



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 4, Part 1**

**2011, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2011] 4 F.C.R., {<sup>3-178</sup><sub>D-1-D-4</sub>

Renvoi [2011] 4 R.C.F., {<sup>3-178</sup><sub>F-1-F-4</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2011.

*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, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2011.

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

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

*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 Canada, 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.*

---

*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>*

---

*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>*

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	3–178
Digests . . . . .	D-1–D-4

### **Conacher v. Canada (Prime Minister) (F.C.A.) . . . 22**

Elections—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Prime Minister's conduct in advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date—Whether Prime Minister contravening *Canada Elections Act*, s. 56.1—Governor General's discretion, power to dissolve Parliament, set election date preserved by Act, s. 56.1(1)—That power also extending to Prime Minister—Governor General not bound by s. 56.1—Having to consider variety of factors before dissolving Parliament, calling election—Act, s. 56.1 not prohibiting dissolution of Parliament, calling of elections at times other than those set out in Act, s. 56.1(2)—Prime Minister not infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 3—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	3–178
Fiches analytiques . . . . .	F-1–F-4

### **Conacher c. Canada (Premier ministre) (C.A.F.) .. 22**

Élections—Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du premier ministre qui consistait à conseiller la gouverneure générale du Canada à dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections—Il s'agissait de savoir si le premier ministre avait contrevenu à l'art. 56.1 de la *Loi électorale du Canada*—L'art. 56.1(1) de la Loi protège la discrétion et le pouvoir de la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections—Ce pouvoir s'étend également au premier ministre—L'art. 56.1 ne lie aucunement la gouverneure générale—Cette dernière devait tenir compte d'un large éventail de facteurs pour décider de dissoudre le Parlement et de tenir des élections—L'art. 56.1 de la Loi n'interdit pas la dissolution du Parlement et n'empêche pas la tenue d'élections éclairés autrement que de la façon prévue à l'art. 56.1(2) de la Loi—Le premier ministre n'a pas porté atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Appel rejeté.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date—Whether Prime Minister contravening *Canada Elections Act*, s. 56.1—That section having to be interpreted in light of Governor General’s constitutional status, role—Powers, discretion of Governor General preserved under s. 56.1—Preservation extending to Prime Minister’s advice-giving role—Had Parliament meant to prevent Prime Minister from advising Governor General with respect to dissolution of Parliament, setting of election date, would have used specific wording to that effect—Wording of Act, s. 56.1 not preventing dissolution of Parliament, calling of “snap election” at times other than those set out in s. 56.1(2).

Constitutional Law—Charter of Rights—Democratic Rights—Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date—By doing so, Prime Minister not infringing rights of Canadians to vote, run for office under Charter, s. 3.

Constitutional Law—Conventions—Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date—*Canada Elections Act*, 56.1(1) preserving Governor General’s discretion, power to dissolve Parliament, set election date—Federal Court finding no new constitutional convention limiting Prime Minister’s ability to advise Governor General in present circumstances—That finding amply supported by evidentiary record in this case.

### **Gill v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 159**

Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decision *Employment Insurance Act*, s. 7.1(4) making notice of violation mandatory or automatic whenever circumstances described therein present; that Board of Referees having no jurisdiction to set notice aside—Applicant making false, misleading representations when filing claim to Canada Employment Insurance Commission—Commission rejecting claim, imposing financial penalties, issuing notice of violation thereagainst—Board of Referees reducing penalty, setting aside notice of violation—*Canada (Attorney General) v. Savard* Federal Court of Appeal’s foremost decision on

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois—Le premier ministre a conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections—Il s’agissait de savoir si le premier ministre avait contrevenu à l’art. 56.1 de la *Loi électorale du Canada*—Cette disposition doit être interprétée à la lumière du statut et du rôle constitutionnels de la gouverneure générale—L’art. 56.1 protège les pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, de la gouverneure générale—La protection s’étend au rôle de conseiller du premier ministre—Si le législateur avait voulu empêcher le premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections, il aurait utilisé des termes précis—Le libellé de l’art. 56.1 de la Loi n’interdit pas la dissolution du Parlement et n’empêche pas la tenue d’élections éclairées, autrement que de la façon prévue à l’art. 56.1(2).

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits démocratiques—Le premier ministre avait conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections—Lorsqu’il a agi ainsi, le premier ministre n’a pas porté atteinte au droit des Canadiens de participer à des élections en application de l’art. 3 de la Charte.

Droit constitutionnel—Conventions—Le premier ministre a conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections—L’art. 56.1(1) de la *Loi électorale du Canada* protège la discrétion et le pouvoir de la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections—La Cour fédérale a refusé de déclarer qu’il existait une nouvelle convention constitutionnelle qui limite le pouvoir du premier ministre de conseiller la gouverneure générale dans les circonstances de l’espèce—Cette conclusion était amplement étayée par le dossier de preuve en l’espèce.

### **Gill c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . . 159**

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre portant que l’art. 7.1(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi* rend un avis de violation obligatoire ou automatique chaque fois que les faits qui y sont visés se produisent et que le Conseil arbitral n’avait pas compétence pour l’annuler—Le demandeur avait fait des déclarations fausses et trompeuses lorsqu’il a déposé sa demande de prestations auprès de la Commission de l’assurance-emploi du Canada—La Commission a rejeté sa demande de prestations, lui a infligé une pénalité pécuniaire et lui a donné un avis de violation—Le Conseil arbitral a réduit la pénalité et annulé l’avis de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

issue of notices of violation, ruling Commission having discretion on whether notice of violation should be issued—*Savard* correctly stating law—Clearer language in Act, s. 7.1(4) needed to render notice of violation automatic—Application allowed.

Practice—Judgments and Orders—*Obiter dictum*—Umpire concluding *Employment Insurance Act*, s. 7.1(4) making notice of violation mandatory or automatic whenever circumstances described therein present—*Canada (Attorney General) v. Savard* Federal Court of Appeal’s foremost decision on issue of notices of violation—While determination in *Savard* that Commission having discretion to issue notice of violation constituting *obiter* in most strict legal sense, that decision binding—In recent decades, doctrine of “*obiter dictum*” holding much less sway—*Savard* truly determining matter at issue for all practical intents, purposes.

### J.P. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 29

Parole—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review challenging National Parole Board’s calculation of respondent’s parole eligibility dates—Respondent 14 when convicted of second degree murder—At 22, sentenced to 22 months custody, 36 months community supervision pursuant to *Youth Criminal Justice Act* (YCJA), s. 42(2)(q)(ii)—As respondent over 20 when sentenced, committed to provincial correctional facility for adults pursuant to YCJA, s. 89(1)—National Parole Board thus asserting jurisdiction over respondent, concluding that for purpose of determining eligibility for parole, respondent serving 58-month sentence—Federal Court determining that only 22-month custodial portion of respondent’s sentence to be included by Board for purpose of calculating eligibility for parole—Federal Court correctly interpreting word “sentence”, as defined in *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 2(1)—Reference to “youth sentence” in CCRA, s. 2(1) directed to portion of youth sentence to which YCJA, ss. 89(1), 89(3) applying (i.e. period of custody)—Federal Court not erring regarding Board’s jurisdiction—Once custodial portion of youth sentence served, Board no longer having jurisdiction; youth court, provincial director retaining exclusive jurisdiction over young person—Federal Court correctly holding Board would retain jurisdiction if respondent’s custody continued until end of conditional

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

violation—La Cour, dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Savard*, la décision la plus importante de la Cour d’appel fédérale qui traite d’avis de violation, a statué que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation—L’arrêt *Savard* énonce le droit correctement—Il aurait fallu que le libellé de l’art. 7.1(4) de la Loi soit plus clair pour que l’avis de violation soit automatique—Demande accueillie.

Pratique—Jugements et ordonnances—Remarque incidente—Le juge-arbitre a conclu que l’art. 7.1(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi* rend l’avis de violation obligatoire ou automatique lorsque les faits qui y sont visés se produisent—L’arrêt *Canada (Procureur général) c. Savard* est la décision la plus importante de la Cour d’appel fédérale qui traite d’avis de violation—Même si la décision dans l’arrêt *Savard* portant que la Commission a le pouvoir discrétionnaire de donner un avis de violation est, au sens strictement juridique, une remarque incidente, elle est obligatoire—La doctrine de l’« *obiter dictum* » n’a pas été appliquée aussi rigoureusement au cours des dernières décennies—L’arrêt *Savard* règle véritablement la question en cause en pratique.

### J.P. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . . 29

Libération conditionnelle—Appel à l’encontre de la décision de la Cour fédérale accueillant une demande de contrôle judiciaire contestant la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l’admissibilité de l’intimé à la libération conditionnelle—L’intimé avait 14 ans lorsqu’il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré—À 22 ans, il a été condamné, en vertu de l’art. 42(2)(q)(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (la LSJPA), à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité—Comme l’intimé avait plus de 20 ans lorsque la peine a été prononcée, il a été placé dans un établissement correctionnel provincial pour adultes conformément à l’art. 89(1) de la LSJPA—La Commission nationale des libérations conditionnelles a donc assumé la compétence à son égard, concluant qu’aux fins de la détermination des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle, l’intimé purgeait une peine de 58 mois—La Cour fédérale a statué que, pour fixer les dates d’admissibilité à la libération conditionnelle, la Commission ne doit tenir compte que de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine de l’intimé—La Cour fédérale a bien interprété les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » définis à l’art. 2(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC)—Le renvoi à la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

supervision portion of youth sentence or if youth returned to custody for remainder of youth sentence—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Respondent sentenced to 22 months custody, 36 months community supervision pursuant to *Youth Criminal Justice Act* (YCJA), s. 42(2)(g)(ii)—National Parole Board concluding respondent serving 58-month sentence, parole eligibility to be determined pursuant to *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 119(1)(c)—Whether term “sentence” for purpose of calculating parole eligibility under CCRA including only portion of sentence imposed under YCJA, s. 42(2)(g)(ii)—French version of CCRA, s. 119(1)(c) making clear that “sentence” constituting sentence of imprisonment—Federal Court correctly holding that words “means a sentence of imprisonment” found in CCRA, s. 2(1) narrowing scope of word “sentence” to one of incarceration.

### **Latimer v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . 88**

Parole—Judicial review of National Parole Board Appeal Division’s decision confirming refusal of applicant’s request for expanded leave privileges reducing number of nights each week applicant required to return to halfway house—Appeal Division finding applicant not establishing existence of “exceptional circumstances” justifying reduction in nightly reporting requirements, as contemplated by National Parole Board Policy Manual, Chapter 4.1—Issue whether Board, Appeal Division erring in law, fettering discretion by applying “exceptional circumstances” test—Policy Manual not delegated legislation or “hard law”, not having full force of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

« peine spécifique » à l’art. 2(1) de la LSCMLC ne désigne que la partie de la peine spécifique à laquelle s’appliquent les art. 89(1) et 89(3) de la LSJPA, c.à.d. la période de garde —La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur quant à la compétence de la Commission—Une fois que la période de garde de la peine spécifique a été purgée, la Commission n’a plus compétence; le tribunal pour adolescents et le directeur provincial retrouvent leur compétence exclusive à l’égard de l’adolescent—La Cour fédérale a eu raison d’affirmer que la Commission resterait compétente dans le cas où l’intimé serait maintenu sous garde jusqu’à la fin de la période de liberté sous condition de sa peine spécifique, ou serait remis sous garde pour le reste de cette peine—Appel rejeté.

Interprétation des lois—L’intimé a été condamné, en vertu de l’art. 42(2)(g)(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (la LSJPA), à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité—La Commission nationale des libérations conditionnelles a conclu que l’intimé purgeait une peine de 58 mois et que les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle devaient être déterminées conformément à l’art. 119(1)(c) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC)—Il s’agissait de savoir si les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement », aux fins de la détermination de l’admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLC, désignent seulement une partie de la peine prononcée sous le régime de l’art. 42(2)(g)(ii) de la LSJPA—Le texte français de l’art. 119(1)(c) de la LSCMLC indique manifestement que le terme « sentence » dans la version anglaise s’étend d’une peine d’emprisonnement—La Cour fédérale avait raison de conclure que l’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » à l’art. 2(1) de la LSCMLC a restreint la portée du terme « peine » à la détention.

### **Latimer c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . 88**

Libération conditionnelle—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d’appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) a confirmé le rejet de la demande de privilèges de sortie prolongés présentée par le demandeur, demande qui aurait réduit le nombre de soirs par semaine où il est tenu de retourner dans une maison de transition—La Section d’appel a conclu que le demandeur n’avait pas établi l’existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement de la règle exigeant qu’il retourne à l’établissement tous les soirs, comme l’envisage le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

law—Chapter 4.1 thereof unlawfully fettering Board members statutory discretion relating to reduction of offenders' nightly reporting requirements—Within Board's discretion to determine when deviation from normal statutory reporting requirements warranted—Policy at issue inconsistent with statutory principles National Parole Board directed to apply regarding granting of conditional release, including day parole—Evidence that reduction in applicant's reporting requirements not presenting real risk to public safety or adversely affect protection of society not properly taken into account by Board—Application allowed.

### **Lehigh Cement Limited v. Canada (F.C.A.) . . . . . 66**

Income Tax—Non-Residents—Appeal from Tax Court of Canada decision upholding assessment pursuant to *Income Tax Act*, s. 245 for unpaid non-resident withholding tax—Appellant's debt sold to foreign corporation—Following debt restructuring, third party buying right to be paid interest on loan—Appellant not withholding tax on basis that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption met—Tax Court holding that absence of non-resident lender inferring transaction abuse of s. 212(1)(b)(vii)—Respondent alleging that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption not intending for non-resident to benefit from splitting of interest, principal, transaction inconsistent with underlying rationale of s. 212(1)(b)(vii)—Whether non-resident withholding tax payable on interest on basis of application of anti-avoidance rule—Onus on respondent to establish misuse of exemption through textual, contextual, purposive interpretation—Respondent producing only sentence from budget paper to explain rationale of s. 212(1)(b)(vii)—Sentence not addressing whether s. 212(1)(b)(vii) misused—Not possible to discern respondent's alleged fiscal policy from s. 212(1)(b)(vii), scheme, other provisions—Entitlement to exemption not subject to express statutory conditions, to condition implied by existence of fiscal policy evidenced only by sentence explaining why exemption enacted—S. 212(1)(b)(vii) not intended to apply only if funds accessed by Canadian resident—Foreign purchaser of debt may benefit from exemption if arm's length

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

CNLC—Il s'agissait de savoir si la CNLC et la Section d'appel ont commis une erreur de droit et ont entravé leur pouvoir discrétionnaire en appliquant le critère des « circonstances exceptionnelles »—Le Manuel des politiques n'est pas une mesure de législation déléguée ayant force de loi—Le chapitre 4.1 du Manuel des politiques est une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire que détiennent les commissaires relativement à l'assouplissement de la règle exigeant le retour du délinquant à l'établissement tous les soirs—Il relève du pouvoir discrétionnaire de la CNLC de décider s'il est justifié de s'écarter de la règle législative habituelle qui exige un retour à l'établissement—La politique en cause était incompatible avec les principes législatifs que le législateur a ordonné à la CNLC d'appliquer en rapport avec l'octroi d'une mise en liberté sous condition, ce qui inclut la semiliberté—La CNLC n'a pas tenu compte de manière appropriée de la preuve indiquant qu'un assouplissement de la règle exigeant le retour du demandeur à l'établissement tous les soirs ne présenterait pas de risque réel pour la sécurité du public ou n'aurait pas d'effet défavorable sur la protection de la société—Demande accueillie.

### **Lehigh Cement Limited c. Canada (C.A.F.) . . . . . 66**

Impôt sur le revenu—Non-résidents—Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une cotisation établie en vertu de l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée—L'obligation de l'appelante a été vendue à une société étrangère—Après la restructuration de l'obligation, un tiers a acheté le droit de recevoir les intérêts sur le prêt—L'appelante n'a pas retenu d'impôt au motif que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi avait été respectée—La Cour de l'impôt a statué que l'absence d'un prêteur non-résident donnait à penser que l'opération constituait un abus de l'art. 212(1)(b)(vii)—L'intimée a affirmé que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi n'a pas pour objet de permettre à un non-résident de tirer parti d'une opération dans laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal et que l'opération était incompatible avec la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii)—Il s'agissait de savoir si la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts était justifiée par la règle anti-évitement—Il incombait à l'intimée d'établir à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique qu'il y avait abus de l'exemption—L'intimée n'a produit qu'une phrase tirée d'un document budgétaire pour expliquer la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii)—La phrase n'abordait pas la question de savoir si le fait de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

test, five-year test met—Parliament intending that exemption be available only where fair market rate of interest assured—Interest rate herein not misuse of exemption—Appeal allowed.

### **MacFarlane v. Day & Ross Inc. (F.C.) . . . . . 117**

Labour Relations—Judicial review of decision by adjudicator refusing to hear unjust dismissal complaint for lack of jurisdiction—Applicant filing complaints pursuant to *Canada Labour Code*, s. 240, *Canadian Human Rights Act*—Adjudicator concluding that both complaints same, Act providing redress—Adjudicator ruling that having no jurisdiction to hear complaints for unjust dismissal raising human rights issues—Whether adjudicator violating natural justice, erring in declining jurisdiction—Applicant’s right to fair hearing, process not violated—As to jurisdiction, adjudicator correctly staying hearing of complaint, but wrongly declining jurisdiction so as to preclude Commission from referring matter back to adjudicator—Discretionary authority of Canadian Human Rights Commission to refer matter back to adjudicator extended to Code, s. 242(3.1)(b), Act, ss. 41(1)(b), 44(2)(b)—Jurisdiction of adjudicator ancillary to Commission, Canadian Human Rights Tribunal—Statutory human rights implicitly present in adjudication of disputes under Code, s. 242—Adjudicator herein interpreting jurisdiction too restrictively—Not precluded from considering human rights issues if Commission referring complaint to adjudicator—Application allowed in part.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

recourir à l’art. 212(1)b)(vii) constituait un abus—Il est impossible de dégager la politique fiscale alléguée de l’intimée de l’art. 212(1)b)(vii), du régime législatif ou de toute autre disposition—Le droit à l’exemption n’est pas assujéti à des conditions législatives explicites ou à une condition selon laquelle l’existence d’une politique fiscale imposée implicitement, attestée uniquement par une phrase expliquant les motifs de l’adoption de l’exemption—L’art. 212(1)b)(vii) n’a pas été rédigé en vue d’être appliqué uniquement dans le cas où un résident du Canada a accès aux marchés des capitaux—L’acheteur étranger de l’obligation peut tirer parti de l’exemption s’il est satisfait au critère d’une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années—Le législateur voulait que l’exemption soit accordée uniquement lorsqu’il y a une garantie que le taux d’intérêt correspondrait à un juste taux du marché—Le taux d’intérêt en l’espèce ne constituait pas un abus—Appel accueilli.

### **MacFarlane c. Day & Ross Inc. (C.F.) . . . . . 117**

Relations du travail—Contrôle judiciaire de la décision d’un arbitre statuant qu’il n’avait pas compétence pour connaître de la plainte déposée pour congédiement injuste—La demanderesse a déposé des plaintes en application de l’art. 240 du *Code canadien du travail* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—L’arbitre a conclu que les deux plaintes étaient les mêmes et que la Loi prévoit réparation—L’arbitre a déclaré qu’il n’était pas compétent pour statuer sur les plaintes de congédiement injuste dans lesquelles étaient alléguées des violations de droits de la personne—Il s’agissait de savoir si l’arbitre a violé la justice naturelle et commis une erreur en déclinant compétence—Le droit de la demanderesse à une audience et à une procédure équitables n’a pas été violé—S’agissant de la compétence, l’arbitre a suspendu à bon droit l’examen sur la plainte, mais a eu tort de se déclarer incompétent d’une manière qui empêchait la Commission de lui renvoyer l’affaire—Le pouvoir discrétionnaire de la Commission canadienne des droits de la personne de renvoyer une question à l’arbitre a été étendu à l’art. 242(3.1)b) du Code et aux art. 41(1)b) et 44(2)b) de la Loi—La compétence de l’arbitre est accessoire à celle de la Commission et du Tribunal canadien des droits de la personne—Les droits de la personne reconnus par la loi sont implicitement incorporés au règlement de différends en vertu de l’art. 242 du Code—L’arbitre a interprété sa compétence en l’espèce de façon trop restrictive—Rien ne l’empêchait d’examiner les questions de droits de la personne si la Commission lui renvoie la plainte—Demande accueillie en partie.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Construction of Statutes—Adjudicator refusing to hear unjust dismissal complaint for lack of jurisdiction—Parliament intending to avoid multiplicity of proceedings in adopting *Canada Labour Code*, s. 242(3.1)(b)—S. 242(3.1)(b) prohibiting adjudicator from hearing complaint if other procedure for redress available, if human rights issues raised—However, possible for Canadian Human Rights Commission to refer complaint to adjudicator if deemed appropriate—Power to interpret, apply human rights statutes implicit in Code, s. 242(3)(a).

### **Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.)** ..... 3

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision excluding respondents, citizens of People’s Republic of China, from refugee protection pursuant to *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1E—Federal Court finding RPD not considering whether status of respondents as permanent residents of Chile lapsing during absence therefrom—Federal Court identifying discrepancy in case law regarding appropriate date for assessing applicability of Art. 1E, proposing three-step test—Issue whether RPD may consider individual’s status in third country upon arrival in Canada up to date of hearing, steps taken/not taken by individual causing/failing to prevent loss of status in third country—Art. 1E inquiry should take into account all relevant facts to date of hearing—Federal Court’s test not allowing for possibility of change in claimant’s status—RPD may consider steps taken/not taken by individual subject to test as reformulated herein—Lack of risk assessment for asylum shoppers unable to return to home country conflicting with Canada’s international obligations—Federal Court test not considering such dilemma—Reformulated test considering all relevant factors to date of hearing—If claimant losing, failing to acquire status in third country, RPD to consider, balance various factors—RPD analysis herein conforming to reformulated test—Appeal allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

Interprétation des lois—L’arbitre a statué qu’il n’avait pas compétence pour connaître de la plainte déposée pour congédiement injuste—En adoptant l’art. 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail*, le législateur fédéral entendait éviter la multiplication des procédures—L’art. 242(3.1)(b) interdit à l’arbitre de statuer sur la plainte s’il existe un autre recours ou si la plainte soulève des questions relatives aux droits de la personne—Cependant, la Commission canadienne des droits de la personne peut renvoyer la plainte à l’arbitre si elle estime que cela est opportun—Le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois relatives aux droits de la personne est implicitement conféré à l’art. 242(3)(a) du Code.

### **Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.)** ..... 3

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que l’art. 1E de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* venait exclure les intimés, des citoyens de la République populaire de Chine, de la protection accordée aux réfugiés—La Cour fédérale a conclu que la SPR n’avait pas examiné la question de savoir si les intimés avaient perdu leur statut de résident permanent du Chili pendant leur absence de ce pays—La Cour fédérale a relevé un manque d’uniformité de la jurisprudence quant à la date à retenir pour déterminer l’applicabilité de l’art. 1E et avait proposé un critère comportant trois étapes—Il s’agissait de savoir si la SPR peut tenir compte du statut d’un individu dans un tiers pays à son arrivée au Canada et par la suite, jusqu’à la date de l’audition, et des mesures prises ou pas par l’individu afin de causer ou d’empêcher la perte de son statut dans un tiers pays—Il faut tenir compte de tous les faits pertinents jusqu’à la date de l’audience—Le critère établi par la Cour fédérale ne tient pas compte de la possibilité que le statut d’un demandeur change—La SPR peut considérer les mesures prises ou pas par l’individu, sous réserve du critère modifié aux présentes—L’absence d’évaluation des risques pour les personnes qui recherchent le meilleur pays d’asile et qui ne peuvent retourner dans leur pays d’origine entre en conflit avec les obligations internationales du Canada—Le critère établi par la Cour fédérale ne tient pas compte de ce problème—Le critère modifié tient compte de tous les facteurs pertinents jusqu’à la date de l’audience—Si le demandeur perd ou n’obtient pas un statut dans un tiers pays, la SPR doit soupeser différents facteurs—L’analyse effectuée par la SPR en l’espèce est conforme au critère modifié—Appel accueilli.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley* (IMM-4423-09, 2010 FC 1175, reasons for judgment dated November 24, 2010) has been affirmed on appeal (A-482-10, 2011 FCA 273, reasons for judgment dated October 3, 2011). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 89, [2011] 1 F.C.R. 365, has been reversed on appeal (A-37-10, 2011 FCA 272). The reasons for judgment, handed down October 3, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)* (IMM-1396-10, IMM-6518-09, IMM-6522-09, 2010 FC 1046, reasons for judgment dated October 25, 2010) has been reversed on appeal (A-451-10, 2011 FCA 286, reasons for judgment dated October 18, 2011). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579, has been affirmed on appeal (2011 SCC 53). The reasons for judgment, handed down October 28, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Callaghan v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2011 FCA 74, [2011] 2 F.C.R. 80, Evans, Dawson and Trudel J.J.A., judgment dated February 28, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted October 20, 2011.

*Carten v. Canada*, A-343-10, 2011 FCA 48, Layden-Stevenson J.A., judgment dated February 8, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused October 13, 2011.

*Long v. Canada*, A-166-10, 2011 FCA 85, Evans J.A., judgment dated March 8, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused October 13, 2011.

*M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, A-196-10, 2011 FCA 112, Nadon J.A., judgment

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley* (IMM-4423-09, 2010 CF 1175, jugement en date du 24 novembre 2010) a été confirmée en appel (A-482-10, 2011 CAF 273, jugement en date du 3 octobre 2011). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 89, [2011] 1 R.C.F. 365, a été infirmée en appel (A-37-10, 2011 CAF 272). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3 octobre 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)* (IMM-1396-10, IMM-6518-09, IMM-6522-09, 2010 CF 1046, jugement en date du 25 octobre 2010) a été infirmée en appel (A-451-10, 2011 CAF 286, jugement en date du 18 octobre 2011). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579, a été confirmée en appel (2011 CSC 53). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 28 octobre 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Callaghan c. Canada (Directeur général des élections)*, 2011 CAF 74, [2011] 2 R.C.F. 80, les juges Evans, Dawson et Trudel, J.C.A., jugement en date du 28 février 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 20 octobre 2011.

*Carten c. Canada*, A-343-10, 2011 CAF 48, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 8 février 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 octobre 2011.

*Long c. Canada*, A-166-10, 2011 CAF 85, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8 mars 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 octobre 2011.

*M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, A-196-10, 2011 CAF 112, le juge Nadon, J.C.A.,

APPEALS NOTED

dated March 22, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused October 27, 2011.

*Sirius Canada Inc. v. CMRRA/SODRAC Inc.*, A-209-09, A-210-09, 2010 FCA 348, Sharlow J.A., judgment dated December 16, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused October 20, 2011.

*TrueHope Nutritional Support Limited v. Canada (Attorney General)*, A-62-10, 2011 FCA 114, Stratas J.A., judgment dated March 22, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused October 20, 2011.

*Vidéotron G.P. v. Telus Communications Co.*, 11-A-7, Nadon, Dawson and Trudel J.J.A., judgment dated April 5, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused October 13, 2011.

jugement en date du 22 mars 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 octobre 2011.

*Sirius Canada Inc. c. CMRRA/SODRAC Inc.*, A-209-09, A-210-09, 2010 CAF 348, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 16 décembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 octobre 2011.

*TrueHope Nutritional Support Limited c. Canada (Procureur général)*, A-62-10, 2011 CAF 114, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 octobre 2011.

*Vidéotron G.P. c. Telus Communications Co.*, 11-A-7, les juges Nadon, Dawson et Trudel, J.C.A., jugement en date du 5 avril 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 octobre 2011.

**Federal Courts  
Reports**

**2011, Vol. 4, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-275-09  
2010 FCA 118

A-275-09  
2010 CAF 118

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

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

v.

c.

**Guanqiu Zeng and Yanhong Feng** (*Respondents*)

**Guanqiu Zeng et Yanhong Feng** (*intimés*)

**INDEXED AS: ZENG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

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

Federal Court of Appeal, Noël, Laydon-Stevenson and Stratas JJ.A.—Toronto, April 28; Ottawa, May 10, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Laydon-Stevenson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 28 avril; Ottawa, 10 mai 2010.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision excluding respondents, citizens of People's Republic of China, from refugee protection pursuant to United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1E — Federal Court finding RPD not considering whether status of respondents as permanent residents of Chile lapsing during absence therefrom — Federal Court identifying discrepancy in case law regarding appropriate date for assessing applicability of Art. 1E, proposing three-step test — Issue whether RPD may consider individual's status in third country upon arrival in Canada up to date of hearing, steps taken/not taken by individual causing/failing to prevent loss of status in third country — Art. 1E inquiry should take into account all relevant facts to date of hearing — Federal Court's test not allowing for possibility of change in claimant's status — RPD may consider steps taken/not taken by individual subject to test as reformulated herein — Lack of risk assessment for asylum shoppers unable to return to home country conflicting with Canada's international obligations — Federal Court test not considering such dilemma — Reformulated test considering all relevant factors to date of hearing — If claimant losing, failing to acquire status in third country, RPD to consider; balance various factors — RPD analysis herein conforming to reformulated test — Appeal allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que l'art. 1E de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés venait exclure les intimés, des citoyens de la République populaire de Chine, de la protection accordée aux réfugiés — La Cour fédérale a conclu que la SPR n'avait pas examiné la question de savoir si les intimés avaient perdu leur statut de résident permanent du Chili pendant leur absence de ce pays — La Cour fédérale a relevé un manque d'uniformité de la jurisprudence quant à la date à retenir pour déterminer l'applicabilité de l'art. 1E et avait proposé un critère comportant trois étapes — Il s'agissait de savoir si la SPR peut tenir compte du statut d'un individu dans un tiers pays à son arrivée au Canada et par la suite, jusqu'à la date de l'audition, et des mesures prises ou pas par l'individu afin de causer ou d'empêcher la perte de son statut dans un tiers pays — Il faut tenir compte de tous les faits pertinents jusqu'à la date de l'audience — Le critère établi par la Cour fédérale ne tient pas compte de la possibilité que le statut d'un demandeur change — La SPR peut considérer les mesures prises ou pas par l'individu, sous réserve du critère modifié aux présentes — L'absence d'évaluation des risques pour les personnes qui recherchent le meilleur pays d'asile et qui ne peuvent retourner dans leur pays d'origine entre en conflit avec les obligations internationales du Canada — Le critère établi par la Cour fédérale ne tient pas compte de ce problème — Le critère modifié tient compte de tous les facteurs pertinents jusqu'à la date de l'audience — Si le demandeur perd ou n'obtient pas un statut dans un tiers pays, la SPR doit soupeser différents facteurs — L'analyse effectuée par la SPR en l'espèce est conforme au critère modifié — Appel accueilli.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board determining that the respondents were excluded from refugee protection pursuant to section E of Article 1 (Article 1E) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. The respondents, citizens of the People's Republic of China, claimed refugee status while in transit through Canada. The RPD found that the respondents had obtained permanent resident status in Chile, and was satisfied that they possessed the rights and obligations of Chilean nationals. The Federal Court found that the RPD did not properly consider whether the respondents' status had lapsed during their absence from Chile. The Federal Court identified a discrepancy in the case law regarding the appropriate date for assessing the applicability of Article 1E and proposed a three-step test.

At issue was whether the RPD may consider an individual's status in a third country upon arrival in Canada and thereafter, up until and including the date of the hearing, and the steps taken or not taken by the individual that caused or failed to prevent the loss of status in a third country.

*Held*, the appeal should be allowed.

An inquiry regarding whether a claimant should be excluded under Article 1E should take into account all relevant facts to the date of the hearing. The Federal Court's test does not allow for the possibility that a claimant's status could change between the date of the application and the date of the hearing. The date must be fluid to ensure that consideration is given to both the status and the actions of a claimant throughout.

The RPD may consider the steps taken or not taken by the individual that caused or failed to prevent the loss of status in a third country, subject to the reformulated test herein. When Article 1E is applied to asylum shoppers who cannot return to a third country, the potential for removal from Canada to the home country without the benefit of a risk assessment exists. If this were to occur, Canada may indirectly run afoul of its international obligations. The Federal Court's proposed test, which states that the claimant is excluded on the basis of Article 1E if the claimant could have prevented the loss of status in the third country and did so without good reason, does not address this dilemma. The reformulated test to be applied to Article 1E determinations is as follows: Considering all relevant factors to the date of the hearing, if the claimant has status similar to that of nationals in the third country, the claimant is excluded. If the claimant does not have status similar to that of nationals in the third

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la section E de l'article premier (la section 1E) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* venait exclure les intimés de la protection accordée aux réfugiés. Les intimés, des citoyens de la République populaire de Chine, ont demandé l'asile lorsqu'ils étaient en transit au Canada. La SPR a statué que les intimés avaient obtenu le statut de résident permanent au Chili et elle était convaincue qu'ils possédaient les droits et les obligations de ressortissants chiliens. La Cour fédérale a conclu que la SPR n'avait pas bien examiné la question de savoir si les intimés avaient perdu leur statut pendant leur absence du Chili. La Cour fédérale a relevé un manque d'uniformité de la jurisprudence quant à la date à retenir pour déterminer l'applicabilité de la section 1E et a proposé un critère comportant trois étapes.

La question à trancher était celle de savoir si la SPR peut tenir compte du statut d'un individu dans un tiers pays à son arrivée au Canada et par la suite, jusqu'à la date de l'audition, et des mesures prises ou pas par l'individu afin de causer ou d'empêcher la perte de son statut dans un tiers pays.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Il faut tenir compte de tous les faits pertinents jusqu'à la date de l'audience pour déterminer si un demandeur devrait être exclu en vertu de la section 1E. Le critère établi par la Cour fédérale ne tient pas compte de la possibilité que le statut d'un demandeur change entre la date de la demande et la date de l'audience. La date doit être souple afin de faire en sorte que le statut et les actes d'un demandeur à toutes les étapes soient pris en compte.

La SPR peut considérer les mesures prises ou pas par l'individu afin de causer ou d'empêcher la perte de son statut dans un tiers pays, sous réserve du critère modifié aux présentes. Lorsque la section 1E est appliquée à une personne qui recherche le meilleur pays d'asile et qui ne peut retourner dans le tiers pays, la possibilité existe que cette personne se voie renvoyée du Canada vers son pays d'origine sans avoir bénéficié d'une évaluation des risques. Le Canada pourrait ainsi manquer indirectement à ses obligations internationales. Le critère proposé par la Cour fédérale, selon lequel le demandeur est exclu en vertu de la section 1E s'il avait pu prévenir la perte de son statut dans le tiers pays et qu'il l'a pourtant perdu sans avoir une bonne raison, ne règle pas le problème. Le critère modifié à appliquer aux décisions prises en vertu de la section 1E est le suivant : compte tenu de tous les facteurs pertinents existant à la date de l'audience, si le demandeur a, dans le tiers pays, un statut essentiellement

country, it must be determined whether the claimant previously had such status and lost it, or had access to such status and failed to acquire it. If the answer is no, the claimant is excluded. If the answer is yes, the RPD must consider and balance various factors including the reason for the loss of status, whether the claimant could return to the third country, the risk the claimant would face in the home country, Canada's international obligations, and any other relevant facts. The RPD conducted its analysis herein in conformity with the reformulated test, and in answering the first question affirmatively, ended the matter.

semblable à celui des ressortissants de ce pays, il est exclu. Si le demandeur n'a pas un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants de ce pays, il faut établir si le demandeur avait précédemment ce statut et s'il l'a perdu, ou s'il pouvait obtenir ce statut et qu'il ne l'a pas fait. Si la réponse est négative, le demandeur est exclu. Si la réponse est affirmative, la SPR doit soulever différents facteurs, notamment la raison de la perte du statut, la possibilité, pour le demandeur, de retourner dans le tiers pays, le risque auquel le demandeur serait exposé dans son pays d'origine, les obligations internationales du Canada et tous les autres faits pertinents. L'analyse effectuée par la SPR en l'espèce était conforme au critère modifié et, en donnant une réponse affirmative à la première question, la SPR a mis fin à l'affaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2), 25 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 96, 97, 98, 112(3), 113, 114.

#### 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.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Mahdi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 1, 191 N.R. 170 (F.C.A.); *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.

##### REFERRED TO:

*Wassiq v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 143, 33 Imm. L.R. (2d) 238 (F.C.T.D.); *Parshottam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 355, [2009] 3 F.C.R. 527, 303 D.L.R. (4th) 672, 75 Imm. L.R. (3d) 165; *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.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 466, [2010] 1 F.C.R. 211, 344 F.T.R. 278) allowing an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board determining that the respondents were excluded from refugee protection pursuant to section E

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2), 25 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 96, 97, 98, 112(3), 113, 114.

#### 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.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mahdi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 623 (C.A.) (QL); *Dunsmuir c. Nouveau Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Wassiq c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 468 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Parshottam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 355, [2009] 3 R.C.F. 527; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2009 CF 466, [2010] 1 R.C.F. 211) accueillant une demande de 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 a conclu que la section E de l'article premier de la *Convention*



of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Appeal allowed.

*des Nations Unies relative au statut des réfugiés* venait exclure les intimés de la protection accordée aux réfugiés. Appel accueilli.

#### APPEARANCES

*Bridget A. O’Leary* and *J. Manuel Mendelzon* for appellant.

*Lorne Waldman* and *Jacqueline Swaisland* for respondents.

#### ONT COMPARU

*Bridget A. O’Leary* et *J. Manuel Mendelzon* pour l’appelant.

*Lorne Waldman* et *Jacqueline Swaisland* pour les intimés.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, for respondents.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, pour les intimés.

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

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

LAYDEN-STEVENSON J.A.:

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. :

#### Introduction

#### Introduction

[1] This appeal concerns section E of Article 1 (Article 1E) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention) and more particularly, the issue of asylum shopping. Article 1E is an exclusion clause. It precludes the conferral of refugee protection if an individual has surrogate protection in a country where the individual enjoys substantially the same rights and obligations as nationals of that country. Asylum shopping refers to circumstances where an individual seeks protection in one country, from alleged persecution, torture, or cruel and unusual punishment in another country (the home country), while entitled to status in a “safe” country (the third country).

[1] Le présent appel a trait à la section E de l’article premier (la section 1E) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention), et, plus particulièrement, à la question de la recherche du meilleur pays d’asile. La section 1E est une clause d’exclusion. Elle empêche que l’asile soit accordé à une personne qui jouit d’une protection auxiliaire dans un pays où elle a essentiellement les mêmes droits et les mêmes obligations que les ressortissants de ce pays. La recherche du meilleur pays d’asile désigne le fait, pour une personne, de solliciter la protection d’un pays contre la persécution, la torture ou les peines cruelles et inusitées auxquelles elle dit qu’elle serait exposée dans un autre pays (le pays d’origine) alors qu’elle a droit à un statut dans un pays « sûr » (le tiers pays).

[2] The appellant Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) appeals from the judgment of Gibson D.J. of the Federal Court (the application Judge) [2009 FC 466, [2010] 1 F.C.R. 211] on an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board. The RPD determined that the

[2] L’appelant, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le ministre), interjette appel du jugement rendu par le juge suppléant Gibson, de la Cour fédérale (le juge saisi de la demande) [2009 CF 466, [2010] 1 R.C.F. 211], relativement à une demande de contrôle judiciaire visant une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de

respondents, Zeng and Feng, were excluded from refugee protection pursuant to Article 1E.

[3] In allowing the application for judicial review, the application Judge identified a discrepancy in the jurisprudence regarding the appropriate date for assessing the applicability of the Article 1E exclusion (date of application or date of hearing). He concluded that a more fluid approach is required and proposed a three-step test to be followed in Article 1E exclusion determinations.

[4] At paragraph 34 of his reasons, the application Judge articulated the test as follows:

1. Did the applicant or applicants, as of the date of his, her or their application for protection in Canada, have status in a third country, on the facts of this matter Chile, to which are attached rights and obligations recognized by the competent authorities of that country to be equivalent to those attached to the possession of the nationality of that country?

If the answer to that question is “no”, then the applicant or applicants are not excluded under Article 1E. If the answer to the question is “yes”, then the decision maker should go on to the following question:

2. Would the applicant or applicants, if he, she or they have attempted to enter the country in question, in this case Chile, on the date their refugee claim was determined, on a balance of probabilities, have been admitted to the country in question with status equivalent to that which they had on the date they applied for protection in Canada?

If the answer to the foregoing question is “yes” then the applicant or applicants should be excluded under Article 1E. If the answer if “no”, the decision maker should proceed to the following question:

3. If the applicant or applicants would not be admitted to the country in question, in this case Chile, could the applicant or applicants have prevented that result and, if so, did he, she or they have good and sufficient reason for failing to do so?

If the applicant or applicants could have preserved his, her or their right to be permitted entry and failed to do so without good and sufficient reason for failing to do so, the applicant or applicants should be excluded under Article 1E. If the applicant or applicants could not have preserved his, her or their right of entry or could have but provided good and sufficient reason for failing to do so, then he, she or they should not be excluded under Article 1E.

l’immigration et du statut de réfugié. La SPR a conclu que la section 1E venait exclure les intimés de la protection accordée aux réfugiés.

