to be issued to constrain or direct the expenditure of funds where it is demonstrated that there is a real concern that the obligation of Parliament to make good upon a significant shortfall of money is likely to occur. However, no such situation had been shown to exist on the record before him (reasons, paragraph 49). According to the Federal Court Judge, the true purpose was to silence the Wheat Board, and this purpose is not authorized. He therefore concluded

périodes, il est remboursé une fois que la plupart des recettes des ventes sont touchées et sa responsabilité n’est mise en jeu qu’en cas de déficit. Par conséquent, les producteurs fournissent le stock de marchandises de la Commission du blé et le gouvernement garantit le financement (paragraphe 36 des motifs).

[19] Le juge de la Cour fédérale a cru comprendre que le procureur général avait fait valoir que « le gouvernement s’expose financièrement en vertu de la Loi et qu’il a droit de ce fait de protéger ses intérêts financiers par la voie d’instructions » (paragraphe 38 des motifs). Il a convenu qu’il serait prudent de donner une instruction appropriée lorsqu’il existe une préoccupation réelle à l’égard de la sauvegarde des fonds ou la réduction du risque de perte (*idem*).

[20] Selon le juge de la Cour fédérale, le décret a été formulé en termes d’engagement de fonds. Cependant, rien au dossier n’établit qu’on ait sérieusement pris en considération la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause ou à risque (paragraphe 43 des motifs).

[21] Le juge de la Cour fédérale a poursuivi en concluant que malgré l’apparence d’une fin donnée, le décret visait principalement à réduire au silence la Commission du blé « en ce qui concerne toute action de promotion de la politique du “guichet unique” à laquelle elle pourrait se livrer » (paragraphe 46 des motifs). Il a ensuite souligné qu’une ordonnance qui « vise en apparence une fin donnée, [mais qui] vise en réalité une autre fin [...] n’est pas dans la portée de la loi habilitante, interprétée correctement » (paragraphe 48 des motifs).

[22] Le juge de la Cour fédérale a insisté sur le fait qu’il peut être approprié de publier une instruction pour limiter ou orienter le versement de fonds, s’il a été établi qu’il existe une véritable préoccupation que l’obligation du Parlement de compenser un déficit financier important puisse vraisemblablement se concrétiser. Or, la preuve au dossier n’a rien établi de tel en l’espèce (paragraphe 49 des motifs). Selon le juge de la Cour fédérale, le véritable objectif était de réduire au silence la Commission du blé, ce qui n’est pas permis.

that the Direction Order was *ultra vires* and of no effect (reasons, paragraph 50).

[23] Although this conclusion was dispositive of the issue before him, the Federal Court Judge went on to consider whether the Direction Order was also in breach of the Charter. The issue in this case was whether the Wheat Board is an entity that can seek the protection of the Charter, thereby allowing it to invoke the right of freedom of expression provided by paragraph 2(b) (reasons, paragraphs 53 and 54).

[24] According to the Federal Court Judge, the purpose and effect of the Direction Order was to restrict a particular form of expression, namely advocacy against government policy respecting the Wheat Board. If the Wheat Board were an entity entitled to invoke the Charter, the Direction Order would be invalid for that reason (reasons, paragraph 55).

[25] The Federal Court Judge then quoted a passage from the decision of the Supreme Court in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844 (*Godbout*), at paragraph 47, which held that certain entities, although not strictly speaking “governmental” could be held to be accountable under the Charter. He said (reasons, paragraph 58):

What the Supreme Court is recognizing is that an entity other than that which is not strictly the government or one of its agencies, can be said to be the government if certain factors such as degree of control, are evident. It must therefore be equally true that an entity that is not clearly the government or one of its agencies that is subject to government control over what would otherwise be independent action, must be in those circumstances, able to invoke the Charter.

[26] Applying this reasoning, the Federal Court Judge held that the Wheat Board, as constituted since the 1998 amendments, is not government and as such, can claim Charter protection. Since the Direction Order is not authorized under the Act and impinges on freedom of expression, he held that it violates paragraph 2(b) of the Charter (reasons, paragraph 59).

Il a donc conclu que le décret était *ultra vires* et inopérant (paragraphe 50 des motifs).

[23] Cette conclusion était déterminante pour le litige dont le juge de la Cour fédérale était saisi, mais il a ensuite examiné si le décret contrevenait également à la Charte. La question soulevée en l’espèce est de savoir si la Commission du blé est une entité qui peut demander la protection de la Charte, lui permettant ainsi d’invoquer la liberté d’expression garantie par l’alinéa 2b) (paragraphe 53 et 54 des motifs).

[24] Selon le juge de la Cour fédérale, le but et l’effet du décret sur la promotion et les dépenses étaient de limiter une forme d’expression particulière, en l’occurrence la promotion d’une position contraire à la politique du gouvernement sur la Commission du blé. Si la Commission du blé était une entité habilitée à invoquer la Charte, le décret serait sans aucun doute invalide pour ce motif (paragraphe 55 des motifs).

[25] Le juge de la Cour fédérale cite ensuite un extrait tiré du paragraphe 47 des motifs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (*Godbout*), portant que certaines entités, même si elles ne sont pas, à strictement parler, de nature « gouvernementale », pourraient être assujetties à la Charte. Il s’exprime comme suit (paragraphe 58 de ses motifs) :

La Cour suprême reconnaît donc qu’une entité autre que celle qui n’est pas strictement le gouvernement ou l’un de ses organismes peut être assimilée au gouvernement si certains facteurs, par exemple le degré de contrôle, sont manifestes. Il doit donc être tout aussi vrai qu’une entité qui n’est manifestement pas le gouvernement ou l’un de ses organismes et qui est assujettie au contrôle du gouvernement sur ce qui serait autrement un acte indépendant, doit pouvoir dans ces circonstances invoquer la Charte.

[26] En appliquant ce raisonnement, le juge de la Cour fédérale a statué que la Commission du blé, telle qu’elle est constituée depuis les modifications de 1998, n’est pas de nature gouvernementale et peut donc demander la protection de la Charte. Puisque le décret n’est pas autorisé en vertu de la Loi et qu’il freine la liberté d’expression, il a conclu qu’il contrevient à l’alinéa 2b) de la Charte (paragraphe 59 des motifs).

[27] Finally, the Federal Court Judge held that the Direction Order is not saved under section 1 of the Charter (reasons, paragraph 60).

#### ISSUES RAISED ON APPEAL

[28] The appellant contends that the reasoning of the Federal Court Judge on both the *vires* and the Charter issue is fundamentally flawed. With respect to the *vires* issue, the appellant contends that the Federal Court Judge further erred by conducting his analysis on the basis that the authority provided under subsection 18(1) is limited to the protection of government funds and in holding that the Direction Order was issued for an improper purpose.

[29] In this respect, the appellant acknowledges that the purpose of the Direction Order was to prevent the Wheat Board from spending the money of producers to promote a “single desk” policy. However, the appellant submits that this comes within the authority conferred on the Governor in Council by subsection 18(1) of the Act and within the scheme of the Act as a whole. According to the appellant, the Federal Court Judge in his lengthy reasons did not confront the broad grant of authority conferred by that provision and explain why the Direction Order was not authorized.

[30] The appellant asserts that it never took the position before the Federal Court Judge that the Direction Order was issued for the purpose of protecting government funds. The appellant argues that the Federal Court Judge’s conclusion that the “true” purpose of the Direction Order was concealed is without foundation. In this respect, the appellant stands by the contents of the RIAS.

[31] With respect to the Charter issue, the appellant contends that the Federal Court Judge erred both in failing to undertake the analysis required by the case law in order to determine if the Wheat Board is part of the government and in concluding that the Wheat Board, a creature of statute and subject to substantial control, is somehow to be treated as having Charter rights exercisable against government.

[27] Enfin, le juge de la Cour fédérale a conclu que le décret ne peut être sauvegardé par l’application de l’article premier de la Charte (paragraphe 60 des motifs).

#### LES QUESTIONS SOULEVÉES EN APPEL

[28] L’appelant soutient que le raisonnement du juge de la Cour fédérale lié aux questions de validité et à la Charte sont fondamentalement viciées. S’agissant de la question de validité, l’appelant affirme que le juge de la Cour fédérale a commis une autre erreur en fondant son analyse sur le fait que le pouvoir conféré par le paragraphe 18(1) se limite à la protection de fonds gouvernementaux et en concluant que le décret a été pris à des fins illégitimes.

[29] À cet égard, l’appelant reconnaît que l’objet du décret était d’empêcher la Commission du blé de dépenser l’argent des producteurs pour promouvoir une politique à « guichet unique ». Toutefois, l’appelant soutient que cette instruction relève du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 18(1) de la Loi et du contexte de la Loi dans son ensemble. Selon l’appelant, le juge de la Cour fédérale n’a pas abordé, dans ses motifs, le vaste pouvoir conféré par cette disposition et n’a pas expliqué la raison pour laquelle le décret n’était pas autorisé.

[30] L’appelant affirme qu’il n’a jamais fait valoir devant le juge de la Cour fédérale que le décret avait été pris dans le but de protéger les fonds du gouvernement. L’appelant soutient que la conclusion du juge de la Cour fédérale portant que le « véritable » objectif du décret avait été masqué est sans fondement. À cet égard, l’appelant s’en tient au contenu du REIR.

[31] S’agissant de la question relative à la Charte, l’appelant soutient que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en ne faisant pas l’analyse établie par la jurisprudence afin de déterminer si la Commission du blé fait partie du gouvernement et en concluant que la Commission du blé, qui tire son origine de la Loi et qui est assujettie à des mesures de contrôle importantes, doit en quelque sorte être traitée comme une



[32] The respondent for its part takes the position that the Federal Court Judge came to the proper conclusion on both the *vires* and the Charter issues. In asserting this position, it essentially stands by the reasons of the Federal Court Judge.

[33] With respect to the *vires* issue, the respondent supports the Federal Court Judge's finding that despite being presented as a measure directed towards control of funds, the Direction Order was "motivated principally to silencing the Wheat Board in respect of any promotion of a 'single desk' policy that it might do" (memorandum of the respondent, paragraph 35).