[3] En accueillant la demande de contrôle judiciaire, le juge saisi de la demande a relevé le manque d’uniformité de la jurisprudence quant à la date à retenir pour déterminer l’applicabilité de l’exclusion prévue à la section 1E (la date de la demande ou la date de l’audience). Il a conclu qu’une approche plus souple est nécessaire et a proposé l’utilisation d’un critère comportant trois étapes pour les décisions relatives à cette exclusion.

[4] Le juge saisi de la demande a formulé le critère dans les termes suivants au paragraphe 34 de ses motifs :

1. Le demandeur, le jour où il a présenté sa demande d’asile au Canada, jouissait-il d’un statut dans un tiers pays (en l’espèce, le Chili), statut auquel sont attachés des droits et des obligations considérés par les autorités compétentes du tiers pays comme étant équivalents à ceux attachés à la possession de la nationalité de ce pays?

Dans la négative, le demandeur n’est pas exclu par application de la section 1E. Dans l’affirmative, le décideur devrait alors poursuivre et répondre à la question suivante :

2. Si le demandeur avait essayé d’entrer dans le tiers pays (en l’espèce, le Chili) le jour où sa demande d’asile a été tranchée, aurait-il, selon la prépondérance de la preuve, été admis dans ce pays comme s’il jouissait d’un statut équivalent à celui qu’il avait le jour où il a présenté sa demande d’asile au Canada?

Dans l’affirmative, le demandeur devrait être exclu par application de la section 1E. Dans la négative, le décideur devrait poursuivre et répondre à la question suivante :

3. Si le demandeur n’aurait pas été admis dans le pays en question (en l’espèce le Chili), aurait-il pu empêcher ce résultat et, le cas échéant, a-t-il une raison valable pour ne pas avoir empêché ce résultat?

Si le demandeur aurait pu préserver son droit d’entrer dans le pays en question et que, sans raison valable, il ne l’a pas fait, il devrait être exclu par application de la section 1E. Si le demandeur n’aurait pas pu préserver son droit d’entrer dans le pays en question, ou qu’il avait pu mais qu’il a une raison valable pour ne pas l’avoir préserv[é], alors, il ne devrait pas être exclu par application de la section 1E.

[5] The application Judge certified the following question:

Is it permissible for the Refugee Division to consider an individual's status in a third country upon arrival in Canada and thereafter, up until and including the date of the hearing before the Refugee Division in order to determine whether an individual should be excluded under Article 1E of the Refugee Convention? Is it also permissible for the Refugee Division to consider what steps the individual took or did not take to cause or fail to prevent the loss of status in a third country in assessing whether Article 1E should apply?

### Relevant Facts

[6] Zeng and Feng, citizens of the People's Republic of China (PRC), are married and have two children. Their daughter was born in China and has always lived there. Their son was born in Chile.

[7] On November 6, 2002, Zeng left the PRC to work in Chile. He obtained permanent resident status there on November 8, 2005. Feng followed on a visitor's visa on December 23, 2003. On April 23, 2004, she obtained a work permit and on November 17th of that year, obtained temporary resident status. She applied for permanent resident status in October 2005. Her application was pending when the couple left Chile, with their son, on May 19, 2006.

[8] Zeng and Feng testified before the RPD that they left Chile with the intention of returning to the PRC permanently. After transiting through Canada and Hong Kong, they arrived in the PRC on May 23, 2006. They allege that, after arriving there, they faced persecutory treatment from the authorities because of their breach of the one-child policy.

[9] Leaving their daughter in the care of her paternal grandparents, as they had done before, the respondents left the PRC with their son on June 19, 2006. They transited through Hong Kong where they obtained a visa from the Chilean Embassy allowing Feng to return to Chile (her temporary status had expired in November 2005). When they arrived in Vancouver, Canada, on June 21st, they did not continue the journey to Santiago

[5] Le juge saisi de la demande a certifié la question suivante :

La Section du statut de réfugié a-t-elle le droit de tenir compte du statut d'un individu dans un tiers pays à son arrivée au Canada et par la suite, jusqu'à la date de l'audition devant la Section du statut de réfugié, afin de déterminer si une personne doit être exclue en vertu de l'article 1E de la Convention sur les réfugiés? Est-il également permis à la Section du statut de réfugié de considérer les mesures prises ou pas par l'individu afin de causer ou empêcher la perte de son statut dans un tiers pays tout en évaluant si l'article 1E devrait s'appliquer?

### Les faits pertinents

[6] Les intimés, un homme et son épouse, sont citoyens de la République populaire de Chine (Chine) et ont deux enfants. Leur fille est née en Chine et a toujours vécu dans ce pays. Leur fils est né au Chili.

[7] M. Zeng a quitté la Chine pour aller travailler au Chili le 6 novembre 2002. Il a obtenu le statut de résident permanent dans ce pays le 8 novembre 2005. M<sup>me</sup> Feng est allée le rejoindre au Chili le 23 décembre 2003, munie d'un visa de visiteur. Elle a obtenu un permis de travail le 23 avril 2004 et le statut de résident temporaire le 17 novembre 2004. La demande de résidence permanente qu'elle a présentée en octobre 2005 était toujours en instance lorsque les intimés ont quitté le Chili avec leur fils le 19 mai 2006.

[8] Dans leur témoignage devant la SPR, les intimés ont déclaré qu'ils ont quitté le Chili dans le but de retourner vivre en permanence en Chine. Après avoir transité par le Canada et Hong Kong, ils sont arrivés en Chine le 23 mai 2006. Ils prétendent qu'ils ont alors été persécutés par les autorités de ce pays parce qu'ils avaient contrevenu à la politique de l'enfant unique.

[9] Après avoir confié leur fille à ses grands-parents paternels, comme ils l'avaient fait dans le passé, les intimés ont quitté la Chine avec leur fils le 19 juin 2006. Ils ont transité par Hong Kong, où ils ont obtenu, auprès de l'ambassade du Chili, un visa autorisant M<sup>me</sup> Feng à retourner dans ce pays (son statut temporaire avait expiré en novembre 2005). Lorsqu'ils sont arrivés à Vancouver, au Canada, le 21 juin, ils n'ont pas poursuivi

via Toronto. Rather, they remained in Canada. One week later, they claimed refugee protection.

leur voyage jusqu'à Santiago via Toronto, mais sont restés au Canada. Ils ont demandé l'asile une semaine plus tard.

### Legislative Provisions

[10] The text of all statutory provisions referred to in these reasons is attached as Schedule A. Section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) incorporates Article 1E of the Convention into domestic law. For ease of reference, the text of section 98 as well as Article 1E is set out below:

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

Exclusion  
— Refugee  
Convention

**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.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6

#### ARTICLE 1

...

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

### The Standards of Review

[11] The parties agree, and I concur, that the test for exclusion under Article 1E of the Convention is a question of law of general application to the refugee determination process and is reviewable on a standard of correctness. Whether the facts give rise to exclusion is a question of mixed fact and law yielding substantial deference to the RPD. On an appeal from a decision disposing of an application for judicial review, the

### Les dispositions législatives

[10] Toutes les dispositions législatives dont il est question dans les présents motifs se trouvent à l'annexe A ci-jointe. L'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR ou la Loi), incorpore la section 1E de la Convention dans le droit national. Par souci de commodité, l'article 98 et la section 1E sont reproduits ci-dessous :

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

**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.

Exclusion par  
application de  
la Convention  
sur les réfugiés

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6

#### ARTICLE PREMIER

[...]

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

### Les normes de contrôle

[11] Les parties conviennent — et je suis d'accord avec elles — que le critère pour établir s'il y a lieu à exclusion en vertu de la section 1E de la Convention est une question de droit d'application générale au processus de détermination du statut de réfugié et est assujéti à la norme de contrôle de la décision correcte. La question de savoir si les faits donnent lieu à l'exclusion est une question mixte de droit et de fait appelant une grande

question is whether the reviewing court identified the appropriate standard of review and applied it correctly.

### The Certified Question

[12] The certified question comprises two parts. The first part relates to whether it is permissible for the RPD “to consider an individual’s status in a third country upon arrival in Canada and thereafter, up until and including, the date of the hearing”. The second part asks whether it is permissible for the RPD to consider “what steps the individual took or did not take to cause or fail to prevent the loss of status in a third country, in assessing whether Article 1E should apply”.

### Part 1—The Time Issue

[13] There is no debate on this issue. The parties agree, as do I, that the date must be fluid to ensure consideration is given to both the status and the actions of a claimant throughout. The facts at the date of the application are relevant; the facts as of the date of the hearing are relevant; pre-application facts may be relevant, depending upon the circumstances. These cases are largely fact-driven.

[14] Such an approach is consistent with the one taken by this Court in *Mahdi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) (*Mahdi*) and by Justice Rothstein, then of the Federal Court Trial Division, in *Wassiq v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 143 (F.C.T.D.). See also: the concurring opinion of Sharlow J.A. in *Parshottam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 355, [2009] 3 F.C.R. 527, in the context of a pre-removal risk assessment (PRRA).

retenue à l’égard de la SPR. Dans le cadre d’un appel d’une décision relative à une demande de contrôle judiciaire, il faut déterminer si la cour de révision a défini la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée correctement.

### La question certifiée

[12] La question certifiée comporte deux parties. La première demande s’il est permis à la SPR de « tenir compte du statut d’un individu dans un tiers pays à [son] arrivée au Canada et par la suite, jusqu’à la date de l’audition ». La deuxième partie pose la question de savoir s’il est permis à la SPR de considérer « les mesures prises ou pas par l’individu afin de causer ou empêcher la perte de son statut dans un tiers pays tout en évaluant si l’article 1E devrait s’appliquer ».

### Partie 1 — La question de la date

[13] Cette question n’est pas litigieuse. Les parties conviennent, comme je le fais également, que la date doit être souple afin de faire en sorte que le statut et les actes d’un demandeur d’asile à toutes les étapes, soient pris en compte. Les faits à la date de la demande sont pertinents; les faits à la date de l’audience sont pertinents; les faits antérieurs à la demande peuvent être pertinents aussi, selon les circonstances. Ce type d’affaires dépend dans une large mesure des faits.

[14] Une telle approche est conforme à celle adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Mahdi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 623 (C.A.) (QL) (*Mahdi*), et par le juge Rothstein, à l’époque où il était juge à la Section de première instance de la Cour fédérale, dans la décision *Wassiq c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 468 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Voir aussi les motifs concourants de la juge Sharlow dans l’arrêt *Parshottam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 355, [2009] 3 R.C.F. 527, dans le contexte d’un examen des risques avant renvoi (ERAR).

[15] *Mahdi* does not stand for the proposition that the relevant date is the date of the application. The *Mahdi* case concerned an application by the Minister to vacate an individual's refugee status on the basis that it was obtained by misrepresentation and concealment. The question of misrepresentation turned on the information provided in the application. However, at paragraphs 11 and 12 of the reasons for judgment, the Court held that the individual's status at the time of the hearing was a relevant consideration in determining whether protection could nonetheless be granted.

[16] In sum, an inquiry regarding whether a claimant should be excluded under Article 1E should take into account all relevant facts to the date of the hearing.

[17] I agree with the Minister that the first step of the application Judge's test does not allow for the possibility that a claimant's status could change between the date of the application and the date of the hearing (for example, a pending application for status could have been granted in the interim). The respondent acknowledges that this is the case.

## Part 2—The Status Issue

[18] The Minister, in written submissions, took the approach that asylum shopping results in pre-emptive application of the Article 1E exclusion even when the individual no longer has status in the third country. That position, while maintained at the hearing, was refined to take into account the specific circumstances discussed later in these reasons. The respondent argued that the true issue is whether the claimant requires protection at the date of the hearing, regardless of whether the claim might involve asylum shopping.

[19] At the hearing of this appeal, the submissions of the parties evolved toward common ground. The Minister and the respondents agreed on a number of

[15] L'arrêt *Mahdi* n'établit pas que la date pertinente est la date de la demande. L'affaire *Mahdi* concernait une demande présentée par le ministre afin de faire annuler le statut de réfugié d'une personne au motif qu'il avait été obtenu par fausses déclarations et dissimulation. La question des fausses déclarations se rapportait aux renseignements fournis dans la demande. La Cour a toutefois statué, aux paragraphes 11 et 12 de ses motifs de jugement, que le statut d'une personne à la date de l'audience était un élément pertinent à prendre en compte pour déterminer si l'asile pouvait néanmoins être accordé.

[16] En résumé, il faut tenir compte de tous les faits pertinents jusqu'à la date de l'audience pour déterminer si un demandeur devrait être exclu en vertu de la section 1E.

[17] Je suis d'accord avec le ministre lorsqu'il dit que la première étape du critère établi par le juge saisi de la demande ne tient pas compte de la possibilité que le statut d'un demandeur change entre la date de la demande et la date de l'audience (par exemple, une demande de statut en instance pourrait avoir été accueillie dans l'intervalle). Les intimés en conviennent également.

## Partie 2 — La question du statut

[18] Dans ses observations écrites, le ministre a fait valoir que la recherche du meilleur pays d'asile entraîne l'application préventive de l'exclusion prévue à la section 1E même lorsque la personne n'a plus de statut dans le tiers pays. Il a maintenu cette position à l'audience, mais l'a nuancée pour tenir compte des circonstances particulières qui seront examinées plus loin dans les présents motifs. Les intimés soutenaient que la véritable question en litige était de savoir si le demandeur d'asile a besoin de protection à la date de l'audience, sans égard au fait que sa demande pourrait avoir pour but de trouver le meilleur pays d'asile.

[19] Lors de l'audition de l'appel, les parties ont évolué vers un rapprochement de positions. Le ministre et les intimés se sont entendus sur un certain nombre

basic propositions, each of which I consider to be unassailable. Those propositions are:

- the objectives set out in subsection 3(2) of the IRPA seek, among other things, to provide protection to those who require it and, at the same time, provide a fair and efficient program that maintains the integrity of the system;
- the purpose of Article 1E is to exclude persons who do not need protection;
- asylum shopping is incompatible with the surrogate dimension of international refugee protection;
- Canada must respect its obligations under international law;
- there may be circumstances where the loss of status in the third country is through no fault of a claimant in which case the claimant need not be excluded.

[20] The Minister's quarrel is with a claimant who controls the third country status by choosing not to access it and then loses it as a result. The refugee claim process is not intended to provide a route to better protection when there is existing and available protection elsewhere.

[21] However, in view of the propositions that require the provision of protection to those in need as well as adherence to Canada's international law obligations, the Minister concedes that, in limited circumstances, when Article 1E is applied to those asylum shoppers who cannot return to the third country, the potential for removal from Canada to the home country without the benefit of a risk assessment exists. If this were to occur, it opens the door to the possibility of Canada indirectly running afoul of its international obligations.

[22] The Minister recognizes that the PRRA process does not provide a complete response to the dilemma. If

de propositions fondamentales qui, à mon avis, sont inattaquables. Il s'agit des propositions suivantes :

- l'objet énoncé au paragraphe 3(2) de la LIPR consiste notamment à accorder la protection à ceux qui en ont besoin, tout en mettant en place un programme équitable et efficace qui assure l'intégrité du processus;
- la section 1E vise à exclure les personnes qui n'ont pas besoin de protection;
- la recherche du meilleur pays d'asile est incompatible avec l'aspect auxiliaire de la protection internationale des réfugiés;
- le Canada doit respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit international;
- il peut arriver que la perte de statut dans un tiers pays ne soit pas imputable au demandeur, auquel cas ce dernier n'a pas à être exclu.

[20] Ce à quoi le ministre s'oppose, c'est le fait pour un demandeur de contrôler son statut dans le tiers pays en choisissant de ne pas s'en prévaloir, de sorte qu'il perd ce statut. Le processus d'asile ne vise pas à offrir un moyen d'obtenir une meilleure protection lorsqu'il existe ailleurs une protection dont le demandeur peut bénéficier.

[21] Toutefois, compte tenu des propositions qui exigent qu'une protection soit accordée aux personnes qui en ont besoin et que le Canada respecte les obligations que lui impose le droit international, le ministre reconnaît que, dans des circonstances limitées, lorsque la section 1E est appliquée à une personne qui recherche le meilleur pays d'asile et qui ne peut retourner dans le tiers pays, la possibilité existe que cette personne se voie renvoyée du Canada vers son pays d'origine sans avoir bénéficié d'une évaluation des risques. Le Canada pourrait ainsi manquer indirectement à ses obligations internationales.

[22] Le ministre reconnaît que le processus d'ERAR ne règle pas complètement le problème. Si un agent

a PRRA officer concludes that Article 1E applies, even if risk is established, refugee protection cannot follow by virtue of section 98 of the IRPA. Further, the claimant cannot reap the benefit of a section 114 stay of removal because Article 1E does not fall within subsection 112(3). Although it is within the power of the PRRA officer to determine that Article 1E does not apply, the paragraph 113(a) requirement for new evidence (in order to arrive at such a determination) presents a formidable hurdle for the claimant to overcome.

[23] The respondents propose, in circumstances where an individual has voluntarily forfeited (or has chosen not to access) the protection of the third country, but is at risk in the home country, the exclusion should not apply. Rather, the RPD should proceed to the section 96 and, if required, the section 97 inquiry where the claimant's actions would go to the issue of credibility. The Minister asserts that such an approach renders Article 1E redundant and suggests section 25 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] (exemption on humanitarian and compassionate grounds) as a possible alternative, when return to the third country is not an option.

[24] I do not consider the Minister's suggestion to be a viable solution. Section 25 is a discretionary remedy granted in exceptional circumstances. Employing it in the suggested manner could result in a fettering of that discretion.

[25] The application Judge's proposed test does not address this dilemma for, at the third step, if a claimant could have prevented the loss of status in the third country and did so without good reason, the claimant is excluded on the basis of Article 1E. This conclusion results in the same quandary. Because the application Judge's proposed test is flawed at the first and third steps, it cannot stand in its present form.

[26] It seems to me that it is possible to fashion a response to the concern within the confines of the Article 1E analysis. In my view, that is the preferable route given the statutory objectives and the principles

d'ERAR conclut que la section 1E s'applique, même s'il est démontré que des risques existent, l'article 98 de la LIPR empêche que l'asile soit accordé. De plus, le demandeur ne peut bénéficier du sursis de la mesure de renvoi prévu à l'article 114 puisque la section 1E n'est pas visée au paragraphe 112(3). Bien que l'agent d'ERAR ait le pouvoir de décider que la section 1E ne s'applique pas, l'obligation de présenter de nouveaux éléments de preuve (afin qu'on puisse arriver à une telle décision) qu'établit l'alinéa 113(a) est un obstacle énorme que le demandeur doit surmonter.

[23] Les intimés soutiennent que, lorsqu'une personne a volontairement perdu la protection du tiers pays (ou a choisi de ne pas s'en prévaloir) et est en danger dans son pays d'origine, l'exclusion ne devrait pas s'appliquer. Selon eux, la SPR devrait plutôt appliquer l'article 96 et, s'il y a lieu, l'article 97, et, à ce moment-là, les actes du demandeur entreraient en ligne de compte relativement à la question de la crédibilité. Le ministre affirme qu'une telle façon de faire rendrait la section 1E redondante et il suggère comme autre possibilité le recours à l'article 25 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] (exception fondée sur des motifs d'ordre humanitaire) lorsque le retour au tiers pays n'est pas possible.

[24] J'estime que la solution proposée par le ministre n'est pas viable. L'article 25 prévoit une mesure discrétionnaire accordée dans des circonstances exceptionnelles. S'en servir de la manière suggérée pourrait avoir pour effet d'entraver le pouvoir discrétionnaire en question.

[25] Le critère proposé par le juge saisi de la demande ne règle pas le problème, car, à la troisième étape de ce critère, si le demandeur avait pu prévenir la perte de son statut dans le tiers pays et qu'il l'a pourtant perdu sans avoir une bonne raison, il est exclu en vertu de la section 1E. Cette conclusion crée le même dilemme. Comme ses première et troisième étapes sont déficientes, le critère proposé par le juge saisi de la demande ne saurait être maintenu dans sa forme actuelle.

[26] Il me semble possible de concevoir une solution compatible avec l'analyse fondée sur la section 1E, ce qui, à mon avis, est préférable compte tenu de l'objet de la LIPR et des principes énoncés au paragraphe 19 des



delineated in paragraph 19 of these reasons. The respondents acknowledge that the practical effect arising from the formulation of the test described in these reasons is the same as that arising from the solution they proposed.

[27] Accordingly, the reformulated test to be applied to Article 1E determinations, set out in the paragraph below, will accommodate the substance of the earlier-noted propositions in a meaningful way, within the framework of the Article 1E analysis.

[28] Considering all relevant factors to the date of the hearing, does the claimant have status, substantially similar to that of its nationals, in the third country? If the answer is yes, the claimant is excluded. If the answer is no, the next question is whether the claimant previously had such status and lost it, or had access to such status and failed to acquire it. If the answer is no, the claimant is not excluded under Article 1E. If the answer is yes, the RPD must consider and balance various factors. These include, but are not limited to, the reason for the loss of status (voluntary or involuntary), whether the claimant could return to the third country, the risk the claimant would face in the home country, Canada's international obligations, and any other relevant facts.

[29] It will be for the RPD to weigh the factors and arrive at a determination as to whether the exclusion will apply in the particular circumstances.

[30] Counsel are to be commended for their thoughtful and articulate submissions on this issue. I found them to be most helpful.

#### The RPD Decision

[31] The RPD conducted the exclusion analysis as of the date of the hearing. No issue is taken with that approach. After examining the rights and obligations attached to permanent resident status in Chile, it was satisfied that such persons possess the rights and

présents motifs. Les intimés reconnaissent que le critère formulé dans les présents motifs a le même effet pratique que la solution qu'ils proposent.

[27] Par conséquent, le critère modifié à appliquer aux décisions prises en vertu de la section 1E, qui est énoncé dans le paragraphe ci-après, tiendra compte, de manière significative, de l'essentiel des propositions énoncées ci-dessus, dans le cadre de l'analyse fondée sur la section 1E.

[28] Compte tenu de tous les facteurs pertinents existant à la date de l'audience, le demandeur a-t-il, dans le tiers pays, un statut essentiellement semblable à celui des ressortissants de ce pays? Si la réponse est affirmative, le demandeur est exclu. Si la réponse est négative, il faut se demander si le demandeur avait précédemment ce statut et s'il l'a perdu, ou s'il pouvait obtenir ce statut et qu'il ne l'a pas fait. Si la réponse est négative, le demandeur n'est pas exclu en vertu de la section 1E. Si elle est affirmative, la SPR doit soupeser différents facteurs, notamment la raison de la perte du statut (volontaire ou involontaire), la possibilité, pour le demandeur, de retourner dans le tiers pays, le risque auquel le demandeur serait exposé dans son pays d'origine, les obligations internationales du Canada et tous les autres faits pertinents.

[29] Il appartiendra à la SPR de soupeser les facteurs et de déterminer si l'exclusion s'appliquera dans les circonstances.

[30] Il convient de féliciter les avocats pour leurs observations claires et réfléchies sur cette question, qui m'ont été des plus utiles.

#### La décision de la SPR

[31] C'est en fonction de la situation à la date de l'audience que la SPR a effectué l'analyse de la question de l'exclusion. Cette approche n'est pas contestée. Après avoir examiné les droits et les obligations rattachés au statut de résident permanent du Chili, la SPR était

obligations of Chilean nationals. The RPD reviewed the respondents' testimony, the documentary evidence, the submissions of the respondents' counsel and those of the Minister. It relied upon Exhibit 17 (appeal book, Vol. 2, Tab 6, at pages 653–665). These documents were the product of the Minister's request to the Chilean authorities. They stated that both respondents had attained permanent resident visa status in Chile.

[32] The RPD was satisfied, on a balance of probabilities, that Exhibit 17 best reflected the position of the Chilean government regarding the respondents' status at the time of the hearing. It also demonstrated that the respondents possessed the rights and obligations attached to a person of Chilean nationality.

[33] The application Judge, applying his proposed test, found that the RPD failed to properly consider whether the respondents' status would have lapsed due to their absence from Chile for more than one year. The application Judge concluded that it was impossible for the RPD to have fulfilled the objective to offer protection to the displaced and persecuted as set out in paragraph 3(2)(a) of the IRPA without examining the respondents' fear of persecution if they were required to return to the PRC because they might not be readmitted to Chile.

[34] I reiterate that the task, on an appeal from a judicial review, is to determine whether the reviewing judge identified the proper standard of review and applied it correctly. The application Judge determined [at paragraph 22] that whether the facts "support the conclusion that a person is excluded pursuant to Article 1E of the Refugee Convention, by virtue of section 98 of the Act, is a question within the specialized area of expertise of the RPD and thus attracts a standard of review of reasonableness." I agree. I am also satisfied, for reasons that will become apparent, that the analysis conducted by the RPD conforms to the reformulated test articulated at paragraph 28 of these reasons.

convaincue que les personnes possédant ce statut avaient les mêmes droits et les mêmes obligations que les ressortissants chiliens. La SPR a passé en revue le témoignage des intimés, la preuve documentaire, ainsi que les observations de l'avocat des intimés et celles du ministre. Elle s'est appuyée sur la pièce 17 (dossier d'appel, vol. 2, onglet 6, aux pages 653 à 665). Ces documents ont été obtenus à la suite d'une demande présentée par le ministre aux autorités chiliennes. Ils indiquaient que les deux intimés avaient obtenu le statut de résident permanent au Chili.

[32] La SPR était convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que la pièce 17 décrivait le mieux la position du gouvernement chilien à l'égard du statut des intimés à la date de l'audience. Cette pièce démontrait en outre que les intimés avaient les mêmes droits et les mêmes obligations qu'une personne possédant la nationalité chilienne.

[33] Le juge saisi de la demande a appliqué le critère qu'il a formulé et a conclu que la SPR n'avait pas bien examiné la question de savoir si les intimés avaient perdu leur statut parce qu'ils avaient été absents du Chili pendant plus d'un an. Il a conclu qu'il était impossible à la SPR de remplir l'objet de protéger les personnes contre la persécution (énoncé à l'alinéa 3(2)a) de la LIPR) sans examiner la crainte des intimés qu'ils soient persécutés s'ils étaient obligés de retourner en Chine parce qu'ils pourraient ne pas être réadmis au Chili.

[34] Je répète que ce qu'il faut faire dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision relative à une demande de contrôle judiciaire, c'est déterminer si le juge qui a rendu cette décision a défini la norme de contrôle appropriée et s'il l'a appliquée correctement. Le juge saisi de la demande a déterminé [au paragraphe 22] que la question de savoir si les faits d'une affaire donnée « corroborent une conclusion selon laquelle une personne est exclue par application de la section 1E de la Convention, suivant l'article 98 de la Loi, constitue une question faisant partie du domaine d'expertise de la SPR et que, par conséquent, la norme de contrôle applicable est la raisonabilité ». Je suis

[35] In my view, the RPD considered the discrepancies in the documents, but nevertheless concluded, on a balance of probabilities, that the respondents were persons recognized by the competent authorities in Chile as having most of the rights and obligations which are attached to a person of that nationality. At paragraph 32 of its reasons, the RPD specifically referred to the submissions of the respondents' counsel regarding the possible expiration of the respondents' status. Noting this contention, the RPD concluded:

In my assessment, the Minister has established that Article 1E is applicable to these two claimants. The evidence indicates, on a balance of probabilities, that the claimants held permanent residence status in Chile at the time of the hearing. Moreover, if the status could have been lost, as suggested by claimant's counsel, because the claimants were outside of Chile for more than a year without applying to extend their permanent status, the failure to make such an application is that of the claimants themselves which, as stated by the authorities, cannot avail to their benefit. [My emphasis.]

[36] A finding that specific evidence is credible and indicative, on a balance of probabilities, that the respondents possessed status in Chile is a factual finding to which deference is owed. Moreover, on the record, it is a reasonable one because it falls within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [at paragraph 47]. It is not open to the reviewing court to substitute its appreciation of the appropriate solution: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

[37] Returning to the test set out in paragraph 28 and its first question—considering all relevant factors to the date of the hearing, does the claimant have status substantially similar to that of its nationals in the third

d'accord avec lui. De plus, je suis convaincue, pour des raisons qui deviendront évidentes, que l'analyse effectuée par la SPR est conforme au critère modifié qui est énoncé au paragraphe 28 des présents motifs.

[35] À mon avis, la SPR a pris en considération les incohérences contenues dans les documents, mais a tout de même conclu, selon la prépondérance des probabilités, que les intimés étaient des personnes que les autorités compétentes du Chili reconnaissaient comme ayant la plupart des droits et des obligations rattachés à la nationalité chilienne. Au paragraphe 32 de ses motifs, la SPR a expressément fait référence aux observations de l'avocat des intimés concernant l'expiration possible du statut de ces derniers et a conclu :

À mon avis, le ministre a démontré que la section E de l'article premier de la Convention s'applique à ces deux demandeurs d'asile. Les éléments de preuve indiquent qu'ils avaient, selon la prépondérance des probabilités, le statut de résident permanent au Chili au moment de l'audience. En outre, ils ont pu perdre ce statut, comme l'a laissé entendre leur conseil, parce qu'ils ont été à l'extérieur du Chili pendant plus d'un an sans demander la prolongation de sa période de validité. Les demandeurs d'asile ne peuvent tirer profit du fait qu'ils ont omis de faire une telle demande, comme l'ont indiqué les autorités. [Non souligné dans l'original.]

[36] Une conclusion selon laquelle des éléments de preuve particuliers sont crédibles et démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que les intimés possédaient un statut au Chili est une conclusion de fait à l'égard de laquelle il faut faire preuve de retenue. En outre, cette conclusion est raisonnable en l'espèce, car elle constitue l'une des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [au paragraphe 47]. La cour de révision ne peut substituer la solution qu'elle juge appropriée à celle qui a été retenue : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

[37] Si on revient au critère énoncé au paragraphe 28 et à la première question qu'il comporte — compte tenu de tous les facteurs pertinents existant à la date de l'audience, le demandeur a-t-il, dans le tiers pays, un

country?—the RPD answered the question affirmatively thereby ending the matter. It did so after thoroughly reviewing the evidence and the submissions. Its subsequent comment, regarding the possibility that the status was lost, is gratuitous and irrelevant.

### Conclusion

[38] I would answer the certified questions as follows:

Is it permissible for the Refugee [Protection] Division to consider an individual's status in a third country upon arrival in Canada and thereafter, up until and including the date of the hearing before the Refugee Division in order to determine whether an individual should be excluded under Article 1E of the Refugee Convention?

Answer: Yes

[39] Is it also permissible for the Refugee Protection Division to consider what steps the individual took or did not take to cause or fail to prevent the loss of status in a third country in assessing whether Article 1E should apply?

Answer: Yes, subject to the qualification expressed in paragraph 28 of these reasons.

[40] I would allow the appeal and set aside the decision of the application Judge. Rendering the judgment that the Federal Court ought to have rendered, I would dismiss the application for judicial review.

NOËL J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

### SCHEDULE A

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6

statut essentiellement semblable à celui des ressortissants de ce pays? — la SPR a donné une réponse affirmative à cette question, ce qui a mis fin à l'affaire. Elle l'a fait après avoir examiné la preuve et les arguments de façon minutieuse. Le commentaire qu'elle a fait ensuite, concernant la possibilité que le statut ait été perdu, est gratuit et non pertinent.

### Conclusion

[38] Je répondrais comme suit aux questions certifiées :

La Section du statut de réfugié [Section de la protection des réfugiés] a-t-elle le droit de tenir compte du statut d'un individu dans un tiers pays à son arrivée au Canada et par la suite, jusqu'à la date de l'audition devant la Section du statut de réfugié, afin de déterminer si une personne doit être exclue en vertu de l'article 1E de la Convention sur les réfugiés?

Réponse : Oui.

[39] Est-il également permis à la Section de la protection des réfugiés de considérer les mesures prises ou pas par l'individu afin de causer ou empêcher la perte de son statut dans un tiers pays tout en évaluant si l'article 1E devrait s'appliquer?

Réponse : Oui, sous réserve des remarques formulées au paragraphe 28 des présents motifs.

[40] J'accueillerais l'appel et annulerais la décision du juge saisi de la demande. Rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû prononcer, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

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

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

### ANNEXE A

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6

## ARTICLE 1

...

E. This Convention shall not apply to a person who is recognized by the competent authorities of the country in which he has taken residence as having the rights and obligations which are attached to the possession of the nationality of that country.

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

## 3. (1) ...

Objectives  
— refugees

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

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

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

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

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

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

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

## ARTICLE PREMIER

[...]

E. Cette Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays.

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

## 3. (1) [...]

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

Objet relatif  
aux réfugiés

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

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

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

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

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

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

	(g) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and	(g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;	
	(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.	(h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.	
	...	[...]	
Convention refugee	<b>96.</b> A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,	<b>96.</b> A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :	Définition de « réfugié »
	(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or	(a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;	
	(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.	(b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.	
Person in need of protection	<b>97.</b> (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	<b>97.</b> (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 :	Personne à protéger
	(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or	(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) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if	(b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :	
	(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,	(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,	
	(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,	(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) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and	(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) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.	(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.	
Person in need of protection	(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.	(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.	Personne à protéger
Exclusion — Refugee Convention	<b>98.</b> 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.	<b>98.</b> 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.	Exclusion par application de la Convention sur les réfugiés
	...	[...]	
	<b>112.</b> (1) ...	<b>112.</b> (1) [...]	
Restriction	(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person	(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :	Restriction
	(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;	a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;	
	(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence 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;	b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;	
	(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or	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;	
	(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).	d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).	
Consideration of application	<b>113.</b> Consideration of an application for protection shall be as follows:	<b>113.</b> Il est disposé de la demande comme il suit :	Examen de la demande
	(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only	a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus	

new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

...

Effect of  
decision

**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 to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;

[...]

Effet de la  
demande

**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-427-09  
2010 FCA 131

A-427-09  
2010 CAF 131

**Duff Conacher and Democracy Watch** (*Appellants*)

**Duff Conacher et Democracy Watch** (*appelants*)

v.

c.

**The Prime Minister of Canada, the Governor in Council of Canada, the Governor General of Canada and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Le premier ministre du Canada, le gouverneur en conseil du Canada, le gouverneur général du Canada et le procureur général du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: CONACHER v. CANADA (PRIME MINISTER)**

**RÉPERTORIÉ : CONACHER c. CANADA (PREMIER MINISTRE)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.—Ottawa, May 25, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Layden-Stevenson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 25 mai 2010.

*Elections — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Prime Minister's conduct in advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date — Whether Prime Minister contravening Canada Elections Act, s. 56.1 — Governor General's discretion, power to dissolve Parliament, set election date preserved by Act, s. 56.1(1) — That power also extending to Prime Minister — Governor General not bound by s. 56.1 — Having to consider variety of factors before dissolving Parliament, calling election — Act, s. 56.1 not prohibiting dissolution of Parliament, calling of elections at times other than those set out in Act, s. 56.1(2) — Prime Minister not infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Appeal dismissed.*

*Élections — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du premier ministre qui consistait à conseiller la gouverneure générale du Canada à dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections — Il s'agissait de savoir si le premier ministre avait contrevenu à l'art. 56.1 de la Loi électorale du Canada — L'art. 56.1(1) de la Loi protège la discrétion et le pouvoir de la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections — Ce pouvoir s'étend également au premier ministre — L'art. 56.1 ne lie aucunement la gouverneure générale — Cette dernière devait tenir compte d'un large éventail de facteurs pour décider de dissoudre le Parlement et de tenir des élections — L'art. 56.1 de la Loi n'interdit pas la dissolution du Parlement et n'empêche pas la tenue d'élections éclaircies autrement que de la façon prévue à l'art. 56.1(2) de la Loi — Le premier ministre n'a pas porté atteinte à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date — Whether Prime Minister contravening Canada Elections Act, s. 56.1 — That section having to be interpreted in light of Governor General's constitutional status, role — Powers, discretion of Governor General preserved under s. 56.1 — Preservation extending to Prime Minister's advice-giving role — Had Parliament meant to prevent Prime Minister from advising Governor General with respect to dissolution of Parliament, setting of election date, would have used specific wording to that effect — Wording of Act, s. 56.1 not preventing dissolution of Parliament, calling of "snap election" at times other than those set out in s. 56.1(2).*

*Interprétation des lois — Le premier ministre avait conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections — Il s'agissait de savoir si le premier ministre avait contrevenu à l'art. 56.1 de la Loi électorale du Canada — Cette disposition doit être interprétée à la lumière du statut et du rôle constitutionnels de la gouverneure générale — L'art. 56.1 protège les pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, de la gouverneure générale — La protection s'étend au rôle de conseiller du premier ministre — Si le législateur avait voulu empêcher le premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections, il aurait utilisé des termes précis — Le libellé de l'art. 56.1 de la Loi n'interdit pas la dissolution du Parlement et n'empêche pas la tenue d'élections éclaircies, autrement que de la façon prévue à l'art. 56.1(2).*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Democratic Rights — Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date — By doing so, Prime Minister not infringing rights of Canadians to vote, run for office under Charter, s. 3.*

*Constitutional Law — Conventions — Prime Minister advising Governor General of Canada to dissolve 39th Parliament of Canada, set election date — Canada Elections Act, 56.1(1) preserving Governor General's discretion, power to dissolve Parliament, set election date — Federal Court finding no new constitutional convention limiting Prime Minister's ability to advise Governor General in present circumstances — That finding amply supported by evidentiary record in this case.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of the Prime Minister's conduct in advising the Governor General of Canada to dissolve the 39th Parliament of Canada and to set an election date.

At issue was whether the Prime Minister contravened section 56.1 of the *Canada Elections Act*, which preserves the Governor General's powers and provides for set election dates.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Section 56.1 must be interpreted in light of the constitutional status and role of the Governor General. Subsection 56.1(1) preserves the Governor General's discretion and power to dissolve Parliament and set an election date. The preservation of that power and discretion may also extend to the Prime Minister's advice-giving role. If Parliament meant to prevent the Prime Minister from advising the Governor General that Parliament should be dissolved and an election held, it would have used explicit and specific wording to that effect. Subsection 56.1(2) is a clear expression of the will of Parliament that, on the express terms of subsection 56.1(1), does not to bind the Governor General. But under the constitutional framework and as a matter of law, the Governor General may consider a wide variety of factors in deciding whether to dissolve Parliament and call an election. The wording chosen by Parliament in section 56.1 does not prohibit dissolution of Parliament and the calling of a "snap election" at times other than those set out in subsection 56.1(2). Finally, by advising the Governor General, the Prime Minister did not infringe the rights of Canadians to vote and to run for office under section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Le premier ministre avait conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections — Lorsqu'il a agi ainsi, le premier ministre n'a pas porté atteinte au droit des Canadiens de participer à des élections en application de l'art. 3 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Conventions — Le premier ministre a conseillé à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections — L'art. 56.1(1) de la Loi électorale du Canada protège la discrétion et le pouvoir de la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections — La Cour fédérale a refusé de déclarer qu'il existait une nouvelle convention constitutionnelle qui limite le pouvoir du premier ministre de conseiller la gouverneure générale dans les circonstances de l'espèce — Cette conclusion était amplement étayée par le dossier de preuve en l'espèce.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du premier ministre qui consistait à conseiller la gouverneure générale du Canada à dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections.

La question à trancher était celle de savoir si le premier ministre avait contrevenu à l'article 56.1 de la *Loi électorale du Canada*, qui maintient les pouvoirs du gouverneur général et porte sur la fixation de la date des élections.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

L'article 56.1 doit être interprété à la lumière du statut et du rôle constitutionnels de la gouverneure générale. Le paragraphe 56.1(1) protège la discrétion et le pouvoir de la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections. Le maintien des pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, peut également s'étendre au rôle de conseiller du premier ministre. Si le législateur avait voulu empêcher le premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections, il aurait utilisé des termes explicites et précis. Le paragraphe 56.1(2) exprime clairement la volonté du législateur qui, selon le texte exprès du paragraphe 56.1(1), ne lie aucunement la gouverneure générale. Cependant, d'après le cadre constitutionnel et d'un point de vue juridique, la gouverneure générale peut tenir compte d'un large éventail de facteurs pour décider de dissoudre le Parlement et de tenir des élections. Le libellé choisi par le législateur à l'article 56.1 n'interdit pas la dissolution du Parlement et n'empêche pas la tenue d'élections éclairées, sauf dans le respect des dispositions du paragraphe 56.1(2). Enfin, lorsqu'il a conseillé la gouverneure générale, le premier ministre n'a pas porté atteinte au droit des Canadiens de participer à des élections

en application de l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 56.1 (as enacted by S.C. 2007, c. 10, s. 1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 3.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 50.

#### CASES CITED

##### REFERRED TO:

*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229.

#### AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411) dismissing an application for judicial review of the Prime Minister's conduct in advising the Governor General of Canada to dissolve the 39th Parliament of Canada and to set an election date. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Peter M. Rosenthal* for appellants.  
*Robert B. MacKinnon* and *Agnieszka Zagorska* for respondents.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

#### 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. 3.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 50.  
*Loi électorale du Canada*, S.C. 2000, ch. 9, art. 56.1 (édicte par L.C. 2007, ch. 10, art. 1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION CITÉE :

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

#### DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2007.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411) rejetant la demande de contrôle judiciaire visant la décision du premier ministre qui consistait à conseiller la gouverneure générale du Canada à dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU

*Peter M. Rosenthal* pour les appelants.  
*Robert B. MacKinnon* et *Agnieszka Zagorska* pour les intimés.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

[1] STRATAS J.A.: This is an appeal from the judgment of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review: 2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par les appelants (2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411).

[2] Before that Court, the appellants applied for various declarations. These focused on the conduct of the Prime Minister in advising the Governor General of Canada to dissolve the 39th Parliament of Canada and to set an election date. The Governor General dissolved Parliament and set an election date of October 14, 2008.

[2] Devant la Cour fédérale, les appelants ont réclamé plusieurs mesures déclaratoires visant la décision du premier ministre qui consistait à conseiller à la gouverneure générale du Canada de dissoudre la 39<sup>e</sup> législature afin de fixer la date des élections. La gouverneure générale du Canada a dissout le Parlement et a fixé la date des élections au 14 octobre 2008.

[3] The appellants submit that, in giving the advice he gave to the Governor General, the Prime Minister contravened section 56.1 [as enacted by S.C. 2007, c. 10, s. 1] of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9. That section provides as follows:

[3] Les appelants allèguent que, en conseillant la gouverneure comme il l'a fait, le premier ministre a contrevenu à l'article 56.1 [édicte par L.C. 2007, ch. 10, art. 1] de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9. Cette disposition est rédigée comme suit :

Powers of Governor General preserved

**56.1** (1) Nothing in this section affects the powers of the Governor General, including the power to dissolve Parliament at the Governor General's discretion.

**56.1** (1) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs du gouverneur général, notamment celui de dissoudre le Parlement lorsqu'il le juge opportun.

Maintien des pouvoirs du gouverneur général

Election dates

(2) Subject to subsection (1), each general election must be held on the third Monday of October in the fourth calendar year following polling day for the last general election, with the first general election after this section comes into force being held on Monday, October 19, 2009.

(2) Sous réserve du paragraphe (1), les élections générales ont lieu le troisième lundi d'octobre de la quatrième année civile qui suit le jour du scrutin de la dernière élection générale, la première élection générale suivant l'entrée en vigueur du présent article devant avoir lieu le lundi 19 octobre 2009.

Date des élections

[4] Section 56.1 must be interpreted in light of the constitutional status and role of the Governor General. Section 56.1 does not prohibit the Governor General from dissolving Parliament and setting an election date. In fact, this discretion and power (enshrined in section 50 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]) is specifically preserved by subsection 56.1(1). The Governor General's status, role, powers, and discretions are unaffected by section 56.1.

[4] L'article 56.1 doit être interprété à la lumière du statut et du rôle constitutionnels de la gouverneure générale. L'article 56.1 n'interdit pas à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections. En fait, cette discrétion et ce pouvoir (consacrés à l'article 50 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n<sup>o</sup> 1) [L.R.C. (1985) appendice II, n<sup>o</sup> 5]]) sont expressément protégés par le paragraphe 56.1(1). Le statut, le rôle et les pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, de la gouverneure générale ne sont pas touchés par l'article 56.1.

[5] Various conventions are associated with the Governor General's status, role, powers, and discretions. Some of these conventions, which are open to debate as to their scope, concern the Prime Minister's advice to the Governor General about the dissolution of Parliament and how the Governor General should respond: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Vol. 1, loose-leaf (Toronto: Carswell, 2007), at pages 9-29 to 9-33. In our view, given the connection between the Governor General and the Prime Minister in this regard, the preservation of the Governor General's powers and discretions under subsection 56.1(1) arguably may also extend to the Prime Minister's advice-giving role. In any event, it seems to us that if Parliament meant to prevent the Prime Minister from advising the Governor General that Parliament should be dissolved and an election held, Parliament would have used explicit and specific wording to that effect in section 56.1. Parliament did not do so. In saying this, we offer no comment on whether such wording, if enacted, would be constitutional.

[6] The appellants forcefully argued that this interpretation leaves section 56.1 with no meaning. We disagree. Subsection 56.1(2) is a clear expression of the will of Parliament, a will that, on the express terms of subsection 56.1(1), in no way binds the Governor General. But under our constitutional framework and as a matter of law, the Governor General may consider a wide variety of factors in deciding whether to dissolve Parliament and call an election. In this particular case, this may include any matters of constitutional law, any conventions that, in the Governor General's opinion, may bear upon or determine the matter, Parliament's will as expressed in subsection 56.1(2), advice from the Prime Minister, and any other appropriate matters.

[7] If the section were interpreted in the manner suggested by the appellants, the Prime Minister would be prohibited from advising the Governor General that an election should be held because of dire need or an event of grave importance. We do not accept that section

[5] Diverses conventions sont liées au statut, au rôle et aux pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, de la gouverneure générale. Certaines de ces conventions, qui sont sujettes à discussions en ce qui a trait à leur portée, concernant la décision du premier ministre de conseiller la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et la façon dont la gouverneure générale doit y répondre : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 1, feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2007), aux pages 9-29 à 9-33. À notre avis, compte tenu du lien entre la gouverneure générale et le premier ministre à cet égard, le maintien des pouvoirs, y compris les pouvoirs discrétionnaires, de la gouverneure générale en vertu du paragraphe 56.1(1) peut également s'étendre au rôle de conseiller du premier ministre. Quoiqu'il en soit, nous estimons que si le législateur avait voulu empêcher le premier ministre de conseiller à la gouverneure générale de dissoudre le Parlement et de fixer la date des élections, il aurait utilisé des termes explicites et précis dans le libellé de l'article 56.1, ce qu'il n'a pas fait. Ce disant, nous ne ferons aucun commentaire sur la question de savoir si un tel libellé, une fois adopté, aurait été constitutionnel.

[6] Les appelants ont vigoureusement soutenu que cette interprétation enlève tout sens à l'article 56.1. Nous ne sommes pas d'accord. Le paragraphe 56.1(2) exprime clairement la volonté du législateur, une volonté qui, selon le texte exprès du paragraphe 56.1(1), ne lie aucunement la gouverneure générale. Cependant, d'après notre cadre constitutionnel et d'un point de vue juridique, la gouverneure générale peut tenir compte d'un large éventail de facteurs pour décider de dissoudre le Parlement et de tenir des élections. En l'espèce, ces facteurs peuvent comprendre toute question de droit constitutionnel, toute convention qui, selon la gouverneure générale, est susceptible d'influencer ou de trancher la question, la volonté du législateur telle qu'elle ressort du paragraphe 56.1(2), les conseils du premier ministre ainsi que toute autre question appropriée.

[7] Si l'article était interprété de la manière proposée par les appelants, le premier ministre serait interdit de conseiller à la gouverneure générale de tenir des élections pour des raisons d'urgence ou en raison d'un événement grave. Nous ne sommes pas d'accord avec

56.1 has that result. Such a drastic result would require the clearest of statutory wording. This is a further indication that section 56.1, as drafted, does not affect the Prime Minister's ability to give advice to the Governor General.

[8] The appellants urge this Court to have regard to the purpose of section 56.1, as exemplified by Parliamentary statements in Hansard. We see no need to have to resort to Parliamentary statements, as the wording of section 56.1 is clear. In any event, the Court below found the Parliamentary statements concerning the purpose of section 56.1 to be unhelpful, as there are statements that go in opposite directions. Based on our review of this material, we see no reason to disagree with and interfere with that finding of the Court below.

[9] In any event, the purpose behind section 56.1 that the appellants proffer—to prohibit dissolution of Parliament and the calling of a “snap election” at times other than those set out in subsection 56.1(2)—is not reflected in the wording chosen by Parliament in section 56.1. As we have held above, the wording of section 56.1 expresses the will of Parliament but leaves the Prime Minister and the Governor General able to act in the way they did.

[10] Therefore, based on our interpretation of section 56.1, the Court below was correct in declining to issue a declaration that the Prime Minister contravened section 56.1.

[11] Likewise, we agree with the Court below that the Prime Minister's act in advising the Governor General did not infringe the rights of Canadian citizens to vote and to run for office under section 3 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In this regard, the appellants submitted that the Prime Minister caused the election to take place before the times set out in subsection 56.1(2) and this may have caught certain political parties unprepared. To the extent that this may have caused any

cette interprétation de l'article 56.1. Une interprétation aussi radicale devrait être clairement exprimée dans le texte de loi. C'est là une autre indication que l'article 56.1, tel qu'il est rédigé, n'empêche aucunement le premier ministre de conseiller la gouverneure générale.

[8] Les appelants recommandent vivement à la Cour de tenir compte de l'objet de l'article 56.1, comme le montrent les déclarations du Parlement dans le Hansard. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux déclarations du Parlement étant donné que le libellé de l'article 56.1 est clair. Quoi qu'il en soit, la Cour fédérale a jugé que les déclarations parlementaires concernant l'objet de l'article 56.1 n'étaient pas utiles puisqu'elles sont contradictoires. Après avoir examiné ces documents, nous ne voyons aucune raison de ne pas souscrire à la conclusion de la Cour fédérale ou de la modifier.

[9] Dans tous les cas, nous rejetons l'allégation des appelants selon laquelle l'objet de l'article 56.1 est d'interdire la dissolution du Parlement et d'empêcher la tenue d'élections éclairées sauf dans le respect des dispositions du paragraphe 56.1(2) puisqu'un tel objet ne ressort pas du libellé choisi par le législateur à l'article 56.1. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le libellé de l'article 56.1 reflète la volonté du législateur, mais n'empêche pas le premier ministre et la gouverneure générale d'avoir agi comme ils l'ont fait.

[10] Par conséquent, selon notre interprétation de l'article 56.1, la Cour fédérale a eu raison de refuser de rendre un jugement déclaratoire portant que les actes du premier ministre allaient à l'encontre de l'article 56.1.

[11] De même, nous sommes d'accord avec la Cour fédérale que la décision du premier ministre de conseiller la gouverneure générale n'a pas porté atteinte au droit de tous les citoyens de participer à des élections justes en application de l'article 3 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. À cet égard, les appelants ont allégué que la décision du premier ministre a eu pour effet de déclencher des élections avant le moment prévu au paragraphe 56.1(2) et que ceci pourrait avoir porté préjudice à la

infringement of section 3 of the Charter, as a matter of law it was the Governor General that called the election, not the Prime Minister. Further, on this issue, the political parties allegedly affected by this are not before this Court. We query the appellants' standing to litigate those parties' section 3 rights; those parties were well placed to bring such a claim themselves: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at pages 254–256.

[12] Finally, we decline to make a declaration that there is a new constitutional convention that limits the ability of the Prime Minister to advise the Governor General in these circumstances. The Court below found as a fact that no such convention exists. That finding is amply supported by the evidentiary record in this case.

[13] As a result, we will dismiss the appeal. In these unusual circumstances and given the novel issues involved, we will not order costs.

campagne de certains partis politiques. Dans la mesure où ces actes pourraient avoir violé l'article 3 de la Charte, du point de vue juridique, c'est la gouverneure générale qui a déclenché les élections et non le premier ministre. De plus, à cet égard, les partis politiques qui auraient été touchés par cette décision ne se trouvent pas devant cette Cour. Nous nous interrogeons sur la qualité pour agir des appelants dans le cadre d'une action visant à défendre les droits de ces tiers en vertu de l'article 3; ces parties sont bien placées pour intenter eux-mêmes ces poursuites : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, aux pages 254 à 256.

[12] Enfin, nous refusons de rendre un jugement déclarant qu'il existe une nouvelle convention constitutionnelle qui limite le pouvoir du premier ministre de conseiller la gouverneure générale dans ces circonstances. La Cour fédérale a conclu qu'une telle convention n'existe pas. Cette conclusion est amplement étayée par le dossier de preuve dans la présente affaire.

[13] Par conséquent, nous rejetterons l'appel. Compte tenu des circonstances inhabituelles et des questions nouvelles soulevées en l'espèce, nous n'adjugerons pas de dépens.

A-202-09  
2010 FCA 90

A-202-09  
2010 CAF 90

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**J.P.** (*Respondent*)

**J.P.** (*intimé*)

**INDEXED AS: J.P. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : J.P. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Nadon and Evans JJ.A.—Vancouver, October 28, 2009; Ottawa, April 7, 2010.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais et juges Nadon et Evans, J.C.A.—Vancouver, 28 octobre 2009; Ottawa, 7 avril 2010.

*Parole — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review challenging National Parole Board's calculation of respondent's parole eligibility dates — Respondent 14 when convicted of second degree murder — At 22, sentenced to 22 months custody, 36 months community supervision pursuant to Youth Criminal Justice Act (YCJA), s. 42(2)(q)(ii) — As respondent over 20 when sentenced, committed to provincial correctional facility for adults pursuant to YCJA, s. 89(1) — National Parole Board thus asserting jurisdiction over respondent, concluding that for purpose of determining eligibility for parole, respondent serving 58-month sentence — Federal Court determining that only 22-month custodial portion of respondent's sentence to be included by Board for purpose of calculating eligibility for parole — Federal Court correctly interpreting word "sentence", as defined in Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 2(1) — Reference to "youth sentence" in CCRA, s. 2(1) directed to portion of youth sentence to which YCJA, ss. 89(1), 89(3) applying (i.e. period of custody) — Federal Court not erring regarding Board's jurisdiction — Once custodial portion of youth sentence served, Board no longer having jurisdiction; youth court, provincial director retaining exclusive jurisdiction over young person — Federal Court correctly holding Board would retain jurisdiction if respondent's custody continued until end of conditional supervision portion of youth sentence or if youth returned to custody for remainder of youth sentence — Appeal dismissed.*

*Libération conditionnelle — Appel à l'encontre de la décision de la Cour fédérale accueillant une demande de contrôle judiciaire contestant la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de l'admissibilité de l'intimé à la libération conditionnelle — L'intimé avait 14 ans lorsqu'il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — À 22 ans, il a été condamné, en vertu de l'art. 42(2)(q)(ii) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (la LSJPA), à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité — Comme l'intimé avait plus de 20 ans lorsque la peine a été prononcée, il a été placé dans un établissement correctionnel provincial pour adultes conformément à l'art. 89(1) de la LSJPA — La Commission nationale des libérations conditionnelles a donc assumé la compétence à son égard, concluant qu'aux fins de la détermination des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle, l'intimé purgeait une peine de 58 mois — La Cour fédérale a statué que, pour fixer les dates d'admissibilité à la libération conditionnelle, la Commission ne doit tenir compte que de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine de l'intimé — La Cour fédérale a bien interprété les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » définis à l'art. 2(1) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) — Le renvoi à la « peine spécifique » à l'art. 2(1) de la LSCMLC ne désigne que la partie de la peine spécifique à laquelle s'appliquent les art. 89(1) et 89(3) de la LSJPA, c.-à-d. la période de garde — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur quant à la compétence de la Commission — Une fois que la période de garde de la peine spécifique a été purgée, la Commission n'a plus compétence; le tribunal pour adolescents et le directeur provincial retrouvent leur compétence exclusive à l'égard de l'adolescent — La Cour fédérale a eu raison d'affirmer que la Commission resterait compétente dans le cas où l'intimé serait maintenu sous garde jusqu'à la fin de la période de liberté sous condition de sa*



*Construction of Statutes — Respondent sentenced to 22 months custody, 36 months community supervision pursuant to Youth Criminal Justice Act (YCJA), s. 42(2)(q)(ii) — National Parole Board concluding respondent serving 58-month sentence, parole eligibility to be determined pursuant to Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 119(1)(c) — Whether term “sentence” for purpose of calculating parole eligibility under CCRA including only portion of sentence imposed under YCJA, s. 42(2)(q)(ii) — French version of CCRA, s. 119(1)(c) making clear that “sentence” constituting sentence of imprisonment — Federal Court correctly holding that words “means a sentence of imprisonment” found in CCRA, s. 2(1) narrowing scope of word “sentence” to one of incarceration.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent’s application for judicial review challenging the National Parole Board’s calculation of his parole eligibility dates. The respondent murdered his mother when he was 14 and was convicted of second-degree murder. Pursuant to subparagraph 42(2)(q)(ii) of the *Youth Criminal Justice Act* (YCJA), he was sentenced to 22 months of custody and 36 months of community supervision. Since the respondent was 22 at the time of sentencing, he was committed to a provincial correctional facility for adults to serve his sentence. Because of his placement in a correctional facility for adults, the Board asserted jurisdiction over him. The Board was of the view that the respondent was serving a 58-month sentence and therefore, a sentence of over two years for the purpose of subsection 119(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA). It determined that the respondent’s parole eligibility was to be made in accordance with paragraph 119(1)(c). The respondent disagreed, finding that his sentence was less than two years (i.e. 22 months of custody) and that the calculation of his parole eligibility was to be made in accordance with paragraph 119(1)(d). On judicial review, the Federal Court determined that for the purpose of calculating the respondent’s eligibility for day and full parole, only the 22-month custodial portion of the respondent’s sentence was to be included by the Board, not the conditional supervision portion.

*peine spécifique, ou serait remis sous garde pour le reste de cette peine — Appel rejeté.*

*Interprétation des lois — L’intimé a été condamné, en vertu de l’art. 42(2)q(ii) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (la LSJPA), à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité — La Commission nationale des libérations conditionnelles a conclu que l’intimé purgeait une peine de 58 mois et que les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle devaient être déterminées conformément à l’art. 119(1)c de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) — Il s’agissait de savoir si les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement », aux fins de la détermination de l’admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLC, désignent seulement une partie de la peine prononcée sous le régime de l’art. 42(2)q(ii) de la LSJPA — Le texte français de l’art. 119(1)c de la LSCMLC indique manifestement que le terme « sentence » dans la version anglaise s’étend d’une peine d’emprisonnement — La Cour fédérale avait raison de conclure que l’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » à l’art. 2(1) de la LSCMLC a restreint la portée du terme « peine » à la détention.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l’intimé contestant la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. L’intimé a tué sa mère lorsqu’il avait 14 ans et il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Il a été condamné, en vertu du sous-alinéa 42(2)q(ii) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (la LSJPA), à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité. Comme l’intimé avait 22 ans au moment où sa peine a été prononcée, il a été placé dans un établissement correctionnel provincial pour adultes pour y purger sa peine. En raison du placement de l’intimé dans un établissement correctionnel pour adultes, la Commission a assumé la compétence à son égard. Comme la Commission estimait que l’intimé purgeait une peine de 58 mois, donc une peine d’emprisonnement égale ou supérieure à deux ans aux termes du paragraphe 119(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC), elle a établi que les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle devaient être déterminées conformément à l’alinéa 119(1)c. L’intimé n’était pas d’accord, soutenant que sa peine était inférieure à deux ans (soit 22 mois de garde) et que les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle devaient être déterminées selon l’alinéa 119(1)d). Dans le

The issues were whether the term “sentence” for the purpose of calculating parole eligibility under the CCRA includes only a portion of the sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA; whether the Board ceases to have jurisdiction over an individual transferred to an adult correctional facility pursuant to the YCJA once the custodial portion of the sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) ends; and whether the Board is obliged to assert jurisdiction over an individual who is committed to custody in an adult correctional facility during the conditional supervision portion of a sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court correctly interpreted the word “sentence”. The word “sentence”, defined in subsection 2(1) of the CCRA, means a sentence of imprisonment and includes a youth sentence imposed under the YCJA. Parliament decided that young persons, aged 20 or older, should serve their period of custody in an adult facility (subsection 89(1) of the YCJA) and that while detained therein, the CCRA and the *Prison Reformatories Act* (PRA) would apply to them. The period of custody referred to in subsection 89(1) of the YCJA is the only period to which, pursuant to subsection 89(3) thereof, the CCRA and the PRA are directed by Parliament to apply. Thus, the parole scheme of the CCRA can only be concerned with a young person’s period of custody to the exclusion of his period of supervision. When subsection 89(3) of the YCJA and the definition of “sentence” found at subsection 2(1) of the CCRA are read together, a youth sentence within the meaning of the definition can only be the custody period thereof. Hence, the reference to “youth sentence” in subsection 2(1) of the CCRA can only be directed to that portion of the youth sentence to which subsections 89(1) and 89(3) of the YCJA find application (i.e. a young person’s period of custody).

cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a statué que, pour fixer les dates d’admissibilité de l’intimé à la semi-liberté et à la libération conditionnelle, la Commission ne devait tenir compte que de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine de l’intimé et devait exclure la période de liberté sous condition au sein de la collectivité.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement », aux fins de la détermination de l’admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLC, désignent seulement une partie de la peine prononcée sous le régime du sous-alinéa 42(2)q)(ii) de la LSJPA; si la compétence de la Commission à l’égard de la personne transférée dans un établissement correctionnel pour adultes sous le régime de la LSJPA prend fin une fois terminée la période de garde comprise dans la peine prononcée sous le régime du sous-alinéa 42(2)q)(ii); et si la Commission doit assumer la compétence à l’égard de la personne placée sous garde dans un établissement correctionnel pour adultes pendant la période de liberté sous condition au sein de la collectivité comprise dans la peine prononcée sous le régime du sous-alinéa 42(2)q)(ii).

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

La Cour fédérale a bien interprété les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement ». Les termes « peine » et « peine d’emprisonnement », définis au paragraphe 2(1) de la LSCMLC, s’entendent notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA. Le législateur a décidé que les jeunes délinquants de 20 ans ou plus doivent purger leur période de garde dans un établissement pour adultes (paragraphe 89(1) de la LSJPA), et qu’ils relèvent de la LSCMLC et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* (la LPMC) pendant leur détention dans un tel établissement. C’est seulement à la période de garde visée au paragraphe 89(1) de la LSJPA que le législateur a disposé, au paragraphe 89(3) de la LSJPA, que s’appliquent la LSCMLC et la LPMC. Le régime de la libération conditionnelle de la LSCMLC ne peut donc s’appliquer qu’à la période de garde de l’adolescent, à l’exclusion de sa période de surveillance. Si on lit ensemble le paragraphe 89(3) de la LSJPA et la définition de « peine » ou « peine d’emprisonnement » donnée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC, la peine spécifique au sens de cette définition ne peut signifier que la période de garde. Par conséquent, il s’ensuit que la « peine spécifique » visée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC ne peut désigner que la partie de la peine spécifique à laquelle s’appliquent les paragraphes 89(1) et 89(3) de la LSJPA, c’est-à-dire la période de garde de l’adolescent.

The French version of paragraph 119(1)(c) of the CCRA uses the expression “dans le cas du délinquant qui purge une peine d’emprisonnement” to translate the words “where the offender is serving a sentence”. The meaning in the French version is the one which is clearly envisaged by the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA when it makes clear that a “sentence” is a sentence of imprisonment. The Federal Court was therefore correct in holding that the words “means a sentence of imprisonment” found in subsection 2(1) of the CCRA narrowed the scope of the word “sentence” to one of incarceration. This was the only conclusion possible, taking into account the scheme of the Act, the object of the Act and Parliament’s intention.

The Federal Court did not make any reviewable error regarding the Board’s jurisdiction. The argument that the Board should continue to exercise jurisdiction over the respondent, even after the termination of his period of custody, conflicted with the principles of the YCJA. Section 89 of the YCJA transfers the custodial portion of the youth sentence only to adult correctional authorities or to the Board if parole is granted to the young person. Therefore, once the custodial portion of the sentence has been served or has come to an end, the youth court and the provincial director retain their exclusive jurisdiction over the young person.

Finally, the Federal Court was also correct in holding that the Board would retain jurisdiction should the respondent’s custody be continued until the end of the conditional supervision portion of his youth sentence or should he be returned to custody for the remainder of his youth sentence by order of the youth justice court. In such a scenario, the respondent would necessarily be committed, pursuant to subsection 89(1) of the YCJA, to a provincial correctional facility for adults; thus, pursuant to subsection 89(3), the CCRA and the PRA would apply. Therefore, the Board would have jurisdiction over the respondent.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 2(1) “sentence” (as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39), “custodial portion”, 119 (as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; 1997, c. 17, s. 20; 2000, c. 24, s. 37), 120 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, c. 42, s. 34; 2000, c. 24, s. 38), 128(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 69(E), 71(F)).

Le texte français de l’alinéa 119(1)c) de la LSCMLC utilise l’expression « dans le cas du délinquant qui purge une peine d’emprisonnement » là où le texte anglais dit « *where the offender is serving a sentence* ». La signification qu’exprime le texte français est celle qu’a manifestement en vue la définition de « *sentence* » (« peine » ou « peine d’emprisonnement ») donnée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC lorsqu’elle précise bien que la *sentence* (littéralement : peine) est une « *sentence of imprisonment* » (littéralement : « peine d’emprisonnement »). La Cour fédérale a donc raison de conclure que l’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » au paragraphe 2(1) de la LSCMLC a restreint la portée du terme « peine » à la détention. C’était là la seule conclusion possible, compte tenu de l’esprit et de l’objet de la Loi, ainsi que de l’intention du législateur.

La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur donnant lieu à révision quant à la compétence de la Commission. La thèse selon laquelle la Commission reste compétente à l’égard de l’intimé même après l’expiration de sa période de garde était en contradiction avec les principes de la LSJPA. L’article 89 de cette loi fait passer sous la compétence de la direction de l’établissement pour adultes, ou de la Commission si l’adolescent obtient la libération conditionnelle, seulement la période de garde comprise dans la peine spécifique. Il s’ensuit nécessairement que, une fois que la période de garde de la peine a été purgée ou a expiré, le tribunal pour adolescents et le directeur provincial retrouvent leur compétence exclusive à l’égard de l’adolescent.

Enfin, la Cour fédérale a aussi eu raison d’affirmer que la Commission resterait compétente à l’égard de l’intimé dans le cas où il serait maintenu sous garde jusqu’à la fin de la période de liberté sous condition de sa peine spécifique, ou serait remis sous garde pour le reste de cette peine, par ordonnance du tribunal pour adolescents. Dans ce cas, l’intimé serait nécessairement placé sous garde dans un établissement correctionnel provincial pour adultes en vertu du paragraphe 89(1) de la LSJPA, de sorte que, en vertu du paragraphe 89(3) de la même Loi, il relèverait de la LSCMLC et de la LPMC. Par conséquent, la Commission aurait compétence à l’égard de l’intimé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1 (édité par L.C. 1992, ch. 11, art. 16; 2007, ch. 12, art. 1).

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 2(1) « peine » ou « peine d’emprisonnement » (édité par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39), « période de garde », 119 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; 1997, ch. 17,

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 11, s. 16; 2007, c. 12, s. 1).  
*Prisons and Reformatories Act*, R.S.C., 1985, c. P-20, ss. 6(5) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 82), (7.2) (as enacted by S.C. 2002, c. 1, s. 197), (7.3) (as enacted *idem*).  
*Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, ss. 2(1) “youth sentence”, 3(1)(b), 38, 42, 83(2), 89, 91(1), 94, 98, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109.

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Hrushka v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 69, 340 F.T.R. 81; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, 182 D.L.R. (4th) 1; *R. v. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, 237 N.S.R. (2d) 204, 259 D.L.R. (4th) 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; *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.

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 402, [2010] 3 F.C.R. 3, 252 C.C.C. (3d) 127, 344 F.T.R. 235) allowing the respondent’s application for judicial review challenging the National Parole Board’s calculation of his parole eligibility dates. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Curtis S. Workun* for appellant.  
*Garth Barriere* and *Christopher P. Hardcastle* for respondent.

art. 20; 2000, ch. 24, art. 37), 120 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 34; 2000, ch. 24, art. 38), 128(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 69(A), 71(F)).

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1, art. 2(1) « peine spécifique », 3(1)b), 38, 42, 83(2), 89, 91(1), 94, 98, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109.

*Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. (1985), ch. P-20, art. 6(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 82), (7.2) (édicte par L.C. 2002, ch. 1, art. 197), (7.3) (édicte, *idem*).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hrushka c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 69; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. v. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99.

## DÉCISIONS CITÉES :

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

## DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

APPEL à l’encontre de la décision (2009 CF 402, [2010] 3 R.C.F. 3) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l’intimé contestant la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Curtis S. Workun* pour l’appelant.  
*Garth Barriere* et *Christopher P. Hardcastle* pour l’intimé.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Garth Barriere*, Vancouver, for respondent.

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

[1] NADON J.A.: On April 24, 2009, Mosley J. of the Federal Court, in decision 2009 FC 402, [2010] 3 F.C.R. 3, allowed the respondent's application for judicial review which challenged the National Parole Board's (the Board) calculation of his parole eligibility dates.

[2] The main issue raised by this appeal is the interpretation of the word "sentence" found in subsections 119(1) [as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 37], 120(1) [as am. *idem*, s. 38] and 128(1) [as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 69(E), 71(F)] of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the CCRA). More particularly, the issue is whether the word "sentence" found in these provisions means only the custodial component of a custody and supervision order under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (the YCJA), or whether it means both components of such an order.

The Facts

[3] A brief summary of the relevant facts will be helpful to an understanding of the issues before us.

[4] The respondent murdered his mother in 1999. At the time, he was 14 years old.

[5] On March 7, 2008, the respondent was convicted of second degree murder and was sentenced, pursuant to subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA, to 22 months of custody and 36 months of community supervision.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Garth Barriere*, Vancouver, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Le 24 avril 2009, le juge Mosley de la Cour fédérale, par la décision 2009 CF 402, [2010] 3 R.C.F. 3, a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé visant la détermination par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle.

[2] La principale question en litige dans le présent appel est l'interprétation des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » (*sentence*) des paragraphes 119(1) [mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 37], 120(1) [mod., *idem*, art. 38] et 128(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 69(A), 71(F)] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la LSCMLC). Plus précisément, la question est celle de savoir si les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » de ces dispositions signifient seulement la période de garde que fixe l'ordonnance de garde et de surveillance prononcée sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (la LSJPA), ou bien à la fois la période de garde et la période de surveillance que prévoit cette ordonnance.

Les faits

[3] Une brève récapitulation des faits nous aidera à comprendre les questions à décider dans la présente espèce.

[4] L'intimé a tué sa mère en 1999. Il avait alors 14 ans.

[5] Le 7 mars 2008, l'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné, sous le régime du sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la LSJPA, à une peine comprenant 22 mois de garde et 36 mois de surveillance au sein de la collectivité.

[6] Because he was 22 years old at the time of sentencing, the respondent was committed to a provincial correctional facility for adults to serve his sentence, namely, the Fraser Regional Correctional Centre in Maple Ridge, British Columbia. In July 2008, he was transferred to the Vancouver Island Regional Correctional Centre.

[7] Because of his placement in a correctional facility for adults, the Board asserted jurisdiction over him.

[8] Because of its view that the respondent was serving a sentence of 58 months and, hence, a sentence of over two years for the purpose of subsection 119(1) of the CCRA, the Board determined that the respondent's parole eligibility, in accordance with paragraph 119(1)(c), was as follows: (i) for day parole: April 17, 2009; (ii) for full parole: October 17, 2009; (iii) warrant expiry: January 6, 2013.

[9] The respondent did not agree with the Board's calculation and sought a review thereof. In his view, the calculation of his parole eligibility was to be made in accordance with paragraph 119(1)(d) of the CCRA, as his sentence was one of less than two years, i.e. the 22 months of custody. On October 3, 2008, the Board advised him that the calculation would not be changed.

[10] With the help of legal counsel, the respondent made a further attempt to convince the Board that it had wrongly calculated his eligibility dates. By letter dated December 9, 2008, the Board advised the respondent that the calculation would stand.

[11] On January 7, 2009, the respondent filed his judicial review application in the Federal Court. Specifically, he asserted that the Board had miscalculated his eligibility date and that he was eligible for day parole after serving 1/6 of his 22-month custodial sentence and eligible for full parole after serving 1/3 of his 22-month custodial sentence.

[6] Parce qu'il avait 22 ans au moment où sa peine a été prononcée, l'intimé a été placé pour l'y purger dans un établissement correctionnel provincial pour adultes, soit le Centre correctionnel régional à Maple Ridge dans la vallée du Fraser (Colombie-Britannique). En juillet 2008, il a été transféré au Centre correctionnel régional de l'île de Vancouver.

[7] En raison du placement de l'intimé dans un établissement correctionnel pour adultes, la Commission a assumé la compétence à son égard.

[8] Comme, selon elle, l'intimé purgeait une peine de 58 mois, donc une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à deux ans aux termes du paragraphe 119(1) de la LSCMLC, la Commission a établi que les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle, sous le régime de l'alinéa c) de ce paragraphe, étaient les suivantes : i) semi-liberté : le 17 avril 2009; ii) libération conditionnelle totale : le 17 octobre 2009; et iii) expiration du mandat de dépôt : le 6 janvier 2013.

[9] L'intimé, ne souscrivant pas au calcul de la Commission, en a demandé l'examen. Selon lui, les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle devaient être déterminées sous le régime de l'alinéa 119(1)d) de la LSCMLC, au motif que sa peine — constituée par les 22 mois de sa période de garde — était inférieure à deux ans. Le 3 octobre 2008, la Commission l'a avisé qu'elle ne changerait pas son calcul.

[10] Avec l'aide d'un avocat, l'intimé a essayé encore une fois de convaincre la Commission qu'elle avait établi erronément les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Par lettre en date du 9 décembre 2008, la Commission lui a répondu qu'elle maintenait sa décision à cet égard.

[11] Le 7 janvier 2009, l'intimé a déposé sa demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il y soutenait que la Commission s'était trompée dans la détermination des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle : qu'il était admissible à la semi-liberté après avoir purgé le sixième de sa période de garde de 22 mois, et admissible à la libération conditionnelle totale après avoir purgé le tiers de la même période.

[12] He later amended his application to seek a declaration that his parole expired at the end of his 22-month custodial sentence.

[13] On April 24, 2009, Mosley J. rendered the following judgment:

IT IS THE JUDGMENT OF THIS COURT that

1. For the purpose of calculating the applicant's eligibility for day and full parole, only the 22-month custodial portion of the applicant's sentence is to be included by the National Parole Board and the calculation shall not include the conditional supervision portion of the sentence;
2. The National Parole Board's jurisdiction to grant, terminate or revoke parole and to supervise the applicant expires at the end of the 22-month custodial portion of the applicant's youth sentence subject to the following provision;
3. Should custody be continued until the end of the conditional supervision portion of the sentence or the applicant is returned to custody for the remainder of the sentence by order of the youth justice court, the Board will retain jurisdiction;
4. The applicant is awarded costs for this application according to the normal scale.

[14] On May 4, 2009, the appellant commenced the appeal now before us.

#### The Issues

[15] The appeal raises the following issues:

1. Whether the term "sentence" for the purpose of calculating parole eligibility under the CCRA includes only a portion of the sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA;

[12] Il a par la suite modifié sa demande pour solliciter un jugement déclaratoire comme quoi la compétence de la Commission à son égard prenait fin à l'expiration de sa période de garde de 22 mois.

[13] Le 24 avril 2009, le juge Mosley a rendu le jugement suivant :

LA COUR STATUE CE QUI SUIT :

1. Aux fins de la fixation des dates d'admissibilité du demandeur à la semi-liberté et à la libération conditionnelle, la Commission nationale des libérations conditionnelles ne doit tenir compte que de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine de celui-ci et exclure de son calcul la période de liberté sous condition au sein de la collectivité que comporte cette même peine;
2. La compétence de la Commission nationale des libérations conditionnelles pour accorder une libération conditionnelle, y mettre fin ou la révoquer, et pour surveiller le demandeur, prend fin à l'expiration de la période de garde de 22 mois comprise dans la peine spécifique de celui-ci, sous la réserve suivante;
3. Dans le cas où le demandeur serait maintenu sous garde jusqu'à la fin de la période de liberté sous condition comprise dans sa peine ou remis sous garde pour le reste de cette peine par décision du tribunal pour adolescents, la Commission conserverait compétence à son égard;
4. Les dépens afférents à la présente demande sont adjugés au demandeur suivant l'échelle normale.

[14] L'appelant a introduit le présent appel le 4 mai 2009.

#### Les questions en litige

[15] Les questions suivantes sont en litige dans le présent appel :

1. Les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement », aux fins de la détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle sous le régime de la LSCMLC, désignent-ils seulement une partie de la peine prononcée sous le régime du sous-alinéa 42(2)q(ii) de la LSJPA?

2. Whether the Board ceases to have jurisdiction over an individual transferred to an adult correctional facility pursuant to the provisions of the YCJA once the custodial portion of the sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) ends, irrespective of whether the individual remains on full parole at the time; and

3. Whether the Board is obliged to assert jurisdiction over an individual who is committed to custody in an adult correctional facility during the conditional supervision portion of a sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA.

[16] Before proceeding, I should make it clear that the issues before us are now moot in that, based on the Board's calculations of the respondent's parole eligibility, he was eligible for full parole on October 17, 2009. Consequently, our decision has no practical application in the circumstances of this case. However, in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Supreme Court of Canada indicated that in certain circumstances, notwithstanding that a case raised only a hypothetical or abstract question, the Court could hear the matter. In formulating this view, the Court identified three basic policies behind the mootness doctrine:

1. The Court's capability of resolving legal disputes finds its roots in the adversarial relationship between parties who have a stake in the outcome of a case. This ensures the likelihood that the issues will be "well and fully argued by parties who have a stake in the outcome" (see pages 358–359 of the reasons).

2. The doctrine of mootness promotes judicial economy in that there is a need to "ration scarce judicial resources among competing claimants" (see page 360 of the reasons).

3. Courts should be reluctant to adjudicate matters in the absence of a "dispute affecting the rights of the

2. La compétence de la Commission à l'égard de la personne transférée dans un établissement correctionnel pour adultes sous le régime de la LSJPA prend-elle fin une fois terminée la période de garde comprise dans la peine prononcée sous le régime dudit sous-alinéa 42(2)q)(ii), sans égard pour le point de savoir si cette personne reste en liberté conditionnelle totale à ce moment?

3. La Commission doit-elle assumer la compétence à l'égard de la personne placée sous garde dans un établissement correctionnel pour adultes pendant la période de liberté sous condition au sein de la collectivité comprise dans la peine prononcée sous le régime dudit sous-alinéa 42(2)q)(ii)?

[16] Avant d'aller plus loin, je dois préciser que les questions à décider dans la présente espèce n'ont plus maintenant qu'un caractère théorique, étant donné que, selon le calcul de la Commission, l'intimé était admissible à la libération conditionnelle totale le 17 octobre 2009. Par conséquent, notre décision n'a pas d'effet pratique dans la présente espèce. Cependant, l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, porte que dans certains cas la Cour peut juger une affaire au fond même si elle ne met en litige qu'une question hypothétique ou abstraite. La Cour suprême, en formulant ce point de vue, a établi que la doctrine du caractère théorique repose sur trois principes fondamentaux :

1. La capacité des tribunaux à régler les litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire tend à garantir que « les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects » (voir la page 359 des motifs).

2. La doctrine du caractère théorique favorise l'économie des ressources judiciaires, « la triste réalité » étant qu'il faut « rationner et répartir entre les justiciables des ressources judiciaires limitées » (voir la page 360 des motifs).

3. Les tribunaux doivent se montrer peu disposés à prononcer des jugements « sans qu'il y ait de litige



parties”, as this may be seen as an intrusion into the role of the legislative branch (see page 362 of the reasons).

[17] In the present matter, I am satisfied that the promotion of judicial economy plays in favour of a determination of the issues raised by the appeal. Given the nature of parole eligibility calculations and the inherent delays in the judicial and administrative processes, cases such as the one now before us will, more often than not, be moot before reaching this Court. The issues raised by the appeal concern important aspects of the YCJA and the CCRA and I have no doubt that the question of parole eligibility for young offenders serving their youth sentence in an adult facility is bound to arise again. Thus, given that the issues were fully and vigorously argued by both sides, a determination of these issues will make better use of scarce judicial resources and will also better serve the administration of justice.

[18] I therefore conclude that we should determine the issues now before us in this appeal.

### Legislation

[19] It will be useful, at the outset, to reproduce the provisions of both the CCRA and the YCJA upon which depend the answers to the questions raised in this appeal:

#### *A. Corrections and Conditional Release Act*

Definitions 2. (1) ...

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*;

pouvant affecter les droits des parties », étant donné que cela pourrait être considéré comme un empiètement sur la fonction législative (voir la page 362 des motifs).

[17] J’estime que, dans le présent appel, la promotion de l’économie des ressources judiciaires milite en faveur de la décision des questions en litige. Étant donné la nature des calculs par lesquels on fixe les dates d’admissibilité à la libération conditionnelle, ainsi que les lenteurs inhérentes aux procédures judiciaires et administratives, les litiges tels que celui qui nous occupe ici seront la plupart du temps devenus théoriques avant d’être portés devant notre Cour. Les questions soulevées par le présent appel concernent des aspects importants de la LSJPA et de la LSCMLC, et il ne me paraît faire aucun doute que la question de l’admissibilité à la libération conditionnelle des jeunes délinquants purgeant leur peine spécifique dans un établissement pour adultes ne manquera pas de se poser de nouveau. Par conséquent, comme les parties en présence ont débattu complètement et vigoureusement les questions en litige, notre Cour fera un meilleur usage de ressources judiciaires limitées et servira mieux les intérêts de l’administration de la justice en tranchant ces questions qu’en s’y refusant.