[34] According to the respondent, the Federal Court Judge proceeded on proper principle when he held that the use of subsection 18(1) to restrain expenditures might, in certain circumstances, be appropriate and accord with the purpose and object of the Act (*idem*, paragraph 41). However, the Federal Court Judge properly restrained the exercise of discretion by the Governor in Council given that it acted "with an improper intention in mind" (*idem*, paragraph 62). "Shortly put, if a power granted for a certain purpose is used for another, the power has not been validly exercised" (*idem*, paragraph 63).

[35] With respect to the Charter issue, the respondent contends that the Federal Court Judge correctly held, for the reasons that he gave, that the Wheat Board is entitled to Charter protection and that the Direction Order breaches the Wheat Board's right to free expression and cannot be justified under section 1 of the Charter.

## ANALYSIS

[36] Turning first to the *vires* issue, the Court must determine on a standard of correctness whether the

entité ayant des droits garantis par la Charte opposables au gouvernement.

[32] L'intimée, de son côté, soutient que le juge de la Cour fédérale a tiré une conclusion appropriée quant à la validité et à la Charte. Pour appuyer sa thèse, elle se fonde principalement sur les motifs du juge de la Cour fédérale.

[33] En ce qui concerne la validité, l'intimée souscrit à la conclusion du juge de la Cour fédérale portant que malgré le fait que le décret est présenté comme une mesure de contrôle des fonds, il [TRADUCTION] « s'inspire principalement de la volonté de réduire au silence la Commission du blé en ce qui concerne toute action de promotion de la politique du "guichet unique" à laquelle elle pourrait se livrer » (mémoire de l'intimée, paragraphe 35).

[34] Selon l'intimée, le juge de la Cour fédérale s'est appuyé sur le principe approprié lorsqu'il a statué que l'utilisation du paragraphe 18(1) pour limiter les dépenses peut, dans certaines circonstances, être appropriée et conforme au but et à l'objet de la Loi (*idem*, paragraphe 41). Or, le juge de la Cour fédérale a limité adéquatement l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil étant donné qu'il a agi [TRADUCTION] « dans une intention illégitime » (*idem*, paragraphe 62). [TRADUCTION] « Bref, si un pouvoir qui est accordé à une certaine fin est utilisé pour servir une autre fin, il n'a pas été exercé valablement » (*idem*, paragraphe 63).

[35] En ce qui concerne la question liée à la Charte, l'intimée fait valoir que le juge de la Cour fédérale a correctement conclu, pour les motifs qu'il a exposés, que la Commission du blé a droit à la protection de la Charte, que le décret contrevient à la liberté d'expression de la Commission du blé et que cette violation ne peut être justifiée au sens de l'article premier de la Charte.

## ANALYSE

[36] Tout d'abord, en ce qui concerne la validité, la Cour doit déterminer, selon la norme de la décision

Direction Order was authorized by the power delegated to the Governor in Council pursuant to subsection 18(1) of the Act (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, paragraph 59).

[37] It is well-settled law that when exercising a legislative power given to it by statute, the Governor in Council must stay within the boundary of the enabling statute, both as to empowerment and purpose. The Governor in Council is otherwise free to exercise its statutory power without interference by the Court, except in an egregious case or where there is proof of an absence of good faith (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, page 111; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, page 752).

[38] The Federal Court Judge in this case conducted his analysis on the basis that subsection 18(1) provides authority for constraining or directing the expenditure of funds and found, as a fact, that the appellant had failed to show that the Governor in Council had a genuine concern relating to the protection of government funds. He said in this regard (reasons, paragraph 49):

... it may well be appropriate for a direction to be issued to constrain or direct the expenditure of funds for a proper purpose where it has been demonstrated that there is a real concern that the obligation of Parliament to make good upon a significant shortfall of money is likely to occur. No such situation has been demonstrated on the evidence in the record.

[39] Earlier on, he expressed the same view in the following terms (reasons, paragraph 43):

The Direction is couched in terms of expenditure of funds. However nowhere in the record is there any evidence that genuine consideration was given to the nature or extent of funds that were in issue or at risk.

[40] In the end, the Federal Court Judge found: “that the Direction is motivated principally to silencing the Wheat Board in respect of any promotion of a ‘single desk’ policy that it might do” (reasons, paragraph 46).

correcte, si le décret était autorisé par le pouvoir délégué au gouverneur en conseil par le paragraphe 18(1) de la Loi (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, paragraphe 59).

[37] Il est bien établi en droit que lorsque le gouverneur en conseil exerce un pouvoir conféré par une loi, il doit demeurer dans les limites de la loi habilitante en ce qui a trait à l’habilitation et à la finalité. Le gouverneur en conseil est à tous les autres égards libre d’exercer son pouvoir conféré par la loi sans l’intervention de la Cour, sauf dans un cas flagrant ou lorsque la preuve établit l’absence de bonne foi (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, page 111; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, page 752).

[38] Dans sa décision, le juge de la Cour fédérale a fondé son analyse sur le fait que le paragraphe 18(1) confère le pouvoir de limiter ou d’orienter le versement de fonds et a alors conclu que l’appelant n’avait pas démontré que le gouverneur en conseil avait une véritable préoccupation relativement à la protection des fonds du gouvernement. Voici comment il s’est exprimé à ce sujet (paragraphe 49 des motifs) :

[...] il peut être approprié de publier une instruction pour limiter ou orienter le versement de fonds dans un but légitime, s’il a été établi qu’il existe une véritable préoccupation que l’obligation du Parlement de compenser un déficit financier important puisse vraisemblablement se concrétiser. La preuve au dossier n’a rien établi de tel en l’espèce.

[39] Plus tôt dans ses motifs, il a exprimé le même avis dans les termes suivants (paragraphe 43 des motifs) :

L’instruction est formulée en termes d’engagement de fonds. Cependant, rien au dossier n’établit qu’on ait sérieusement pris en considération la nature ou le volume des fonds qui étaient en cause ou à risque.

[40] En fin de compte, le juge de la Cour fédérale a conclu que « l’instruction s’inspire principalement de la volonté de réduire au silence la Commission du blé en ce qui concerne toute action de promotion de la politique du “guichet unique” à laquelle elle pourrait se livrer » (paragraphe 46 des motifs).

[41] The appellant does not take issue with this last conclusion. He acknowledges that the purpose of the Direction Order is to prevent the Wheat Board from using producer funds to advocate a “single desk” policy. However, the appellant takes issue with the premise upon which the Federal Court Judge conducted his analysis and the suggestion (reasons, paragraph 48) that this purpose was hidden under the guise of a financial concern.

[42] The Federal Court Judge does not explain why he conducted his analysis on the basis that the authority for issuing directions is aimed at protecting government funds. On a plain reading, subsection 18(1) is not restricted to the protection of funds. While certain actions, such as those with financial implications that could affect the government are explicitly subject to government approval (see for instance paragraph 6(1)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 17, s. 6], 6(1)(d) [as am. *idem*, ss. 6, 28(E)] or 9(1)(b) [as am. *idem*, s. 28(E)]), subsection 18(1) is not so limited. This provision allows the Governor in Council to issue directions “with respect to the manner in which any of its operations, powers and duties . . . shall be conducted, exercised or performed.” On its face, the power to direct extends to the full range of activity which the Act authorizes the Wheat Board to conduct. To the extent that the Federal Court Judge was of the view that the authority so conferred is aimed at protecting government funds, he erred.

[43] The Federal Court Judge also appears to have understood that the Direction Order was intended to protect government funds (reasons, paragraph 38). However, counsel for the appellant did not recall taking this position before the Federal Court Judge and counsel for the respondent was unable to point to anything on the record indicating that such a position had been taken.

[44] The purpose of the Direction Order is apparent from its wording and is further set out in the RIAS which accompanied its issuance. The use of the RIAS in ascertaining the purpose of delegated legislation is well established (*RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, pages 352–353; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, paragraph 63; *Bayer*

[41] L’appellant ne conteste pas cette dernière conclusion. Il reconnaît que l’objectif du décret est d’empêcher la Commission du blé d’utiliser les fonds des producteurs pour prôner la politique du « guichet unique ». Toutefois, l’appellant conteste la prémisse sur laquelle se fonde le juge de la Cour fédérale dans son analyse et l’hypothèse (paragraphe 48 des motifs) portant que cet objectif était caché sous le couvert d’une préoccupation financière.

[42] Le juge de la Cour fédérale n’explique pas pourquoi il a effectué son analyse en se fondant sur le fait que le pouvoir de donner des instructions vise à protéger les fonds du gouvernement. Il ressort clairement du libellé du paragraphe 18(1) que cette disposition n’est pas limitée à la protection de fonds. Certaines mesures, comme celles qui ont des conséquences financières qui pourraient toucher le gouvernement, sont expressément assujetties à l’approbation du gouvernement (voir par exemple les alinéas 6(1)(c) [mod. par L.C. 1998, ch. 17, art. 6], 6(1)(d) [mod., *idem*, art. 6, 28(A)] ou 9(1)(b) [mod., *idem*, art. 28(A)]), mais le paragraphe 18(1) n’est pas aussi limité. Cette disposition permet au gouverneur en conseil de donner des instructions « sur la manière d’exercer ses activités et ses attributions ». À première vue, le pouvoir de donner des instructions couvre la gamme complète des activités que la Loi autorise la Commission du blé à exercer. Le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en statuant que le pouvoir conféré par cette disposition vise à protéger les fonds du gouvernement.

[43] Le juge de la Cour fédérale semble également avoir compris que le décret visait à protéger les fonds du gouvernement (paragraphe 38 des motifs). Or, l’avocat de l’appellant ne se rappelait pas avoir adopté ce point de vue devant le juge de la Cour fédérale et l’avocat de l’intimée était incapable d’étayer la prétention portant qu’une telle thèse avait été formulée.

[44] L’objet du décret ressort clairement de son libellé et est précisé dans le REIR joint à sa publication. L’utilisation du REIR pour déterminer l’objectif d’une mesure législative subordonnée est bien établie (*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, pages 352 et 353; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, paragraphe 63; *Bayer Inc.*

*Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), paragraph 10).

[45] The plain purpose of the Direction Order, when read together with the RIAS, is to ensure that the Wheat Board no longer advocates a mandate that is at odds with government policy using funds made available to it under the Act. Nowhere is it made to appear that the purpose is to protect funds. The suggestion by the Federal Court Judge that the true purpose of the Direction Order was concealed under the guise of a non-existent financial purpose is, with respect, misconceived.

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

[47] Turning to the first step, subsection 18(1) is very broad. As noted, it authorizes the government, through the auspices of the Governor in Council, to direct the Wheat Board with respect to the full range of activity conducted by the Wheat Board.

[48] Counsel for the respondent argued that the 1998 amendments implicitly limit the broad grant of authority set out in subsection 18(1). He referred in particular to the fact that the Wheat Board ceased to be an agent of the Crown or a Crown Corporation (subsection 4(2)), that the majority of the directors was henceforth elected by producers (subsection 3.02(1) [as enacted *idem*, s. 3]), and that the Minister responsible for the Wheat Board was bound by statute to consult with the board of directors and conduct a producer vote before introducing legislation affecting the monopoly created under the Act (section 47.1).

[49] These changes do point to an increased role for the board of directors. However, when these amendments

*c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 826 (C.A.) (QL), paragraphe 10).

[45] L'objet évident du décret, lu conjointement avec le REIR, est de s'assurer que la Commission du blé ne prône pas un mandat qui est contraire à la politique gouvernementale en utilisant des fonds qui sont mis à sa disposition en vertu de la Loi. Rien ne démontre que l'objet est de protéger des fonds. L'hypothèse soulevée par le juge de la Cour fédérale portant que l'objet du décret était caché sous le couvert d'une préoccupation financière non existante est, en toute déférence, mal fondée.

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

[47] En ce qui concerne la première étape, le paragraphe 18(1) est très large. Comme il a été mentionné précédemment, le paragraphe 18(1) autorise, par l'entremise du gouverneur en conseil, de donner des instructions à la Commission du blé relativement à la gamme complète d'activités exercées par cette dernière.

[48] L'avocat de l'intimée allègue que les modifications de 1998 limitent implicitement le vaste pouvoir conféré par le paragraphe 18(1). Il s'est appuyé en particulier sur le fait que la Commission du blé a cessé d'être mandataire de Sa Majesté ni une société d'État (paragraphe 4(2)), que la majorité des administrateurs étaient donc élus par les producteurs (paragraphe 3.02(1) [édicte, *idem*, art. 3]) et que le ministre responsable est tenu, en vertu de la Loi, de consulter le conseil d'administration et de s'assurer du vote des producteurs avant de déposer un projet de loi touchant au monopole créé en vertu de la Loi (paragraphe 47.1).

[49] Ces modifications indiquent un accroissement du rôle du conseil d'administration. Or, elles ont non

were brought, subsection 18(1) was not only preserved but strengthened. Beyond subsection 3.12(2) which sets out the directors' duty to comply with any direction given pursuant to subsection 18(1), subsection 18(1.2) was added to provide that compliance with a direction is "deemed" to be in the best interest of the Wheat Board. At the same time, the directors were relieved from liability which could arise from such compliance (subsection 18(1.1)).

[50] When regard is had to the 1998 amendments as a whole and the fact that since that time, the majority of the directors are elected by producers, it becomes clear that subsection 18(1) was intended to provide the Governor in Council with the authority to direct the Wheat Board on any matter of governance in the event of a disagreement with the board of directors. By requiring that this authority be exercised formally and in public, by Order in Council, Parliament ensured that the government would be accountable politically for the use made of that authority. The repository of the power and the mode of its exercise reinforce the broad scope of the authority set out in subsection 18(1) and Parliament's intent that the government should retain the ultimate power to decide in the event of a disagreement.

[51] I should add that given the importance of the 1998 amendments, the fact that the power to direct has never been used over the Wheat Board's objection and that directions have been resorted to sparingly (21 times over the last 45 years) (Measner affidavit, appeal book, Vol. I, page 74, paragraph 17) is of no significance for the purpose of this proceeding.

[52] The second question is whether the Direction Order comes within the ambit of subsection 18(1). This requires an identification of the purpose of the Direction Order. As noted, the purpose can be gleaned from the Direction Order itself as well as the RIAs: the Wheat Board is directed not to expend funds accruing to it under the Act to advocate retention of its monopoly powers or to provide such funds to other persons to

seulement eu pour effet de préserver le paragraphe 18(1) mais elles l'ont également renforcé. En plus du paragraphe 3.12(2) qui prévoit l'obligation particulière des administrateurs d'observer toute instruction reçue sous le régime du paragraphe 18(1), le paragraphe 18(1.2) a été ajouté pour prévoir que le respect des instructions est « présumé » être au mieux des intérêts de la Commission du blé. Parallèlement, les administrateurs ne peuvent être tenus responsables des conséquences découlant de l'observation des instructions (paragraphe 18(1.1)).

[50] En examinant les modifications de 1998 dans leur ensemble et le fait que, depuis leur entrée en vigueur, la majorité des administrateurs sont élus par les producteurs, il devient évident que le paragraphe 18(1) a pour objet de fournir au gouverneur en conseil le pouvoir de donner des instructions à la Commission du blé relativement à toute question liée à la gestion dans l'éventualité d'un désaccord avec le conseil d'administration. En exigeant que ce pouvoir soit exécuté officiellement et publiquement, soit par décret, le législateur s'est assuré que le gouvernement serait tenu responsable sur le plan politique de l'utilisation de ce pouvoir. Le dépositaire et le mode d'exercice du pouvoir de ce dernier renforcent l'importante portée du pouvoir prévu au paragraphe 18(1) et l'intention du législateur portant que le gouvernement devrait conserver le pouvoir ultime de trancher dans l'éventualité d'un désaccord.

[51] Je devrais ajouter que compte tenu de l'importance des modifications de 1998, le fait que le pouvoir de donner des instructions n'a jamais été utilisé en dépit de l'objection de la Commission du blé et qu'il a été employé de façon modérée (21 fois au cours des 45 dernières années) (affidavit de Measner, dossier d'appel, Vol. I, page 74, paragraphe 17) n'est d'aucune importance aux fins de la présente instance.

[52] La deuxième question consiste à déterminer si le décret est visé par le paragraphe 18(1). À cette fin, on doit identifier l'objet du décret. Comme il a été mentionné précédemment, l'objet peut être dégagé du décret lui-même ou du REIR : on ordonne à la Commission du blé de ne pas engager les fonds qu'elle reçoit en vertu de la Loi pour prôner le maintien de ses pouvoirs monopolistiques ni de verser aucuns fonds à des tiers

enable them to do so (see paragraph 3 of these reasons). The Direction Order being limited to the use of funds, individual directors and staff of the Wheat Board remain free to advocate the view of their choice without financial support from the Wheat Board (RIAS, above, at paragraph 5 of these reasons).

[53] The Direction Order also appears to be consistent with the Act read as a whole. Pursuant to section 5, the Wheat Board's mandate is to market, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada. To carry out this mandate, the Wheat Board is given extraordinary powers over grain producers, including the requirement that producers sell their wheat and barley to the Wheat Board, and the authority to deduct corporate expenses before remitting proceeds to the producer. The authority to deduct corporate expenses from the pools is set out in subsection 33(1) [as am. *idem*, s. 19] of the Act. None of the expenses listed pertain to advocacy by the Wheat Board on matters of public policy.

[54] If advocacy by the Wheat Board on matters of public policy using producer funds is within its corporate objects, it could only be by virtue of the general power set out in paragraph 6(k) [as am. *idem*, s. 6], which empowers the Wheat Board "generally to do all such acts and things as may be necessary or incidental to carrying on its operations under [the] Act."

[55] However, even if such a right exists, it is subject to the authority set out in subsection 18(1). I note in this respect that beyond the unlimited scope of the power to direct and its mandatory nature, compliance with a direction is "deemed" by the Act to be in the best interest of the Wheat Board (subsection 18(1.2)).

[56] It follows that, after the Direction Order was issued, spending producer funds to advocate a "single desk" was no longer in the best interest of the Wheat Board for purposes of the Act. If *intra vires*, the spending restriction embodied in the Direction Order has the same

à cette fin (voir le paragraphe 3 des présents motifs). Le décret est limité à l'utilisation des fonds, et les administrateurs ou les employés de la Commission du blé sont libres de faire, sans être rémunérés par cette dernière, des déclarations publiques en leur propre nom (REIR, précité, au paragraphe 5 des présents motifs).

[53] Le décret semble également être conforme à la Loi dans son ensemble. Aux termes de l'article 5, la Commission a pour mission d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada. Pour accomplir ce mandat, la Commission du blé est investie de pouvoirs extraordinaires à l'égard des producteurs de grains, dont l'exigence selon laquelle les producteurs doivent vendre leur blé et leur orge à la Commission du blé, et du pouvoir de déduire des dépenses d'entreprise avant de verser le produit aux producteurs. Le pouvoir de déduire des dépenses d'entreprise tirées des mises en commun est prévu au paragraphe 33(1) [mod., *idem*, art. 19] de la Loi. Aucune des dépenses énumérées à ce paragraphe ne se rapporte à la promotion par la Commission du blé de questions touchant l'intérêt public.

[54] Seuls les pouvoirs généraux de l'alinéa 6k) [mod., *idem*, art. 6] pourraient autoriser à la Commission du blé de prévoir une mesure dans l'objet de ses activités lui permettant de promouvoir des questions touchant l'intérêt public à l'aide des fonds des producteurs. L'alinéa 6k) prévoit que la Commission du blé peut, « de façon générale, prendre les mesures utiles à l'exercice de ses activités ».

[55] Cependant, même si un tel droit existe, il est assujéti au pouvoir prévu au paragraphe 18(1). Je souligne à cet égard qu'au delà de la portée illimitée du pouvoir de donner des instructions et de la nature exécutoire de ces dernières, le respect d'une instruction est « présumé », en vertu de la Loi, être au mieux des intérêts de la Commission du blé (paragraphe 18(1.2)).

[56] Ainsi, après la prise du décret, le fait d'engager les fonds des producteurs pour prôner une politique à « guichet unique » n'est plus au mieux des intérêts de la Commission du blé aux fins de la Loi. Si le décret est *intra vires*, les restrictions des dépenses comprises dans

effect as if it was written in the Act itself. That is the inescapable effect of subsection 18(1.2).

[57] I therefore conclude that the Direction Order comes within the ambit of subsection 18(1) and that the Federal Court Judge erred in holding otherwise.