[18] Je conclus donc que notre Cour devrait décider les questions dont elle est saisie dans le présent appel.

### Les dispositions législatives applicables

[19] Il paraît utile de reproduire dès l’abord les dispositions de la LSCMLC et de la LSJPA dont dépendent les réponses à donner aux questions que soulève le présent appel.

#### *A. Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*

2. (1) [...]

Définitions

« peine » ou « peine d’emprisonnement » S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d’une peine d’emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

	...	[...]	
Time when eligible for day parole	<p><b>119.</b> (1) Subject to section 746.1 of the <i>Criminal Code</i>, subsection 140.3(2) of the <i>National Defence Act</i> and subsection 15(2) of the <i>Crimes Against Humanity and War Crimes Act</i>, the portion of a sentence that must be served before an offender may be released on day parole is</p>	<p><b>119.</b> (1) Sous réserve de l'article 746.1 du <i>Code criminel</i>, du paragraphe 140.3(2) de la <i>Loi sur la défense nationale</i> et du paragraphe 15(2) de la <i>Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre</i>, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté est :</p>	Temps d'épreuve pour la semi-liberté
	...	[...]	
	<p>(c) where the offender is serving a sentence of two years or more, other than a sentence referred to in paragraph (a) or (b), the greater of</p>	<p>c) dans le cas du délinquant qui purge une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à deux ans, à l'exclusion des peines visées aux alinéas a) et b), six mois ou, si elle est plus longue, la période qui se termine six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale;</p>	
	<p>(i) the portion ending six months before the date on which full parole may be granted, and</p>		
	<p>(ii) six months; or</p>		
	<p>(d) one half of the portion of the sentence that must be served before full parole may be granted, where the offender is serving a sentence of less than two years.</p>	<p>d) dans le cas du délinquant qui purge une peine inférieure à deux ans, la moitié de la peine à purger avant cette même date.</p>	
	...	[...]	
Time when eligible for full parole	<p><b>120.</b> (1) Subject to sections 746.1 and 761 of the <i>Criminal Code</i> and to any order made under section 743.6 of that Act, to subsection 140.3(2) of the <i>National Defence Act</i> and to any order made under section 140.4 of that Act, and to subsection 15(2) of the <i>Crimes Against Humanity and War Crimes Act</i>, an offender is not eligible for full parole until the day on which the offender has served a period of ineligibility of the lesser of one third of the sentence and seven years.</p>	<p><b>120.</b> (1) Sous réserve des articles 746.1 et 761 du <i>Code criminel</i> et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 743.6 de cette loi, du paragraphe 140.3(2) de la <i>Loi sur la défense nationale</i> et de toute ordonnance rendue en vertu de l'article 140.4 de cette loi, et du paragraphe 15(2) de la <i>Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre</i>, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale est d'un tiers de la peine à concurrence de sept ans.</p>	Temps d'épreuve pour la semi-liberté
	...	[...]	
Continuation of sentence	<p><b>128.</b> (1) An offender who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence continues, while entitled to be at large, to serve the sentence until its expiration according to law. [Emphasis added.]</p>	<p><b>128.</b> (1) Le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle ou d'office ou d'une permission de sortir sans escorte continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement jusqu'à l'expiration légale de celle-ci. [Non souligné dans l'original.]</p>	Présomption

B. *Youth Criminal Justice Act*B. *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*

Definitions

2. (1) ...

“youth sentence” means a sentence imposed under section 42, 51 or 59 or any of sections 94 to 96 and includes a confirmation or a variation of that sentence.

...

Purpose

38. (1) The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

...

Considerations as to youth sentence

42. (1) A youth justice court shall, before imposing a youth sentence, consider any recommendations submitted under section 41, any pre-sentence report, any representations made by the parties to the proceedings or their counsel or agents and by the parents of the young person, and any other relevant information before the court.

Youth sentence

(2) When a youth justice court finds a young person guilty of an offence and is imposing a youth sentence, the court shall, subject to this section, impose any one of the following sanctions or any number of them that are not inconsistent with each other and, if the offence is first degree murder or second degree murder within the meaning of section 231 of the *Criminal Code*, the court shall impose a sanction set out in paragraph (q) or subparagraph (r)(ii) or (iii) and may impose any other of the sanctions set out in this subsection that the court considers appropriate:

...

(q) order the young person to serve a sentence not to exceed

...

2. (1) [...]

« peine spécifique » Toute peine visée aux articles 42, 51, 59 ou 94 à 96 ou confirmation ou modification d’une telle peine.

[...]

38. (1) L’assujettissement de l’adolescent aux peines visées à l’article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l’infraction qu’il a commise par l’imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

[...]

42. (1) Le tribunal pour adolescents tient compte, avant d’imposer une peine spécifique, des recommandations visées à l’article 41 et du rapport prédécisionnel qu’il aura exigés, des observations faites à l’instance par les parties, leurs représentants ou avocats et par les père et mère de l’adolescent et de tous éléments d’information pertinents qui lui ont été présentés.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, dans le cas où il déclare un adolescent coupable d’une infraction et lui impose une peine spécifique, le tribunal lui impose l’une des sanctions ci-après en la combinant éventuellement avec une ou plusieurs autres compatibles entre elles; dans le cas où l’infraction est le meurtre au premier ou le meurtre au deuxième degré au sens de l’article 231 du *Code criminel*, le tribunal lui impose la sanction visée à l’alinéa q) ou aux sous-alinéas r)(ii) ou (iii) et, le cas échéant, toute autre sanction prévue au présent article qu’il estime indiquée :

[...]

q) l’imposition par ordonnance :

[...]

Définitions

Objectif

Éléments à prendre en compte

Peine spécifique

(ii) in the case of second degree murder, seven years comprised of

(ii) dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, d'une peine maximale de sept ans consistant, d'une part, en une mesure de placement sous garde, exécutée de façon continue, pour une période maximale de quatre ans à compter de sa mise à exécution, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), et, d'autre part, en la mise en liberté sous condition au sein de la collectivité conformément à l'article 105;

(A) a committal to custody, to be served continuously, for a period that must not, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), exceed four years from the date of committal, and

(B) a placement under conditional supervision to be served in the community in accordance with section 105;

...

[...]

Exception if young person is twenty years old or older

**89.** (1) When a young person is twenty years old or older at the time the youth sentence is imposed on him or her under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r), the young person shall, despite section 85, be committed to a provincial correctional facility for adults to serve the youth sentence.

**89.** (1) L'adolescent âgé de vingt ans ou plus au moment où une peine spécifique lui est imposée en vertu des alinéas 42(2)n), o), q) ou r) doit, malgré l'article 85, être détenu dans un établissement correctionnel provincial pour adultes pour y purger sa peine.

Exception lorsque l'adolescent a vingt ans ou plus

...

[...]

Provisions to apply

(3) If a young person is serving a youth sentence in a provincial correctional facility for adults or a penitentiary under subsection (1) or (2), the *Prisons and Reformatories Act* and the *Corrections and Conditional Release Act*, and any other statute, regulation or rule applicable in respect of prisoners or offenders within the meaning of those Acts, statutes, regulations and rules, apply in respect of the young person except to the extent that they conflict with Part 6 (publication, records and information) of this Act, which Part continues to apply to the young person.

(3) Les lois — notamment *la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et *la Loi sur les prisons et les maisons de correction* —, règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de ces lois, règlements ou autres règles de droit s'appliquent à l'adolescent qui purge sa peine dans un établissement correctionnel provincial pour adultes ou un pénitencier au titre des paragraphes (1) ou (2), dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 (dossiers et confidentialité des renseignements) de la présente loi, qui continue de s'appliquer à l'adolescent.

Dispositions applicables

...

[...]

Reintegration leave

**91.** (1) The provincial director of a province may, subject to any terms or conditions that he or she considers desirable, authorize, for a young

**91.** (1) Le directeur provincial d'une province peut, selon les modalités qu'il juge indiquées, autoriser à l'égard de l'adolescent placé dans un

Congé de réinsertion sociale

person committed to a youth custody facility in the province further to an order under paragraph 76(1)(a) (placement when subject to adult sentence) or a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r),

(a) a reintegration leave from the youth custody facility for a period not exceeding thirty days if, in the opinion of the provincial director, it is necessary or desirable that the young person be absent, with or without escort, for medical, compassionate or humanitarian reasons or for the purpose of rehabilitating the young person or reintegrating the young person into the community; or

(b) that the young person be released from the youth custody facility on the days and during the hours that the provincial director specifies in order that the young person may

(i) attend school or any other educational or training institution,

(ii) obtain or continue employment or perform domestic or other duties required by the young person's family,

(iii) participate in a program specified by the provincial director that, in the provincial director's opinion, will enable the young person to better carry out employment or improve his or her education or training, or

(iv) attend an out-patient treatment program or other program that provides services that are suitable to addressing the young person's needs.

...

lieu de garde de la province en exécution d'une ordonnance rendue en application de l'alinéa 76(1)a) (placement en cas de peine applicable aux adultes) ou d'une peine spécifique imposée au titre des alinéas 42(2)n), o), q) ou r) :

a) ou bien un congé pour une période maximale de trente jours, si, à son avis, il est nécessaire ou souhaitable que l'adolescent s'absente, accompagné ou non, soit pour des raisons médicales, humanitaires ou de compassion, soit en vue de sa réadaptation ou de sa réinsertion sociale;

b) ou bien la mise en liberté durant les jours et les heures qu'il fixe, de manière que l'adolescent puisse, selon le cas :

(i) fréquenter l'école ou tout autre établissement d'enseignement ou de formation,

(ii) obtenir ou conserver un emploi ou effectuer, pour sa famille, des travaux ménagers ou autres,

(iii) participer à un programme qu'il indique et qui, à son avis, permettra à l'adolescent de mieux exercer les fonctions de son poste ou d'accroître ses connaissances ou ses compétences,

(iv) suivre un traitement externe ou prendre part à un autre type de programme offrant des services adaptés à ses besoins.

[...]

Continuation  
of custody

**104.** (1) When a young person on whom a youth sentence under paragraph 42(2)(o), (q) or (r) has been imposed is held in custody and an application is made to the youth justice court by the Attorney General, within a reasonable time before the expiry of the custodial portion of the youth sentence, the provincial director of the province in which the young person is held in custody shall cause the young person to be brought before the youth justice court and the youth justice court may, after giving both parties and a parent of the young person an opportunity

**104.** (1) Dans le cas où l'adolescent est tenu sous garde en vertu d'une peine spécifique imposée en application des alinéas 42(2)o), q) ou r) et où le procureur général présente une demande en ce sens au tribunal pour adolescents dans un délai raisonnable avant l'expiration de la période de garde, le directeur provincial de la province où l'adolescent est tenu sous garde doit le faire amener devant le tribunal; celui-ci, après avoir fourni aux parties et aux père ou mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, peut, s'il est convaincu qu'il existe des motifs

Prolongation  
de la garde

to be heard and if it is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the young person is likely to commit an offence causing the death of or serious harm to another person before the expiry of the youth sentence the young person is then serving, order that the young person remain in custody for a period not exceeding the remainder of the youth sentence.

Continuation  
of custody

(2) If the hearing of an application under subsection (1) cannot be completed before the expiry of the custodial portion of the youth sentence, the court may order that the young person remain in custody until the determination of the application if the court is satisfied that the application was made in a reasonable time, having regard to all the circumstances, and that there are compelling reasons for keeping the young person in custody. [Emphasis added.]

### The Federal Court Decision

[20] Because I am of the view that Mosley J. (hereinafter the Judge) made no error which would allow us to intervene, I will set out at length the reasons which led him to conclude as he did.

[21] First, the Judge dealt with the standard of review. He referred to the Supreme Court of Canada's decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and to its more recent decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 and concluded that the applicable standard with regard to the interpretation of the CCRA and the YCJA was that of correctness. At paragraph 15 of his reasons, he wrote as follows:

Here, the Board interpreted its "home statute" (the CCRA) and a related statute (the YCJA) but the questions at issue in these proceedings have not arisen in the context of the Board's usual administrative regime respecting the grant of parole to adult offenders. In the particular circumstances in which this application has been brought, I have no reason to believe that the Board has any greater degree of expertise than the Court in construing the interplay between the two statutes. The questions of law that arise may be considered to be of significant importance to the youth justice system and outside the Board's expertise. Accordingly, I am satisfied that the Board's decision does not require deference and that I must be concerned with whether the Board correctly

raisonnables de croire que l'adolescent commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un dommage grave à autrui, ordonner son maintien sous garde pour une période n'excédant pas le reste de sa peine.

(2) S'il ne peut décider de la demande avant l'expiration de la période de garde, le tribunal peut, s'il est convaincu que la demande a été présentée dans un délai raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances, et qu'il existe des motifs impérieux pour la prise de cette mesure, ordonner le maintien sous garde de l'adolescent jusqu'à l'aboutissement de la demande. [Non souligné dans l'original.]

Maintien sous  
garde pendant  
l'audition

### La décision de la Cour fédérale

[20] Comme j'estime que le juge Mosley (le juge) n'a commis aucune erreur qui appellerait notre intervention, je récapitulerai en détail les motifs qui l'ont mené à sa décision.

[21] Le juge a d'abord examiné la question de la norme de contrôle judiciaire. Se référant à deux arrêts de la Cour suprême du Canada, soit *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et l'arrêt plus récent *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, il a conclu que la norme applicable à l'interprétation de la LSCMLC et de la LSJPA était celle de la décision correcte. Il écrit en effet ce qui suit au paragraphe 15 des motifs de sa décision :

En l'occurrence, la Commission a interprété sa « loi constitutive » (la LSCMLC) et une loi liée à celle-ci (la LSJPA), mais les questions en litige dans la présente instance ne se posent pas dans le cadre du régime administratif habituel de la Commission concernant l'octroi de la libération conditionnelle aux délinquants adultes. Dans le contexte particulier où la présente demande a été formée, je n'ai aucune raison de croire que la Commission possède un degré plus élevé d'expertise que la Cour touchant l'interprétation des rapports entre les deux lois susdites. Les questions de droit qui se posent dans la présente espèce peuvent être considérées comme importantes pour le système de justice pour les adolescents et extérieures à l'expertise de la Commission. En

interpreted the applicable legislation in its calculation of J.P.'s parole eligibility.

[22] The Judge then turned to the issue of whether the term “sentence”, found in the subsections 119(1), 120(1) and 128(1) of the CCRA, is a reference to the custodial portion only of a custody and supervision order under the YCJA or a reference to both the custody and supervision portions of the order for the purpose of calculating parole eligibility.

[23] The Judge began by reviewing the parties' submissions. He then proceeded to review the purpose of the YCJA and its relevant provisions. He stated at paragraph 28 that the purpose of the statute was to render young persons accountable for offences through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for such persons and to promote their rehabilitation into society, thus, contributing to the protection of the public (see section 38 of the YCJA).

[24] The Judge then pointed out that in the case of a conviction for second degree murder, the youth justice court was bound to sentence the young person to a term not to exceed seven years, comprised of a committal to custody for a period not exceeding four years and a placement under conditional supervision to be served in the community (see subparagraph 42(2)(g)(ii) of the YCJA).

[25] The Judge indicated that while the seven-year term was fixed and that a supervision term was a mandatory component of the sentence, it was possible to vary the manner in which the custodial and non-custodial portions were to be served. In this regard, the Judge gave as an example subsection 104(1) of the YCJA, which provides that if the youth justice court is satisfied that there are reasonable grounds to believe that a young person will likely cause the death of or serious harm to another person before the expiry of his youth sentence, the court may order that the young person remain in

conséquence, je suis convaincu que la décision de cette dernière ne commande pas de retenue judiciaire et que je dois me demander si elle a interprété correctement les dispositions législatives applicables en fixant les dates d'admissibilité de J.P. à la libération conditionnelle.

[22] Le juge a ensuite posé la question de savoir si les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » des paragraphes 119(1), 120(1) et 128(1) de la LSCMLC désignent, aux fins de la détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle, seulement la période de garde que fixe l'ordonnance de garde et de surveillance prononcée sous le régime de la LSJPA, ou bien à la fois la période de garde et la période de surveillance que prévoit cette ordonnance.

[23] Après avoir passé en revue les conclusions des parties à ce sujet, il est passé à l'examen de l'objet de la LSJPA et de ses dispositions pertinentes. Il rappelle au paragraphe 28 de ses motifs que cette loi a pour objectif de faire répondre l'adolescent de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de contribuer à la protection du public (voir l'article 38 de la LSJPA).

[24] Il rappelle ensuite que, dans le cas où il déclare un adolescent coupable de meurtre au deuxième degré, le tribunal pour adolescents est tenu de le condamner à une peine maximale de sept ans, consistant en une mesure de placement sous garde pour une période maximale de quatre ans et en une mise en liberté sous condition au sein de la collectivité (voir le sous-alinéa 42(2)(g)(ii) de la LSJPA).

[25] Le juge fait observer que, s'il est vrai que la durée de sept ans est fixe et que la période de surveillance constitue un élément obligatoire de la peine, la façon dont sont purgées la période de garde et la période non privative de liberté peut varier. Le juge en donne pour exemple le paragraphe 104(1) de la LSJPA, qui dispose que, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'adolescent commettra vraisemblablement, avant l'expiration de sa peine, une infraction causant la mort ou un dommage grave à autrui, le tribunal pour adolescents peut ordonner son

custody for a period not to exceed the remainder of his youth sentence.

[26] The Judge also pointed out that because the respondent was over the age of 20 when he was sentenced, he was required to serve the custody portion of his youth sentence in a provincial correctional facility for adults (see subsection 89(1) of the YCJA). This led him to observe that the CCRA, the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C., 1985, c. P-20 (the PRA), and any other statute, regulation or rule applicable to prisoners or offenders, within the meaning of those acts, statutes, regulations or rules, applied to young persons, except where there was a conflict with Part 6 [ss. 110–129] (publication, record and information) of the YCJA (see subsection 89(3) of the YCJA).

[27] The Judge then turned to Part II [ss. 99–156] of the CCRA, which governs the conditional release, supervision and long-term supervision of offenders serving their sentence in an adult facility. In particular, the Judge referred to sections 119 [as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; 1997, c. 17, s. 20; 2000, c. 24, s. 37] and 120 [as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13; c. 42, s. 34; 2000, c. 24, s. 38] of the CCRA, which provide that an offender will be eligible for full parole after serving the lesser of 1/3 of his sentence or seven years and that he will be eligible for day parole after having served the greater of a period ending six months before the date on which he is entitled to full parole and six months. This observation led him to opine that “[e]ligibility for day parole will necessarily depend upon eligibility for full parole” (see paragraph 33 of his reasons).

[28] The Judge then turned to the main issue before him, which he formulated as follows at paragraph 34 of his reasons:

The issue at bar turns on the correct interpretation of “sentence” within the meaning of these provisions. The applicant’s position is that only the 22-month custodial portion

maintien sous garde pour une période n’excédant pas le reste de sa peine totale.

[26] Le juge fait aussi remarquer que, comme l’intimé avait plus de 20 ans au moment où sa peine a été prononcée, il devait purger la période de garde de sa peine spécifique dans un établissement correctionnel provincial pour adultes, en vertu du paragraphe 89(1) de la LSJPA. Ce fait l’amène à rappeler que la LSCMLC, la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. (1985), ch. P-20 (la LPMC), ainsi que les règlements et autres règles de droit régissant les prisonniers ou les délinquants au sens de ces lois, s’appliquent aux adolescents, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la partie 6 [art. 110 à 129] de la LSJPA (dossiers et confidentialité des renseignements) (voir le paragraphe 89(3) de la LSJPA).

[27] Le juge passe ensuite à l’examen de la partie II [art. 99 à 156] de la LSCMLC, qui régit la mise en liberté sous condition, la liberté surveillée et la surveillance de longue durée des délinquants qui purgent leur peine dans un établissement pour adultes. Il s’attache en particulier aux articles 119 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; 1997, ch. 17, art. 20; 2000, ch. 24, art. 37] et 120 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13; ch. 42, art. 34; 2000, ch. 24, art. 38] de la LSCMLC, qui disposent que le temps d’épreuve pour l’admissibilité à la libération conditionnelle totale est d’un tiers de la peine à concurrence de sept ans et que le temps d’épreuve pour l’admissibilité à la semi-liberté est de six mois ou d’une durée qui se termine six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale, selon la plus longue de ces durées. Cette observation l’amène à faire remarquer que « [l’]admissibilité à la semi-liberté dépend [...] nécessairement de l’admissibilité à la libération conditionnelle totale » (voir le paragraphe 33 de ses motifs).

[28] Le juge s’attaque ensuite à la principale question dont il est saisi, qu’il formule comme suit au paragraphe 34 de ses motifs :

La réponse à la question en litige dépend de l’interprétation à donner au terme « peine » pour l’application de ces dispositions. Selon le demandeur, seule la période de garde de



of his sentence can be considered “the sentence” for the purpose of calculating parole eligibility. The respondent argues that parole eligibility is based on an offender’s total sentence, which in the applicant’s case is 58 months.

[29] He began his treatment of the issue by stating that, at first glance, the meaning of the word “sentence” found in the subsection 2(1) [as enacted by S.C. 1995, c. 42, s. 1; 2004, c. 21, s. 39] definition of the CCRA appeared to refer to both the custodial and supervisory components of the youth sentence imposed under the YCJA, which sentence included the sentence imposed on the respondent under section 42 thereof.

[30] However, the Judge undertook a contextual interpretation of the relevant provisions, as required by the Supreme Court’s decision in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, wherein the Supreme Court adopted the point of view enunciated by Professor Elmer A. Driedger in his *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworth, 1974), at page 67, where he said:

... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[31] In conducting a contextual interpretation, the Judge referred to paragraph 83(2)(e) of the YCJA, which provides that young persons, when treated as adults, are not to be disadvantaged “with respect to their eligibility for and conditions of release.” The Judge then observed that the respondent, having been placed in an adult facility, was not to be disadvantaged “in the calculation of his sentence to determine his eligibility for release” (paragraph 41 of his reasons).

[32] The Judge then opined that the meaning of the word “sentence”, found in sections 119 and 120 of the CCRA, could be inferred from a conceptual and purposive interpretation of the parole scheme found in the

22 mois que comprend sa peine peut être considérée comme « la peine » aux fins de la fixation des dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Le défendeur soutient quant à lui que l’admissibilité à la libération conditionnelle est fondée sur la durée totale de la peine prononcée, qui dans le cas du demandeur est de 58 mois.

[29] Il commence l’analyse de cette question en faisant observer que, à première vue, les termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » définis au paragraphe 2(1) [édicte par L.C. 1995, ch. 42, art. 1; 2004, ch. 21, art. 39] de la LSCMLC paraissent désigner à la fois la période de garde et la période de surveillance au sein de la collectivité que comprend la peine spécifique prononcée sous le régime de la LSJPA, laquelle peine spécifique se définit comme étant entre autres toute peine — telle que celle de l’intimé — visée à l’article 42 de cette loi.

[30] Le juge ne se dispense pas pour autant d’effectuer une interprétation contextuelle des dispositions applicables, comme l’exige l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, où la Cour suprême du Canada a fait sien le point de vue exprimé dans les termes suivants par le juriste Elmer A. Driedger à la page 67 de *The Construction of Statutes*, Toronto : Butterworth, 1974 :

[TRADUCTION] [...] il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[31] Dans le cadre de son interprétation contextuelle, le juge fait référence à l’alinéa 83(2)e) de la LSJPA, qui dispose que le placement qui vise à traiter les adolescents comme des adultes ne doit pas les désavantager « en ce qui concerne leur admissibilité à la libération et les conditions afférentes ». Il note ensuite que l’intimé, ayant été placé dans un établissement pour adultes, ne doit pas être désavantagé « dans le calcul par lequel on déterminera les dates de son admissibilité à la libération sur la base de sa peine » (paragraphe 41 des motifs).

[32] Le juge fait ensuite observer qu’on peut déduire la signification du terme « peine », pour l’application des articles 119 et 120 de la LSCMLC, d’une interprétation conceptuelle et téléologique du régime des

CCRA. He indicated that parole was a discretionary form of conditional release whereby offenders were allowed to serve the balance of their sentence outside of a correctional facility, under supervision and specific conditions, adding that parole therefore could not “attach to a sanction or a portion thereof that is already ordered to be served in the community, such as the conditional supervision portion of a sentence under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA” (paragraph 42 of his reasons).

[33] The Judge then referred to the definition of the word “sentence” found at subsection 2(1) of the CCRA, which, for ease of reference, I again reproduce:

Definitions 2. (1) ...

“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*; [Emphasis added.]

[34] The Judge pointed out that the definition used the verbs “means” and “includes”, which led him to refer with approval to Hansen J.’s decision in *Hrushka v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 69, 340 F.T.R. 81, where she wrote at paragraph 16 of her reasons:

Second, the Respondent’s argument runs contrary to the use and purpose of statutory definitions and recognized drafting conventions. As stated in *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes* [Ruth Sullivan, *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes* (Vancouver: Butterworths, 2002), p. 51], there are two kinds of statutory definitions, exhaustive and non-exhaustive. Exhaustive definitions are normally introduced with the term “means” and serve the following purposes: “to clarify a vague or ambiguous term; to narrow the scope of a word or expression; to ensure that the scope of a word or expression is not narrowed; and to create an abbreviation or other concise form of reference to a lengthy expression.” Non-exhaustive definitions are normally

libérations conditionnelles qu’établit cette loi. La libération conditionnelle, poursuit-il, est une forme discrétionnaire de mise en liberté sous condition qui permet aux délinquants de purger le reste de leur peine en dehors d’un établissement carcéral, sous surveillance et à des conditions déterminées. La libération conditionnelle, conclut-il, ne peut donc « se rapporter à une sanction ou à une partie de sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité, telle que la période de liberté sous condition faisant partie de la peine prévue au sous-alinéa 42(2)q)(ii) de la LSJPA » (paragraphe 42 des motifs).

[33] Le juge se réfère ensuite à la définition des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » donnée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC, que, pour la commodité du lecteur, je reproduis de nouveau ici :

2. (1) [...]

Définitions

« peine » ou « peine d’emprisonnement » S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d’une peine d’emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfert international des délinquants*. [Non souligné dans l’original.]

[34] Le juge note que cette définition emploie une conjonction marquant l’équivalence et la charnière « s’entend notamment », ce qui l’amène à citer avec approbation la décision *Hrushka c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 69, au paragraphe 16 de laquelle la juge Hansen écrivait ce qui suit :

Deuxièmement, l’argument des défendeurs va à l’encontre de l’utilité et de l’objet des définitions législatives et des protocoles de rédaction reconnus. Comme il est indiqué dans l’ouvrage *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes* [Ruth Sullivan, *Sullivan and Drieger on the Construction of Statutes* (Vancouver : Butterworths, 2002), à la page 51], il existe deux types de définitions dans les lois, les définitions exhaustives et celles qui ne le sont pas. Les définitions exhaustives se font généralement sans l’emploi d’une charnière ou avec l’emploi d’une charnière comme « s’entend de » et leur objet est le suivant : [TRADUCTION] « clarifier un terme vague ou ambigu, restreindre la portée d’un terme ou d’une expression, s’assurer que la portée d’un terme ou d’une

introduced by the word “includes” and serve “to expand the ordinary meaning of a word or expression; to deal with borderline applications; and to illustrate the application of a word or expression by setting examples.” Thus, it can be seen that a statutory definition does not typically have substantive content. Indeed, the inclusion of substantive content in a definition is viewed as a drafting error. As stated by Francis Bennion in *Statutory Interpretation*:

*Definitions with substantive effect* It is a drafting error (less frequent now than formerly) to incorporate a substantive enactment in a definition. A definition is not expected to have operative effect as an independent enactment. If it is worded in that way, the courts will tend to construe it restrictively and confine it to the proper function of a definition. [Emphasis added.]

[35] Adopting Hansen J.’s point of view led the Judge to opine that the expression “means a sentence of imprisonment” [emphasis in original] narrowed the scope of the term “sentence” to one of incarceration (paragraph 46 of his reasons). As a result, it was his view that the only portion of the youth sentence under the YCJA included in the “sentence” under the CCRA was the custodial portion thereof. At paragraph 48 of his reasons, the Judge wrote as follows:

The term “youth sentence” as defined under subsection 2(1) of the YCJA applies to a broad range of possible sentence dispositions that may be imposed. Youth sentences which involve custody will have a non-custodial portion. The inclusion of the term “youth sentence” in the definition of “sentence” in the CCRA is intended solely to ensure that the conditional release provisions of the CCRA are available to offenders serving the custodial portion of their youth sentences in adult facilities. Thus the definition has to read as referring to the custodial portion and not to the community supervision portion.

[36] Finally, the Judge turned to section 742.1 [as enacted by S.C. 1992, c. 11, s. 16; 2007, c. 12, s. 1] of

expression n’est pas restreinte, et créer une abréviation ou toute autre forme de référence concise pour une longue expression ». Les définitions non exhaustives commentent habituellement par l’emploi d’une charnière telle que « s’entend notamment » et visent [TRADUCTION] « à élargir le sens ordinaire d’un terme ou d’une expression, à traiter des cas limites, et à illustrer l’application d’un terme ou d’une expression en donnant des exemples ». On peut donc voir qu’une définition prévue par la loi ne comporte normalement pas d’élément de fond. En fait, l’inclusion d’éléments de fond dans une définition est considérée comme une erreur de rédaction. Comme l’a écrit Francis Bennion dans son ouvrage *Statutory Interpretation* :

[TRADUCTION] *Définitions comportant un effet au fond* C’est une erreur de rédaction (moins fréquente qu’auparavant) d’incorporer des règles de droit substantiel dans une définition. Une définition n’est pas censée s’appliquer comme une disposition législative indépendante. Si elle est ainsi formulée, les tribunaux auront tendance à l’interpréter de façon restrictive et à la limiter à sa fonction véritable. [Non souligné dans l’original.]

[35] L’adoption du point de vue de la juge Hansen amène le juge Mosley à conclure que l’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou » restreint la portée du terme « peine » à la détention (paragraphe 46 des motifs). Par suite, poursuit-il, la seule partie de la peine spécifique prononcée sous le régime de la LSJPA que comporte la « peine » pour l’application de la LSCMLC est la période de garde. Dans le même sens, le juge écrit ce qui suit au paragraphe 48 des motifs de sa décision :

L’expression « peine spécifique » telle que la définit le paragraphe 2(1) de la LSJPA s’applique à un ensemble de peines très diverses que peuvent prononcer les tribunaux pour adolescents. Les peines spécifiques qui comportent une période de garde comprennent aussi une période non privative de liberté. La mention de la « peine spécifique » dans la définition de « peine » ou « peine d’emprisonnement » que donne la LSCMLC a pour seul objet de faire en sorte que puissent bénéficier des dispositions de cette loi relatives à la mise en liberté sous condition les délinquants qui purgent la période de garde que comporte leur peine spécifique dans un établissement pour adultes. Par conséquent, cette définition doit être comprise comme s’appliquant à la période de garde et non à la période de liberté surveillée.

[36] Enfin, le juge note que, à l’article 742.1 [édicte par L.C. 1992, ch. 11, art. 16; 2007, ch. 12, art. 1] du

the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and noted that, according to that section, “conditional sentence of imprisonment” was a “sentence of imprisonment” which an offender served in the community in lieu of in an institution. He then pointed out that in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, the Supreme Court of Canada opined that parole did not apply to a conditional sentence of imprisonment by reason of the fact that under such a sentence, an offender was not incarcerated and therefore there was no need for reintegration into society (see paragraph 43 of *R. v. Proulx*, above). This led the Judge to state that, in the same way, “parole cannot be granted to . . . a young offender who has already been conditionally released” (see paragraph 49 of the Judge’s reasons).

[37] The Judge then further remarked [at paragraph 50] that the supervision portion of the youth sentence under the YCJA was “an alternative to detention and is intended to be served in the community.” Recognizing that a young person’s period of custody could be extended under section 98 of the YCJA and that the young person could be remanded into custody under section 102 of the YCJA for breach of conditions, the Judge indicated that these were “exceptional procedures” (see paragraph 50 of the Judge’s reasons), which did not detract from the principle that the young person’s reintegration into the community was a fundamental element of a custodial sentence under the YCJA.

[38] The Judge then turned to the second issue before him, namely, does the Board’s authority over a young person serving a youth sentence in an adult facility terminate upon the expiry of the young person’s period of custody.

[39] The Judge began by noting that the respondent was seeking a declaration that the Board’s authority over him terminated at the end of his 22-month period of custody. He also took note of the respondent’s submission that if full parole was granted to the respondent by the Board and that the respondent remained on full parole at the end of his period of custody, the Board would continue to exercise jurisdiction over him for the

*Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], la « peine avec sursis » est considérée comme un « emprisonnement » que le délinquant purge dans la collectivité au lieu de le faire dans un établissement carcéral. Il rappelle ensuite que la Cour suprême du Canada fait observer au paragraphe 43 de l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, qu’une peine d’emprisonnement avec sursis ne donne pas ouverture à libération conditionnelle parce que le délinquant n’est pas à proprement parler incarcéré et qu’il n’est donc pas nécessaire de le réinsérer dans la société, ce qui l’amène à conclure lui-même qu’« on ne peut accorder la libération conditionnelle à [. . .] un jeune délinquant qui a déjà été libéré sous condition » (voir le paragraphe 49 des motifs du juge).

[37] Le juge fait ensuite remarquer [au paragraphe 50] que la période de surveillance que comprennent les peines spécifiques prononcées sous le régime de la LSJPA est « une solution de rechange à la détention et est conçue pour être purgée dans la collectivité ». S’il est vrai, ajoute le juge, que l’article 98 de la LSJPA permet de prolonger la période de garde de l’adolescent et que son article 102 en autorise la remise sous garde pour manquement aux conditions, ce sont là des « mesures exceptionnelles » (voir le paragraphe 50 des motifs) : elles ne changent rien au principe que la réinsertion sociale constitue un élément fondamental de toute peine comportant la garde qui peut être prononcée sous le régime de la LSJPA.

[38] Le juge s’attaque ensuite à la deuxième question mise en litige devant lui, soit celle de savoir si la compétence de la Commission à l’égard du jeune délinquant qui purge une peine spécifique dans un établissement pour adultes prend fin à l’expiration de sa période de garde.

[39] Le juge note d’abord que l’intimé sollicite un jugement déclaratoire comme quoi la compétence de la Commission à son égard prend fin à l’expiration de la période de garde de 22 mois comprise dans sa peine spécifique. Il note aussi que le défendeur (l’appelant dans la présente espèce) soutient que, si elle accorde la libération conditionnelle totale à l’intimé et que celui-ci en conserve le bénéfice à l’expiration de sa période de

balance of his youth sentence, i.e. for the remainder of the 58-month sentence.

[40] The Judge then pointed out that by reason of subsection 89(3) of the YCJA, the CCRA and the PRA applied to a young person who was serving a youth sentence in an adult facility, adding that it was unclear whether youth justice principles ceased to apply. In support of that view, he referred to the decision of Duncan J. of the Ontario Court of Justice in *R. v. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194, who, at paragraph 18 of his reasons, made the following remarks:

An offender serving a youth sentence who enters or is transferred to an adult facility enters a legal no man's land. The *YOA* [*Youth Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, repealed in 2002 and replaced by the *YCJA*] provided for discretionary transfer at age 18 but made it clear that “the provisions of this Act shall continue to apply in respect of that person” (s. 24.5 [of the *YOA*]). The *YCJA* contains no such provision. Nor does it specifically state the opposite — that the youth statute or any parts of the sections of it cease to apply. As a consequence it is not clear whether the Act or principles of youth justice apply or whether a transferred youth is even entitled to a review. [Emphasis added.]

[41] The issue before Duncan in *R. v. K.(C.)*, above, was whether the review provisions set out at section 94 of the YCJA applied to a young person serving a sentence in an adult facility. Mr. Justice Duncan concluded that they applied.

[42] After reviewing Duncan J.’s reasons, the Judge pointed out at paragraph 60 of his reasons that Mr. Justice Duncan had concluded that the principles found in the YCJA continued to apply to young persons who were serving the custodial portion of their youth sentence in an adult facility, adding that in Mr. Justice Duncan’s view, the adult facility was bound to accommodate the young person in a way that complied with the principles of youth criminal justice.

garde, la Commission conservera compétence à son égard pour le reste de sa peine spécifique, c’est-à-dire pour le reste de la peine de 58 mois.

[40] Le paragraphe 89(3) de la LSJPA, rappelle le juge, dispose que la LSCMLC et la LPMC s’appliquent à l’adolescent qui purge une peine spécifique dans un établissement correctionnel pour adultes. Cependant, ajoute-t-il, il ne ressort pas clairement des dispositions en question que les principes de la justice pour adolescents cessent de s’appliquer à un tel délinquant. Il invoque à l’appui de ce point de vue la décision de la Cour de justice de l’Ontario *R. v. K.(C.)*, 2008 ONCJ 236 (CanLII), 233 C.C.C. (3d) 194, au paragraphe 18 de laquelle le juge Duncan formulait les observations suivantes :

[TRADUCTION] Le délinquant purgeant une peine spécifique qui est incarcéré ou transféré dans un établissement pour adultes entre dans un no man’s land juridique. La LJC [*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, abrogée en 2002 et remplacée par la LSJPA] prévoyait le transfert discrétionnaire à l’âge de 18 ans, mais précisait (à son article 24.5) que ses dispositions continuaient « à s’appliquer à la personne visée ». Or la LSJPA ne contient aucune disposition de cette nature, pas plus qu’elle ne prévoit explicitement le contraire, à savoir qu’elle cesserait de s’appliquer en tout ou en partie. Par conséquent, on ne sait pas avec certitude si la Loi ou les principes de la justice pour adolescents restent applicables ou si l’adolescent transféré a même droit à un examen. [Non souligné dans l’original.]

[41] La question dont le juge Duncan était saisi dans la décision *R. v. K.(C.)*, précitée, était celle de savoir si les dispositions relatives à l’examen de l’article 94 de la LSJPA s’appliquent à l’adolescent qui purge une peine dans un établissement pour adultes. Le juge Duncan a répondu à cette question par l’affirmative.

[42] Après avoir récapitulé les motifs du juge Duncan, le juge Mosley rappelle au paragraphe 60 des motifs de sa propre décision que le juge Duncan a conclu que les principes de la LSJPA continuent de s’appliquer aux jeunes délinquants qui purgent la période de garde de leur peine spécifique dans un établissement pour adultes, ajoutant que, selon le magistrat ontarien, l’établissement pour adultes est tenu d’adapter ses pratiques au jeune délinquant d’une manière conforme aux principes de la justice pénale pour les adolescents.

[43] The Judge then turned to the facts before him and made the following statement at paragraphs 61 and 62 of his reasons:

In the case at bar, the Board's initial reasons for refusing day parole to the applicant state that "if released on his eligibility date, he would be subject to the terms and conditions of his Full Parole through to his warrant expiry date 2013/01/06". Such a statement has significant implications. Most importantly, it means that the terms and conditions of parole set by the Board would apply for the remainder of the applicant's youth sentence. It is not clear how this would be reconciled with the supervision principles under the YCJA and the conditions imposed by the sentencing judge. It is also unclear how the Board, which is accustomed to dealing with adult offenders, would accommodate YCJA principles in supervising this offender.

An aspect of the legislative scheme that supports the respondent's position that Parliament intended that the Board would have jurisdiction until the end of the offender's sentence, is that, as discussed above, the custodial portion of the sentence could in exceptional circumstances be extended to "warrant expiry". In that situation, the offender would continue to be detained (or returned to custody following a review in the case of a breach of his conditions), in an adult correctional facility and would remain within the scope of the CCRA and the Board's jurisdiction.

[44] This led the Judge to conclude that unless a decision was made to continue a young person's custody period or to return him to custody for the balance of his youth sentence, the Board's jurisdiction over the young person terminated at the end of the custodial period because the young person could no longer be detained under the terms of his youth sentence. The Judge opined that such a scenario did not lead to "a jurisdictional void" because the young person would necessarily remain under the supervision of the provincial director and the youth court which had sentenced him.

#### Analysis

[45] At the outset, a few words should be said about the standard of review. Although neither party made any submissions in their memoranda of fact and law

[43] Revenant à l'examen des faits portés devant lui, le juge Mosley formule les observations suivantes aux paragraphes 61 et 62 de ses motifs :

Dans la présente espèce, l'exposé des motifs par lesquels la Commission justifiait son premier rejet de la demande de semi-liberté du demandeur portent que, [TRADUCTION] « s'il était libéré à la date de son admissibilité, il serait assujéti aux conditions de sa libération conditionnelle totale jusqu'à la date d'expiration de son mandat de dépôt, soit le 6 janvier 2013 ». Une telle affirmation a de notables conséquences, dont la plus importante est que les modalités de la libération conditionnelle fixées par la Commission resteraient applicables pour le reste de la peine spécifique du demandeur. On ne voit pas bien comment cette conclusion se concilierait avec les principes de surveillance de la LSJPA et avec les conditions fixées par le juge qui a prononcé la peine. On ne voit pas bien non plus comment la Commission, qui a ordinairement affaire à des délinquants adultes, appliquerait les principes de la LSJPA à la surveillance de ce délinquant.