[58] The same reasoning disposes of the Charter issue. The conclusion reached by the Federal Court Judge on this aspect of the case is that the Wheat Board is entitled under the Act to use producer funds to advocate its own view and that preventing the Wheat Board from exercising that right, as the Direction Order purports to do, infringes on the Wheat Board's freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter (reasons, paragraph 59).

[59] The Wheat Board is a creature of statute and as such, it has no powers, rights and duties save those bestowed on it by the Act. Since I have found that as a result of the Direction Order the Wheat Board has no authority under the Act to use producer funds to advocate against government policy, there is no Charter right to protect pursuant to paragraph 2(b). In this respect, counsel for the respondent acknowledged that his case was premised on the assumption that the Act does permit the expenditure of funds for advocating a "single desk".

[60] The question whether a body having some of the trappings of government, such as the Wheat Board, can seek the protection of the Charter therefore needs not be answered in the present appeal. However, the Court should not be taken as endorsing the reasoning of the Federal Court Judge on this point.

[61] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Federal Court Judge and giving the judgment which he ought to have given, I would dismiss the application for judicial review with costs.

EVANS J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

le décret a le même effet qui si elles avaient été écrites dans la Loi elle-même. C'est la conséquence inéluctable du paragraphe 18(1.2).

[57] Par conséquent, je conclus que le décret est visé par le paragraphe 18(1) et que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en statuant autrement.

[58] Le même raisonnement tranche la question liée à la Charte. La conclusion tirée par le juge de la Cour fédérale à cet égard est que la Commission du blé a le droit en vertu de la Loi d'utiliser les fonds des producteurs pour faire valoir son opinion et que d'empêcher la Commission du blé d'exercer ce droit, ce que le décret vise à faire, porte atteinte à la liberté d'expression de la Commission du blé garantie par l'alinéa 2b) de la Charte (paragraphe 59 des motifs).

[59] La Commission du blé est un organisme créé par le législateur et elle n'a donc aucun autre pouvoir, droit ou obligation que ceux qui lui sont conférés par la Loi. Puisque j'ai conclu qu'en raison du décret, la Commission du blé n'a aucun pouvoir en vertu de la Loi d'utiliser les fonds des producteurs pour agir contre la politique du gouvernement, il n'y a aucun droit à protéger en vertu de l'alinéa 2b). À ce titre, l'avocat de l'intimée reconnaît que sa thèse se fondait sur l'hypothèse portant que la Loi permet d'engager des fonds pour prôner une politique à « guichet unique ».

[60] La question de savoir si un organisme ayant des attributs du gouvernement, comme la Commission du blé, peut demander la protection de la Charte ne doit donc pas être tranchée dans le présent appel. Or, il faut souligner que cela ne signifie pas que la Cour souscrit au raisonnement du juge de la Cour fédérale sur ce point.

[61] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, avec dépens, j'annulerais la décision du juge de la Cour fédérale et, compte tenu de la décision que ce dernier aurait dû rendre, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire, avec dépens.

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

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Judicial review of decision from Refugee Protection Division, Immigration and Refugee Board (Board) rejecting applicants claim as convention refugees, persons in need of protection within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—Claim based on kidnapping, extortion of principal applicant by police—Board finding kidnappings, including those by police, prevalent problem in Mexico, affecting all social classes, therefore not captured by s. 97—Crime not becoming particularized persecution simply because criminals following victims over geographic distance—However, Board erring by not reconciling its decision with persuasive Board decision on availability of state protection in Mexico, other decisions relying upon it—Such decisions not binding, but goal of administrative consistency requiring treatment of similar factual, legal situations in consistent manner, especially in case of persuasive decisions—If Board markedly departing from relevant persuasive decision, some level of explanation required—No such explanation provided herein—Board’s conclusion unreasonable, not falling within range of possible, acceptable outcomes—Application allowed.

CASTILLO MENDOZA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6696-09, 2010 FC 648, Zinn J., judgment dated June 15, 2010, 18 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board’s (Board) decision denying applicants’ refugee claim—Applicants citizens of North Korea, fleeing to China before seeking protection in Canada—Whether South Korea providing refuge—Issue: whether acquisition of South Korean citizenship within applicants’ control, thus precluding refugee protection in Canada pursuant to *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 F.C.R. 429—Board concluding South Korean citizenship granted automatically if requested by North Koreans—Findings concerning right to claim citizenship in foreign country matter of law, reviewable on standard of correctness—Based on evidence, acquiring South Korean citizenship not automatic, within applicants’ control—Will, desire of living in South Korea necessary—Persons residing in third country for extended period, such as applicants, not eligible—Question not whether North Koreans could automatically obtain South Korean citizenship—Proper question whether or not, based on evidence, sufficient doubt as to law, practice, case law, politics of South Korea such that citizenship not automatic, fully within applicants’ control—Application allowed.

KIM v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5625-09, 2010 FC 720, Hughes J., judgment dated June 30, 2010, 14 pp.)

#### *Permanent Residents*

Judicial review seeking declaratory relief against respondent’s unwillingness to confirm status as permanent resident—Alternatively seeking *mandamus* compelling respondent to process application, grant permanent resident status—First permanent residence application approved in principle in 1996—However, when picking up landing documents in 1998, applicant unable



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

to show passport, as that passport had been lost by officials—Landing documents therefore not granted as copy of passport insufficient—New passport submitted in 2003, but by time second processing stage resumed, applicant’s criminal, security, medical clearances expired—Updated medical, criminal examinations submitted, but new passport, medical examination expired at time documents processed, security checks finalized in 2005—Applicant contending respondent’s refusal to grant landing documents in 1998, 2003 unlawful as all legal requirements met on those dates—Relief sought within Court’s jurisdiction pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)—Preconditions set out in *Canada v. Solosky*, [1980] 1 S.C.R. 821 met—Although applicant could not be landed in 2003, same cannot be said with respect to 1998—In specific context of *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, possession of valid, subsisting passport under *Immigration Regulations*, SOR/78-172, s. 14(1) not requiring physical control of passport—Sufficient that person be legal bearer of valid passport—In exceptional circumstances of this case, requiring passport itself to satisfy Regulations, s. 14(1) absurd, not in keeping with wording, spirit thereof—Applicant entitled to *mandamus* ordering respondent to process application in accordance with law as it stood in 1998 and on basis of applicant’s record at that time—Application allowed.

SINGH V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2234-09, 2010 FC 757, de Montigny J., judgment dated July 19, 2010, 28 pp.)

## Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of decision by pre-removal risk assessment (PRRA) officer not to grant application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Principal applicant, citizen of European Union (EU) country, retaining counsel for PRRA but subsequently terminating relationship—Respondent sending request for further information concerning internal flight alternative to former counsel—Former counsel not forwarding request to applicant, therefore applicant unaware of request, not participating or providing input—Whether applicants denied procedural fairness by not being notified of request—Former counsel, respondent’s errors beyond applicant’s control—Court previously finding negligence of counsel should not cause careful applicant to suffer—While such case law involving misconduct, negligence of counsel retained on file, no reason for not applying same principle to this case, where counsel retained, but for different application—Applicants thus denied procedural fairness—Application allowed.

DOE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3962-09, 2010 FC 284, Near J., judgment dated March 12, 2010, 13 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

## CHARTER OF RIGHTS

*Criminal Process*

Motion by United States Steel Corporation, U.S. Steel Canada Inc. (U.S. Steel) challenging validity of *Investment Canada Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 28 (ICA), s. 40 as being in violation of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 11(d), *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, s. 2(e)—U.S. Steel, non-Canadian investor, obtaining ministerial approval for acquisition of Canadian business after providing undertakings in support of application—Minister subsequently advising U.S. Steel that it was in contravention of undertakings—Minister filing application under ICA, s. 40 seeking order directing U.S. Steel to comply with undertakings, penalty of \$10 000 per day, per breach—Whether *Charter*, s. 11(d) applying to proceedings under ICA, s. 40—S. 11(d) applying if matter by its very nature criminal proceeding or involving imposition of true penal consequences, as articulated in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541—Matter of public nature, intended to promote public order, welfare within public sphere of activity falling within s. 11(d)—Applicant contending magnitude of fine sufficient to engage s. 11(d)—Court interpreting *R. v. Wigglesworth* to mean body can have unlimited power to fine, however, in determining whether penalty true penal consequence, analysis must proceed beyond magnitude of fine to determine whether fine imposed for purpose of redressing harm done to society or for particular private purpose—Although ICA having public aspect, s. 40 proceeding not serving broader public service of promoting public order, welfare within public sphere of activity—Purpose of monetary penalty at issue herein: encouraging, promoting, enforcing compliance with undertakings, legislation—S. 40 arising in context of private transactions, investor not being called to account to public—Fact Minister’s application brought before Superior Court reflecting

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

Parliament's choice of enforcing compliance through civil, not criminal proceeding—Magnitude of fine alone insufficient basis for concluding penalty true penal consequence—In relation to *Bill of Rights*, s. 2(e) issue, fair hearing in accordance with principles of fundamental justice thereunder synonymous with concept of natural justice, procedural fairness—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 providing adequate procedural protection—Motion dismissed.

UNITED STATES STEEL CORPORATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1162-09, 2010 FC 642, Hansen J., judgment dated June 14, 2010, 39 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE**

## CUSTOMS ACT

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 389) dismissing appellants' statement of claim because action subject to limitation period of three months as per *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 106(1)—Appellants French producer of dairy products, Quebec subsidiary—Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) creating National Customs Ruling (NCR) program, providing guidance on tariff classification for imported goods—NCR issued to Quebec corporation acting as trade consultant, agent for appellants determining milk products sought to be classified (PROMILK) milk protein isolates subject to duty of 6.5 percent—Appellants thus proceeding with plans to market PROMILK in Canada on that basis—CCRA officer issuing new NCR in 2003, imposing duty of 270 percent—That decision successfully appealed before Canadian International Trade Tribunal in 2005 ([2005] C.I.T.T. No. 13 (QL), affd 2006 FCA 41)—Appellants bringing action against Crown for damages nearly three years after 2003 NCR—Federal Court Judge not erring when deciding s. 106(1) relevant limitation provision—Both *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32, *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 providing that where cause of action arising in province, laws pertaining to prescription, limitation of actions in that province apply—However, both these sections also stipulating that where applicable time-bar found in another Act of Parliament, that provision applying—CCRA officer acting within performance of duties, decision clearly done in administration, enforcement of Act, thus allowing Crown to invoke Act, s. 106—Federal Court Judge correctly determining appellants' cause of action arising from 2003 NCR—All facts necessary for instituting action known to appellants at very latest at time CITT decision issued in 2005—Appeal dismissed.

INGREDIA S.A. V. CANADA (A-216-09, 2010 FCA 176, Nadon J.A., judgment dated July 6, 2010, 17 pp.)

**INCOME TAX**

## PRACTICE

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 531) granting respondent's application for compliance order concerning requirements for information (RFIs)—Appellant, former director of corporation, failing to remit to respondent payroll source deductions of employees—Minister issuing notices of assessment to appellant for amount owing on basis jointly, severally liable for tax debt incurred by corporation—Issue whether possible for Minister to collect accrued interest on unpaid debt without issuing separate notice of assessment for that amount—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), s. 227.1(1) making directors jointly, severally liable for deductions not remitted, plus any related interest, penalties—ITA, s. 227(10) allowing assessment of amount payable under s. 227.1(1) at any time—Also providing that when notice of assessment issued, ITA, s. 161(1) applying to s. 227(10) "with any modifications that the circumstances require"—ITA, s. 161(1) exception to general principle that in absence of provision to the contrary, taxpayers not required to pay amount for which liable under ITA until notice of assessment issued—However, ITA, s. 161(1) not requiring director to pay interest accruing on corporation's debt after notice of assessment issued under ITA, s. 227(10) because ITA, s. 161(1) applying to "taxes payable", amount assessed under ITA, s. 227(10) not for "taxes payable"—Whether modifications required for ITA, s. 161(1) to apply to assessment under s. 227(10) permitted by words "with any modifications that the circumstances require"—For ITA, s. 161(1) to apply to s. 227(10), necessary to add words "or any amount for which a director is liable under subsection 227.1(1)" to ITA, ss. 161(1)(a),(b)—When s. 227(10) viewed contextually, purposively, proposed modification to s. 161(1) changing details rather than substance—Modifications not increasing amount for which director liable—No reason of policy, principle why director should not be liable for subsequent accruing interest since corporation liable for accruing interest without need for new assessment by virtue of s. 227(9.2)—Modifications consistent with ITA scheme, enhancing its administration—Federal Court Judge correctly interpreting ITA when

**INCOME TAX—Concluded**

concluding combined effects of ss. 227.1(1), 227(10) imposing liability on appellant to pay post-assessment interest, Minister thus authorized to issue RFIs—Appeal dismissed.

M.N.R. v. ZEN (A-257-09, 2010 FCA 180, Evans J.A., judgment dated July 7, 2010, 25pp.)

**MARITIME LAW****CONTRACTS**

Cross-motions for summary judgment in action for unpaid bunkers against ship, its owners, time charterer—Issue whether owners, managers of ship personally liable, and if not, whether ship still liable *in rem*—Plaintiff arguing time charterer (Parkroad Corporation) contracting not only on own behalf, but also on behalf of ship, owners—Time charterer having no actual authority from owners, managers of ship to contract for supply of bunkers on their behalf or on credit of ship—Plaintiff unaware of this fact, selecting maritime law of United States to govern contract—Under American law, necessities man presumed to have contracted on credit of ship—Such presumption rebutted by establishing necessities man having actual knowledge of contracting party's lack of authority to bind ship—If presumption not rebutted, American law creating maritime lien—Under Canadian maritime law, necessities man not enjoying maritime lien, but statutory right *in rem* against ship if owners personally liable—No express, tacit authority given to contract on owners' behalf, ship's credit—Mere fact of entering into demise charter not giving charterer actual, ostensible authority—Under Canadian maritime law, owners not personally liable—As to whether American law applicable, because no contractual relationship between owners, plaintiff, choice of law clause having less significance—Therefore, Court having to weigh factors connecting case to United States—American factors outweighed by non-American ones, such as ship's flag; owners' domicile; place of bunkers' purchase, delivery; place of ship's arrest—Therefore, American law not proper law—Defendant's motion granted; plaintiff's motion dismissed; action dismissed except against Parkroad Corporation.

WORLD FUEL SERVICES CORPORATION v. NORDEMS (SHIP) (T-1914-08, 2010 FC 332, Harrington J., judgment dated March 25, 2010, 33 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Motion by respondents pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(5)(b), to strike allegation in notice of application—Allegation calling into question Genpharm ULC's corporate existence—Prior to notice of allegation (NOA), respondents Genpharm ULC, Mylan Pharmaceuticals amalgamating—Pfizer Canada Inc. (Pfizer) arguing NOA having no legal effect since Genpharm ULC serving NOA one month after amalgamation and as such, not legal entity, could not become second person under Regulations—Whether corporation carrying business under pre-amalgamation name without registering it "second person" within meaning of Regulations—Respondents' amalgamation resulting in continuing existence of both corporations—Thus, upon amalgamation, Genpharm ULC not ceasing to exist—Pfizer arguing that because present issue novel, should be left for hearings judge to deal with—Fact issue novel not making it meritorious—No compelling reasons for cluttering issues in dispute surrounding patent in suit with issue herein—Motion granted.

PFIZER CANADA INC. v. GENPHARM ULC (T-1118-09, 2010 FC 684, Aalto P., order dated June 22, 2010, 11 pp.)

Appeal from order of Prothonotary (2010 FC 409) dismissing respondent Novopharm Limited's motion for designating notice of allegation (NOA) as confidential pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151—Novopharm arguing substantial costs incurred in preparing NOA, confidentiality preventing competitors from accessing market at less expense—Test applicable to motion for confidentiality order articulated in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] S.C.R. 522—Prothonotary not erring when failing to explicitly assess whether NOA confidential document—Several factors weighing against confidentiality: absence of regulatory provisions; lack of precedent in Court; interests of transparency in NOA because patents conferring statutory monopoly—Issue of whether to protect information potentially posing serious threat to firm's commercial interests can be expressed in terms of public interest in maintaining confidentiality, as contemplated by *Sierra Club*—However, not clear whether language in *Sierra Club* standing for characterization of market position as important commercial

**PATENTS—Concluded**

interest—Conclusion deleterious effects of confidentiality order outweighing salutary effects reasonably open to Prothonotary—Designating NOA as confidential possibly concealing excessive amount of information from public—Motion dismissed.

PFIZER CANADA INC. v. NOVOPHARM LIMITED (T-1868-09, 2010 FC 668, Crampton J., judgment dated June 21, 2010, 21 pp.)

Judicial review of Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) decision finding applicant's patent ineligible for listing on patent register—Applicant receiving notice of compliance (NOC) for Targin, controlled-release drug in tablet form containing two medicinal ingredients: (1) oxycodone, (2) naloxone—Although patent contemplating delivery of oxycodone, none of claims mentioning naloxone—Requirements for listing patents making claim to formulation containing medicinal ingredient, dosage form of drug or drug formulation containing medicinal ingredient, set out in *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations), ss. 4(2)(b),(c)—OPML, following reasoning in *Bayer Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2009 FC 1171, aff'd 2010 FCA 161, contending that under Regulations, s. 4(2)(b), eligible patent must contain claim to formulation containing all medicinal ingredients included in formulation approved by NOC—Applicant arguing OPML misinterpreting s. 4(2)(c) in relation to drug's dosage form—Contending ss. 4(2)(b), 4(2)(c) not having same meaning, therefore s. 4(2)(c) not requiring claim to dosage form contain both medicinal ingredients in Targin—Court not agreeing with such interpretation—Regulations, s. 2 defining “claim for the dosage form”—Plain reading of this definition making it clear Regulations, s. 4(2)(c) not devoid of any requirement relating to medicinal ingredient—Recognizing potentially unlimited number of other medicinal ingredients within claim's scope inconsistent with requirements of product specificity enshrined in Regulations, s. 4 by 2006 amendments—Keeping product specificity in mind, claim concerning delivery system for administering multiple medicinal ingredients in drug or drug formulation must include each medicinal ingredient—OPML correctly determining that claim's dosage form only relating to oxycodone as sole medicinal ingredient, correctly interpreting Regulations, ss. 2, 4(2)(c) as requiring match between dosage form claimed, dosage form approved through issuance of NOC—Application dismissed.

PURDUE PHARMA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-248-10, 2010 FC 738, Crampton J., judgment dated July 8, 2010, 27 pp.)

**PRACTICE****CLASS PROCEEDINGS**

Appeal from Federal Court decision (2008 FC 1308, [2009] 4 F.C.R. 3) dismissing appellant's motion for certification of class proceeding—Federal Court Judge finding several mandatory requirements set out in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 334.16 not met—Appellant not identifying common issues of fact, law—This leading to impossibility of determining if class proceeding preferable procedure—Also no acceptable litigation plan proposed—Judge therefore questioning appellants ability to fairly, adequately represent class—Court in substantial agreement—Appellant submitting Federal Court Judge should have granted adjournment, even if not asked, to allow motion to be improved—Also submitting Judge should have identified common issues despite appellant's failure to do so—Although role of courts active, flexible in class proceedings, role not extending to granting adjournments, even when not sought, to help those seeking certification meet requirements of r. 334.16—Burden of satisfying requirements solely upon those seeking certification—Appellants not discharging burden herein—Appeal dismissed.

SAMSON CREE NATION v. SAMSON CREE NATION (CHIEF AND COUNCIL) (A-637-08, 2010 FCA 165, Stratas J.A., judgment dated June 17, 2010, 9 pp.)

**CONFIDENTIALITY ORDERS**

Applicant seeking Court's authorization pursuant to *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA), s. 38.04 for non-disclosure of information subject of discovery proceedings in actions filed in Ontario Superior Court of Justice by respondents—In light of this application, respondents seeking order documents filed by applicant in support of CEA application be treated as confidential—Respondents involved in publicized inquiries, enduring continuing allegations of involvement in terrorism—Order sought to prevent endangering family, associates living outside Canada, privacy violations, misuse of information against respondents—CEA, ss. 38.04(4), 38.12(1) reflecting Parliament's intent to afford designated judge discretion to adopt confidentiality measures required to safeguard secret information—Privacy interests not legal ground for confidentiality order—Respondents surrendering privacy to judicial process in Superior Court—Public access to proceedings price respondents must

**PRACTICE**—Concluded

pay for ensuring accountability of those engaged in administration of justice—Respondents not establishing real, substantial risk of harm, not specifying what information to be kept confidential—Concerns, evidence insufficient to grant order—Motion adjourned *sine die*.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ALMALKI (DES-1-10, 2010 FC 733, Mosley J., order dated July 7, 2010, 15 pp.)