Un aspect du régime qui étaye la thèse du défendeur selon laquelle le législateur voulait que la Commission conserve compétence jusqu'à la fin de la peine est que, comme nous l'avons vu plus haut, la période de garde comprise dans la peine peut, dans des cas exceptionnels, être prolongée jusqu'à [TRADUCTION] « la date d'expiration [du] mandat de dépôt ». Dans un tel cas, le délinquant continuerait d'être détenu (ou, n'ayant pas respecté les conditions de sa libération, serait à la suite d'un examen remis sous garde) dans un établissement correctionnel pour adultes, et resterait ainsi sous le régime de la LSCMLC et la compétence de la Commission.

[44] Ces observations amènent le juge à conclure que, en l'absence d'une décision de maintien ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission à l'égard de l'adolescent prend fin à l'expiration de la période de garde, étant donné qu'il ne peut plus alors être détenu selon les conditions de sa peine spécifique. Cette conclusion, ajoute le juge, ne conduit pas à « un vide juridique », puisque l'adolescent reste nécessairement alors sous la surveillance du directeur provincial et du tribunal pour adolescents qui a prononcé sa peine.

#### Analyse

[45] Il convient d'abord de dire quelques mots sur la norme de contrôle judiciaire. Bien que ni l'une ni l'autre des parties n'aient formulé d'observations sur

regarding the standard of review, it is implicit in their submissions that they do not dispute the Judge's conclusion that the applicable standard is that of correctness. Because I am satisfied that there is only one reasonable interpretation of the statutes at issue, I need not address the question of whether deference to the Board was required in the present matter.

[46] The appellant makes a number of submissions as to why we should intervene. First, he takes issue with paragraph 42 of the Judge's reasons, where the Judge states that parole cannot apply "to a sanction or a portion thereof that is already ordered to be served in the community". To do justice to the appellant's arguments, I will quote in full paragraphs 46 and 47 of his memorandum of fact and law:

To the extent that the lower court in making that statement means that parole is unnecessary, as an avenue of recourse, while an offender is otherwise on release pursuant to statute or court order during his criminal sentence, the Appellant agrees.

If however, as it appears from its jurisdictional findings, the lower court also means that parole cannot exist or an offender cannot be on parole during the period he would otherwise be entitled by statute or court order to be on release during his sentence of imprisonment, the Appellant says the lower court is in error. Clearly, an individual who is granted parole and remains on parole as of the date he would otherwise be entitled to release by statute or court order, remains on parole until revoked or until the expiration of his sentence.

[47] These remarks lead the appellant to argue that the Judge's inference that the supervisory portion of the respondent's youth sentence is excluded from the calculation of his parole eligibility is also an error on his part. In the appellant's submission, the above inference is not in accordance with principles of statutory interpretation in that it fails to distinguish between entitlement to

cette question dans leurs exposés des faits et du droit, il ressort implicitement de leurs prétentions et moyens qu'elles ne contestent pas la conclusion du juge selon laquelle la norme applicable est celle de la décision correcte. Étant convaincu que les dispositions législatives en question ne se prêtent qu'à une seule interprétation raisonnable, je n'ai pas à examiner le point de savoir s'il y avait lieu de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la Commission dans la présente affaire.

[46] L'appellant énumère un certain nombre de motifs pour lesquels notre Cour devrait selon lui intervenir. Premièrement, il attaque le paragraphe 42 des motifs du juge, où ce dernier écrit que la libération conditionnelle ne peut se rapporter « à une sanction ou à une partie de sanction qui doit déjà être purgée au sein de la collectivité ». Afin de rendre un compte exact de l'argumentation de l'appellant, je citerai intégralement les paragraphes 46 et 47 de son exposé des faits et du droit :

[TRADUCTION] Si le juge de première instance veut dire par là que la libération conditionnelle n'est pas nécessaire comme recours pendant que le délinquant est par ailleurs en liberté en vertu de la loi applicable ou d'une ordonnance du tribunal compétent, l'appellant se trouve d'accord avec lui.

Cependant, si le juge de première instance, comme il paraît ressortir de ses conclusions sur la compétence, veut aussi dire qu'il ne peut y avoir libération conditionnelle, ou qu'un délinquant ne peut être en liberté conditionnelle, durant la période de sa peine d'emprisonnement où il aurait par ailleurs le droit d'être en liberté en vertu de la loi applicable ou d'une ordonnance du tribunal compétent, l'appellant soutient qu'il se trompe. Il est en effet évident que la personne à qui l'on accorde la libération conditionnelle et qui reste en liberté conditionnelle à la date où elle aurait par ailleurs droit à la mise en liberté en vertu de la loi applicable ou d'une ordonnance du tribunal compétent, reste en liberté conditionnelle jusqu'à la révocation de celle-ci ou jusqu'à l'expiration de sa peine.

[47] Ces observations amènent l'appellant à soutenir que le juge s'est aussi trompé en concluant que la période de surveillance de la peine spécifique de l'intimé doit être exclue du calcul par lequel sont fixées les dates de son admissibilité à la libération conditionnelle. Selon l'appellant, cette conclusion n'est pas conforme aux principes de l'interprétation des lois en ce qu'elle n'établit

release and a discretionary grant of release (parole) and it fails to give effect to Parliament's intention that release or eligibility for release be both calculated by reference to the entire length of the criminal sentence, whether the offender be an adult or a young person.

[48] The appellant further argues that the Judge's error results from his reluctance to recognize that the "sanction" imposed under subparagraph 42(2)(q)(ii) of the YCJA constitutes a "single sanction" and not separate sanctions. In other words, the Judge treated the sentence imposed on the respondent as two sentences rather than one.

[49] The appellant's next submission challenges the Judge's reliance on Hansen J.'s decision in *Hrushka*, above, where she dealt with the meaning of the words "means" and "includes", words found in the CCRA's subsection 2(1) definition of the word "sentence". The Judge concluded, as I have already indicated, that the word "sentence" meant "sentence of imprisonment" and, as a result, that the youth sentence imposed under the YCJA meant the custodial portion thereof only.

[50] In the appellant's view, the Judge's interpretation of the word "sentence", found in subsection 2(1) of the CCRA, constitutes an unwarranted "reading down" of the legislation. The Judge's interpretation of the provision does not accord with the principle of statutory interpretation that the words are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament.

[51] At paragraphs 78 to 81 of his memorandum of fact and law, the appellant summarizes his position in the following terms:

The definition of "sentence" by virtue of s. 99 of the *CCRA* has the same meaning as that attributed to the term under s. 2 of the *CCRA*. The applicable definition is:

pas la distinction nécessaire entre le droit à la mise en liberté et l'octroi discrétionnaire de la liberté (la libération conditionnelle), et en ce qu'elle ne donne pas effet à l'intention du législateur que les dates de mise en liberté ou d'admissibilité à la mise en liberté soient fixées en fonction de la durée intégrale de la peine criminelle, que le délinquant soit un adulte ou un adolescent.

[48] L'appelant fait en outre valoir que l'erreur du juge résulte de son refus de reconnaître que la « sanction » prononcée sous le régime du sous-alinéa 42(2)q(ii) de la LSJPA constitue une [TRADUCTION] « seule sanction » et ne se divise pas en sanctions distinctes. Autrement dit, le juge aurait vu deux peines au lieu d'une seule dans la peine prononcée contre l'intimé.

[49] L'appelant conteste ensuite le raisonnement par lequel le juge s'appuie sur la décision *Hrushka*, précitée, où la juge Hansen analyse les équivalents anglais de la conjonction « ou » et de la charnière « s'entend notamment d[e] » employées dans la définition des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » que donne le paragraphe 2(1) de la LSCMLC. Le juge Mosley concluait, comme je le disais plus haut, que le terme « peine » signifie « peine d'emprisonnement » et que, par suite, la peine spécifique prononcée sous le régime de la LSJPA est à comprendre comme étant la seule période de garde.

[50] Selon l'appelant, l'interprétation donnée par le juge des termes « peine » ou « peine d'emprisonnement » du paragraphe 2(1) de la LSCMLC est indûment [TRADUCTION] « restrictive ». Cette lecture, soutient-il, n'est pas conforme au principe d'interprétation législative selon lequel il faut comprendre les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de cette loi et l'intention du législateur.

[51] L'appelant résume sa position dans les termes suivants aux paragraphes 78 à 81 de son exposé des faits et du droit :

[TRADUCTION] Les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement », selon l'article 99 de la *LSCMLC*, s'entendent au sens qui leur est donné à son article 2. La définition applicable est la suivante :



“sentence” means a sentence of imprisonment and includes a sentence imposed by a foreign entity on a Canadian offender who has been transferred to Canada under the *International Transfer of Offenders Act* and a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*.

The definition of “sentence” is clear and unambiguous. Sentence means sentence and includes a “youth sentence” imposed pursuant to the terms of the *YCJA*. In turn, “youth sentence”, in the context of s. 2 of the *CCRA*, includes and is, in fact, limited to a sentence imposed under s. 42(2)(n), (o), (q) or (r) of the *YCJA*.

Section 42(2)(q) of the *YCJA* does not parse a sentence comprised of a period of supervision and a period of custody into a sentence of custody and a sentence of supervision.

The provisions of the *YCJA* cited above lead to no other conclusion that the period of custody and the period of conditional supervision in the community constitute a single sanction meeting the definition of “sentence” prescribed by Parliament for the purpose of calculating parole eligibility.

[52] The appellant also submits that the Judge erred in determining the Board’s jurisdiction over the respondent. He reiterates the argument which he made before the Judge with respect to the Board’s jurisdiction. If the Board grants the respondent full parole and he therefore remains on full parole at the time the custodial portion of his sentence terminates, the Board continues to exercise jurisdiction over him for the remainder of his youth sentence, i.e. the 26 months of supervision. For this submission, the appellant relies, *inter alia*, on subsection 89(3) of the *YCJA* which provides for the application of the *CCRA* and the *PRA* to young offenders transferred to adult facilities.

[53] As a result, the appellant says that the Judge fell into error in concluding that the Board’s jurisdiction expired when the applicant was “no longer required to be detained under the terms of the custodial portion of his sentence” (paragraph 63 of the Judge’s reasons).

« peine » ou « peine d’emprisonnement » S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* et d’une peine d’emprisonnement imposée par une entité étrangère à un Canadien qui a été transféré au Canada sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*.

Cette définition est claire et dénuée d’ambiguïté. La peine ou la peine d’emprisonnement est une peine et s’entend notamment d’une « peine spécifique » prononcée sous le régime de la *LSJPA*. La peine spécifique quant à elle, dans le contexte de l’article 2 de la *LSCMLC*, s’entend — non pas notamment, mais exclusivement en fait — d’une peine prononcée sous le régime des alinéas 42(2)(n), (o), (q) ou (r) de la *LSJPA*.

L’alinéa 42(2)(q) de la *LSJPA* ne divise pas la peine comprenant une période de surveillance et une période de garde en une peine de garde et une peine de surveillance.

Les dispositions susdites de la *LSJPA* ne peuvent mener à d’autre conclusion que celle-ci : la période de garde et la période de liberté sous condition au sein de la collectivité constituent une seule sanction, qui remplit la définition de la « peine » ou de la « peine d’emprisonnement » donnée par le législateur aux fins de la fixation des dates de l’admissibilité à la libération conditionnelle.

[52] L’appelant soutient aussi que le juge s’est trompé dans la définition de la compétence de la Commission à l’égard de l’intimé. Il reprend ici l’argumentation qu’il a avancée devant le juge concernant cette compétence : si la Commission octroie à l’intimé la libération conditionnelle totale de sorte qu’il se trouve encore dans cette situation au moment de l’expiration de la période de garde de sa peine spécifique, elle conserve compétence à son égard pour le reste de cette peine, c’est-à-dire les 26 mois de surveillance au sein de la collectivité. L’appelant invoque entre autres à l’appui de cette conclusion le paragraphe 89(3) de la *LSJPA*, qui dispose que la *LSCMLC* et la *LPMC* s’appliquent à l’adolescent transféré dans un établissement correctionnel pour adultes.

[53] Par conséquent, raisonne l’appelant, le juge a commis une erreur en concluant que la compétence de la Commission prenait fin au moment où le demandeur n’avait « plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine » (paragraphe 63 des motifs du juge).

[54] I now turn to the issue of interpretation. The parties submit, as they must, that the meaning of the word “sentence” must be determined by reading the word “in [its] entire context and in [its] grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament” (see *The Construction of Statutes*, above, at page 67). I therefore turn to that task.

[55] To begin with, it is important to note that the definition of “sentence” found in subsection 2(1) of the CCRA says that it “means a sentence of imprisonment and includes . . . a youth sentence imposed under the *Youth Criminal Justice Act*”. The appellant argues that the reference to a youth sentence imposed under the YCJA can mean nothing but the entire sentence, i.e. the custodial and supervision components of the youth sentence. The respondent, on the other hand, says that such reference can only be to the custodial portion of the youth sentence.

[56] I now turn to context. More particularly, I turn to the scheme and object of both the YCJA and the CCRA and to Parliament’s intention.

[57] The difficulty which arises in this case stems from the fact that Parliament decided that young persons, aged 20 or older, should serve their period of custody in an adult facility (subsection 89(1) of the YCJA) and that while detained therein, the CCRA and the PRA will apply to them.

[58] Thus, for example, the possibility of reintegration leave or release during the period of custody provided by subsection 91(1) of the YCJA is not available to young persons committed to an adult facility, as the provincial director’s authority to grant to young persons either reintegration leave or release is limited to young persons detained in a youth custody facility. However, through paragraph 83(2)(e) of the YCJA, Parliament also decided that young persons committed to an adult facility were not to be disadvantaged “with respect to their eligibility for and conditions of release.”

[54] En ce qui concerne la question de l’interprétation, les parties soutiennent, avec raison, que l’établissement de la signification des termes « peine » ou « peine d’emprisonnement » exige qu’on les examine [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (voir *The Construction of Statutes*, précité, à la page 67). Telle est donc la tâche à laquelle je m’attaquerai maintenant.

[55] Pour commencer, il est important de noter que la définition du paragraphe 2(1) de la LSCMLC porte : « “peine” ou “peine d’emprisonnement” S’entend notamment d’une peine spécifique imposée en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* ». L’appelant soutient que cette peine spécifique imposée en vertu de la LSJPA ne peut être rien d’autre que la totalité de la peine, c’est-à-dire à la fois la période de garde et la période de surveillance. L’intimé affirme quant à lui que ladite peine spécifique, dans cette définition, ne peut être rien d’autre que la période de garde.

[56] J’examinerai maintenant le contexte, plus précisément, l’esprit et l’objet de la LSJPA comme de la LSCMLC, ainsi que l’intention du législateur.

[57] La difficulté qui se pose ici vient de ce que le législateur a décidé que les jeunes délinquants de 20 ans ou plus doivent purger leur période de garde dans un établissement pour adultes (paragraphe 89(1) de la LSJPA), et qu’ils relèvent de la LSCMLC et de la LPMC pendant leur détention dans un tel établissement.

[58] Ainsi, par exemple, la possibilité de congé ou de mise en liberté aux fins de réinsertion sociale que prévoit le paragraphe 91(1) de la LSJPA n’est pas ouverte aux adolescents placés sous garde dans un établissement pour adultes, puisque le directeur provincial ne peut accorder un tel congé ou une telle mise en liberté qu’aux jeunes délinquants détenus dans un lieu de garde pour adolescents. Cependant, le législateur a aussi décidé — voir l’alinéa 83(2)e de la LSJPA — que le placement des adolescents dans des établissements pour adultes ne doit pas les désavantager « en ce qui concerne leur admissibilité à la libération et les conditions afférentes ».

[59] This leads me to observe that although Parliament could have achieved the purpose set out at subsection 83(2) by granting the provincial director authority over young persons committed to an adult facility, it chose not to do so. Rather, it directed that the existing scheme for release from custody, found in the CCRA and the PRA, would be available to such young persons.

[60] The respondent submits, and I agree with him, that by choosing this course of action, Parliament exempted young persons from a major disadvantage that would have resulted by reason of their committal to an adult facility. Thus, prison and penitentiary authorities are not obliged to apply a different legislative scheme to young persons within their jurisdiction and the difficulty inherent in the application of different legislative schemes for release from custody for young persons and adult offenders is avoided.

[61] I note that the provincial director's authority in regard to reintegration leave and release during the course of a young person's custodial period does not apply to a young person's period of supervision, in the same way that the parole scheme only applies to an adult offender's committal to custody.

[62] Subsection 89(1) of the YCJA provides that a young person, aged 20 or older, must be sent to an adult facility to serve his period of custody. It is therefore my view that that period is the only period to which, pursuant to subsection 89(3) of the YCJA, the CCRA and the PRA are directed by Parliament to apply. Thus, it necessarily follows that the parole scheme of the CCRA can only be concerned with a young person's period of custody to the exclusion of his period of supervision.

[63] Consequently, although I found the appellant's argument regarding the unity of the youth sentence under the YCJA initially attractive, I do not see any merit in it given the wording of the CCRA and the YCJA. Even if it is true that a sentence imposed under subparagraph 42(2)(q)(iii) of the YCJA is a "single sanction", only the custody portion thereof constitutes a

[59] Je suis ainsi amené à faire remarquer que le législateur aurait pu atteindre l'objectif posé au paragraphe 83(2) en conférant au directeur provincial la compétence à l'égard des adolescents placés sous garde dans un établissement pour adultes, mais qu'il a choisi de ne pas le faire. Il a plutôt décrété que ces adolescents relèveraient du régime existant de mise en liberté, établi dans la LSCMLC et la LPMC.

[60] L'intimé fait valoir, et je le pense aussi, que le législateur, en choisissant cette voie, a exempté les adolescents d'un désavantage important qu'aurait autrement entraîné leur placement sous garde dans un établissement pour adultes. De cette manière, les autorités des prisons et pénitenciers ne sont pas obligées de soumettre à un régime distinct les adolescents relevant de leur compétence, et l'on évite la difficulté qu'entraînerait l'application de régimes différents de mise en liberté aux délinquants adolescents et adultes.

[61] Je note que le pouvoir du directeur provincial d'octroyer des congés à l'adolescent et de le mettre en liberté aux fins de réinsertion sociale pendant sa période de garde ne s'applique pas à sa période de surveillance, de même que le régime de la libération conditionnelle ne s'applique qu'à la période d'incarcération du délinquant adulte.

[62] Le paragraphe 89(1) de la LSJPA porte que l'adolescent âgé de 20 ans ou plus doit être détenu dans un établissement correctionnel pour adultes pour y purger sa peine. Par conséquent, c'est selon moi seulement à cette période que le législateur a disposé, au paragraphe 89(3) de la LSJPA, que s'appliquent la LSCMLC et la LPMC. Il s'ensuit nécessairement que le régime de la libération conditionnelle de la LSCMLC ne peut s'appliquer qu'à la période de garde de l'adolescent, à l'exclusion de sa période de surveillance.

[63] Par conséquent, bien que j'aie d'abord trouvé intéressant l'argument de l'appelant touchant l'unité de la peine spécifique sous le régime de la LSJPA, je l'estime mal fondé, étant donné le libellé de la LSCMLC et de la LSJPA. Il est vrai que la peine prononcée en vertu du sous-alinéa 42(2)(q)(ii) de la LSJPA constitue une [TRADUCTION] « seule sanction », mais il n'en reste

“sentence of imprisonment”. I also do not see any merit in the distinction which the appellant seeks to make between entitlement to release and the actual grant of release, i.e. parole. This argument is simply another way of putting forward the proposition that the youth sentence under the YCJA is one sentence only and not a sentence broken into two components.

[64] I note that subsection 2(1) of the YCJA defines the expression “custodial portion” of a youth sentence imposed under paragraph 42(2)(n), (o), (q) or (r) as “the period of time, or the portion of the young person’s youth sentence, that must be served in custody before he or she begins to serve the remainder under supervision in the community”.

[65] Thus, when subsection 89(3) of the YCJA and the definition of “sentence” found at subsection 2(1) of the CCRA, which incorporates a youth sentence within its meaning, are read together, it is my opinion that a youth sentence within the meaning of the definition can only be the custody period thereof. Hence, the reference to “youth sentence” in subsection 2(1) of the CCRA can only be directed to that portion of the youth sentence to which subsections 89(1) and 89(3) of the YCJA find application, i.e. a young person’s period of custody.

[66] It is of interest to note that the French version of paragraph 119(1)(c) of the CCRA uses the expression “dans le cas du délinquant qui purge une peine d’emprisonnement” to translate the words “where the offender is serving a sentence”. This meaning (in the French version) is the one which is clearly envisaged by the definition of “sentence” in subsection 2(1) of the CCRA when it makes clear that a “sentence” is a sentence of imprisonment.

[67] It is therefore my view that the Judge was correct in holding that the words “means a sentence of imprisonment” found in subsection 2(1) of the CCRA

pas moins que seule la période de garde qu’elle comprend constitue une « peine d’emprisonnement ». Je dois également déclarer mal fondée la distinction que l’appelant cherche à faire admettre entre le droit à la libération et l’octroi de la libération, c’est-à-dire la libération conditionnelle proprement dite. Ce moyen n’est qu’une autre façon de faire valoir l’argument que la peine spécifique prononcée sous le régime de la LSJPA est une peine unique et non un ensemble réunissant deux peines distinctes.

[64] Il est à noter que le paragraphe 2(1) de la LSJPA définit la « période de garde », en tant que comprise dans la peine spécifique prononcée sous le régime des paragraphes 42(2)n, o, q) ou r), comme étant la « [p]ériode ou partie de la peine imposée à l’adolescent, qu’il doit purger sous garde avant de purger la période de surveillance au sein de la collectivité ».

[65] Par conséquent, si on lit ensemble le paragraphe 89(3) de la LSJPA et la définition de « peine » ou « peine d’emprisonnement » donnée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC, qui inclut explicitement la peine spécifique, il me paraît que celle-ci, au sens de cette définition, ne peut signifier que la période de garde. Il s’ensuit que la « peine spécifique » visée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC ne peut désigner que la partie de la peine spécifique à laquelle s’appliquent les paragraphes 89(1) et 89(3) de la LSJPA, c’est-à-dire la période de garde de l’adolescent.

[66] Il est intéressant de noter que le texte français de l’alinéa 119(1)c) de la LSCMLC porte « dans le cas du délinquant qui purge une peine d’emprisonnement » là où le texte anglais dit « *where the offender is serving a sentence* ». La signification qu’exprime le texte français est celle qu’a manifestement en vue la définition de « *sentence* » (« peine » ou « peine d’emprisonnement ») donnée au paragraphe 2(1) de la LSCMLC lorsqu’elle précise bien que la *sentence* (littéralement : peine) est une « *sentence of imprisonment* » (littéralement : « peine d’emprisonnement »).

[67] Je pense donc que le juge a eu raison de conclure que l’expression d’une équivalence entre « peine » et « peine d’emprisonnement » par la conjonction « ou »

narrowed the scope of the word “sentence” to one of incarceration. I am satisfied that that is the only conclusion possible, taking into account the scheme of the Act, the object of the Act and Parliament’s intention.

[68] The conclusion which the Judge reached, with which I agree, is also consistent with the scheme and object of parole, in that there can be no doubt that the parole scheme finds application only insofar as an offender is committed to custody.

[69] In *R. v. Proulx*, above, the Supreme Court held that the parole scheme did not apply to an offender serving a conditional sentence in the community. In its view, that approach was inconsistent with the scheme and object of parole because the offender, at that point in time, was not incarcerated and thus did not need to be reintegrated into society. At paragraphs 42 and 43, Chief Justice Lamer wrote as follows:

Moreover, the conditional sentence is not subject to reduction through parole. This would seem to follow from s. 112(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, which gives the provincial parole board jurisdiction in respect of the parole of offenders “serving sentences of imprisonment in provincial correctional facilities” (*R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.), at p. 33).

I would add that the fact that a conditional sentence cannot be reduced through parole does not in itself lead to the conclusion that as a general matter a conditional sentence is as onerous as or even more onerous than a jail term of equivalent duration. There is no parole simply because the offender is never actually incarcerated and he or she does not need to be reintegrated into society. But even when an offender is released from custody on parole, the original sentence continues in force. As I stated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 62:

In short, the history, structure and existing practice of the conditional release system collectively indicate that a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself. . . . But even though the

au paragraphe 2(1) de la LSCMLC restreint la portée du terme « peine » à la détention. J’estime que c’est là la seule conclusion possible, compte tenu de l’esprit et de l’objet de la Loi, ainsi que de l’intention du législateur.

[68] Cette conclusion du juge, à laquelle je souscris, est également conforme à l’esprit et à l’objet du régime de la libération conditionnelle, étant donné qu’il ne fait aucun doute que ce régime ne peut s’appliquer qu’au délinquant placé sous garde.

[69] Dans l’arrêt *R. c. Proulx*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu que le régime de la libération conditionnelle ne s’applique pas au délinquant qui purge une peine d’emprisonnement avec sursis au sein de la collectivité. Selon elle, la conclusion contraire serait incompatible avec l’esprit et l’objet dudit régime, étant donné que le délinquant condamné à l’emprisonnement avec sursis n’est pas incarcéré et qu’il n’est donc pas nécessaire de le réinsérer dans la société. Le juge en chef Lamer formule à ce sujet les observations suivantes aux paragraphes 42 et 43 de cet arrêt :

En outre, l’emprisonnement avec sursis n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle. C’est ce qui semble découler du par. 112(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, qui donne compétence à la commission provinciale des libérations conditionnelles à l’égard des délinquants «qui purgent une peine d’emprisonnement dans un établissement correctionnel provincial» (*R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), à la p. 33).

J’ajouterais que fait que la durée d’application d’une ordonnance d’emprisonnement avec sursis ne puisse être écourtée par une libération conditionnelle ne permet pas en soi de conclure que, de manière générale, cette peine est aussi sévère, voire plus sévère qu’un emprisonnement de durée équivalente. S’il n’y a pas ouverture à libération conditionnelle, c’est tout simplement parce que le délinquant n’est jamais incarcéré et qu’il n’est par conséquent pas nécessaire de le réinsérer dans la société. En outre, même lorsqu’un délinquant est mis en liberté sous condition, la peine initiale continue de s’appliquer. Comme je l’ai expliqué dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 62:

Bref, l’histoire, la structure et les pratiques actuelles du système de liberté sous condition indiquent collectivement que l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu’une

conditions of incarceration are subject to change through a grant of parole to the offender's benefit, the offender's sentence continues in full effect. The offender remains under the strict control of the parole system, and the offender's liberty remains significantly curtailed for the full duration of the offender's numerical or life sentence. [Emphasis in original.]

The parolee has to serve the final portion of his or her sentence under conditions similar to those that can be imposed under a conditional sentence, perhaps even under stricter conditions, as the parolee can be assigned to a "community-based residential facility": see s. 133 of the *Corrections and Conditional Release Act* and s. 161 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620. [Emphasis added.]

[70] Thus, if the parole scheme does not apply to an adult conditional sentence served in the community, which section 742.1 of the *Criminal Code* defines as a "sentence of imprisonment", it must follow that the supervisory period of a young person's youth sentence, which clearly is not a sentence of imprisonment, cannot be subject to the parole scheme.

[71] In concluding on this point, I would like to briefly address the submissions made by the appellant regarding the consequences of the Judge's decision. The appellant says that the Judge's decision creates a distinction between the youth criminal justice system and the adult criminal justice system that was neither intended by Parliament, nor warranted. The appellant also says that by reason of the Judge's decision, the period that individuals in situations similar to those of the respondent must wait before being considered for parole will be reduced and that the decision creates an incentive for young persons to be transferred to adult correctional facilities, contrary to the principles of the youth criminal justice system.

[72] First, it is clear that it is not the Judge's decision that creates a distinction between the youth and the adult

réduction de la peine elle-même. [...] Toutefois, même si les conditions d'incarcération sont susceptibles de changer par l'octroi d'une libération conditionnelle au délinquant, sa peine reste pleinement en vigueur. Le délinquant reste assujéti à la surveillance stricte du système de libération conditionnelle, et sa liberté continue d'être considérablement restreinte pendant toute la durée de sa peine d'emprisonnement chiffrée ou de sa peine d'emprisonnement perpétuité. [Souligné dans l'original.]

Le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle doit purger la dernière partie de sa peine sous des conditions similaires à celles imposées dans le cadre d'un emprisonnement avec sursis, et qui peuvent même être plus rigoureuses encore, dans la mesure où il peut lui être ordonné de demeurer dans un «établissement résidentiel communautaire» : voir l'art. 133 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et l'art. 161 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620. [Non souligné dans l'original.]

[70] Donc, si le régime de la libération conditionnelle ne s'applique pas à la peine d'emprisonnement avec sursis à purger au sein de la collectivité qui est prononcée contre un adulte, peine que l'article 742.1 du *Code criminel* définit comme un « emprisonnement », il s'ensuit que la période de surveillance au sein de la collectivité que comprend la peine spécifique prononcée contre un adolescent, période qui n'est manifestement pas une peine d'emprisonnement, ne peut relever dudit régime.

[71] Pour conclure sur ce point, j'aimerais examiner brièvement les observations de l'appelant concernant les conséquences de la décision du juge. L'appelant soutient que cette décision établit entre le système de justice pénale pour les adolescents et le système de justice pénale pour les adultes une distinction qui n'est ni voulue par le législateur ni justifiée. L'appelant fait aussi valoir que, du fait de la décision du juge, le temps que les personnes se trouvant dans une situation semblable à celle de l'intimé doivent attendre pour qu'on envisage leur libération conditionnelle se trouvera réduit, et que cette décision crée pour les adolescents une incitation au transfert dans des établissements correctionnels pour adultes, ce qui est contraire aux principes du système de justice pénale prévu pour eux.

[72] Premièrement, il est évident que ce n'est pas la décision du juge qui crée une distinction entre les

criminal justice systems. If a distinction exists, it is the result of the existing legislation, the YCJA, which, *inter alia*, provides at paragraph 3(1)(b) that one of the guiding principles of the Act is that “the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults” and that it must emphasize, *inter alia*, rehabilitation and reintegration. In that regard, the words of Mr. Justice Fish of the Supreme Court of Canada in *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, at paragraph 41, are apposite:

In creating a separate criminal justice system for young persons, Parliament has recognized the heightened vulnerability and reduced maturity of young persons. In keeping with its international obligations, Parliament has sought as well to extend to young offenders enhanced procedural protections, and to interfere with their personal freedom and privacy as little as possible: see the *United Nations Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, incorporated by reference in the *YCJA*.

[73] Second, the appellant’s suggestion that individuals such as the respondent will spend less time in detention before being paroled appears to be premised on a comparison of young persons detained in an adult facility to other inmates (adult) in that same facility. The fact of the matter is that young persons do not cease to be “a young person” within the meaning of the YCJA, because they are being held in an adult facility. They are still young persons serving a youth sentence within the meaning of subsection 2(1) of the YCJA.

[74] The better comparison is one between young persons detained in an adult facility and young persons who are being held in a youth facility. In keeping with paragraph 83(2)(e) of the YCJA, the former should not be disadvantaged on the basis of the location where they are being held in custody.

[75] The appellant also suggests that the Judge’s decision creates an incentive for young persons to be transferred to an adult facility. In that regard, the appellant says that a youth held in a youth facility is only eligible for review after 12 months, pursuant to section 94 of the YCJA, while a young person, such as the respondent, would be eligible for parole after only seven

systèmes de justice pénale pour les adolescents et pour les adultes. Si cette distinction existe, elle résulte de la LSJPA elle-même, qui dispose notamment à son alinéa 3(1)(b) que l’un de ses principes est que « le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes », et qu’il doit mettre l’accent, entre autres, sur la réadaptation et la réinsertion sociale. Les observations formulées par le juge Fish de la Cour suprême du Canada au paragraphe 41 de l’arrêt *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, se révèlent pertinentes à cet égard :

En créant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, le législateur a reconnu leurs plus grandes vulnérabilité et immaturité. Il a cherché également, pour se conformer à ses obligations internationales, à accorder une protection procédurale accrue aux jeunes contrevenants et à porter le moins possible atteinte à leur liberté et à leur vie privée : voir la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, incorporée par renvoi à la *LSJPA*.

[73] Deuxièmement, l’argument de l’appelant selon lequel les délinquants tels que l’intimé passeront moins de temps en détention avant de pouvoir bénéficier d’une libération conditionnelle paraît fondé sur une comparaison entre les adolescents détenus dans un établissement pour adultes et les autres détenus (adultes) du même établissement. Or le fait est que le jeune délinquant ne cesse pas d’être un « adolescent » au sens de la LSJPA parce qu’il est détenu dans un établissement pour adultes : il reste un adolescent purgeant une peine spécifique au sens du paragraphe 2(1) de la même loi.

[74] Il est plus pertinent de comparer la situation des adolescents incarcérés dans un établissement pour adultes à celle des adolescents détenus dans un lieu de garde conçu pour eux. Or l’alinéa 83(2)(e) de la LSJPA dispose que les premiers ne doivent pas être désavantagés du fait de l’endroit où ils sont placés sous garde.

[75] L’appelant fait aussi valoir que la décision du juge est propre à inciter les adolescents à rechercher leur transfert dans un établissement pour adultes. En effet, précise-t-il, le jeune délinquant détenu dans un lieu de garde pour adolescents n’est admissible à l’examen qu’après 12 mois, selon l’article 94 de la LSJPA, alors que l’adolescent se trouvant dans la situation de l’intimé

months. There does not appear to be any basis for the appellant's assertion. The application of section 94 of the YCJA is not limited to young persons held in a youth facility. Rather, it applies to all young persons, including those committed to custody in an adult facility. Consequently, the respondent was entitled to and did receive a review under section 94 of the YCJA. Moreover, as I have already indicated, only young persons held in youth facilities get the benefit of subsection 91(1) of the YCJA which provides for reintegration leave and various other forms of leave which can be authorized by the provincial director.

[76] I have not been persuaded that the Judge's decision creates an incentive for young persons to be transferred to an adult facility or that it reduces the period of custody that individuals in circumstances similar to those of the respondent must wait before being considered for parole. Both sides attempted to provide examples which, in their view, demonstrated that their interpretation was the correct one and that the other side's interpretation led to an absurd result. I see no useful purpose in dealing with these examples since I am satisfied that the Judge reached the correct interpretation of the word "sentence". If this interpretation gives rise to problems of the type suggested by the appellant, Parliament will no doubt be in a position to correct the matter by amending the legislation.

[77] I now turn to the second and third issues before us which pertain to the Board's jurisdiction over young persons serving the custody portion of their youth sentence in an adult facility.

[78] The appellant submits that the Judge's decision confuses rather than clarifies the jurisdiction of the Board within the youth criminal justice system. In particular, the appellant says that the Judge's finding that the Board does not have authority over the respondent once the 22-month period of custody terminates is inconsistent with his finding that the Board will resume

serait admissible à la libération conditionnelle après sept mois seulement. Cette affirmation de l'appellant paraît infondée. Le champ d'application de l'article 94 de la LSJPA ne se limite pas aux adolescents détenus dans un lieu de garde conçu pour leur âge : cet article s'applique à tous les adolescents, y compris ceux qui ont été placés sous garde dans un établissement pour adultes. Par conséquent, l'intimé avait droit à un examen sous le régime de l'article 94 de la LSJPA et en a bénéficié dans les faits. En outre, comme je le disais plus haut, seuls les jeunes délinquants détenus dans un lieu de garde pour adolescents peuvent bénéficier des avantages que prévoit le paragraphe 91(1) de la LSJPA, soit le congé de réinsertion sociale et les autres formes de mise en liberté que peut autoriser le directeur provincial.

[76] L'appellant ne m'a pas convaincu que la décision du juge serait propre à inciter les adolescents à rechercher leur transfert dans un établissement pour adultes ou qu'elle aurait pour effet de réduire, pour les personnes se trouvant dans une situation analogue à celle de l'intimé, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle. Les deux parties ont proposé des exemples démontrant selon elles la justesse de leurs interprétations respectives et l'absurdité des conséquences qu'entraîne celle de la partie adverse. J'estime inutile d'examiner ces exemples, étant convaincu que le juge a bien interprété les termes « peine » ou « peine d'emprisonnement ». Si cette interprétation crée des problèmes de la nature de ceux qu'évoque l'appellant, il ne fait aucun doute que le législateur sera en mesure de les résoudre en modifiant les dispositions applicables.

[77] Je passerai maintenant à l'examen des deuxième et troisième questions en litige devant notre Cour, qui concernent la compétence de la Commission à l'égard des adolescents purgeant dans un établissement pour adultes la période de garde de leur peine spécifique.

[78] L'appellant soutient que la décision du juge embrouille plutôt qu'elle ne clarifie la question de la compétence de la Commission dans le système de justice pénale pour les adolescents. Par exemple, fait-il valoir, la conclusion du juge selon laquelle la compétence de la Commission prend fin une fois expirée la période de garde de 22 mois est en contradiction avec son autre



jurisdiction if the respondent is later recommitted during the conditional portion of his youth sentence.

[79] To this, the respondent replies that as a matter of principle, all orders of custody, as sentences of imprisonment, should be treated similarly for the purposes of the CCRA. Consequently, a young person recommitted to custody will have to reapply for parole when eligible.

[80] After consideration of the parties' respective arguments on this issue, the Judge concluded in the following terms (at paragraph 63):

Absent a decision to continue custody or to return the offender to custody for the remainder of the sentence, the Board's jurisdiction expires, in my view, when the applicant is no longer required to be detained under the terms of the custodial portion of his sentence. This conclusion does not lead to a jurisdictional void as he will remain under the supervision of the provincial director and the sentencing court.

[81] The appellant's submission that the Board should continue to exercise jurisdiction over the respondent, even after the termination of his period of custody, is in conflict with the principles of the YCJA. Indeed, section 89 of the YCJA transfers the custodial portion of the youth sentence only to adult correctional authorities or to the Board if parole is granted to the young person. It necessarily follows, in my view, that once the custodial portion of the sentence has been served or has come to an end, the youth court and the provincial director retain their exclusive jurisdiction over the young person.

[82] It is clear from the Judge's decision, particularly by reason of his reference to the decision of Mr. Justice Duncan in *R. v. K.(C.)*, above, that he accepted the principle that adult facilities were bound to accommodate a young person "in a way that conforms to the principles of youth criminal justice" (see paragraph 60 of the Judge's reasons). In my view, he also accepted that the

conclusion comme quoi la Commission redeviendra compétente si l'intimé est plus tard remis sous garde pendant la période de liberté sous condition comprise dans sa peine spécifique.

[79] L'intimé répond à cet argument que, par principe, toutes les ordonnances de garde, en tant que peines d'emprisonnement, doivent être considérées sur le même pied pour l'application de la LSCMLC. Par conséquent, l'adolescent remis sous garde devra faire une nouvelle demande de libération conditionnelle quand il y redeviendra admissible.

[80] Le juge a conclu ce qui suit de son examen des moyens respectifs des parties sur cette question (au paragraphe 63) :

En l'absence d'une décision de maintien sous garde ou de remise sous garde pour le reste de la peine, la compétence de la Commission prend fin à mon avis au moment où le demandeur n'a plus à être détenu selon les conditions de la période de garde comprise dans sa peine. Cette conclusion ne conduit pas à un vide juridique puisqu'il reste alors sous la surveillance du directeur provincial et du tribunal qui a prononcé sa peine.

[81] La thèse de l'appelant voulant que la Commission reste compétente à l'égard de l'intimé même après l'expiration de sa période de garde est en contradiction avec les principes de la LSJPA. En effet, l'article 89 de celle-ci fait passer sous la compétence de la direction de l'établissement pour adultes, ou de la Commission si l'adolescent obtient la libération conditionnelle, seulement la période de garde comprise dans la peine spécifique. À mon sens, il s'ensuit nécessairement que, une fois que la période de garde de la peine a été purgée ou a expiré, le tribunal pour adolescents et le directeur provincial retrouvent leur compétence exclusive à l'égard de l'adolescent.

[82] Il ressort à l'évidence de la décision du juge Mosley, en particulier du fait qu'il se réfère à la décision *R. v. K.(C.)* du juge Duncan, précitée, qu'il souscrit au principe que les établissements pour adultes sont tenus d'adapter leurs pratiques au jeune délinquant « d'une manière conforme aux principes de la justice pénale pour les adolescents » (voir le paragraphe 60 des motifs

boundary between the youth justice system and the adult justice system had not been clearly delineated by the existing legislation, but that the spirit and intent of the YCJA required that the youth justice court and the provincial director retain jurisdiction over a young offender upon termination of his or her period of custody.

[83] I have not been persuaded that, in concluding as he did, the Judge made any reviewable error. On the contrary, I am satisfied that his conclusion is the correct one. Consequently, as the Judge found, the jurisdiction of the provincial director and of the youth justice court over the respondent will resume once the custody portion of the youth sentence expires. Subsections 6(7.2) [as enacted by S.C. 2002, c. 1, s. 197] and 6(7.3) [as enacted *idem*] of the PRA provide support for that point of view. These provisions address the “effect of release” on a young person who has been transferred to an adult facility and read as follows:

6. ...

Exceptional  
date of  
release

(7.2) When a prisoner who was sentenced to custody under paragraph 42(2)(*o*), (*q*) or (*r*) of the *Youth Criminal Justice Act* is transferred from a youth custody facility to a prison under section 92 or 93 of that Act, or is committed to imprisonment in a prison under section 89 of that Act, the prisoner is entitled to be released on the earlier of

(*a*) the date on which the prisoner is entitled to be released from imprisonment in accordance with subsection (5) of this section, and

(*b*) the date on which the custody portion of his or her youth sentence under paragraph 42(2)(*o*), (*q*) or (*r*) of the *Youth Criminal Justice Act* expires.

Effect of  
release

(7.3) When a prisoner is committed or transferred in accordance with section 89, 92 or 93 of

du juge Mosley). Il souscrit aussi, à mon avis, à l'idée que la législation actuelle ne trace pas de frontière nette entre le système de justice pour les adolescents et le système de justice pour les adultes, mais que l'esprit et l'objet de la LSJPA obligent à conclure que le tribunal pour adolescents et le directeur provincial redeviennent compétents à l'égard de l'adolescent une fois expirée sa période de garde.

[83] On ne m'a pas convaincu que le juge, en concluant comme il l'a fait, ait commis d'erreur donnant lieu à révision. Au contraire, j'estime que sa conclusion est la bonne. Par conséquent, conformément à cette conclusion, le directeur provincial et le tribunal pour adolescents redeviendront compétents à l'égard de l'intimé une fois expirée la période de garde comprise dans sa peine spécifique. Les paragraphes 6(7.2) [édicte par L.C. 2002, ch. 1, art. 197] et 6(7.3) [édicte, *idem*] de la LPMC étayaient ce point de vue. Ces dispositions, qui concernent l'« effet de la libération » sur l'adolescent transféré dans un établissement pour adultes, sont libellées comme suit :

6. [...]

(7.2) Le prisonnier assujéti à une peine spécifique consistant en une mesure de placement sous garde en application des alinéas 42(2)*o*, (*q*) ou *r*) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* qui est transféré d'un lieu de garde à la prison en vertu des articles 92 ou 93 de cette loi ou qui est condamné à la prison en application de l'article 89 de cette loi, est admissible à la libération à la date déterminée pour sa mise en liberté conformément au paragraphe (5) ou, si elle est antérieure, à la date d'expiration de la période de garde de la peine spécifique visée aux alinéas 42(2)*o*, (*q*) ou *r*) de cette loi.

Date de  
mise en  
liberté

(7.3) Le prisonnier détenu ou transféré en application des articles 89, 92 ou 93 de la *Loi*

Effet de la  
libération

the *Youth Criminal Justice Act* and, in accordance with subsection (7.1) or (7.2) of this section, is entitled to be released,

(a) if the sentence was imposed under paragraph 42(2)(n) of that Act, sections 97 to 103 of that Act apply, with any modifications that the circumstances require, with respect to the remainder of his or her sentence; and

(b) if the sentence was imposed under paragraph 42(2)(o), (q) or (r) of that Act, sections 104 to 109 of that Act apply, with any modifications that the circumstances require, with respect to the remainder of his or her sentence.

[84] Subsection 6(7.2) of the PRA provides that the date of release of a young person sentenced to custody under, *inter alia*, paragraph 42(2)(q) of the YCJA is the earlier of the date on which the young person is entitled to be released, in accordance with subsection 6(5) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 82] of the PRA which deals with the effect of remission, and the date on which the young person's period of custody under paragraph 42(2)(q) expires. As to subsection 6(7.3), it provides that upon the release from custody of a young person, whose sentence was imposed under, *inter alia*, paragraph 42(2)(q) of the YCJA, and who was committed or transferred to an adult facility in accordance with, *inter alia*, section 89 of the YCJA, sections 104 to 109 shall apply "to the remainder of his or her sentence".

[85] In other words, upon release from custody, a young person whose sentence was imposed under paragraph 42(2)(q) of the YCJA will be subject, pursuant to sections 104 to 109 of the YCJA, to the jurisdiction of the youth justice system authorities, i.e. the youth sentence court and the provincial director of the province in which the youth sentence was imposed. Thus, these provisions support the view that the Board's jurisdiction over young persons committed to adult facilities, pursuant to subsection 89(3) of the YCJA, is at an end when the custodial portion of their sentence terminates.

*sur le système de justice pénale pour les adolescents* et qui, en application des paragraphes (7.1) ou (7.2), est admissible à la libération est assujetti :

a) si la peine est imposée en application de l'alinéa 42(2)n) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, aux articles 97 à 103 de cette loi — avec les adaptations nécessaires — en ce qui concerne le reste de la peine;

b) si la peine est imposée en application des alinéas 42(2)o), q) ou r) de cette loi, aux articles 104 à 109 de cette loi — avec les adaptations nécessaires — en ce qui concerne le reste de la peine.

[84] Le paragraphe 6(7.2) de la LPMC dispose que l'adolescent assujetti à une mesure de placement sous garde en application, entre autres dispositions de la LSJPA, de son alinéa 42(2)q), est admissible à la libération soit à la date déterminée pour sa mise en liberté conformément au paragraphe 6(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 82] de la LPMC, qui porte sur la conséquence de la réduction de peine, soit, si elle est antérieure, à la date d'expiration de la période de garde visée audit alinéa 42(2)q). Quant au paragraphe 6(7.3), il dispose que l'adolescent admissible à la libération dont la peine a été prononcée en application, entre autres dispositions de la LSJPA, de son alinéa 42(2)q), et qui a été détenu ou transféré dans un établissement pour adultes en application, entre autres dispositions de la même loi, de son article 89, est assujetti à ses articles 104 à 109 « en ce qui concerne le reste de la peine ».

[85] Autrement dit, à sa libération, l'adolescent dont la peine a été prononcée sous le régime de l'alinéa 42(2)q) de la LSJPA relèvera, en vertu des articles 104 à 109 de cette dernière, de la compétence des autorités du système de justice pour les adolescents, c'est-à-dire le tribunal pour adolescents et le directeur provincial de la province dans laquelle la peine spécifique a été prononcée. Ces dispositions confirment donc la thèse que la compétence conférée à la Commission par le paragraphe 89(3) de la LSJPA à l'égard de l'adolescent placé dans un établissement correctionnel pour adultes prend fin à l'expiration de la période de garde de sa peine.

[86] I therefore conclude that the Judge made no error in concluding that the Board's jurisdiction expired when the respondent could no longer be detained under the terms of his youth sentence. I also conclude that the Judge was correct in holding that the Board would retain jurisdiction should the respondent's custody be continued until the end of the conditional supervision portion of his youth sentence or should he be returned to custody for the remainder of his youth sentence by order of the youth justice court. In such a scenario, the respondent would necessarily be committed, pursuant to subsection 89(1) of the YCJA, to a provincial correctional facility for adults and, thus, pursuant to subsection 89(3), the CCRA and the PRA would find application. As a consequence, the Board would have jurisdiction over the respondent.

[87] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

BLAIS C.J.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

[86] En conséquence, je conclus que le juge n'a pas commis d'erreur en statuant que la compétence de la Commission prenait fin au moment où l'intimé ne pouvait plus être détenu en vertu de sa peine spécifique. Je conclus également que le juge a eu raison d'affirmer que la Commission resterait compétente à l'égard de l'intimé dans le cas où il serait maintenu sous garde jusqu'à la fin de la période de liberté sous condition de sa peine spécifique, ou serait remis sous garde pour le reste de ladite peine, par ordonnance du tribunal pour adolescents. Dans ce cas, l'intimé serait nécessairement placé sous garde dans un établissement correctionnel provincial pour adultes en vertu du paragraphe 89(1) de la LSJPA, de sorte que, en vertu du paragraphe 89(3) de la même loi, il relèverait de la LSCMLC et de la LPMC. Par conséquent, la Commission aurait alors compétence à son égard.

[87] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF BLAIS, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

A-218-09  
2010 FCA 124

A-218-09  
2010 CAF 124

**Lehigh Cement Limited** (*Appellant*)

**Lehigh Cement Limited** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

**INDEXED AS: LEHIGH CEMENT LIMITED v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : LEHIGH CEMENT LIMITED c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Trudel  
J.J.A.—Vancouver, March 10; Ottawa, May 17, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Trudel,  
J.C.A.—Vancouver, 10 mars; Ottawa, 17 mai 2010.

*Income Tax — Non-Residents — Appeal from Tax Court of Canada decision upholding assessment pursuant to Income Tax Act, s. 245 for unpaid non-resident withholding tax — Appellant's debt sold to foreign corporation — Following debt restructuring, third party buying right to be paid interest on loan — Appellant not withholding tax on basis that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption met — Tax Court holding that absence of non-resident lender inferring transaction abuse of s. 212(1)(b)(vii) — Respondent alleging that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption not intending for non-resident to benefit from splitting of interest, principal, transaction inconsistent with underlying rationale of s. 212(1)(b)(vii) — Whether non-resident withholding tax payable on interest on basis of application of anti-avoidance rule — Onus on respondent to establish misuse of exemption through textual, contextual, purposive interpretation — Respondent producing only sentence from budget paper to explain rationale of s. 212(1)(b)(vii) — Sentence not addressing whether s. 212(1)(b)(vii) misused — Not possible to discern respondent's alleged fiscal policy from s. 212(1)(b)(vii), scheme, other provisions — Entitlement to exemption not subject to express statutory conditions, to condition implied by existence of fiscal policy evidenced only by sentence explaining why exemption enacted — S. 212(1)(b)(vii) not intended to apply only if funds accessed by Canadian resident — Foreign purchaser of debt may benefit from exemption if arm's length test, five-year test met — Parliament intending that exemption be available only where fair market rate of interest assured — Interest rate herein not misuse of exemption — Appeal allowed.*

*Impôt sur le revenu — Non-résidents — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une cotisation établie en vertu de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée — L'obligation de l'appelante a été vendue à une société étrangère — Après la restructuration de l'obligation, un tiers a acheté le droit de recevoir les intérêts sur le prêt — L'appelante n'a pas retenu d'impôt au motif que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi avait été respectée — La Cour de l'impôt a statué que l'absence d'un prêteur non-résident donnait à penser que l'opération constituait un abus de l'art. 212(1)(b)(vii) — L'intimée a affirmé que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi n'a pas pour objet de permettre à un non-résident de tirer parti d'une opération dans laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal et que l'opération était incompatible avec la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii) — Il s'agissait de savoir si la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts était justifiée par la règle anti-évitement — Il incombait à l'intimée d'établir à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique qu'il y avait abus de l'exemption — L'intimée n'a produit qu'une phrase tirée d'un document budgétaire pour expliquer la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii) — La phrase n'abordait pas la question de savoir si le fait de recourir à l'art. 212(1)(b)(vii) constituait un abus — Il est impossible de dégager la politique fiscale alléguée de l'intimée de l'art. 212(1)(b)(vii), du régime législatif ou de toute autre disposition — Le droit à l'exemption n'est pas assujéti à des conditions législatives explicites ou à une condition selon laquelle l'existence d'une politique fiscale imposée implicitement, attestée uniquement par une phrase expliquant les motifs de l'adoption de l'exemption — L'art. 212(1)(b)(vii) n'a pas été rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans le cas où un résident du Canada a accès aux marchés des capitaux — L'acheteur étranger de l'obligation peut tirer parti de l'exemption s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision upholding an assessment issued pursuant to the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act* for unpaid non-resident withholding tax on interest.

The appellant, a manufacturer of building materials, is a Canadian corporation. The appellant's debt was sold to a foreign corporation and the non-resident withholding tax on the interest was remitted as required to the Crown pursuant to paragraph 212(1)(b) of the Act. The appellant later restructured its debt in order to avoid the non-resident withholding tax by, *inter alia*, fixing the interest rate at a higher rate for five years and giving the holder of the debt the right to sell all or a portion of the right to be paid interest on the loan. A third party bought the right to be paid interest on the appellant's debt. The appellant paid the third party all interest payable on the debt, but did not withhold any amount from the non-resident withholding tax on the basis that the arm's length test and the five-year test in the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption had been met. The Tax Court held that the absence of a non-resident lender inferred that the sale transaction between the holder of the debt and the third party abused subparagraph 212(1)(b)(vii).

The appellant conceded that the transaction at issue was an avoidance transaction within the meaning of subsection 245(3) of the Act, but took the position that the general anti-avoidance rule could not apply because the transaction was not a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

The respondent argued that subparagraph 212(1)(b)(vii) was not intended to benefit a non-resident who is legally entitled to be paid interest on a debt as a result of a transaction splitting the right to be paid interest from the right to be paid the principal. Specifically, the respondent asserted that the transaction was inconsistent with the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii).

At issue was whether non-resident withholding tax was payable on the interest on the basis of the application of the anti-avoidance rule.

*de dépendance et à celui des cinq années — Le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsqu'il y a une garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché — Le taux d'intérêt en l'espèce ne constituait pas un abus — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une cotisation établie aux termes de la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts.

L'appelante, un fabricant de matériaux de construction, est une société canadienne. L'obligation de l'appelante a été vendue à une société étrangère et la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts a été remise à la Couronne comme prévu en vertu de l'alinéa 212(1)b) de la Loi. Par la suite, l'appelante a restructuré son obligation afin d'éviter la retenue d'impôt des non-résidents en établissant, entre autres, le taux d'intérêt à un taux supérieur pendant cinq ans et en conférant au responsable de l'obligation le droit de vendre la totalité ou une partie du droit aux intérêts sur le prêt. Un tiers a acheté le droit de recevoir tous les paiements d'intérêts sur l'obligation de l'appelante. Cette dernière a versé au tiers tous les intérêts payables sur l'obligation, mais elle n'a pas retenu de sommes sur les paiements d'intérêt en vue de la retenue d'impôt des non-résidents au motif que le critère d'une relation sans lien de dépendance et des cinq années de l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) avaient été respectés. La Cour de l'impôt a statué que l'absence d'un prêteur non-résident donnait à penser que l'opération de vente entre le responsable de l'obligation et le tiers constituait un abus du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

L'appelante a reconnu que l'opération en cause constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) de la Loi, mais elle a soutenu que la règle générale anti-évitement ne pouvait s'appliquer parce que l'opération ne constituait pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

L'intimée a affirmé que le sous-alinéa 212(1)b)(vii) n'avait pas pour objet d'avantager un non-résident qui a le droit légal à l'intérêt sur une obligation par suite d'une opération dans laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal. Plus précisément, l'intimée a prétendu que l'opération était incompatible avec la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

La question à trancher était celle de savoir si la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts était justifiée par la règle anti-évitement.

*Held*, the appeal should be allowed.

It is for the respondent to establish, on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation, that the impugned transaction is a misuse of the exemption. The respondent produced no evidence explaining the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii) other than a sentence from a budget paper released by the Department of Finance stating that the withholding tax is intended to facilitate access to funds in international capital markets. Neither was any authority produced supporting the proposition that a transaction splitting the interest and principal obligation would have offended the fiscal policy objective of subparagraph 212(1)(b)(vii) at the time of its enactment. The sentence is a shaky foundation for an assessment under the general anti-avoidance rule. It does not address the question of whether the appellant's reliance on the exemption is a misuse of that provision. The respondent cannot discharge its burden merely by asserting that the transaction was unforeseen or exploits a previously unnoticed legislative gap. The alleged fiscal policy cannot be discerned or inferred from subparagraph 212(1)(b)(vii), from the statutory scheme, or from any other provision of the *Income Tax Act*. It cannot therefore be concluded that entitlement to the exemption is subject to the express statutory conditions, and to a condition implied by the existence of a fiscal policy evidenced only by a sentence explaining why the exemption was enacted. If the appellant's debt had been sold to the third party to include both the right to be paid the principle and the interest, the exemption would apply and there would be no basis to invoke the general anti-avoidance rule. Such a hypothetical sale would not give the appellant access to funds in international capital markets. Subparagraph 212(1)(b)(vii) was not intended to apply only if a resident of Canada accesses funds. The foreign purchaser of the debt may benefit from the exemption if the arm's length test and the five-year test are met. There is no distinction, in terms of the alleged underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii), between the proposed hypothetical sale and the transaction undertaken in this case. Finally, the statutory condition that the exemption applies only if the payer and recipient of the interest deal at arm's length with each other is an indication that Parliament intended the exemption to be available only where it would be assumed that the rate of interest would reflect a fair market rate. On the facts herein it would not have been reasonable to conclude that the interest rate represented a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Il incombait à l'intimée d'établir à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique que l'opération contestée constituait un abus de l'exemption. L'intimée n'a pas produit d'éléments de preuve visant à expliquer la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), autre qu'une phrase tirée d'un document budgétaire diffusé par le ministère des Finances et précisant que la retenue d'impôt vise à faciliter l'accès aux marchés internationaux des capitaux. En outre, elle n'a cité aucune source faisant autorité à l'appui de la thèse selon laquelle une opération qui fractionne l'obligation de payer les intérêts et l'obligation de rembourser le principal aurait été jugée contraire à l'objectif de politique fiscale visé par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) lorsqu'il a été promulgué. La phrase est une fondation fragile pour une cotisation établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement. Elle n'aborde pas la question de savoir si le fait pour l'appelante de recourir à l'exemption constitue un abus de cette disposition. L'intimée ne peut pas s'acquitter du fardeau qui lui incombe simplement en affirmant que l'opération n'était pas prévue ou qu'elle tire profit d'une lacune législative passée inaperçue jusqu'alors. On ne peut dégager ou déduire la politique fiscale alléguée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), du régime législatif ou de toute autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On ne peut donc pas conclure que le droit à l'exemption est assujéti aux conditions législatives explicites et à une condition selon laquelle l'existence d'une politique fiscale impose implicitement, attestée uniquement par une phrase expliquant les motifs de l'adoption de l'exemption. Si l'obligation de l'appelante avait été vendue au tiers de façon à comprendre le droit de recevoir à la fois le principal et les intérêts, l'exemption s'appliquerait et il n'y aurait aucun motif d'invoquer la règle générale anti-évitement. Une telle vente hypothétique ne donnerait pas à l'appelante accès aux marchés internationaux des capitaux. Le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) n'a pas été rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans le cas où un résident du Canada a accès aux marchés internationaux des capitaux. L'acheteur étranger de l'obligation peut tirer parti de l'exemption s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années. Il n'y a pas de distinction, en ce qui concerne la justification sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), entre la vente hypothétique envisagée et l'opération effectuée en l'espèce. Enfin, la condition prévue par la loi selon laquelle l'exemption ne s'applique que si le payeur et le bénéficiaire n'ont entre eux aucun lien de dépendance révèle que le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsqu'il y a une garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché. À partir des faits en l'espèce, il n'aurait pas été raisonnable de conclure que le taux d'intérêt équivalait à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act to implement conventions for the avoidance of double taxation with respect to income tax between Canada and France, Canada and Belgium and Canada and Israel*, S.C. 1974-75-76, c. 104.

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 106(1)(b), 132A (as enacted by S.C. 1960-61, c. 17, s. 13).

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Suppl.), c. 1, ss. 212(1)(b) (as am. by S.C. 2007, c. 35, s. 59), (3) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 97; 2007, c. 35, s. 59), 215(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174), (6), 240, 245 (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52).

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(b)(vii) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 11).

*Income Tax Act (The)*, S.C. 1948, c. 52, s. 96(1)(b) (as am. by S.C. 1953, c. 40, s. 36).

*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, s. 9B.

*Tax Conventions Implementation Act, 2002*, S.C. 2002, c. 24.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention Between Canada and Belgium for the Avoidance of Double Taxation and the Settlement of Other Matters with Respect to Taxes on Income*, S.C. 1974-75-76, c. 104, Sch. II.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

## AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *Budget: Highlights and Supplementary Information*. Ottawa: June 23, 1975.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2009 TCC 237, 2009 DTC 1148) upholding an assessment issued pursuant to the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act* for unpaid non-resident withholding tax on interest. Appeal allowed.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de 2002 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2002, ch. 24.

*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 9B.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 212(1)(b) (mod. par L.C. 2007, ch. 35, art. 59), (3) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 97; 2007, ch. 35, art. 59), 215(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174), (6), 240, 245 (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 96(1)(b) (mod. par S.C. 1953, ch. 40, art. 36).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(1)(b)(vii) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 71, art. 11).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 106(1)(b), 132A (édicte par S.C. 1960-61, ch. 17, art. 13).

*Loi de mise en œuvre des conventions conclues entre le Canada et la France, entre le Canada et la Belgique et entre le Canada et Israël, tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention entre le Canada et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104, ann. II.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des Finances. *Budget : faits saillants et renseignements supplémentaires*. Ottawa : 23 juin 1975.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 237) confirmant une cotisation établie aux termes de la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts. Appel accueilli.



## APPEARANCES

*Warren J. A. Mitchell, Q.C. and Matthew G. Williams* for appellant.  
*Daniel Bourgeois and Geneviève Léveillé* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Thorsteinssons LLP*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: The appellant Lehigh Cement Limited (Lehigh), a corporation resident in Canada, is appealing a judgment of the Tax Court of Canada (2009 TCC 237, 2009 DTC 1148) upholding assessments made under Part XIII of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. Lehigh was assessed for unpaid non-resident withholding tax on interest paid in the years 1998 to 2002 to Bank Brussels Lambert (the Belgian Bank). The issue in this appeal is whether the assessments were justified by the general anti-avoidance rule in section 245 [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52] of the *Income Tax Act*.

The statutory scheme

[2] The *Income Tax Act* imposes a tax on all income of a person resident in Canada, and on certain Canadian source income of a person not resident in Canada. One provision that imposes tax on the Canadian source income of a non-resident is subsection 212(1) of the *Income Tax Act*. Generally, subsection 212(1) applies to investment or other passive income (including interest, dividends and rent) paid by a resident of Canada to a non-resident. Interest is dealt with in paragraph 212(1)(b).

## ONT COMPARU

*Warren J. A. Mitchell, c.r. et Matthew G. Williams* pour l'appelante.  
*Daniel Bourgeois et Geneviève Léveillé* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Thorsteinssons LLP*, Vancouver, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : L'appelante, Lehigh Cement Limited (Lehigh), une société résidant au Canada, interjette appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2009 CCI 237) confirmant des cotisations conformément à la partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1. Les cotisations établies à l'égard de Lehigh visaient une retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts versés à la société Banque Bruxelles Lambert (la banque belge) pendant les années 1998 à 2002. Il s'agit en l'espèce d'établir si les cotisations étaient justifiées par la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le régime législatif

[2] La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la perception d'un impôt sur le revenu d'une personne résidant au Canada et sur certains revenus de source canadienne d'une personne ne résidant pas au Canada. Le paragraphe 212(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est l'une des dispositions qui prévoient un impôt sur le revenu de source canadienne d'un non-résident. Règle générale, le paragraphe 212(1) s'applique aux revenus de placement et à d'autres revenus hors exploitation (y compris les intérêts, les dividendes et les loyers) fournis par un résident du Canada à un non-résident. L'alinéa 212(1)b) traite des revenus d'intérêt.

[3] Paragraph 212(1)(b) has a long history. Its first statutory predecessor is found in section 9B of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. It became paragraph 96(1)(b) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, and then paragraph 106(1)(b) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. An amendment enacted by S.C. 1953, c. 40, subsection 81(1) changed the structure of paragraph 106(1)(b) so that the exemptions that had been included in the text of the charging provisions were instead listed as subparagraphs 106(1)(b)(i), (ii) and (iii). Paragraph 106(1)(b) became paragraph 212(1)(b) (see the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63). By 1974 there were 6 listed exemptions. By 2007 there were 11.

[4] The exemption in issue in this case is the seventh listed exemption, subparagraph 212(1)(b)(vii). The original version of that provision was enacted by S.C. 1974-75-76, c. 71, section 11, applicable in respect of any debt obligation issued after June 23, 1975. It provided an exemption from non-resident withholding tax for interest payable by a corporation resident in Canada to a non-resident person, subject to two main conditions. First, the resident of Canada and the person to whom the interest was payable had to deal with each other at arm's length (the arm's length test). Second, the resident of Canada could not be obliged to pay more than 25 percent of the principal amount of the debt within five years of the date of the issuance of the evidence of indebtedness, except in the event of a default (the five-year test).

[5] Subparagraph 212(1)(b)(vii) has been amended many times since 1975, but there are no amendments relevant to the issues raised in this appeal. The arm's length test and the five-year test remained the two main conditions for entitlement to the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption throughout the period to which this appeal relates.

[6] In the years under appeal, paragraph 212(1)(b) and the exemption in issue, subparagraph 212(1)(b)(vii), read in relevant part as follows:

[3] L'alinéa 212(1)b) a une longue histoire. La première disposition, de toutes celles qui l'ont précédé, fut l'article 9B de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97. Ce paragraphe a été remplacé par l'alinéa 96(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, puis par l'alinéa 106(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Par suite d'une modification adoptée dans les S.C. 1953, ch. 40, paragraphe 81(1), la structure de l'alinéa 106(1)b) a été modifiée de sorte que les exemptions incorporées au texte des dispositions d'imposition ont plutôt été énumérées aux sous-alinéas 106(1)b)(i), (ii) et (iii). L'alinéa 106(1)b) a été remplacé par l'alinéa 212(1)b) (voir la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63). En 1974, 6 exemptions étaient prévues. En 2007, il y en avait 11.

[4] L'exemption en cause en l'espèce est la septième, celle qui figure au sous-alinéa 212(1)b)(vii). La version originale de cette disposition a été adoptée par l'article 11 du ch. 71 des S.C. 1974-75-76; elle est applicable à tout titre de créance émis après le 23 juin 1975. La disposition prévoyait l'exemption de la retenue d'impôt des non-résidents à l'égard des intérêts payables par une société résidant au Canada à un non-résident, sous réserve de deux conditions principales. Premièrement, le résident du Canada et la personne à laquelle l'intérêt était payable devaient traiter entre eux sans lien de dépendance (le critère d'une relation sans lien de dépendance). Deuxièmement, le résident du Canada ne pouvait être tenu de verser plus de 25 pour 100 du principal de l'obligation dans les cinq années de l'émission du titre de créance, sauf en cas de défaut (le critère des cinq années).

[5] Le sous-alinéa 212(1)b)(vii) a été modifié à de nombreuses reprises depuis 1975, mais aucune des modifications n'est pertinente eu égard aux questions soulevées en l'espèce. En effet, le critère d'une relation sans lien de dépendance et le critère des cinq années sont demeurés les deux principales conditions du bénéfice de l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) pendant toute la période visée par le présent appel.

[6] Voici, pour les années visées par le présent appel, les extraits pertinents de l'alinéa 212(1)b) et l'exemption en cause, soit le sous-alinéa 212(1)b)(vii) :

Tax	<p><b>212.</b> (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to the non-resident person as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>212.</b> (1) Toute personne non-résidente doit payer un impôt sur le revenu de 25 % sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit, ou est réputée en vertu de la partie I lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Impôt
Interest	<p>(b) interest except</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(vii) interest payable by a corporation resident in Canada to a person with whom that corporation is dealing at arm's length on any obligation where the evidence of indebtedness was issued by that corporation after June 23, 1975 if under the terms of the obligation or any agreement relating thereto the corporation may not under any circumstances be obliged to pay more than 25% of</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(B) ... the principal amount of the obligation,</p> <p>within 5 years from the date of issue of ... that obligation ....</p>	<p>b) d'intérêts, sauf :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>(vii) les intérêts payables sur un titre par une société résidant au Canada à une personne avec laquelle cette société n'a aucun lien de dépendance, lorsque le titre de créance a été émis par cette société après le 23 juin 1975, si, selon les modalités du titre ou d'une convention s'y rapportant, la société ne peut, en aucun cas, être tenue de verser plus de 25 % :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>(B) [...] du montant du principal de l'obligation,</p> <p>dans les 5 années suivant la date de l'émission [...] de cette obligation [...]</p>	Intérêts

[7] The 25 percent rate of tax specified in subsection 212(1) of the *Income Tax Act* may be reduced by an international income tax convention. During the period relevant to this appeal, the rate of tax on interest paid to a resident of Belgium was reduced to 15 percent by virtue of the Canada-Belgium Income Tax Convention (1976) [*Convention Between Canada and Belgium for the Avoidance of Double Taxation and the Settlement of Other Matters with Respect to Taxes on Income*, S.C. 1974-75-76, c. 104, Sch. II], enacted as a law of Canada by *An Act to implement conventions for the avoidance of double taxation with respect to income tax between Canada and France, Canada and Belgium and Canada and Israel*, S.C. 1974-75-76, c. 104. (The 1976 Convention was replaced effective 2004, see [*Tax Conventions Implementation Act, 2002*] S.C. 2002, c. 24.)

[7] Le taux d'imposition de 25 pour 100 énoncé au paragraphe 212(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut être réduit par une convention fiscale internationale. Au cours de la période visée par le présent appel, le taux d'imposition des intérêts payés à un résident de la Belgique a été réduit de 15 pour 100 en vertu de la Convention fiscale entre le Canada et la Belgique de 1976 [*Convention entre le Canada et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104, ann. II], ratifiée au Canada par la *Loi de mise en œuvre des conventions conclues entre le Canada et la France, entre le Canada et la Belgique et entre le Canada et Israël, tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104. (La convention de 1976 a été remplacée et la nouvelle version est en

[8] I note parenthetically that paragraph 212(1)(b) was changed substantially by S.C. 2007, c. 35, subsection 59(2), applicable after 2007. Paragraph 212(1)(b) now provides for two categories of interest that are subject to non-resident withholding tax. One category is “participating debt interest”, defined in subsection 212(3) [as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 97; 2007, c. 35, s. 59] as interest payable on the basis of the production from or the use of property (subject to numerous exceptions). The other is interest that is not “fully exempt interest” (as defined in subsection 212(3)) if the interest is paid or payable to a person with whom the payer is not dealing at arm’s length. The definition of “fully exempt interest” encompasses some of the exemptions that had previously appeared in one of the subparagraphs of 212(1)(b), but not the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii). Thus, it would appear that after 2007, interest (except “participating interest”) is not subject to non-resident withholding tax if it is paid by a resident of Canada to a non-resident person with which the resident of Canada deals at arm’s length. It was not argued in this appeal that the 2007 amendments shed any light on the issues that arise in this case.

[9] The assessment under appeal was issued under the general anti-avoidance rule in section 245 [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52] of the *Income Tax Act*. Section 245 reads in relevant part as follows:

Definitions

**245.** (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act . . . .

“tax consequences” to a person means the amount of . . . tax or other amount payable by . . . the person under this Act . . . .

vigueur depuis 2004 (voir *Loi de 2002 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2002, ch. 24.)

[8] Je souligne en passant que le contenu de l’alinéa 212(1)b) a été modifié substantiellement par le paragraphe 59(2) du ch. 35 des L.C. 2007 et que ce changement est applicable après 2007. En effet, l’alinéa 212(1)b) prévoit maintenant deux catégories d’intérêts soumises à la retenue d’impôt des non-résidents. L’une des catégories est celle des « intérêts sur des créances participatives », définis au paragraphe 212(3) [édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 97; 2007, ch. 35, art. 59] comme des intérêts payables conditionnellement à la production ou à l’utilisation de biens (sous réserve de nombreuses exceptions). L’autre catégorie est celle des intérêts qui ne sont pas entièrement exonérés (au sens de l’expression « intérêts entièrement exonérés » au paragraphe 212(3)) si les intérêts sont payés ou payables à une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance. La définition du terme « intérêts entièrement exonérés » englobe certaines des exemptions qui avaient déjà figuré dans une des versions de l’alinéa 212(1)b), mais non l’exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Il semble donc que, après 2007, les intérêts (sauf les « intérêts sur des créances participatives ») ne soient pas soumis à la retenue d’impôt des non-résidents s’ils sont payés par un résident du Canada à une personne non-résidente avec laquelle le résident du Canada n’a aucun lien de dépendance. personne n’a soutenu dans le cadre du présent appel que les modifications de 2007 pouvaient jeter un éclairage nouveau sur les questions soulevées en l’espèce.

[9] La cotisation visée par le présent appel a été établie conformément à la règle générale anti-évitement de l’article 245 [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Voici les extraits pertinents de l’article 245 :

**245.** (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

Définitions

« attribut fiscal » S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, [...] impôt ou autre montant payable par cette personne [...] en application de la présente loi [...]

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application de la présente loi [...]

	“transaction” includes an arrangement or event.	« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.	
Time when eligible for day parole	(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.	(2) En cas d’opération d’évitement, les attributs fiscaux d’une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d’une série d’opérations dont cette opération fait partie.	Disposition générale anti-évitement
Avoidance transaction	(3) An avoidance transaction means any transaction  (a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit; or  (b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit.	(3) L’opération d’évitement s’entend :  a) soit de l’opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable;  b) soit de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable.	Opération d’évitement
Application of subsection (2)	(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction  (a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of  (i) this Act,  ...  ... or  (b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.	(4) Le paragraphe (2) ne s’applique qu’à l’opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :  a) qu’elle entraînerait, directement ou indirectement, s’il n’était pas tenu compte du présent article, un abus dans l’application des dispositions d’un ou de plusieurs des textes suivants :  (i) la présente loi,  [...]  b) qu’elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l’application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.	Application du par. (2)

Facts

[10] The facts are not in dispute. Lehigh is a Canadian corporation that carries on business in Canada as a manufacturer of cement and other building materials. During the period covered by the assessments under appeal, Lehigh was a member of a related group of corporations (the HZ group) led by a German corporation, Heidelberger Zement. The HZ group included a Belgian corporation named CBR International Services S.A. (International Services) which acted as the treasury centre for the HZ group.

[11] In 1986, Lehigh borrowed \$140 million from a consortium of Canadian banks. The loan (the Lehigh debt) was later sold to one of the corporations within the HZ group using financing from one of the foreign corporations within the HZ group. Ownership of the Lehigh debt changed from time to time until August of 1997 but was always within the HZ group. In August of 1997, International Services held the Lehigh debt. While the Lehigh debt was held by a foreign corporation within the HZ group, the interest was subject to non-resident withholding tax at the rate of 15 percent pursuant to paragraph 212(1)(b). Lehigh withheld the tax as required and remitted it to the Crown.

[12] Until August of 1997, the Lehigh debt bore interest at a floating rate based on the Canadian prime rate. In August of 1997, the rate of interest payable on the Lehigh debt was at a historic low, 4.75 percent, but it was expected to increase to 6 percent. The term of the Lehigh debt was scheduled to end on September 15, 2009, subject to an option given to Lehigh to extend the term for successive periods of five years.

[13] In January of 1997, Lehigh began to look for ways to restructure the Lehigh debt to avoid non-resident withholding tax. An analysis in the spring of 1997 determined that, depending on the interest rate chosen, the present value of the tax saving that could be achieved by avoiding non-resident withholding tax would range from \$13.1 to \$19.7 million. The HZ group determined,

Les faits

[10] Les faits ne sont pas contestés. Lehigh est une société canadienne qui exerce ses activités au Canada comme fabricant de ciment et d'autres matériaux de construction. Au cours de la période visée par les cotisations dont il est fait appel, Lehigh était membre d'un groupe de sociétés liées (le groupe HZ) dirigé par une société allemande, Heidelberger Zement. Le groupe HZ comprenait une société belge appelée CBR International Services S.A. (International Services) qui faisait office de centre de trésorerie pour le groupe HZ.

[11] En 1986, Lehigh a emprunté 140 millions de dollars d'un consortium de banques canadiennes. Le prêt (l'obligation de Lehigh) a par la suite été vendu à une des sociétés du groupe HZ au moyen du financement fourni par l'une des sociétés étrangères du groupe HZ. La responsabilité de l'obligation de Lehigh est passée d'une société à une autre jusqu'au mois d'août 1997, mais est toujours demeurée à l'intérieur du groupe HZ. En août 1997, International Services était responsable de l'obligation de Lehigh. Malgré que la responsabilité de l'obligation de Lehigh ait été assumée par une société étrangère membre du groupe HZ, les intérêts étaient soumis à la retenue d'impôt des non-résidents de 15 pour 100 aux termes de l'alinéa 212(1)b). Lehigh retenait l'impôt de la façon prévue et le remettait à la Couronne.

[12] Jusqu'au mois d'août 1997, l'obligation de Lehigh portait intérêt à un taux flottant variant selon le taux préférentiel au Canada. En août 1997, le taux d'intérêt payable sur l'obligation de Lehigh s'établissait à un creux historique de 4,75 pour 100, mais devait monter à 6 pour 100. L'échéance pour le remboursement de l'obligation de Lehigh était fixée au 15 septembre 2009, sous réserve de l'option dont disposait Lehigh de la prolonger de périodes successives de cinq ans.

[13] En janvier 1997, Lehigh a commencé à chercher des moyens de restructurer l'obligation de Lehigh afin d'éviter la retenue d'impôt des non-résidents. Une analyse effectuée au printemps 1997 a permis d'établir que, selon le taux d'intérêt choisi, la valeur actualisée de l'économie d'impôt qui pourrait être obtenue par l'évitement de la retenue d'impôt des non-résidents oscillerait

and the Minister has accepted, that the market rate of interest for the Lehigh debt was 7 percent.

[14] In August of 1997, the terms of the Lehigh debt were amended as follows:

(a) The interest rate was changed from the Canadian prime rate to a fixed rate of 7 percent for the first five years.

(b) Except in the event of a default, Lehigh was not obliged to repay more than 25 percent of the principal amount within 5 years of the date upon which the new terms were agreed to.

(c) The holder of the Lehigh debt (then International Services) was given the right to sell to a third party all or any portion of the right to be paid interest on the loan.

(d) A withholding tax gross-up clause was added. That is, Lehigh agreed that if any withholding tax was payable on the interest, Lehigh would effectively bear the increased cost.

[15] In that same month, the Belgian Bank purchased from International Services, for approximately \$42.7 million, the right to be paid all interest payable on the Lehigh debt before September 16, 2002, totalling approximately \$49.5 million.

[16] As a condition of purchasing the right to be paid the interest on the Lehigh debt, the Belgian Bank required that its risk be mitigated in two ways. First, it required an agreement providing that, in the event of a default by Lehigh, International Services would be obliged to buy from the Belgian Bank, for a specified price, the right to be paid the interest. Second, International Services entered into a funding indemnity in favour of the Belgian Bank that protected the Belgian Bank from any hedging losses that could arise in the event of an early payout of interest. The Crown does not allege that either of these risk mitigation measures is relevant to the application of the general anti-avoidance rule.

entre 13,1 et 19,7 millions de dollars. Selon les calculs effectués par le groupe HZ et acceptés par le ministre, le taux d'intérêt sur le marché de l'obligation de Lehigh s'établissait à 7 pour 100.

[14] En août 1997, les conditions de l'obligation de Lehigh ont été modifiées comme suit :

a) Le taux d'intérêt, qui était jusque-là le taux préférentiel canadien, a été remplacé par un taux fixe de 7 pour 100 pour les cinq premières années.

b) Sauf en cas de défaut, Lehigh n'était pas tenue de rembourser plus de 25 pour 100 du principal dans les cinq ans de la date de l'acceptation des nouvelles conditions.

c) Le responsable de l'obligation de Lehigh (à l'époque International Services) a obtenu le droit de vendre à un tiers la totalité ou une partie du droit aux intérêts sur le prêt.

d) Une clause de majoration relative à la retenue d'impôt était ajoutée. En vertu de cette clause, Lehigh, en cas d'assujettissement des intérêts à une retenue d'impôt, assumerait l'augmentation de coût.

[15] Le même mois, la banque belge achetait d'International Services, en contrepartie de quelque 42,7 millions de dollars, le droit de recevoir tous les paiements d'intérêt sur l'obligation de Lehigh avant le 16 septembre 2002, soit au total quelque 49,5 millions de dollars.

[16] Comme condition de l'achat du droit de recevoir tous les intérêts sur l'obligation de Lehigh, la banque belge exigeait deux moyens d'atténuation du risque. Premièrement, elle demandait la conclusion d'une entente selon laquelle, en cas de défaut de Lehigh, International Services serait tenue d'acheter de la banque belge, selon un prix déterminé, le droit de recevoir les paiements d'intérêt. Deuxièmement, International Services a obtenu en faveur de la banque belge une garantie de provisionnement protégeant cette dernière contre les pertes de couverture pouvant résulter d'un paiement anticipé d'intérêts. Selon la Couronne, aucune de ces mesures d'atténuation du risque n'est pertinente quant à l'application de la règle générale anti-évitement.

[17] After August of 1997, Lehigh paid the Belgian Bank directly all interest payable on the Lehigh debt. It is undisputed that the arm's length test and the five-year test in subparagraph 212(1)(b)(vii) were then met. On that basis, Lehigh did not withhold any amount from the interest payments on account of non-resident withholding tax.

[18] The Minister took the position that even though interest payable to the Belgian Bank on the Lehigh debt was within the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption, non-resident withholding tax was payable on the interest on the basis of the application of the general anti-avoidance rule in section 245. If the Minister's reliance on the general anti-avoidance rule is well founded, Lehigh had a legal obligation to withhold the tax from the interest payments and to remit the withheld amounts on the Belgian Bank's account, failing which Lehigh itself would be liable to pay the amount that should have been withheld (see subsections 215(1) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174] and (6) of the *Income Tax Act*).