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Appeal from Federal Court order (2009 FC 755) striking out appellants' amended statement of claim for failing to state cause of action that can succeed, plead material facts—Appellants proposing class action against Canada Revenue Agency for wrongfully requiring them to collect, remit GST on exempt disbursements charged to clients—Appellants seeking amounts of GST wrongfully paid—Amended statement of claim pleading two causes of actions: (1) tort of misfeasance in public office, (2) restitution or wrongful receipt—Whether appellants pleading viable causes of action, whether pleadings sufficient—Federal Court correctly finding common law cause of action of restitution ousted by *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (Act), s. 312, *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12(1)—Therefore, only permissible way of recovering GST wrongfully paid is by going to Tax Court of Canada, following procedural rules, substantive standards set out in Part IX of Act—Relief sought by proposed class action, relief possible under Part IX of Act identical, therefore proposed class action nothing more than attempt to recover GST outside of Act—*Obiter*: when pleading bad faith, abuse of power, bare assertion of conclusion upon which court called upon to pronounce not allegation of material fact—Bald, conclusory allegations, without evidentiary foundation abuse of process—With respect to misfeasance in public office, individuals allegedly involved should be identified pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 174—Plaintiff should at least identify particular group of individuals dealing with matter, i.e. job positions, organizational branch, office, building where individuals worked—Appeal dismissed.

MERCHANT LAW GROUP V. CANADA (REVENUE AGENCY) (A-351-09, 2010 FCA 184, Stratas J.A., judgment dated July 8, 2010, 20 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## BREVETS

### PRATIQUE

Requête présentée par les intimés en vertu de l'art. 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour faire radier une allégation contenue dans l'avis de requête—L'allégation contestait la personnalité juridique de Genpharm ULC—Les intimées Genpharm ULC et Mylan Pharmaceuticals ont fusionné avant l'avis d'allégation (AA)—Pfizer Canada Inc. (Pfizer) soutenait que l'AA n'avait aucune conséquence en droit parce que Genpharm ULC avait fait signifier l'AA un mois après la fusion et qu'elle n'était donc pas une personne morale et qu'elle ne pouvait pas devenir une seconde personne au sens du Règlement—Il s'agissait de savoir si l'entreprise qui exerce des activités sous la dénomination utilisée avant la fusion sans l'enregistrer est une « seconde personne » au sens du Règlement—La fusion des intimées a donné lieu à l'existence continue des deux sociétés—Genpharm ULC n'a donc pas cessé d'exister lors de la fusion—Pfizer soutenait que parce que la question litigieuse en l'espèce était nouvelle, elle devait être laissée au juge saisi de la requête—Le fait qu'il s'agisse d'une nouvelle question ne signifie pas qu'elle est valable en droit—Il n'y avait pas de motifs impérieux pour encombrer les points litigieux contestés quant au brevet en cause de la question soulevée en l'espèce—Requête accueillie.

PFIZER CANADA INC. C. GENPHARM ULC (T-1118-09, 2010 CF 684, protonotaire Aalto, ordonnance en date du 22 juin 2010, 11 p.)

Appel d'une ordonnance de la protonotaire (2010 CF 409) rejetant la requête présentée par la défenderesse Novopharm Limited pour faire désigner comme confidentiel un avis d'allégation (AA) en vertu de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Novopharm soutenait que des coûts importants ont été engagés pour préparer l'AA et que la confidentialité empêcherait les concurrents d'accéder au marché à un coût considérablement moindre—Le critère applicable à une requête en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité a été formulé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] R.C.S. 522—La protonotaire n'a pas commis d'erreur en ne tranchant pas expressément la question de savoir si un AA constitue un document confidentiel—Plusieurs facteurs jouent contre la confidentialité : l'absence de dispositions réglementaires; l'absence de précédent dans la jurisprudence de la Cour; et la transparence des AA parce que les brevets confèrent un monopole de droit—La question de savoir si le fait de protéger des renseignements pouvant éventuellement constituer une menace grave pour les intérêts commerciaux de l'entreprise peut être exprimée en termes d'intérêt public pour maintenir la confidentialité, comme il ressort de l'arrêt *Sierra Club*—Cependant, il n'est pas clair si le libellé de l'arrêt *Sierra Club* caractérise la position sur le marché comme un intérêt commercial important—Il était raisonnablement loisible à la protonotaire de conclure que les effets préjudiciables de l'ordonnance de confidentialité l'emportent sur les effets bénéfiques—Le fait de désigner l'AA comme confidentiel pouvait éventuellement dissimuler une quantité excessive de renseignements du public—Requête rejetée.

PFIZER CANADA INC. C. NOVOPHARM LIMITED (T-1868-09, 2010 CF 668, juge Crampton, jugement en date du 21 juin 2010, 21 p.)

**BREVETS—Fin**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL) a statué que le brevet de la demanderesse était inadmissible à l'inscription au registre des brevets—La demanderesse a obtenu un avis de conformité (AC) relativement au Targin, un médicament à libération contrôlée sous forme de comprimé contenant deux ingrédients médicinaux : 1) l'oxycodone et 2) la naloxone—Bien que le brevet porte sur l'oxycodone, aucune revendication ne vise la naloxone—Les exigences applicables à l'inscription de brevets qui contiennent une revendication de la formulation contenant l'ingrédient médicinal, de la forme posologique d'un médicament ou de la formulation contenant l'ingrédient médicinal sont énoncées aux art. 4(2)*b* et *c* du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement)—Le BMBL, suivant le raisonnement formulé dans l'affaire *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2009 CF 1171, conf. par 2010 CAF 161, soutenait qu'en vertu de l'art. 4(2)*b* du Règlement, le brevet admissible doit prévoir une revendication de la formulation contenant tous les ingrédients médicinaux compris dans la formulation approuvée par la délivrance d'un AC—La demanderesse affirmait que le BMBL a mal interprété l'art. 4(2)*c* à l'égard de la forme posologique—Elle prétendait que les art. 4(2)*b* et *c* n'ont pas le même sens et que l'art. 4(2)*c* ne précise pas que la revendication de la forme posologique doit énoncer les deux ingrédients médicinaux du Targin—La Cour ne souscrivait pas à cette interprétation—L'art. 2 du Règlement définit l'expression « revendication de la forme posologique »—Il appert de la lecture simple de cette définition que l'art. 4(2)*c* du Règlement n'est pas dénué d'exigences au titre de l'ingrédient médicinal—Le fait de reconnaître un nombre pratiquement sans fin d'autres ingrédients médicinaux dans la portée d'une revendication est contraire aux exigences en matière de spécificité des produits que les modifications de 2006 ont consacré à l'art. 4 du Règlement—En gardant à l'esprit la spécificité des produits, la revendication concernant le système de libération de plusieurs ingrédients médicinaux dans un médicament ou la formulation du médicament doit comprendre chaque ingrédient médicinal—Le BMBL a établi à juste titre que la forme posologique de la revendication ne portait que sur l'oxycodone à titre d'ingrédient médicinal unique et a interprété correctement les art. 2 et 4(2)*c* du Règlement comme exigeant une correspondance entre la forme posologique revendiquée et la forme posologique approuvée par la délivrance d'un AC—Demande rejetée.

PURDUE PHARMA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-248-10, 2010 CF 738, juge Crampton, jugement en date du 8 juillet 2010, 27 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté la demande d'asile des demandeurs au motif qu'ils n'avaient ni qualité de réfugiés au sens de la Convention ni qualité de personnes à protéger au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La demande était fondée sur l'enlèvement et l'extorsion dont le demandeur principal a été victime de la part de la police—La Commission a conclu que le problème des enlèvements, dont ceux qui sont commis par des policiers, est répandu au Mexique et que les enlèvements touchent toutes les classes sociales et ne sont donc pas visés par l'art. 97—Un crime ne devient pas personnalisé simplement parce que les criminels suivent leur victime dans une autre région—Cependant, la décision de la Commission est erronée parce qu'elle est incompatible avec la décision à caractère persuasif qu'elle a rendue quant à l'existence de la protection de l'État au Mexique et avec d'autres décisions fondées sur celle-ci—Ces décisions ne lient pas d'autres commissaires, mais la cohérence administrative exige que des situations factuelles et légales semblables entraînent des décisions semblables, particulièrement dans le cas de décisions à caractère persuasif—Si la Commission s'écarte de façon marquée de la décision à caractère persuasif pertinente, elle doit expliquer l'écart dans une certaine mesure—Aucune explication n'a été donnée en l'espèce—La conclusion de la Commission était déraisonnable et n'appartenait pas aux issues possibles et acceptables—Demande accueillie.

CASTILLO MENDOZA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6696-09, 2010 CF 648, juge Zinn, jugement en date du 15 juin 2010, 18 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté la demande d'asile des demandeurs—Les demandeurs, des citoyens de la Corée du Nord, se sont enfuis en Chine avant de demander l'asile au Canada—Il s'agissait de savoir si la Corée du Sud accorde un refuge—Il s'agissait de savoir si les demandeurs

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

pouvaient exercer un contrôle sur l'obtention de la citoyenneté de la Corée du Sud, faisant donc obstacle à la présentation d'une demande d'asile au Canada suivant *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 FCA 126, [2005] 3 R.C.F. 429—La Commission a conclu que la citoyenneté de la Corée du Sud est accordée automatiquement aux Nord-Coréens qui en font la demande—Les conclusions relatives au droit de revendiquer la citoyenneté dans un pays étranger sont des questions de droit et la norme de contrôle est celle de la décision correcte—Il appert de la preuve que l'obtention de la citoyenneté de la Corée du Sud n'est pas automatique et est indépendante de la volonté des demandeurs—Il faut que les demandeurs souhaitent vivre en Corée du Sud—Les personnes qui vivent dans un tiers pays pendant une période prolongée, à l'instar des demandeurs, ne sont pas admissibles—La question n'est pas de savoir si les Nord-Coréens pourraient obtenir automatiquement la citoyenneté de la Corée du Sud—La question pertinente est celle de savoir s'il existe, à la lumière de la preuve, un doute suffisant quant à la loi, à la pratique, à la jurisprudence et à la politique de la Corée du Sud de sorte que la citoyenneté n'est pas automatique et ne relève pas entièrement du contrôle des demandeurs—Demande accueillie.

KIM C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5625-09, 2010 CF 720, juge Hughes, jugement en date du 30 juin 2010, 14 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement de constatation quant à la réticence du défendeur de confirmer le statut de résident permanent—Subsidiairement, le demandeur sollicite un *mandamus* enjoignant au défendeur de traiter la demande et d'accorder le statut de résident permanent—Une première demande de résidence permanente a été approuvée en principe en 1996—Cependant, lorsqu'il est allé cueillir ses documents relatifs au droit d'établissement en 1998, le demandeur n'a pu montrer son passeport, les fonctionnaires l'ayant perdu—Les documents relatifs au droit d'établissement n'ont donc pas été remis parce qu'une copie du passeport ne suffisait pas—Un nouveau passeport a été déposé en 2003, mais lorsque la deuxième étape de traitement a repris, les attestations d'absence de casier judiciaire, médicale et de sécurité avaient expiré—Un examen médical et une vérification de casier judiciaire à jour ont été produits, mais le nouveau passeport et l'examen médical avaient expiré lorsque les documents ont été traités et les vérifications de sécurité ont été menées à bien en 2005—Le demandeur soutenait que le refus du défendeur de lui consentir les documents relatifs au droit d'établissement en 1998 et 2003 était contraire à la loi parce que toutes les obligations juridiques avaient été accomplies à ces dates—La réparation demandée relève de la compétence de la Cour en vertu de l'art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Les conditions préalables énoncées dans l'arrêt *Canada c. Solosky*, [1980] 1 R.C.S. 821 ont été remplies—Même si le demandeur ne pouvait pas obtenir le droit d'établissement en 2003, cela n'était pas le cas en 1998—Dans le contexte précis de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 la possession d'un passeport en cours de validité en vertu de l'art. 14(1) du *Règlement sur l'immigration*, DORS/78-172, ne s'entend pas du contrôle physique du passeport—Il suffit que la personne soit le titulaire légitime du passeport en cours de validité—Dans les circonstances exceptionnelles des présentes, le fait d'exiger le passeport même pour satisfaire à l'art. 14(1) du Règlement était absurde et contraire au libellé et à l'esprit du Règlement—Le demandeur avait droit au *mandamus* enjoignant au défendeur de traiter la demande conformément à la loi en vigueur en 1998 et sur le fondement du dossier du demandeur à ce moment-là—Demande accueillie.

SINGH C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2234-09, 2010 CF 757, juge de Montigny, jugement en date du 19 juillet 2010, 28 p.)

*Motifs d'ordre humanitaire*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent chargé de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) a refusé la demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée depuis le Canada—La demanderesse principale, une citoyenne d'un des pays de l'Union européenne (UE), a retenu les services d'une avocate pour l'aider avec l'ERAR, mais elle a par la suite mis fin au mandat de l'avocate—Le défendeur a fait parvenir à l'ancienne avocate une lettre dans laquelle il réclamait de plus amples renseignements sur la possibilité de refuge intérieur—L'ancienne avocate n'a pas transmis la demande à la demanderesse, qui n'en avait donc pas connaissance et qui n'a pas participé ni fait valoir son point de vue—Il s'agissait de savoir si les demandeurs avaient été privés de l'équité procédurale du fait qu'ils n'ont pas été avisés de la demande—Les erreurs de l'ancienne avocate et du défendeur étaient indépendantes de la volonté de la demanderesse—La Cour a déjà jugé que la négligence d'un avocat ne devrait pas causer préjudice au demandeur qui a agi avec prudence—Bien que cette jurisprudence porte



**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

sur une inconduite et une négligence de l'avocat commise au dossier, il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer le même principe en l'espèce, où les services d'un avocat avaient été retenus, mais pour une autre demande—Les demandeurs ont donc été privés de l'équité procédurale—Demande accueillie.

UNETELLE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-3962-09, 2010 CF 284, juge Near, jugement en date du 12 mars 2010, 13 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LES DOUANES

Appel de la décision (2009 CF 389) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la déclaration des appelantes parce que l'action était assujettie à un délai de prescription de trois mois, comme il ressort de l'art. 106(1) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Les appelantes étaient une société française de produits du lait et sa filiale québécoise—L'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) a créé le programme des Décisions nationales des douanes (DND), qui donne des indications sur la classification douanière applicable à l'importation de marchandises—La DND communiquée à la société québécoise agissant comme consultante commerciale et comme représentante des appelantes indiquait que les produits du lait devant être classés (PROMILK) étaient des isolats de protéine de lait à l'égard desquels des droits de 6,5 p. 100 devaient être payés—Les appelantes sont donc allées de l'avant avec leur projet de commercialisation du PROMILK au Canada—Un agent de l'ADRC a rendu une nouvelle DND en 2003, imposant des droits de 270 p. 100—Les appelantes ont eu gain de cause lorsque cette décision a été portée en appel auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) en 2005 ([2005] T.C.C.E. n° 13 (QL), conf. par 2006 CAF 41)—Les appelantes ont intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne près de trois ans après la DND de 2003—Le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a statué que l'art. 106(1) était la disposition pertinente fixant le délai de prescription—Tant l'art. 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, que l'art. 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, prévoient que si le fait générateur survient dans une province, ce sont les règles de droit en matière de prescription de cette province qui s'appliquent—Cependant, les deux dispositions précisent aussi que lorsque le délai de prescription applicable est prévu par une disposition d'une autre loi fédérale, c'est cette disposition qui s'applique—Étant donné que l'agent de l'ADRC agissait dans l'exercice de ses fonctions, la décision a clairement été prise dans le cadre de l'application et de l'exécution de la Loi et, de ce fait, permettait à la Couronne d'invoquer l'art. 106 de la Loi—Le juge de la Cour fédérale a conclu à juste titre que la cause d'action des appelantes découlait de la DND de 2003—Les appelantes connaissaient tous les faits nécessaires à l'introduction de leur action lorsque le TCCE a rendu sa décision en 2005—Appel rejeté.

INGREDIA S.A. C. CANADA (A-216-09, 2010 CAF 176, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 6 juillet 2010, 17 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTE DES DROITS

*Procédures criminelles et pénales*

Requête présentée par la United States Steel Corporation et U.S. Steel Canada Inc. (U.S. Steel) pour contester la validité de l'art. 40 de la *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 28 (la LIC), au motif qu'il enfreint l'art. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], et l'art. 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44—U.S. Steel, un investisseur étranger, a obtenu l'approbation du ministre pour acquérir une entreprise canadienne après avoir fourni des engagements à l'appui de sa demande—Le ministre a ensuite avisé U.S. Steel qu'elle violait ses engagements—Le ministre a présenté, en application de l'art. 40 de la LIC, une demande visant à obtenir une ordonnance enjoignant à U.S. Steel de respecter les engagements et lui infligeant une pénalité de 10 000 \$ par jour par violation—Il s'agissait de savoir si l'art. 11*d*) de la Charte s'applique à une procédure engagée en vertu de l'art. 40 de la LIC—L'art. 11*d*) s'applique dans une affaire qui, de par sa nature même, est une procédure criminelle ou comporte l'imposition de conséquences véritablement pénales, tel qu'il appert de l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541—Une affaire de nature publique visant à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique relève de l'art. 11*d*)—La demanderesse soutenait que

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

l'importance de l'amende suffisait à donner ouverture à l'art. 11*d*)—La Cour a interprété l'arrêt *R. c. Wigglesworth* comme signifiant qu'un organisme peut avoir un pouvoir illimité d'imposer des amendes; toutefois, pour déterminer si la pénalité est une véritable conséquence pénale, l'analyse doit aller au-delà de l'importance de l'amende afin de décider si elle est imposée pour redresser le tort causé à la société ou pour réaliser un objectif privé en particulier—Bien que la LIC comporte un aspect public, une procédure engagée en vertu de l'art. 40 ne sert pas l'objectif d'intérêt public plus général de favoriser l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique—La pénalité pécuniaire vise à favoriser et à assurer l'observation des engagements et des dispositions de la loi—La procédure prévue à l'art. 40 est engagée dans le contexte d'une transaction privée où l'investisseur n'a pas à rendre des comptes au public—Le fait que la demande du ministre a été présentée devant une cour supérieure traduit l'intention du législateur d'assurer le respect des engagements et des dispositions de la Loi au moyen d'une procédure civile, et non pas d'une procédure criminelle—L'importance d'une amende ne constitue pas en soi un fondement suffisant sur lequel on peut conclure que la pénalité est une véritable conséquence pénale—S'agissant de la question de l'art. 2*e*) de la Déclaration des droits, l'audience équitable selon les principes de justice fondamentale dans le contexte de cette disposition veut dire la même chose que les concepts de justice naturelle et d'équité procédurale—Les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoient des garanties procédurales suffisantes—Requête rejetée.

UNITED STATES STEEL CORPORATION C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-1162-09, 2010 CF 642, juge Hansen, jugement en date du 14 juin 2010, 39 p.)