[19] The argument of the Crown in the Tax Court and in this Court is essentially the same. The Tax Court Judge accepted that argument. He dismissed Lehigh's appeal for reasons encapsulated in the following excerpts from paragraphs 39, 45 and 46 of his reasons (my emphasis):

Subparagraph (vii) is relatively straightforward. It is not drafted in the arcane hieroglyphics that so often decorate other parts of the *Act*. Left to myself, I might well have concluded that this exemption was intended to help Canadian corporations borrow from foreign arm's length lenders who would receive interest free from withholding tax. Having reviewed the articles quoted in paragraphs 37 and 38 above, I find that the purpose of subparagraph (vii) is to help Canadian corporations needing to borrow money by increasing their access to international capital markets. The cost of the withholding tax on interest paid to foreign lenders is often shifted to the Canadian borrower, thereby increasing the cost of capital. The exemption from withholding tax on arm's length borrowing from foreign lenders makes such borrowing more competitive with domestic borrowing in Canada.

[17] À partir du mois d'août 1997, Lehigh versait directement à la banque belge tous les intérêts payables sur l'obligation de Lehigh. Les parties reconnaissent que le critère d'une relation sans lien de dépendance et celui des cinq années du sous-alinéa 212(1)b)(vii) étaient alors respectés. Dans ce contexte, Lehigh n'a pas retenu de sommes sur les paiements d'intérêt en vue de la retenue d'impôt des non-résidents.

[18] Le ministre a soutenu que même si les intérêts payables à la banque belge sur l'obligation de Lehigh étaient visés par l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii), la retenue d'impôt des non-résidents était payable sur les intérêts du fait de l'application de la règle générale anti-évitement de l'article 245. Si le ministre invoque à raison la règle générale anti-évitement, Lehigh devait légalement retenir l'impôt sur les paiements d'intérêt et remettre les montants ainsi retenus pour le compte de la banque belge, à défaut de quoi Lehigh elle-même serait tenue de verser la somme qui aurait dû être retenue (voir les paragraphes 215(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174] et (6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*).

[19] L'argument qu'a exposé la Couronne devant la C.C.I. et la Cour est essentiellement le même. Le juge de la C.C.I. a accepté cet argument. Il a rejeté l'appel de Lehigh pour les raisons tirées des extraits suivants des paragraphes 39, 45 et 46 de ses motifs (non souligné dans l'original) :

Le sous-alinéa (vii) est relativement facile à saisir. Il n'est pas rédigé dans le style impénétrable qui si souvent caractérise d'autres parties de la Loi. Laisse à moi-même, j'aurais fort bien pu conclure que cette exemption avait pour objet d'aider les sociétés canadiennes à emprunter auprès de prêteurs étrangers sans lien de dépendance avec elles, qui recevraient alors des intérêts non soumis à la retenue fiscale. Après examen des articles cités aux paragraphes 37 et 38 ci-dessus, je suis d'avis que l'objet du sous-alinéa (vii) est d'aider les sociétés canadiennes en quête de capitaux, et cela en leur rendant plus accessibles les marchés internationaux de capitaux. Le coût de la retenue fiscale frappant les intérêts payés aux prêteurs étrangers est souvent répercuté sur l'emprunteur canadien, ce qui a pour effet d'accroître pour celui-ci le coût du capital. L'exemption de retenue fiscale pour les emprunts contractés auprès de prêteurs étrangers sans lien de dépendance rend de tels emprunts plus concurrentiels par rapport aux emprunts contractés sur le marché canadien.



In my opinion, the tax benefit in subparagraph (vii) of paying interest to a non-resident person free from withholding tax applies only to the arm's length borrowing of capital from a non-resident lender. That is the transaction "with a certain commercial purpose". In this appeal, [Lehigh] did not borrow any money from [the Belgian Bank] or any other non-resident lender. The absence of a non-resident lender causes me to infer that the sale transaction between [International Services and the Belgian Bank] abused subparagraph (vii).

...

I find that the relationship between [International Services and the Belgian Bank] with respect to the sale of 20 quarterly interest amounts for \$42 million; and the relationship between [Lehigh and the Belgian Bank] with respect to the payment of those 20 quarterly interest amounts are wholly dissimilar to the arm's length borrower/lender relationship contemplated by subparagraph (vii). The sale transaction between [International Services and the Belgian Bank] frustrated the object, spirit and purpose of subparagraph (vii).

### Analysis

#### (a) The Canada Trustco case and subsection 245(4)

[20] Lehigh concedes that the transaction in issue in this case was an avoidance transaction within the meaning of subsection 245(3) of the *Income Tax Act*, and that it was intended to achieve the tax benefit that arose from the right to rely on the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption to avoid liability for non-resident withholding tax. However, Lehigh takes the position that the general anti-avoidance rule cannot apply because the transaction was not a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii) within the meaning of subsection 245(4).

[21] The leading case on the application of the general anti-avoidance rule is *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601. The principles relating to subsection 245(4) are summarized in paragraph 66 of that case. Much of the discussion about subsection 245(4) is aimed at explaining the meaning of the phrases "misuse of the provisions" of the *Income Tax Act* and "abuse having regard to those provisions ... read as a whole." In this case the Crown

À mon avis, l'avantage fiscal, au sous-alinéa (vii), qui consiste à payer des intérêts exempts de retenue fiscale à une personne non résidente ne s'applique qu'à l'emprunt contracté auprès d'un prêteur non résident dans le cadre d'une opération entre parties sans lien de dépendance. Il s'agit là de l'opération « ayant un certain objet commercial ». Dans le présent appel, [Lehigh] n'a pas emprunté d'argent à [la banque belge] ni à aucun autre prêteur non résident. L'absence d'un prêteur non résident me conduit à dire que l'opération conclue entre [International Services et la banque belge] a constitué un abus du sous-alinéa (vii).

[...]

Je suis d'avis que la relation entre [International Services et la banque belge] au regard de la vente, pour 42 millions de dollars, de 20 paiements trimestriels d'intérêts, et la relation entre [Lehigh et la banque belge] au regard de ces 20 paiements trimestriels d'intérêts, n'ont absolument rien en commun avec la relation sans lien de dépendance emprunteur-prêteur envisagée par le sous-alinéa (vii). L'opération de vente conclue entre [International Services et la banque belge] a contrecarré l'esprit et l'objet du sous-alinéa (vii).

### L'analyse

#### a) L'affaire Canada Trustco et le paragraphe 245(4)

[20] Lehigh reconnaît que l'opération en cause en l'espèce constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elle avait pour objet d'obtenir l'avantage fiscal découlant du droit d'invoquer l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) pour éviter l'obligation de prélever la retenue d'impôt des non-résidents. Cependant, Lehigh soutient que la règle générale anti-évitement ne peut s'appliquer parce que l'opération ne constituait pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) au sens du paragraphe 245(4).

[21] En ce qui concerne l'application de la règle générale anti-évitement au Canada, l'arrêt clé est celui qui a été rendu dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601. Les principes relatifs au paragraphe 245(4) sont résumés au paragraphe 66 de cet arrêt. Une bonne partie de l'analyse sur le paragraphe 245(4) vise à expliquer le sens des expressions « abus dans l'application des dispositions » de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et « abus dans

alleges a misuse of a single provision, subparagraph 212(1)(b)(vii).

[22] According to *Canada Trustco*, Lehigh is entitled to the benefit of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) unless allowing the benefit would be inconsistent with its object, spirit or purpose. The meaning of the phrase “object, spirit or purpose” is not fully explained but in the context of this case I take it as a reference to the purpose of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii), determined on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation.

[23] The burden is on the Minister to establish the purpose of subparagraph 212(1)(b)(vii) and to establish that allowing Lehigh the benefit of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) would be a misuse of that provision, in the sense that it would achieve an outcome that subparagraph 212(1)(b)(vii) is intended to prevent or is not intended to permit. Most importantly, if there is any doubt as to whether the transaction in issue results in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii), Lehigh is entitled to the benefit of that doubt.

#### (b) Positions of the parties

[24] I summarize as follows the argument of Lehigh. The purpose of subparagraph 212(1)(b)(vii) should be discerned from its words, interpreted textually, contextually and purposively. According to the words of subsection 212(1)(b)(vii), interest payable on the Lehigh debt is free of non-resident withholding tax if the arm’s length test and the five-year test are met. Both tests were met in this case, and there is nothing about the transaction in issue that defeats or could tend to defeat the purpose of either of those tests. The five-year test is intended to ensure that the debt is medium to long-term debt, as the debt in issue clearly is. The arm’s length test is intended to ensure that the contractual conditions governing the debt, particularly the interest rate, fairly reflect the applicable market. The Crown has admitted that the interest rate in this case is the market rate, and the Crown

l’application de ces dispositions [...] lues dans leur ensemble ». En l’espèce, la Couronne allègue un abus dans l’application d’une seule disposition, soit celle du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[22] Suivant l’arrêt *Hypothèques Trustco*, Lehigh a droit au bénéfice de l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), sauf si l’attribution d’un avantage fiscal ne serait pas conforme à l’objet ou à l’esprit de ces dispositions. La Cour suprême n’explique pas en détail le sens des termes « l’objet ou l’esprit » mais, dans le contexte de l’espèce, je l’interprète comme une allusion à l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique.

[23] Il incombe au ministre de définir l’objet du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) et de démontrer qu’accorder à Lehigh l’avantage de l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) constituerait un abus dans l’application de ladite disposition, dans le sens qu’elle permettrait d’obtenir un résultat que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) a pour objet d’éviter ou un résultat qu’il n’a pas pour objet d’autoriser. Or, plus important encore, s’il existe le moindre doute quant à la question de savoir si l’opération en cause entraîne un abus dans l’application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), Lehigh a droit au bénéfice de ce doute.

#### b) Les thèses des parties

[24] Je résume comme suit l’argument de Lehigh. L’objet du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) doit être dégagé de son libellé, interprété de façon textuelle, contextuelle et téléologique. Selon le libellé du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), l’intérêt payable sur l’obligation de Lehigh est libre de toute retenue d’impôt des non-résidents s’il a été satisfait au critère d’une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années. Il a été satisfait aux deux critères en l’espèce et aucun élément de l’opération en cause ne détourne pas de son objet ou ne pourrait détourner de son objet l’un ou l’autre de ces critères. L’application du critère des cinq années a pour objectif de faire en sorte que la durée de l’obligation soit de moyen à long terme, comme c’est nettement le cas pour l’obligation en cause. Quant au critère d’une relation sans lien de dépendance, il vise à garantir que les

has not argued that there are any contractual terms that make the Lehigh debt or the transaction in issue inconsistent in any way with normal commercial practice. Since the statutory conditions of subparagraph 212(1)(b)(vii) have been met as a matter of both legal and economic substance, there can be no basis for the Crown's conclusion that the transaction has resulted in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[25] The Crown agrees that in this case the statutory conditions for the application of subparagraph 212(1)(b)(vii) are met, technically and substantively. However, the Crown argues that the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption is not intended to benefit a non-resident person who is legally entitled to be paid interest on a debt as a result of a transaction by which the right to be paid the interest is split from the right to be paid the principal amount. Specifically, the Crown asserts that, because the transaction in this case did not result in Lehigh "accessing funds in an international capital market", it is inconsistent with the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii).

### (c) Discussion

[26] Five observations may be made about the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii) and the nature of the transaction that has given rise to this appeal.

[27] First, the parties agree that subparagraph 212(1)(b)(vii) provides for an exemption from the imposition of non-resident withholding tax on interest payable by a corporation resident in Canada to a non-resident. They also agree that the scope of the exemption is discerned from its words alone, and that no useful guidance is obtained by examining any of the other exemptions.

[28] Second, the language of subparagraph 212(1)(b)(vii) is broad enough to include *any* interest payable by a

modalités contractuelles régissant l'obligation, particulièrement le taux d'intérêt, reflètent équitablement le marché pertinent. La Couronne reconnaît que le taux d'intérêt en l'espèce est le taux du marché et elle ne prétend pas non plus qu'il existe des conditions contractuelles faisant en sorte que l'obligation de Lehigh ou l'opération en cause sont incompatibles de quelque façon que ce soit avec les pratiques commerciales habituelles. Étant donné que les conditions prévues au sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ont été remplies, tant sur le plan juridique qu'économique, rien ne permet à la Couronne de conclure que l'opération a débouché sur un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[25] La Couronne reconnaît qu'en l'espèce les conditions que la loi impose pour l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) sont respectées, tant sur le plan de la forme que sur celui du fond. Cependant, elle soutient que l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) n'a pas pour objet d'avantager une personne non-résidente qui a le droit légal à l'intérêt sur une obligation par suite d'une opération dans le cadre de laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal. Plus précisément, selon la Couronne, étant donné que l'opération en l'espèce n'a pas permis à Lehigh [TRADUCTION] « d'avoir accès à des fonds sur un marché des capitaux international », elle est incompatible avec la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

### c) La synthèse

[26] Cinq observations peuvent être formulées au sujet de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) et de la nature de l'opération qui a donné lieu au présent appel.

[27] Premièrement, les parties reconnaissent que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) prévoit une exemption à la perception de la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts payables par une société résidant au Canada à un non-résident. Elles reconnaissent aussi que la portée de l'exemption peut être dégagée uniquement du libellé du sous-alinéa et que l'examen de toute autre exemption ne peut apporter un éclairage utile.

[28] Deuxièmement, le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) est libellé en termes suffisamment larges pour englober

corporation resident in Canada to a non-resident, no matter how the non-resident may have become entitled to receive that interest. Such an entitlement could arise in a number of ways—by a loan to a corporation resident in Canada where the loan bears interest, by a sale of property to a corporation resident in Canada where the unpaid portion of the purchase price bears interest, or by a purchase of the right to be paid interest on a debt obligation of a corporation resident in Canada, with or without the right to be paid the principal amount of the debt.

[29] Third, the language of subparagraph 212(1)(b)(vii) requires the arm's length test to be met in respect of the relationship between the person required to pay the interest and the person entitled to be paid the interest. It does not require the arm's length test to be met in respect of the relationship between the person required to pay the principal amount of the debt and the person entitled to be paid the principal amount of the debt. If there had been a fiscal policy concern requiring the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) to be available only where the same person was entitled to be paid the interest and the principal amount, it would have been simple to say so.

[30] Fourth, the splitting of interest and principal has long been a normal aspect of commercial financing transactions, including transactions involving government debt obligations such as treasury bills. The Crown has provided no evidence that there is anything commercially unusual, in form or substance, about the splitting transaction in issue in this case.

[31] Fifth, in the specific context of non-resident withholding tax, Parliament was aware of the existence of such splitting transactions in 1975 when subparagraph 212(1)(b)(vii) was first enacted. The stripping of interest coupons is the subject of S.C. 1960-61, c. 17, s. 13, which provided for the enactment of section 132A of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, the predecessor to section 240 of the current *Income Tax Act*. Section 240 refers to a bond, debenture or similar obligation where the right to interest is evidenced by a

*tout* intérêt payable par une société résidant au Canada à un non-résident, peu importe la façon dont le non-résident peut avoir obtenu le droit de recevoir ledit intérêt. En effet, ce droit pourrait naître de bien des façons — prêt à intérêt à une société résidant au Canada, vente d'un bien à une société résidant au Canada dans le cadre de laquelle la portion impayée du prix d'achat porte intérêt ou achat du droit de recevoir des intérêts sur un titre de créance d'une société résidant au Canada, avec ou sans droit au principal de l'obligation.

[29] Troisièmement, selon la formulation du sous-alinéa 212(1)b)(vii), c'est la relation entre la personne qui doit payer l'intérêt et la personne qui a droit à cet intérêt qui est visée pour établir s'il a été satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance. Le sous-alinéa n'exige pas que le critère d'une relation sans lien de dépendance s'applique aussi à la relation entre la personne qui est tenue de payer le principal de l'obligation et la personne qui y a droit. Si, en matière de politique fiscale, le législateur avait voulu faire en sorte que l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) s'applique uniquement lorsque la même personne avait droit à la fois aux intérêts et au principal, il aurait été facile pour lui de l'énoncer.

[30] Quatrièmement, la scission entre l'intérêt et le principal est depuis longtemps un aspect habituel des opérations financières à caractère commercial, y compris les opérations visant les titres de créance de l'État comme les bons du Trésor. La Couronne n'a fourni aucun élément de preuve démontrant que, sur le fond ou sur la forme, l'opération de fractionnement en cause est inhabituelle sur le plan commercial.

[31] Cinquièmement, dans le contexte précis de la retenue d'impôt des non-résidents, le législateur était au fait de cette pratique de fractionnement d'opérations en 1975 au moment de l'adoption de la première version du sous-alinéa 212(1)b)(vii). En effet, le détachement de coupons d'intérêt fait l'objet de l'article 13 du ch. 17 des S.C. 1960-61, lequel prévoyait l'adoption du paragraphe 132A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, disposition qui allait devenir l'article 240 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans sa version

coupon or other writing that does not form part of, or is capable of being detached from, the evidence of indebtedness. It requires such interest coupons to be marked “AX” if the interest would be subject to non-resident withholding tax if paid to a non-resident person, and otherwise to be marked “F”, failing which the issuer of the debt obligation could be liable to a civil penalty.

[32] The Crown’s position is not based on an interpretation of subparagraph 212(1)(b)(vii) or the statutory scheme of which it is a part. It is not based on any statutory provision or jurisprudence. It is an echo of a sentence in the budget paper released by the Department of Finance in 1975 when the enactment of the first version of subparagraph 212(1)(b)(vii) was proposed. The publication is entitled *Budget: Highlights and Supplementary Information* and is dated June 23, 1975. The following appears at page 21 of that publication (the emphasis is mine):

#### WITHHOLDING TAX EXEMPTION

The budget proposes to make it easier for Canadian business to borrow funds abroad by providing an exemption from the normal withholding tax on interest paid to non-residents.

A similar exemption for all government debt -- federal, provincial and municipal -- was extended earlier this year to securities issued before 1979.

Both these moves supplement the withdrawal on February 27, 1975 of foreign borrowing guidelines which since 1970 had requested borrowers to exhaust Canadian sources before floating issues outside the country.

The new exemption for interest on private-sector loans is restricted to interest paid by a corporation resident in Canada to a non-arm’s length [*sic*] lender on bonds, debentures or other debt obligations having a fixed term to maturity of not less than five years that are issued after budget date and before 1979.

The term “arm’s length” is well defined in tax law and generally means dealings between unrelated persons.

actuelle. Le paragraphe 240 traite d’un bon ou d’un autre titre semblable où le droit à l’intérêt est démontré par un coupon ou un autre écrit qui ne fait pas partie, ou peut être détaché, du titre de créance. Il exige que ces coupons d’intérêt portent une marque au moyen des lettres « AX » si l’intérêt est soumis à la retenue d’impôt des non-résidents parce que versé à une personne non-résidente et, sinon, au moyen de la lettre « F », à défaut de quoi l’émetteur du titre de créance serait passible d’une amende administrative.

[32] La thèse de la Couronne n’est fondée ni sur une interprétation du sous-alinéa 212(1)b(vii) ni sur le régime législatif dont il relève. Elle n’est pas non plus fondée sur une disposition légale ou sur la jurisprudence. Elle reflète plutôt une phrase dans un document budgétaire diffusé par le ministère des Finances en 1975, au moment où l’adoption de la première version du sous-alinéa 212(1)b(vii) était proposée. La publication était intitulée *Budget : faits saillants et renseignements supplémentaires*, 23 juin 1975. L’extrait suivant est tiré de la page 24 de cette publication (non souligné dans l’original) :

#### EXEMPTION DE LA RETENUE À LA SOURCE

Le budget propose de faciliter aux entreprises canadiennes le recours aux capitaux étrangers grâce à une exemption de la retenue à la source sur les intérêts versés aux non-résidents.

Une exemption analogue avait déjà été instituée cette année dans le cas des titres émis d’ici 1979 par les administrations publiques – fédérales, provinciales ou municipales.

Ces deux mesures complètent l’abrogation, le 27 février 1975, des Lignes directrices concernant les emprunts à l’étranger en vertu desquelles les emprunteurs canadiens devaient, depuis 1970, avoir épuisé les ressources du marché intérieur avant de placer une émission hors des frontières.

Cette nouvelle exemption ne vise que les intérêts versés par une société résidant au Canada à un prêteur dit « indépendant » sur des obligations, débentures ou autres titres de créance comportant une échéance fixe non inférieure à cinq ans émis entre la date de présentation du budget et 1979.

La notion d’« indépendance », bien définie en droit fiscal, désigne généralement la situation de deux personnes n’ayant aucun lien entre elles.

The proposed relief from withholding tax is intended to increase the flexibility of Canadian business to plan long-term debt financing and facilitate access to funds in international capital markets.

(The Crown says that in the fourth paragraph of this quotation, the reference to “non-arms’ length” is wrong and should be read as “arm’s length”.)

[33] The Crown has produced no other publication of the Department of Finance and no Parliamentary document that purports to explain the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii) or to explain the last sentence in the excerpt quoted above from the 1975 budget paper. I assume that no such publication exists.

[34] Although the Crown has cited a number of articles that discuss the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii), some at great length and in great detail, those articles say nothing about the fiscal policy underlying the enactment of that provision, except to repeat what the 1975 budget paper said. A cursory review of the income tax literature discloses that subparagraph 212(1)(b)(vii) has spawned a great deal of learned comment, but the Crown has produced no authority that supports, expressly or by necessary implication, its proposition that a transaction that splits the interest and principal obligation between separate creditors, as was done in this case, would have been considered in 1975 or at any later time to have offended the fiscal policy objective of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[35] It follows that the Crown’s argument must be assessed only on the basis of the excerpt quoted above from the 1975 budget paper, and what inferences might reasonably be drawn from the sentence that uses the phrase “access to funds in international capital markets.” In my view, that sentence is a shaky foundation for an assessment under the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act*.

Cette nouvelle mesure vise à donner une plus grande liberté d’action aux entreprises canadiennes qui établissent des plans de financement à long terme ainsi qu’à leur faciliter l’accès aux marchés internationaux des capitaux.

(La Couronne souligne le contresens « *non-arms’ length* » au lieu de « *arms’ length* » au quatrième paragraphe de la version anglaise. Ce contresens avait été corrigé dans la version française : « [...] prêteur dit “indépendant” [...] ».)

[33] La Couronne n’a produit aucune autre publication du ministère des Finances et aucun document parlementaire visant à expliquer la raison d’être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ou la dernière phrase de l’extrait cité dans ce document budgétaire de 1975. Je suppose qu’il n’existe pas de publication de ce genre.

[34] Même si la Couronne a cité bon nombre d’articles qui traitent de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), certains de façon très approfondie et très détaillée, ces articles ne nous informent pas au sujet de la politique fiscale sous-jacente à l’adoption de ladite disposition, sinon pour répéter ce qu’en disait le document budgétaire de 1975. Un survol des publications relatives à l’impôt sur le revenu révèle que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) a donné naissance à une masse de commentaires, mais la Couronne n’a cité aucune source faisant autorité qui soutient, expressément ou implicitement, sa thèse selon laquelle une opération qui fractionne l’obligation de payer les intérêts et l’obligation de rembourser le principal entre créanciers différents, comme ce fut le cas en l’espèce, aurait été jugée, en 1975 ou à quelque moment que ce soit par la suite, contraire à l’objectif de politique fiscale visé par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[35] Il s’ensuit que l’argument de la Couronne doit être apprécié uniquement en fonction de l’extrait cité ci-dessus du document budgétaire de 1975 et des inférences que l’on peut raisonnablement tirer de la phrase où l’on trouve l’expression « l’accès aux marchés internationaux des capitaux ». À mon avis, cette phrase est une fondation bien fragile pour une cotisation établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement de l’article 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[36] I agree that the 1975 budget paper says something about the history of subparagraph 212(1)(b)(vii) and the business conditions prevailing in 1975 that motivated its enactment. However, in my view it does not address in any way the question at the core of this case, which is whether Lehigh's reliance on the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) is a misuse of that provision for the sole reason that the Belgian Bank acquired the right to be paid the interest but not the principal amount of the Lehigh debt.

[37] When Parliament adds an exemption to the *Income Tax Act*, even one as detailed and specific as subparagraph 212(1)(b)(vii), it cannot possibly describe every transaction within or without the intended scope of the exemption. Therefore, it is conceivable that a transaction may misuse a statutory exemption comprised of one or more bright-line tests such as, in this case, the arm's length test and the five-year test. However, the fact that an exemption may be claimed in an unforeseen or novel manner, as may have occurred in this case, does not necessarily mean that the claim is a misuse of the exemption. It follows that the Crown cannot discharge the burden of establishing that a transaction results in the misuse of an exemption merely by asserting that the transaction was not foreseen or that it exploits a previously unnoticed legislative gap. As I read *Canada Trustco*, the Crown must establish by evidence and reasoned argument that the result of the impugned transaction is inconsistent with the purpose of the exemption, determined on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation of the exemption.

[38] In this case, the Crown is inviting the Court to conclude that entitlement to the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption is not only subject to the express statutory conditions, but is also subject to a condition necessarily implied by the existence of a fiscal policy, evidenced *only* by a sentence in a 1975 budget paper that is said to explain why the exemption was enacted. In my view,

[36] Je reconnais que le document budgétaire de 1975 traite un peu de l'historique du sous-alinéa 212(1)b)(vii) et de la situation dans le monde des affaires en 1975 qui a débouché sur son adoption. Cependant, à mon avis, il n'aborde aucunement la question qui est au cœur de la présente affaire, à savoir si le fait pour Lehigh de recourir à l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) constitue un abus dans l'application de cette disposition du seul fait que la banque belge avait acquis le droit de recevoir les intérêts, mais non le principal de l'obligation de Lehigh.

[37] Lorsque le législateur ajoute une exemption à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, même une exemption aussi détaillée et précise que celle du sous-alinéa 212(1)b)(vii), il ne peut décrire toutes les opérations, qu'elles relèvent ou non du champ d'application de ladite exemption. Il est donc possible qu'une opération donne lieu à un abus dans l'application d'une exemption législative comprenant un critère ou plusieurs critères évident(s) comme, en l'espèce, le critère d'une relation sans lien de dépendance et celui des cinq années. Cependant, le fait qu'une exemption soit invoquée d'une façon qui n'avait pas été prévue ou d'une façon novatrice, comme c'était peut-être le cas en l'espèce, ne signifie pas nécessairement qu'il y a eu abus dans l'application de l'exemption. Il s'ensuit que la Couronne ne peut s'acquitter du fardeau d'établir qu'une opération donne lieu à un abus dans l'application d'une exemption simplement en affirmant que l'opération n'était pas prévue ou qu'elle tire profit d'une lacune législative passée inaperçue jusqu'alors. Selon mon interprétation de l'arrêt *Hypothèques Trustco*, la Couronne doit établir par des éléments de preuve et des arguments motivés que le résultat de l'opération en cause n'est pas conforme à l'objet de l'exemption, à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de l'exemption.

[38] En l'espèce, la Couronne invite la Cour à conclure que le droit à l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) est assujéti non seulement aux conditions législatives explicites, mais aussi à une condition que l'existence d'une politique fiscale impose implicitement, attestée *uniquement* par une phrase dans un document budgétaire de 1975 censé expliquer les motifs de l'adoption de

the principles stated in *Canada Trustco* require that invitation to be rejected.

[39] I reach that conclusion because no trace of the alleged fiscal policy can be discerned or reasonably inferred from subparagraph 212(1)(b)(vii) itself, from the statutory scheme of which subparagraph 212(1)(b)(vii) is a part, or from any other provision of the *Income Tax Act* that could possibly be relevant to the textual, contextual and purposive interpretation of subparagraph 212(1)(b)(vii). In my view, it is fatal to the Crown's misuse argument that it finds no support in *any* provision of *The Income Tax Act*, or in *any* jurisprudence or other authority saying or suggesting that the splitting of the interest and principal obligations of a debt have any income tax implications in relation to subparagraph 212(1)(b)(vii), or any analogous provision or relevant statutory scheme.

[40] I would add that the Crown's argument also seems to suffer from an irreconcilable inconsistency. The Crown concedes that if International Services (the Belgian corporation related to Lehigh) had sold the Belgian Bank the right to be paid both the principal amount of the Lehigh debt and the interest, subparagraph 212(1)(b)(vii) would apply to exempt the interest from non-resident withholding tax and there would be no basis for invoking the general anti-avoidance rule. That is consistent with the well-entrenched understanding of the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii). And yet, I cannot see how such a hypothetical sale could be construed as a transaction that would give *Lehigh* "access to funds in international capital markets." In that hypothetical sale, the only flow of money would have been from the foreign purchaser, Belgian Bank, to the foreign seller, International Services. Lehigh's financial position will not have changed at all, and no foreign capital would have flowed to any Canadian corporation.

[41] If subparagraph 212(1)(b)(vii) were actually intended to apply only if a resident of Canada "accesses"

l'exemption. À mon avis, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Hypothèques Trustco*, cette invitation doit être rejetée.

[39] Je tire cette conclusion parce qu'il est impossible de dégager ou de déduire raisonnablement l'existence de ladite politique fiscale alléguée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) lui-même, du régime législatif dont relève le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ou de toute autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui pourrait être pertinente dans le contexte d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). J'estime que l'argument de la Couronne sur l'abus dans l'application de l'exemption se trouve irrémédiablement invalidé du fait qu'il n'est appuyé par *aucune* disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *aucune* décision, ou *aucune* autre source affirmant ou donnant à penser que le fractionnement des obligations relatives aux intérêts et au principal d'une créance a des incidences fiscales en relation avec le sous-alinéa 212(1)(b)(vii), une disposition analogue ou un régime législatif pertinent.

[40] J'ajouterais que l'argument de la Couronne semble aussi présenter une contradiction impossible à résoudre. Elle reconnaît que si International Services (la société belge liée à Lehigh) avait vendu à la banque belge le droit de recevoir à la fois le principal de l'obligation de Lehigh et les intérêts, le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) s'appliquerait pour exempter les intérêts de la retenue d'impôt des non-résidents et qu'il n'y aurait alors aucun motif d'invoquer la règle générale anti-évitement. Cette façon de voir est conforme à l'interprétation bien établie de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Malgré cela, je ne vois pas de quelle façon cette vente hypothétique pourrait être considérée comme une opération donnant à Lehigh « l'accès aux marchés internationaux des capitaux ». Dans le cadre de cette vente hypothétique, l'argent aurait circulé uniquement à partir de l'acheteur étranger, la banque belge, vers le vendeur étranger, International Services. La situation financière de Lehigh n'aurait pas changé du tout et aucuns capitaux étrangers n'auraient été dirigés vers une société canadienne.

[41] Si le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) avait été réellement rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans les cas



funds in an international capital market, there would seem to be no reason for the Crown to concede that this hypothetical sale transaction would not be a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). And yet, it has been established for many years that such a sale transaction will entitle the foreign purchaser of the debt to claim the benefit of the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption if the arm's length test and the five-year test are met after the sale. I am unable to discern any relevant distinction, in terms of the alleged underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii), between such a hypothetical sale proposed above and the transaction undertaken in this case.

[42] The Crown also argues that the transaction in issue in this case is abusive because the HZ group was able to extract part of Lehigh's Canadian source profits free of Canadian tax, which is not an intended result of subparagraph 212(1)(b)(vii). This assumes that interest payments generally are funded out of profits and that the consideration that the Belgian Bank paid International Services for the right to be paid the interest payments is somehow funded by the flow of profits from Lehigh to the Belgian Bank. Even if I were to accept those assumptions, it seems to me that again there is no relevant distinction between the hypothetical acceptable transaction described above, and the allegedly abusive transaction in this case. The interest is paid and as a matter of law is payable to the Belgian Bank, not to any member of the HZ group. It is true that the Belgian Bank compensated the HZ group for the right to the interest payments. However, the Belgian Bank would also have compensated the HZ group if it had acquired the right to both principal and interest, although the pricing would undoubtedly have been different because of the difference in risk.

[43] The Crown's final argument is that the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption was intended to reduce the cost of borrowing, but in this case the interest borne by Lehigh was increased from the floating rate

où un résident du Canada a « accès » aux marchés internationaux des capitaux, la Couronne n'aurait probablement pas à reconnaître que cette opération de vente hypothétique ne constitue pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Malgré cela, il est établi depuis de nombreuses années que ce type d'opération de vente donne à l'acheteur étranger de l'obligation le droit aux avantages de l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années après la vente. Je ne perçois aucune distinction pertinente, en ce qui concerne la justification sous-jacente que l'on veut prêter au sous-alinéa 212(1)(b)(vii), entre la vente hypothétique susmentionnée et l'opération effectuée en l'espèce.

[42] La Couronne soutient aussi que l'opération en cause en l'espèce constitue un abus dans l'application de l'exemption parce que le groupe HZ a pu obtenir une partie des profits de source canadienne de Lehigh à l'abri de l'impôt canadien, ce qui n'est pas un des objectifs visés par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Cet argument laisse entendre que les paiements d'intérêt, de façon générale, sont financés à même les profits et que la contrepartie que la banque belge a versée à International Services pour obtenir le droit aux paiements des intérêts est en quelque sorte financée par le transfert de profit de Lehigh à la banque belge. Même si j'acceptais ces hypothèses, il me semble encore une fois qu'il n'existe pas de distinction pertinente entre l'opération hypothétique acceptable décrite ci-dessus et l'opération visée en l'espèce, censée constituer un abus dans l'application de l'exemption. Les intérêts sont payés et, en droit, sont payables, à la banque belge et non à un membre du groupe HZ. Il est vrai que la banque belge a indemnisé le groupe HZ pour obtenir le droit aux paiements d'intérêt. Cependant, la banque belge aurait aussi indemnisé le groupe HZ si elle avait acquis le droit de recevoir à la fois le principal et les intérêts, même si les prix auraient sûrement été différents à cause de la différence en matière de risque.

[43] Comme dernier argument, la Couronne soutient que l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) devait réduire le coût d'emprunt mais, en l'espèce, l'intérêt payé par Lehigh a été augmenté, passant du taux flottant

(which as of August of 1997 was 4.75 percent) to a fixed rate of 7 percent for five years. Essentially, the argument is that this change in the interest rate indicates a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). There is no merit to this argument. The subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption applies only if the payer and recipient of the interest deal at arm's length with each other. In my view, that statutory condition is an indication that Parliament intended the exemption to be available only where the relationship between payer and payee provided some assurance that the rate of interest would reflect a fair market rate. Here, the payer and payee of the interest dealt at arm's length with each other and, more importantly, the 7% interest rate was in fact the fair market rate for Lehigh's \$140 million debt (a point conceded by the Crown). On these facts it is not reasonable to conclude that the 7% interest rate represents a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[44] For these reasons, I have concluded that the Crown has failed to discharge the burden of establishing that the transaction in issue resulted in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). It follows that the reassessment under appeal cannot be justified by the general anti-avoidance rule in section 245.

### Conclusion

[45] I would allow this appeal with costs in this Court and in the Tax Court. I would set aside the Tax Court judgment and, making the judgment that should have been made, I would allow the appeal and refer this matter back to the Minister for reassessment in accordance with these reasons.

DAWSON J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

(4,75 pour 100 en août 1997) à un taux fixe de 7 pour 100 pour cinq ans. Essentiellement, l'argument tient au fait que ce changement des taux d'intérêt révèle un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Or, cet argument n'est pas fondé. L'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) s'applique uniquement si le payeur et le bénéficiaire de l'intérêt n'ont entre eux aucun lien de dépendance. À mon avis, cette condition prévue par la loi révèle que le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsque la relation entre le payeur et le bénéficiaire s'accompagne d'une certaine garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché. En l'espèce, le payeur et le bénéficiaire des intérêts n'avaient aucun lien de dépendance entre eux et, plus important encore, le taux d'intérêt de 7 pour 100 était en fait le juste taux du marché pour l'obligation de 140 millions de dollars de Lehigh (un fait reconnu par la Couronne). À partir de ces faits, il n'est pas raisonnable de conclure que le taux d'intérêt de 7 pour 100 équivaut à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

[44] Pour ces motifs, j'ai conclu que la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir que l'opération en cause a donné lieu à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Il s'ensuit que la nouvelle cotisation visée par le présent appel ne peut se justifier par la règle générale anti-évitement de l'article 245.

### Conclusion

[45] J'accueillerais le présent appel avec dépens devant notre Cour et devant la C.C.I. J'annulerais le jugement de la C.C.I. et, prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, j'autoriserais l'appel et je renverrais l'affaire au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

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

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

T-1997-09  
2010 FC 806

T-1997-09  
2010 CF 806

**Robert Latimer** (*Applicant*)

**Robert Latimer** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: LATIMER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : LATIMER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Mactavish J.—Vancouver, July 26;  
Ottawa, August 5, 2010.

Cour fédérale, juge Mactavish—Vancouver, 26 juillet;  
Ottawa, 5 août 2010.

*Parole — Judicial review of National Parole Board Appeal Division's decision confirming refusal of applicant's request for expanded leave privileges reducing number of nights each week applicant required to return to halfway house — Appeal Division finding applicant not establishing existence of "exceptional circumstances" justifying reduction in nightly reporting requirements, as contemplated by National Parole Board Policy Manual, Chapter 4.1 — Issue whether Board, Appeal Division erring in law, fettering discretion by applying "exceptional circumstances" test — Policy Manual not delegated legislation or "hard law", not having full force of law — Chapter 4.1 thereof unlawfully fettering Board members statutory discretion relating to reduction of offenders' nightly reporting requirements — Within Board's discretion to determine when deviation from normal statutory reporting requirements warranted — Policy at issue inconsistent with statutory principles National Parole Board directed to apply regarding granting of conditional release, including day parole — Evidence that reduction in applicant's reporting requirements not presenting real risk to public safety or adversely affect protection of society not properly taken into account by Board — Application allowed.*

*Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) a confirmé le rejet de la demande de privilèges de sortie prolongés présentée par le demandeur, demande qui aurait réduit le nombre de soirs par semaine où il est tenu de retourner dans une maison de transition — La Section d'appel a conclu que le demandeur n'avait pas établi l'existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement de la règle exigeant qu'il retourne à l'établissement tous les soirs, comme l'envisage le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la CNLC — Il s'agissait de savoir si la CNLC et la Section d'appel ont commis une erreur de droit et ont entravé leur pouvoir discrétionnaire en appliquant le critère des « circonstances exceptionnelles » — Le Manuel des politiques n'est pas une mesure de législation déléguée ayant force de loi — Le chapitre 4.1 du Manuel des politiques est une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire que détiennent les commissaires relativement à l'assouplissement de la règle exigeant le retour du délinquant à l'établissement tous les soirs — Il relève du pouvoir discrétionnaire de la CNLC de décider s'il est justifié de s'écarter de la règle législative habituelle qui exige un retour à l'établissement — La politique en cause était incompatible avec les principes législatifs que le législateur a ordonné à la CNLC d'appliquer en rapport avec l'octroi d'une mise en liberté sous condition, ce qui inclut la semiliberté — La CNLC n'a pas tenu compte de manière appropriée de la preuve indiquant qu'un assouplissement de la règle exigeant le retour du demandeur à l'établissement tous les soirs ne présenterait pas de risque réel pour la sécurité du public ou n'aurait pas d'effet défavorable sur la protection de la société — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Appeal Division of the National Parole Board confirming the refusal of the applicant's request for expanded leave privileges reducing the number of nights each week that he is required to return to a community release facility.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) a confirmé le rejet de la demande de privilèges de sortie prolongés présentée par le demandeur, demande qui aurait réduit le

The Appeal Division found that the applicant had not established the existence of “exceptional circumstances” justifying a reduction in his nightly reporting requirements, as contemplated by Chapter 4.1 of the National Parole Board’s Policy Manual. The applicant submitted that the “exceptional circumstances” test conflicted with other Board policies and with the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA).

In 2001, the applicant was convicted of second degree murder in relation to the death of his profoundly disabled daughter. He was sentenced to life imprisonment with eligibility for full parole after 10 years. In February 2008, the applicant was granted day parole. He was released from prison in March 2008 on conditions that included the requirement that he live in a halfway house. He initially lived in Ottawa but then moved to Victoria, B.C. The conditions of the applicant’s day parole currently permit him to spend two nights a week at his apartment while spending the remaining five nights at a halfway house. The applicant was also granted periodic extended leave privileges to allow him to visit his family in Saskatchewan. After 16 months in the community without incident, the applicant sought to be granted five nights each week at his apartment and two nights a week at the halfway house. In addition to being employed and pursuing vocational training, the applicant also manages the family farm in Saskatchewan.

The issue was whether the Board and the Appeal Division erred in law and fettered their discretion by applying a test of “exceptional circumstances” in assessing the applicant’s request for an amendment to the conditions of his day parole.

*Held*, the application should be allowed.