**DROIT MARITIME**

## CONTRATS

Requêtes incidentes pour jugement sommaire dans le cadre d'une action pour combustible de soute impayé intentée contre le navire, ses propriétaires et l'affrètement à temps—Il s'agissait de savoir si les propriétaires et les personnes responsables de la gestion du navire étaient personnellement responsables et, s'ils ne l'étaient pas, si la responsabilité réelle du navire était engagée—La demanderesse soutenait que l'affrètement à temps (Parkroad Corporation) a non seulement conclu un contrat pour son propre compte, mais aussi au nom du navire et des propriétaires—L'affrètement à temps n'avait reçu aucune autorisation réelle des propriétaires ou des personnes responsables de la gestion du navire pour conclure un contrat d'approvisionnement en combustible de soute pour leur compte ou celui du navire—La demanderesse ignorait ce fait et avait choisi le droit maritime des États-Unis comme droit applicable au contrat—Sous le régime du droit américain, le fournisseur est réputé avoir conclu un contrat au nom du navire—Cette présomption peut être réfutée en démontrant que le fournisseur savait effectivement que la partie contractante n'était pas autorisée à lier le navire—Si la présomption n'est pas réfutée, le droit américain crée le privilège maritime—Sous le régime du droit canadien, le fournisseur ne dispose pas d'un privilège maritime; il peut plutôt se prévaloir d'un droit réel d'origine législative contre le navire *si* les propriétaires sont personnellement responsables—Aucun pouvoir exprès ou tacite n'a été consenti pour conclure un contrat pour le compte des propriétaires ou du navire—Le simple fait de conclure un contrat d'affrètement coque nue ne confère pas à l'affrètement une autorité réelle ou apparente—Sous le régime du droit maritime canadien, les propriétaires ne sont pas personnellement responsables—S'agissant de savoir si le droit américain s'appliquait, parce qu'il n'y avait aucun lien contractuel entre les propriétaires et la demanderesse, la clause de compétence législative revêtait moins d'importance—Par conséquent, la Cour a dû pondérer les facteurs liant l'affaire aux États-Unis—Les facteurs non américains l'emportaient sur les facteurs américains, notamment le pavillon du navire; le domicile des propriétaires; l'endroit où le combustible de soute a été acheté et livré; l'endroit où le navire a été saisi—Le droit américain n'était donc pas le bon droit—Requête des défendeurs accueillie; requête de la demanderesse rejetée; action rejetée, sauf contre Parkroad Corporation.

WORLD FUEL SERVICES CORPORATION C. NORDEMS (NAVIRE) (T-1914-08, 2010 CF 332, juge Harrington, jugement en date du 25 mars 2010, 33 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## PRATIQUE

Appel de la décision (2009 CF 531) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande présentée par l'intimé en vue d'obtenir une ordonnance d'exécution quant à des avis de demande de renseignements—L'appelant, un ancien administrateur d'une société, n'avait pas transmis à l'intimé les retenues à la source sur la paie des employés—Le ministre a transmis à l'appelant des avis de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

cotisation à l'égard du montant dû au motif qu'il était solidairement responsable de la dette fiscale contractée par la société—Il s'agissait de savoir si le ministre peut percevoir l'intérêt couru sur une dette impayée sans transmettre d'avis de cotisation distinct à l'égard de ce montant—L'art. 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR), précise que les administrateurs sont solidairement responsables des retenues non versées ainsi que des intérêts et des pénalités s'y rapportant—L'art. 227(10) de la LIR prévoit qu'une cotisation peut être établie en tout temps pour le montant payable en vertu de l'art. 227.1(1)—Il précise aussi que lorsqu'un avis de cotisation a été envoyé, l'art. 161(1) de la LIR s'applique à l'art. 227(10) « avec les modifications nécessaires »—L'art. 161(1) de la LIR est une exception au principe général selon lequel en l'absence d'une disposition contraire, les contribuables ne sont pas tenus de verser le montant dont ils sont responsables en vertu de la LIR tant que l'avis de cotisation n'a pas été envoyé—Cependant, l'art. 161(1) de la LIR n'oblige pas l'administrateur à verser l'intérêt couru sur la dette de la société après la transmission de l'avis de cotisation conformément à l'art. 227(10) de la LIR parce que l'art. 161(1) de la LIR s'applique aux « impôts payables »; la cotisation établie en conformité à l'art. 227(10) ne l'est pas au titre d'« impôts payables »—Il s'agissait de savoir si les modifications requises pour que l'art. 161(1) de la LIR s'applique à une cotisation établie en application de l'art. 227(10) étaient autorisées par les mots « avec les modifications nécessaires »—Pour que l'art. 161(1) de la LIR s'applique à l'art. 227(10), il faut ajouter les mots [traduction] « ou un montant dont un administrateur est responsable en vertu du paragraphe 227.1(1) » aux art. 161(1)a) et b) de la LIR—Lorsque l'art. 227(10) est examiné de façon contextuelle et téléologique, la modification envisagée à l'art. 161(1) change des détails plutôt que le fond—Les modifications n'ont pas pour effet d'accroître le montant dont l'administrateur est responsable—Aucune raison de politique générale ou de principe n'indique pourquoi un administrateur ne serait pas responsable des intérêts courus ultérieurement puisque la société est responsable des intérêts courus sans qu'il soit nécessaire d'établir une nouvelle cotisation en application de l'art. 227(9.2)—Les modifications sont conformes au régime de la LIR et en améliorent l'exécution—Le juge de la Cour fédérale a interprété à juste titre la LIR lorsqu'il a conclu que les effets combinés des art. 227.1(1) et 227(10) imposent une responsabilité à l'appelant de verser les intérêts courus après l'établissement de la cotisation; le ministre était donc habilité à transmettre les avis de demande de renseignements—Appel rejeté.

M.R.N. c. ZEN (A-257-09, 2010 CAF 180, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 7 juillet 2010, 25 p.)

**PRATIQUE**

## ACTES DE PROCÉDURE

*Requête en radiation*

Appel de l'ordonnance de la Cour fédérale (2009 CF 755) radiant la déclaration modifiée des appelants parce qu'ils n'ont pas précisé de cause d'action pouvant réussir ni plaidé de faits substantiels—Les appelants proposaient un recours collectif contre l'Agence du revenu du Canada, qui les avait obligés à tort de percevoir et de verser la TPS sur des débours exemptés imputés aux clients—Les appelants sollicitaient la TPS versée à tort—La déclaration modifiée prévoyait deux causes d'action : 1) une allégation de délit de faute dans l'exercice d'une charge publique, et 2) la restitution ou une somme reçue à tort—Il s'agissait de savoir si les appelants invoquaient des causes d'action viables et si les actes de procédure suffisaient—La Cour fédérale a statué à juste titre que l'art. 312 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi) et l'art. 12(1) de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2 l'emportent sur la cause d'action de common law qu'est la restitution—Ainsi, la seule façon permise par la loi de recouvrer la TPS versée à tort est de s'adresser à la Cour canadienne de l'impôt et de suivre les règles de procédure et les normes de fond énoncées à la partie IX de la Loi—La réparation recherchée au moyen du recours collectif envisagé et la réparation offerte en vertu de la partie IX de la Loi sont identiques; par conséquent, le recours collectif envisagé ne constitue rien de plus qu'une tentative de recouvrement de la TPS en dehors de la Loi—Remarque incidente : lorsque la mauvaise foi ou l'abus de pouvoir est invoqué, la simple affirmation d'une conclusion sur laquelle la Cour est appelée à se prononcer ne constitue pas une allégation d'un fait essentiel—Le fait de formuler des allégations imprécises et catégoriques sans preuve à l'appui constitue un abus de procédure—S'agissant du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique, les particuliers qui étaient censément en cause devraient être identifiés conformément à la règle 174 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Le demandeur devrait à tout le moins identifier le groupe précis de particuliers s'occupant de la question, notamment le poste occupé, la direction générale, le bureau ou l'immeuble où les particuliers travaillaient—Appel rejeté.

MERCHANT LAW GROUP C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (A-351-09, 2010 CAF 184, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 8 juillet 2010, 20 p.)

**PRATIQUE—Fin**

## ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

Le demandeur sollicitait l'autorisation de la Cour en vertu de l'art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC), relativement à la non-divulgence de renseignements visés par une enquête préalable dans le cadre d'actions intentées par les intimés devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario—Dans le cadre de cette demande, les intimés sollicitaient une ordonnance pour que d'autres documents déposés par le demandeur à l'appui de la demande présentée en application de la LPC soient traités comme étant de nature confidentielle—Les intimés étaient visés par des enquêtes médiatisées et avaient été victimes d'allégations incessantes de participation à des actes de terrorisme—L'ordonnance était sollicitée pour ne pas mettre en danger des membres de la famille et des collaborateurs vivant à l'étranger et pour empêcher des atteintes à la vie privée et des usages abusifs de renseignements à l'encontre des intimés—Les art. 38.04(4) et 38.12(1) de la LPC reflètent l'intention du législateur de conférer au juge désigné le pouvoir discrétionnaire d'adopter les mesures de confidentialité nécessaires pour protéger des renseignements secrets—Les intérêts de nature privée ne constituent pas une justification légale pour délivrer une ordonnance de confidentialité—Les intimés ont renoncé à leur droit à la vie privée dans le cadre du processus judiciaire devant la Cour supérieure—L'accès par le public est le prix que les intimés doivent payer pour obtenir l'obligation de rendre compte de ceux chargés de l'administration de la justice—Les intimés n'ont pas fait état d'un risque de préjudice réel et important et n'ont pas précisé quels renseignements devaient demeurer confidentiels—Les préoccupations et les éléments de preuve ne suffisaient pas pour délivrer l'ordonnance—Requête ajournée *sine die*.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALMALKI (DES-1-10, 2010 CF 733, juge Mosley, ordonnance en date du 7 juillet 2010, 15 p.)

## RECOURS COLLECTIFS

Appel de la décision de la Cour fédérale (2008 CF 1308, [2009] 4 R.C.F. 3) rejetant la requête présentée par l'appelant en vue de faire autoriser une instance comme recours collectif—Le juge de la Cour fédérale a statué que plusieurs exigences obligatoires énoncées à la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, n'ont pas été remplies—L'appelant n'a formulé aucun point de droit ou de fait commun—Il a donc été impossible d'établir si un recours collectif était la procédure souhaitable—De même, aucun plan acceptable relatif au litige n'a été proposé—Le juge s'est donc interrogé quant à la capacité de l'appelant à représenter de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe—La Cour souscrivait pour l'essentiel à cette conclusion—L'appelant soutenait que le juge de la Cour fédérale aurait dû accorder un ajournement, même si aucune demande en ce sens ne lui avait été soumise, pour pouvoir améliorer la requête—En outre, il affirmait que le juge aurait dû dégager les points communs même si l'appelant ne l'avait pas fait—Même si les cours jouent un rôle actif et souple dans le cadre de recours collectifs, ce rôle ne vise pas l'octroi d'ajournements, même s'ils ne sont pas demandés, pour aider les parties qui demandent une autorisation à satisfaire aux exigences prévues à la règle 334.16—Le fardeau de satisfaire aux exigences incombe intégralement aux parties qui demandent l'autorisation—L'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau en l'espèce—Appel rejeté.

NATION CRIE DE SAMSON C. NATION CRIE DE SAMSON (CHEF ET CONSEIL) (A-637-08, 2010 CAF 165, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 17 juin 2010, 9 p.)