Although the Executive Committee of the National Parole Board is statutorily authorized to adopt policies relating to the granting of conditional release, the Policy Manual in issue cannot be viewed as delegated legislation or “hard law”. While subsection 105(5) of the CCRA does direct members to exercise their functions in accordance with Board policies, there is no provision in the Act expressly stating that the provisions of the National Parole Board’s Policy Manual are binding on Board members. The Board’s Policy Manual is

nombre de soirs par semaine où il est tenu de retourner dans un établissement résidentiel communautaire. La Section d’appel a conclu que le demandeur n’avait pas établi l’existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement de la règle exigeant qu’il retourne à l’établissement tous les soirs, comme l’envisage le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la CNCL. Le demandeur soutenait que le critère des « circonstances exceptionnelles » entrainait en conflit avec d’autres politiques de la CNCL de même qu’avec les dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMSC).

En 2001, le demandeur a été déclaré coupable de meurtre au second degré en rapport avec le décès de sa fille, qui souffrait d’une déficience profonde. Il a été condamné à une peine d’emprisonnement à perpétuité, assortie d’une possibilité de libération conditionnelle totale après 10 ans. En février 2008, la semi-liberté a été accordée au demandeur. Celui-ci a été mis en liberté en mars 2008 sous diverses conditions, dont l’obligation de vivre dans une maison de transition. Il a d’abord vécu à Ottawa, mais il est ensuite déménagé à Victoria (C.-B.). Les conditions dont la semi-liberté du demandeur est assortie lui permettent actuellement de passer deux nuits par semaine dans son appartement, et les cinq autres dans une maison de transition. De même, le demandeur s’est vu accorder des privilèges de sortie prolongés et périodiques pour qu’il puisse rendre visite à sa famille en Saskatchewan. Après avoir vécu 16 mois sans incident dans la collectivité, le demandeur a demandé qu’on lui accorde le privilège de passer chaque semaine cinq nuits dans son appartement, et les deux autres dans la maison de transition. Outre son emploi et sa formation professionnelle, le demandeur gère l’exploitation agricole familiale en Saskatchewan.

La question à trancher était celle de savoir si la CNCL et la Section d’appel avaient commis une erreur de droit et avaient entravé leur pouvoir discrétionnaire en appliquant le critère des « circonstances exceptionnelles » au moment d’évaluer la demande du demandeur au sujet d’une modification aux conditions dont sa semi-liberté est assortie.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Même si le Bureau de la CNCL est légalement habilité à adopter des politiques (ou des directives) concernant l’octroi de la mise en liberté sous condition, on ne pouvait pas considérer que le Manuel des politiques est une mesure de législation déléguée ayant force de loi. Même si le paragraphe 105(5) de la LSCMSC prescrit bel et bien aux commissaires d’exercer leurs fonctions conformément aux directives d’orientation générale de la CNCL, il n’existe dans la Loi aucune disposition qui indique expressément que les dispositions du

more properly characterized as a “soft law” instrument that does not have the full force of law.

Chapter 4.1 of the National Parole Board’s Policy Manual unlawfully fetters the statutory discretion of Board members as it relates to the reduction of offenders’ nightly reporting requirements. While non-statutory guidelines or policy manuals designed to assist administrative tribunals in carrying out their mandates are appropriate, there are limits on the use that can be made of such instruments. It is inarguably within the Board’s discretion to determine when a deviation from the normal statutory reporting requirements will be warranted. A policy stating that members may only reduce an offender’s nightly reporting requirements “in exceptional circumstances” and only when “all other options have been considered and judged inappropriate” is inconsistent with the statutory principles that Parliament has directed the National Parole Board to apply in relation to the granting of conditional release, including day parole. In particular, it is inconsistent with the principle that, in achieving the purpose of conditional release, parole boards are to make the least restrictive determination consistent with the protection of society, which is the paramount consideration in the determination of any application for day parole.

Although the evidence before the Board indicated that a reduction in the applicant’s reporting requirements would not present any real risk to public safety or adversely affect the protection of society, this was not properly taken into account by the Board since the Board was required by Chapter 4.1 of the Policy Manual to limit its consideration to whether the applicant had demonstrated the existence of “exceptional circumstances” justifying a loosening of the conditions of his day parole. The Appeal Division’s observations in this case that the applicant could choose less onerous ways to manage his day and that he had already enjoyed expanded leave privileges beyond the norm for other offenders were irrelevant to the question of whether loosening the conditions of the applicant’s day parole was consistent with the governing principles of the CCRA.

Manuel des politiques de la CNLC lie les commissaires. Le Manuel des politiques de la CNLC est plutôt une mesure législative « non contraignante » n’ayant pas force de loi.

Le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la CNLC est une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire que détiennent les commissaires relativement à l’assouplissement de la règle exigeant le retour du délinquant à l’établissement tous les soirs. S’il est opportun d’établir des lignes directrices ou des manuels des politiques de nature non législative (ou non réglementaire) qui sont conçus pour aider les tribunaux administratifs à s’acquitter de leur mandat, il y a des limites à l’utilisation que l’on peut faire de ce genre d’instruments. Il relève incontestablement du pouvoir discrétionnaire de la CNLC de décider s’il est justifié de s’écarter de la règle législative habituelle qui exige un retour à l’établissement. Une politique qui indique que les commissaires ne peuvent assouplir la règle exigeant d’un délinquant qu’il retourne à l’établissement tous les soirs que « dans des circonstances exceptionnelles » et uniquement « lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes » est incompatible avec les principes législatifs que le législateur a ordonné à la CNLC d’appliquer en rapport avec l’octroi d’une mise en liberté sous condition, ce qui inclut la semi-liberté. En particulier, il est incompatible avec ce principe que, pour réaliser l’objet de la mise en liberté sous condition, les commissions des libérations conditionnelles soient tenues de prendre la décision la moins restrictive possible, compte tenu de la protection de la société, soit le critère déterminant pour trancher n’importe quelle demande de semi-liberté.

Même si la preuve soumise à la CNLC indiquait qu’un assouplissement de la règle exigeant le retour du demandeur à l’établissement tous les soirs ne présenterait pas de risque réel pour la sécurité du public ou n’aurait pas d’effet défavorable sur la protection de la société, la CNLC n’en a pas tenu compte de manière appropriée car elle était tenue, par le chapitre 4.1 du Manuel des politiques, de se borner à examiner si le demandeur avait établi l’existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement des conditions dont sa semi-liberté était assortie. Les observations de la Section d’appel en l’espèce selon lesquelles le demandeur pouvait choisir des moyens moins accaparants de gérer sa journée et qu’il jouissait déjà de privilèges de sortie prolongés allant au-delà de la norme prévue pour les autres délinquants n’avaient rien à voir avec la question de savoir si l’assouplissement des conditions dont la semi-liberté du demandeur était assortie concordait avec les principes directeurs de la LSCMSC.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 99 “day parole” (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 70(E); 1997, c. 17, s. 17(F)), 100, 101, 102 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 27(F)), 105 (as am. *idem*, s. 71(F)), 107 (as am. *idem*, c. 22, s. 13, c. 42, ss. 28(E), 70(E), 71(F); 2000, c. 24, s. 36; 2004, c. 21, s. 40), 147, 151 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 58(F)).  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620.  
*Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22.

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*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; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884, 227 D.L.R. (4th) 193, [2004] 1 W.W.R. 1; *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, 121 D.L.R. (4th) 79, 28 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, 193 D.L.R. (4th) 577, [2001] 6 W.W.R. 409.

## REFERRED TO:

*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; *Latham v. Canada (Solicitor General)*, 2006 FC 284, 288 F.T.R. 37; *Dixon v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 889, [2009] 2 F.C.R. 397, 331 F.T.R. 214; *Cartier v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C. 317, 2 Admin. L.R. (4th) 247, 300 N.R. 362; *Sychuk v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 105, 91 Admin. L.R. (4th) 56, 340 F.T.R. 160; *Fahlman (Guardian ad litem of) v. Community Living British Columbia*, 2007 BCCA 15, 63 B.C.L.R. (4th) 243; *Gregson v. National Parole Board*, [1983] 1 F.C. 573, (1982) 1 C.C.C. (3d) 13 (T.D.).

## AUTHORS CITED

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

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 99 « semi-liberté » (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 70(A); 1997, ch. 17, art. 17(F)), 100, 101, 102 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27(F)), 105 (mod., *idem*, art. 71(F)), 107 (mod., *idem*, ch. 22, art. 13, ch. 42, art. 28(A), 70(A), 71(F); 2000, ch. 24, art. 36; 2004, ch. 21, art. 40), 147, 151 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 58(F)).  
*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22.  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884; *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, 121 D.L.R. (4th) 79, 28 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.); *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Latham c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 284; *Dixon c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 889, [2009] 2 R.C.F. 397; *Cartier c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 384, [2003] 2 C.F. 317; *Sychuk c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 105; *Fahlman (Guardian ad litem of) v. Community Living British Columbia*, 2007 BCCA 15, 63 B.C.L.R. (4th) 243; *Gregson c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1983] 1 C.F. 573 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE CITÉE

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

Canada. National Parole Board. *NPB Policy Manual*, online: <<http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/policym/polman.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the National Parole Board Appeal Division's decision confirming the refusal of the applicant's request for expanded leave privileges reducing the number of nights each week that he is required to return to a community release facility. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Jason Gratl* for applicant.  
*Susanne G. Pereira* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Gratl & Company*, Vancouver, 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.: Robert Latimer was convicted of second degree murder in relation to the death of his profoundly disabled daughter, Tracy. He now seeks judicial review of a decision of the Appeal Division of the National Parole Board confirming the refusal of his request for expanded leave privileges reducing the number of nights each week that he is required to return to a community release facility (or halfway house).

[2] The Appeal Division found that Mr. Latimer had not established the existence of "exceptional circumstances" justifying a reduction in his nightly reporting requirements, as contemplated by Chapter 4.1 of the National Parole Board's Policy Manual [*NPB Policy Manual*, online: <<http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/policym/polman.pdf>>, at page 46].

Canada. Commission nationale des libérations conditionnelles. *Manuel des politiques de la CNLC*, en ligne : <<http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/policym/polman.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a confirmé le rejet de la demande de privilèges de sortie prolongés présentée par le demandeur, demande qui aurait réduit le nombre de soirs par semaine où il est tenu de retourner dans un établissement résidentiel communautaire. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Jason Gratl* pour le demandeur.  
*Susanne G. Pereira* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gratl & Company*, Vancouver, pour le demandeur.  
*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 : Robert Latimer a été déclaré coupable de meurtre au second degré en rapport avec le décès de sa fille Tracy, qui souffrait d'une déficience profonde. Il sollicite maintenant le contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a confirmé le rejet de sa demande de privilèges de sortie prolongés, qui aurait réduit le nombre de soirs par semaine où il est tenu de retourner dans un établissement résidentiel communautaire (ou maison de transition).

[2] La Section d'appel a conclu que M. Latimer n'avait pas établi l'existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement de la règle exigeant qu'il retourne à l'établissement tous les soirs, comme l'envisage le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles [*Manuel des politiques de la CNLC*, en ligne : <<http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/policym/polman.pdf>>, à la page 46].

[3] Mr. Latimer submits that the Appeal Division erred in law in applying the “exceptional circumstances” test to his application. According to Mr. Latimer, there is no basis for such a test under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA). He further submits that requiring an offender to establish the existence of exceptional circumstances is in fact inconsistent with the express mandatory provisions of the statute.

[4] For the reasons that follow, I find that Chapter 4.1 of the National Parole Board’s Policy Manual unlawfully fetters the discretion of Board members as it relates to the reduction of offenders’ nightly reporting requirements. Consequently, the application for judicial review will be allowed.

#### Background

[5] Following his conviction for second degree murder in 2001, Mr. Latimer was sentenced to life imprisonment, with eligibility for full parole after 10 years.

[6] The Appeal Division of the National Parole Board granted day parole to Mr. Latimer in February of 2008. He was released from prison in March of 2008 on conditions that included the requirement that he live in a halfway house, that he continue with psychological counselling, and that he not have responsibility for any severely disabled individuals.

[7] Mr. Latimer initially lived in Ottawa after his release on day parole. However, in September of 2008, the Board altered the conditions of his release to allow for the transfer of his supervision to Victoria, British Columbia. Mr. Latimer had previously lived in Victoria, and had family ties in that city. The Board’s decision allowed Mr. Latimer “to pursue a reintegration plan involving further vocational training to obtain certification as an electrician”.

[3] M. Latimer soutient que la Section d’appel a commis une erreur de droit en appliquant à sa demande le critère des « circonstances exceptionnelles ». Selon lui, il n’existe aucun fondement à l’application d’un tel critère dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la LSCMSC). De plus, exiger d’un délinquant qu’il établisse l’existence de circonstances exceptionnelles est un fait qui ne concorde pas avec les dispositions impératives expresses de la loi.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles est une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire que détiennent les commissaires, relativement à l’assouplissement de la règle exigeant le retour du délinquant à l’établissement tous les soirs. La demande de contrôle judiciaire sera donc accueillie.

#### Le contexte

[5] Après avoir été déclaré coupable de meurtre au second degré en 2001, M. Latimer a été condamné à une peine d’emprisonnement à perpétuité, assortie d’une possibilité de libération conditionnelle totale après 10 ans.

[6] La Section d’appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) a accordé la semi-liberté à M. Latimer en février 2008. Ce dernier a été mis en liberté en mars 2008 sous diverses conditions, dont l’obligation de vivre dans une maison de transition, de continuer à recevoir des services de consultation psychologique et de ne pas assumer la responsabilité de personnes souffrant d’une déficience profonde.

[7] M. Latimer a d’abord vécu à Ottawa après avoir obtenu sa semi-liberté. Toutefois, en septembre 2008, la CNLC a modifié les conditions de sa mise en liberté afin de pouvoir transférer sa supervision à Victoria (Colombie-Britannique). M. Latimer avait déjà vécu dans cette ville, et il y avait des liens familiaux. Dans sa décision, la CNLC a permis à M. Latimer de [TRADUCTION] « poursuivre un plan de réinsertion comprenant une formation professionnelle additionnelle préalable à l’obtention d’un certificat d’électricien ».



[8] The conditions of Mr. Latimer's day parole currently permit him to spend two nights a week at his apartment in Victoria, while spending the remaining five nights at a halfway house. This is known as a "two and five". Mr. Latimer has also been granted periodic extended leave privileges to allow him to visit his family in Saskatchewan.

[9] After 16 months in the community without incident, Mr. Latimer sought to be granted a "five and two". This would allow him to spend five nights each week at his apartment, and two nights a week at the halfway house. His application for a five and two was supported by the "assessment for decision" prepared by his parole supervisor. This assessment observed that Mr. Latimer's risk of re-offending had been judged to be "very low". The parole supervisor further noted that Mr. Latimer's request for a five and two was supported by the staff of the halfway house, and by Mr. Latimer's wife.

[10] It was further noted that at the time of the assessment, Mr. Latimer was maintaining gainful employment doing electrical work, and was engaged in an apprenticeship program. He was scheduled to start the classroom component of his electrician's program in October of 2009, when, in addition to attending classes, he would also continue to work part-time. In addition to his employment and vocational training, Mr. Latimer maintained responsibility for the management of the family farm in Saskatchewan.

[11] The parole supervisor also observed that Mr. Latimer had demonstrated commitment to pursuing his vocational goals, and had been compliant with the conditions of his release. The assessment noted that a five and two would assist Mr. Latimer by allowing him additional time to fulfill his responsibilities to his family, his farm and his vocational training. The additional time spent at his apartment would "further assist him to continue leading a productive and constructive lifestyle".

[8] Les conditions dont la semi-liberté de M. Latimer est assortie lui permettent actuellement de passer deux nuits par semaine dans son appartement de Victoria, et les cinq autres dans une maison de transition. C'est ce que l'on appelle le privilège des [TRADUCTION] « deux-cinq ». M. Latimer s'est vu accorder aussi des privilèges de sortie prolongés et périodiques pour qu'il puisse rendre visite à sa famille en Saskatchewan.

[9] Après avoir vécu 16 mois sans incident dans la collectivité, M. Latimer a demandé qu'on lui accorde le privilège de [TRADUCTION] « cinq-deux ». Cette mesure lui aurait permis de passer chaque semaine cinq nuits dans son appartement, et les deux autres dans la maison de transition. Sa demande de privilège de cinq-deux était étayée par un document appelé [TRADUCTION] « Évaluation en vue d'une décision », que son surveillant de liberté conditionnelle avait établi. Dans ce document, il était indiqué que l'on considérerait que le risque de récidive de M. Latimer était [TRADUCTION] « très faible ». Le surveillant de liberté conditionnelle a de plus souligné que la demande de privilège de cinq-deux de M. Latimer était appuyée par le personnel de la maison de transition, de même que par son épouse.

[10] Il a en outre été indiqué qu'au moment de l'évaluation, M. Latimer exerçait un emploi rémunéré dans le cadre duquel il faisait des travaux d'électricité, et qu'il s'était inscrit à un programme d'apprentissage. Il était censé débiter le volet théorique de son cours d'électricien en octobre 2009, moment auquel, en plus de suivre ce cours, il continuerait également de travailler à temps partiel. Outre son emploi et sa formation professionnelle, M. Latimer continuait d'assumer la responsabilité de la gestion de l'exploitation agricole familiale en Saskatchewan.

[11] Le surveillant de libération conditionnelle a également fait remarquer que M. Latimer se montrait résolu à poursuivre ses objectifs professionnels et qu'il respectait les conditions de sa mise en liberté. Selon l'évaluation, le privilège de cinq-deux aiderait M. Latimer car il lui accorderait plus de temps pour s'acquitter de ses responsabilités envers sa famille, son exploitation agricole et sa formation professionnelle. Le temps additionnel passé dans son appartement aurait pour but

In the view of Mr. Latimer's parole supervisor, not only would his risk remain manageable if he were granted a five and two, in addition, expanded leave would address the "particular and exceptional needs of this case".

[12] An addendum to the assessment advised that Mr. Latimer's request for a five and two was also supported by his psychologist.

[13] In August of 2009, the National Parole Board denied Mr. Latimer's application for a five and two. The Board found that while Mr. Latimer was successfully reintegrating into the community and was abiding by his release conditions, his situation did not meet the test of "exceptional circumstances" set out in Chapter 4.1 of the National Parole Board's Policy Manual.

[14] The Board further observed that while Mr. Latimer's efforts were commendable, his long-distance responsibilities were "self-imposed", and that a regional transfer to be closer to his family would alleviate his concerns. The Board expressly declined to consider Mr. Latimer's submission that the "exceptional circumstances" test conflicted with other Board policies and with the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act*.

[15] The Board's decision was subsequently affirmed by the Board's Appeal Division, which noted that Chapter 4.1 of the National Parole Board's Policy Manual provided [at page 46] that the Board "may reduce the nightly reporting requirement so the offender is not required to report for extended periods in exceptional circumstances, when all other options have been considered and judged inappropriate, and only in order to meet the particular needs of the case." The Appeal Division observed that the Board "did not have the authority to disregard NPB policy on Expanded Leave Privileges, including the test of exceptional circumstances, which allows for a less restrictive measure than

de [TRADUCTION] « l'aider davantage à continuer de mener un style de vie productif et constructif ». De l'avis du surveillant de libération conditionnelle de M. Latimer, non seulement le risque que ce dernier représentait resterait gérable si on lui accordait le privilège de cinq-deux, mais un privilège de sortie prolongé répondrait aux [TRADUCTION] « besoins particuliers et exceptionnels de ce cas ».

[12] Dans une annexe jointe à l'évaluation, il était indiqué que le psychologue de M. Latimer appuyait lui aussi la demande de privilège de cinq-deux.

[13] En août 2009, la CNLC a rejeté la demande de M. Latimer en vue d'obtenir le privilège de sortie de cinq-deux, concluant que même si M. Latimer avait réinséré avec succès la collectivité et se conformait aux conditions de sa mise en liberté, sa situation ne répondait pas au critère des « circonstances exceptionnelles » qui est énoncé au chapitre 4.1 du *Manuel des politiques de la CNLC*.

[14] La Commission a de plus fait remarquer que même si les efforts de M. Latimer étaient louables, ses responsabilités éloignées étaient [TRADUCTION] « auto-imposées » et qu'un transfert régional, qui le rapprocherait de sa famille, allégerait ses soucis. Elle a expressément refusé de prendre en considération l'argument de M. Latimer selon lequel le critère des « circonstances exceptionnelles » entrerait en conflit avec d'autres politiques de la Commission de même qu'avec les dispositions de la LSCMSC.

[15] La décision de la Commission a par la suite été confirmée par la Section d'appel, qui a souligné [à la page 46] qu'aux termes du chapitre 4.1 du *Manuel des politiques de la CNLC*, la Commission peut, « lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes, assouplir la règle exigeant un retour à l'établissement tous les soirs, mais ce, uniquement pour répondre aux besoins particuliers du délinquant ». La Section d'appel a fait remarquer que la Commission [TRADUCTION] « n'était pas habilitée à faire abstraction de la politique de la CNLC concernant les privilèges de sortie prolongés, y compris le critère des circonstances exceptionnelles, qui permet de prendre une mesure moins

the residency condition for day parole that is prescribed in law.”

[16] The Appeal Division held that the Board’s conclusion that Mr. Latimer had not met the test of exceptional circumstances was “reasonable, well supported and consistent with the law and Board policy”. The Appeal Division further found that Mr. Latimer could “choose less onerous ways to manage [his] day” and that his case was “not unlike other offenders who work hard to successfully reintegrate [into] society after a lengthy incarceration”. The Appeal Division also noted the Board’s finding that Mr. Latimer enjoyed “expanded leave privileges beyond the norm for other offenders and that [Mr. Latimer had] been accommodated on several occasions when requesting further leave”.

#### Issue

[17] Mr. Latimer initially characterized the issue on this application as being one of statutory interpretation. However, based upon his oral submissions, I understand the real issue to be whether the Board and the Appeal Division erred in law and fettered their discretion by applying a test of “exceptional circumstances” in assessing Mr. Latimer’s request for an amendment to the conditions of his day parole.

#### Standard of Review

[18] The parties agree that decisions of the Appeal Division will generally be reviewed against the reasonableness standard. Citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 and *Latham v. Canada (Solicitor General)*, 2006 FC 284, 288 F.T.R. 37, the respondent says that this standard should apply in Mr. Latimer’s case,

restrictive que la condition de résidence prescrite dans la loi pour la semi-liberté ».

[16] Au dire de la Section d’appel, la conclusion de la Commission selon laquelle M. Latimer ne répondait pas au critère des circonstances exceptionnelles était [TRADUCTION] « raisonnable, bien étayée et conforme au droit ainsi qu’à la politique de la Commission ». En outre, a-t-elle conclu, M. Latimer pouvait [TRADUCTION] « opter pour des moyens moins accaparants de gérer [sa] journée » et que sa situation était [TRADUCTION] « assimilable à celle d’autres délinquants qui travaillent dur pour réintégrer avec succès la société après une longue incarcération ». La Section d’appel a également fait état de la conclusion de la Commission selon laquelle M. Latimer bénéficiait de [TRADUCTION] « privilèges de sortie prolongés allant au-delà de la norme prévue pour les autres délinquants et qu’on avait répondu à plusieurs occasions à ses besoins quand il avait demandé une sortie additionnelle ».

#### La question en litige

[17] M. Latimer a indiqué au départ que le point en litige dans la présente demande était une question d’interprétation législative. Cependant, en me fondant sur les observations qu’il a faites de vive voix, je crois comprendre que la véritable question en litige est celle de savoir si la Commission et la Section d’appel ont commis une erreur de droit et ont entravé leur pouvoir discrétionnaire en appliquant un critère des « circonstances exceptionnelles » au moment d’évaluer la demande de M. Latimer au sujet d’une modification aux conditions dont sa semi-liberté est assortie.

#### La norme de contrôle applicable

[18] Les parties conviennent que les décisions de la Section d’appel sont généralement contrôlées au regard de la norme de la décision raisonnable. Citant l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 et la décision *Latham c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 284, le défendeur déclare que cette norme devrait s’appliquer

submitting that the decision falls squarely within the Appeal Division's specialized area of expertise.

[19] Mr. Latimer submits that the standard of review on an issue of statutory interpretation by the National Parole Board is that of correctness: *Dixon v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 889, [2009] 2 F.C.R. 397, at paragraph 10.

[20] I agree with Mr. Latimer that the appropriate standard of review in this case is that of correctness. As discussed earlier, his arguments raise questions of procedural fairness and the unlawful fettering of discretion. The Federal Court of Appeal held in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, that such matters are reviewable on the correctness standard: at paragraph 33.

#### The Legislative Scheme

[21] In order to put Mr. Latimer's arguments into context, it is first necessary to have an understanding of the legislative scheme governing decisions such as the one at issue in this case. The relevant statutory provisions are summarized below, and the full text of these provisions is attached as an appendix to this decision.

[22] The *Corrections and Conditional Release Act* and Regulations [*Corrections and Conditions Release Regulations*, SOR/92-620] constitute the framework under which the National Parole Board makes its decisions. Section 3 of the CCRA identifies the purpose of the federal correctional system as being "to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders" and to assist in "the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community."

dans le cas de M. Latimer car, fait-il valoir, la décision tombe carrément dans le champ d'expertise spécialisé de la Section d'appel.

[19] M. Latimer soutient quant à lui que c'est la décision correcte qui est la norme de contrôle qui s'applique à une question d'interprétation législative de la CNLC : *Dixon c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 889, [2009] 2 R.C.F. 397, au paragraphe 10.

[20] Je conviens avec M. Latimer que, dans le cas présent, la norme de contrôle appropriée est la décision correcte. Comme je l'ai indiqué plus tôt, les arguments qu'il invoque soulèvent des questions d'équité procédurale et d'entrave illicite à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Dans l'arrêt *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385, la Cour d'appel fédérale a conclu que les questions de cette nature sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte : au paragraphe 33.

#### Le régime législatif applicable

[21] Pour situer les arguments de M. Latimer dans leur juste contexte, il est tout d'abord nécessaire de comprendre le régime législatif qui régit les décisions semblables à celle dont il est question en l'espèce. Les dispositions législatives pertinentes sont résumées ci-après, et leur texte intégral est joint en tant qu'annexe à la présente décision.

[22] La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMSC) et son règlement d'application [*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620] forment le cadre dans lequel la CNLC rend ses décisions. L'article 3 de cette loi indique que le système correctionnel fédéral « vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois ».

[23] Among other responsibilities, the Board acts as an independent administrative tribunal to make determinations regarding day and full parole. Section 107 [as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13; c. 42, ss. 28(E), 70(E), 71(F); 2000, c. 24, s. 36; 2004, c. 21, s. 40] of the Act gives the Board exclusive jurisdiction and absolute discretion in this regard.

[24] Parole decisions are governed by section 102 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 27(F)] of the CCRA. Two criteria are identified in this section governing the granting of parole. The Board may grant parole to an offender if it is of the opinion that “the offender will not, by reoffending, present an undue risk to society before the expiration according to law of the sentence the offender is serving”. In addition, the Board must be satisfied that the release of the offender on parole “will contribute to the protection of society by facilitating the reintegration of the offender into society as a law-abiding citizen.”

[25] “[D]ay parole” is defined by section 99 [as am. *idem*, s. 70(E); 1997, c. 17, s. 17(F)] of the CCRA as “the authority granted to an offender by the Board ... to be at large during the offender’s sentence in order to prepare the offender for full parole or statutory release, the conditions of which require the offender to return to ... a community-based residential facility ... each night, unless otherwise authorized in writing” (emphasis added). The respondent describes these expanded leave privileges as “an intermediary level of liberty between normal day parole restrictions and full parole”: respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 24.

[26] Day parole is a form of conditional release and is governed by the basic principles set out in sections 100 and 101 of the Act: see *Cartier v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 384, [2003] 2 F.C. 317, at paragraph 13.

[27] Section 100 of the CCRA identifies the purpose of conditional release as being “to contribute to the

[23] Entre autres responsabilités, la Commission agit à titre de tribunal administratif indépendant pour rendre des décisions concernant l’octroi de la semi-liberté et la libération conditionnelle totale. L’article 107 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13; ch. 42, art. 28(A), 70(A), 71(F); 2000, ch. 24, art. 36; 2004, ch. 21, art. 40] de la Loi confère à la Commission une compétence exclusive et un pouvoir discrétionnaire absolu à cet égard.

[24] Les décisions relatives à la libération conditionnelle sont régies par l’article 102 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27(F)] de la LSCMSC, qui comporte deux critères à cet égard. La Commission peut accorder la libération conditionnelle à un délinquant si elle est d’avis qu’« une récidive du délinquant avant l’expiration légale de la peine qu’il purge ne présentera pas un risque inacceptable pour la société ». Par ailleurs, la Commission doit être convaincue que la mise en liberté du délinquant au moyen d’une libération conditionnelle « contribuera à la protection de [la société] en favorisant sa réinsertion sociale en tant que citoyen respectueux des lois ».

[25] L’expression « semi-liberté » est définie à l’article 99 [mod., *idem*, art. 70(A); 1997, ch. 17, art. 17(F)] de la LSCMSC : « [r]égime de libération conditionnelle limitée accordé au délinquant, pendant qu’il purge sa peine, sous l’autorité de la Commission [...] en vue de le préparer à la libération conditionnelle totale ou à la libération d’office et dans le cadre duquel le délinquant réintègre l’établissement résidentiel communautaire [...] chaque soir, à moins d’autorisation écrite contraire » (non souligné dans l’original). Le défendeur décrit ces privilèges de sortie prolongés comme [TRADUCTION] « un niveau intermédiaire de liberté, qui se situe entre les restrictions habituelles de la semi-liberté et la libération conditionnelle totale » : mémoire des faits et du droit du défendeur, au paragraphe 24.

[26] La semi-liberté est une forme de libération conditionnelle et elle est régie par les principes de base énoncés aux articles 100 et 101 de la Loi : voir *Cartier c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 384, [2003] 2 C.F. 317, au paragraphe 13.

[27] Aux termes de l’article 100 de la LSCMSC, l’objet de la mise en liberté sous condition est le suivant :

maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.”

[28] Section 101 of the CCRA articulates the statutory principles guiding parole boards “in achieving the purpose of conditional release”. It provides that the paramount consideration in the determination of any case is the protection of society: paragraph 101(a). Another statutory principle guiding parole boards is that they are to make “the least restrictive determination consistent with the protection of society”: paragraph 101(d). Amongst other things, parole boards are directed to take all available information, including the reasons and recommendations of the sentencing judge, into account in considering whether conditional release is appropriate in a given case: paragraph 101(b).

[29] The legislative scheme specifically contemplates the making of policies guiding parole boards. Paragraph 101(e) of the CCRA authorizes boards, including the National Parole Board, to “adopt and be guided by appropriate policies” and directs that Board members are to “be provided with the training necessary to implement those policies”.

[30] Section 151 [as am. *idem*, s. 58(F)] of the Act authorizes the Executive Committee of the Board to adopt policies relating to reviews dealing with conditional release, detention and long-term supervision. Such policies are to be promulgated after such consultation with Board members as the Executive Committee considers appropriate. Board members are directed by subsection 105(5) of the CCRA to “exercise their functions in accordance with policies adopted pursuant to subsection 151(2).”

« contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois ».

[28] L’article 101 de la LSCMSC énonce les principes législatifs qui guident les commissions de libération conditionnelle « dans l’exécution de leur mandat ». Selon cet article, le critère déterminant dans tous les cas est la protection de la société : alinéa 101a). Autre principe législatif directeur, les commissions de libération conditionnelle doivent faire en sorte que « le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible » : alinéa 101d). Il est notamment prescrit aux commissions de libération conditionnelle de tenir compte de toute l’information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine, au moment de déterminer si une mise en liberté sous condition est l’option qui convient dans un cas particulier : alinéa 101b).

[29] Le régime législatif envisage expressément l’élaboration de directives d’orientation générale qui servent de guide aux commissions des libérations conditionnelles. L’alinéa 101e) de la LSCMSC prescrit que les commissions de libération conditionnelle — et cela inclut la Commission nationale des libérations conditionnelles — « s’inspirent des directives d’orientation générale qui leur sont remises » et ordonne que leurs membres « doivent recevoir la formation nécessaire à la mise en œuvre de ces directives ».

[30] L’article 151 [mod., *idem*, art. 58(F)] de la Loi autorise le Bureau de la Commission à adopter des directives régissant les examens, réexamens ou révisions qui se rapportent aux cas de mise en liberté sous condition, de détention et de surveillance de longue durée. Ces directives doivent être promulguées après avoir consulté les commissaires si le Bureau le juge approprié. Il est ordonné aux commissaires d’exercer « leurs fonctions conformément aux directives d’orientation générale établies en application du paragraphe 151(2) » : paragraphe 105(5) de la LSCMSC.

### The National Parole Board Policy Manual

[31] A Policy Manual has been adopted by the National Parole Board under the authority of section 151 of the CCRA. Chapter 7.2 of the Manual deals with “Residency and Day Parole Leave Privileges” and observes [at page 94] that the Board is responsible “for establishing the parameter of leave privileges to be associated with an approved day parole, or parole or statutory release that is subject to a residency condition.” The Policy Manual goes on to note that the Board “entrusts to those who are responsible for the day-to-day supervision and care of these offenders, the manner in which the leave privileges will be implemented.”

[32] Chapter 7.2 identifies [at page 94] what will “[n]ormally” be the maximum leave privileges which will be authorized by the Board. It observes that “[t]he institutional head, the director of the residential facility or the CSC District Director, as the case may be and in conjunction with the parole supervisor, will determine how and when the Board authorized leave privileges are to be implemented.”

[33] Factors to be considered in arriving at this determination include “the offender’s progress in achieving the objectives of the release in relation to the correctional plan.” The policy further noted [at page 94] that “[a]dditional leave privileges may not be granted unless approved in writing by the Board.”

[34] For inmates such as Mr. Latimer living in community residential facilities, the policy provides [at page 95] that “[l]eave privileges may be granted in accordance with the basic rules and regulations of the community residential facility, unless the Board members have indicated specifically what those leave privileges are to be as part of the release plan.”

[35] The parties agree that in accordance with this section of the Manual, weekend passes may be authorized

### Le Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles

[31] La Commission nationale des libérations conditionnelles a adopté un Manuel des politiques en vertu de l’article 151 de la LSCMSC. Le chapitre 7.2 de ce document porte sur les « Privilèges de sortie rattachés aux assignations à résidence et à la semi-liberté »; il y est indiqué [à la page 94] que la Commission a pour tâche « d’établir les paramètres des privilèges de sortie rattachés à une semi-liberté, ou à une libération conditionnelle ou d’office assortie d’une assignation à résidence ». Le Manuel signale ensuite que ces paramètres « laissent le soin de déterminer les modalités d’application aux personnes chargées quotidiennement de s’occuper des délinquants en liberté et de les surveiller ».

[32] Le chapitre 7.2 [à la page 94] indique ce qui constitue « [n]ormalement » les privilèges de sortie maximums que la Commission autorisera. Il y est indiqué que c’est « le directeur du pénitencier, le directeur de l’établissement résidentiel ou le directeur de district du SCC qui détermine, de concert avec le surveillant de liberté conditionnelle, quand et comment les privilèges de sortie autorisés par la Commission seront appliqués ».

[33] Les facteurs dont il faut tenir compte pour rendre cette décision comprennent « les progrès accomplis par le délinquant dans la réalisation des objectifs de la liberté au regard du plan correctionnel ». La politique souligne [à la page 94] de plus que « [l]’octroi de privilèges de sortie supplémentaires ne peut se faire sans l’approbation écrite de la Commission ».

[34] Pour les détenus tels que M. Latimer qui vivent dans un établissement résidentiel communautaire, la Politique prévoit [à la page 95] que « [d]es privilèges de sortie peuvent être accordés conformément aux règlements de base de l’établissement résidentiel communautaire, à moins que les commissaires aient précisé les privilèges de sortie dont bénéficierait le délinquant dans le cadre de son plan de libération conditionnelle ».

[35] Les parties conviennent que, conformément à cette section du Manuel, le surveillant de libération

by the offender's parole supervisor or the head of the community release facility. Mr. Latimer's two and five was evidently granted under this authority. However, any further reduction in his reporting requirements had to be approved in writing by the Board.

[36] Chapter 4.1 of the Policy Manual deals with "[e]xpanded periods of leave" and is the provision at the heart of this proceeding. It provides [at page 46] that the Board may reduce the nightly reporting requirements so the offender is not required to report for extended periods of time "in exceptional circumstances, when all other options have been considered and judged inappropriate, and only in order to meet the particular needs of the case" (emphasis added).

[37] The Manual goes on to state [at page 46] that "[t]he Board may consider expanded leave to be responsive to the needs of female, aboriginal, ethnic minority or special needs offenders." It is common ground that this latter provision does not apply to Mr. Latimer.

[38] It will be recalled that Mr. Latimer's request for a "five and two" was turned down on the basis that he had not demonstrated the existence of exceptional circumstances justifying the granting of such a measure.

#### Analysis

[39] It should be noted at the outset that while Mr. Latimer's application for judicial review technically relates to the decision of the Appeal Division of the National Parole Board, where, as here, the Appeal Division has affirmed the Board's decision, it is the duty

conditionnelle du délinquant ou la personne qui dirige l'établissement résidentiel communautaire peut autoriser un laissez-passer valable pour une fin de semaine. C'est manifestement en vertu de cette autorisation que le privilège de deux-cinq de M. Latimer a été accordé. Cependant, tout assouplissement additionnel de la règle exigeant un retour à l'établissement doit être approuvé par écrit par la Commission.

[36] Le chapitre 4.1 du Manuel des politiques porte sur les « [p]ériodes de sortie prolongées » et c'est cette disposition-là qui est au cœur de la présente instance. Il y est indiqué [à la page 46] que la Commission peut assouplir la règle exigeant un retour à l'établissement tous les soirs de façon à ce que le délinquant ne soit pas tenu de le faire durant une période prolongée, et ce, « dans des circonstances exceptionnelles, et lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes, [...] mais ce, uniquement pour répondre aux besoins particuliers du délinquant » (non souligné dans l'original).

[37] Il est ajouté [à la page 46] dans le Manuel que « les membres de la Commission peuvent envisager d'autoriser des sorties prolongées pour répondre aux besoins de certaines catégories de délinquants comme les femmes, les Autochtones et les membres de minorités visibles, ou d'autres délinquants présentant des besoins spéciaux ». Il est incontesté que cette dernière disposition ne s'applique pas à M. Latimer.

[38] Il faut se rappeler que la demande de M. Latimer en vue d'obtenir un privilège de sortie de « cinq-deux » a été rejetée parce qu'il n'avait pas établi l'existence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient l'octroi d'une telle mesure.

#### Analyse

[39] Il convient de souligner tout d'abord que même si la demande de contrôle judiciaire de M. Latimer a techniquement trait à la décision qu'a rendue la Section d'appel de la CNLC, décision dans laquelle, comme c'est le cas en l'espèce, la Section d'appel a confirmé la



of this Court to ensure that the Board's decision is lawful: see *Cartier*, above, at paragraph 10.

[40] In addressing this question, it is first necessary to examine the law relating to the status and use of guidelines such as the Policy Manual in issue in this case.

(i) *The Legal Status of the National Parole Board's Policy Manual*

[41] As the Federal Court of Appeal observed in *Thamotharem*, above, guidelines may, in some circumstances, constitute delegated legislation having the full force of law (hard law). In such cases, the instrument in question cannot be characterized as an unlawful fetter on the tribunal members' exercise of discretion: see paragraph 65, and see *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884, at paragraph 35.

[42] Although the Executive Committee of the National Parole Board is statutorily authorized to adopt policies relating to the granting of conditional release, including day parole, the Policy Manual in issue in this case cannot, in my view, be viewed as delegated legislation or "hard law".

[43] In coming to this conclusion, the National Parole Board's Policy Manual may be contrasted with the guidelines issued by the Canadian Human Rights Commission that were in issue before the Supreme Court in the *Bell Canada* case. These guidelines were found by the Supreme Court to be "akin to regulations": *Bell Canada*, at paragraph 37.

[44] One factor influencing the Supreme Court's finding in *Bell Canada* that the Commission guidelines amounted to "hard law" was the fact that, like regulations, the Commission's guidelines were subject to the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, and had to be published in the *Canada Gazette*.

décision de la Commission, il incombe à la présente Cour de s'assurer de la légalité de cette décision : voir *Cartier*, précité, au paragraphe 10.

[40] Pour trancher cette question, il faut en premier examiner le droit relatif au statut et à l'utilisation de directives telles que le Manuel des politiques dont il est question en l'espèce.

i) *Le statut juridique du Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles*

[41] Comme le fait remarquer la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Thamotharem*, précité, les directives peuvent, dans certaines circonstances, constituer une mesure de législation déléguée ayant force de loi. Dans de tels cas, l'instrument en question ne peut pas être qualifié d'entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des membres du tribunal : voir le paragraphe 65, ainsi que l'arrêt *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884, au paragraphe 35.

[42] Même si le Bureau de la CNLC est légalement habilité à adopter des politiques (ou des directives) concernant l'octroi de la mise en liberté sous condition, ce qui inclut la semi-liberté, selon moi, on ne peut pas considérer en l'espèce que le Manuel des politiques est une mesure de législation déléguée ayant force de loi.

[43] Pour arriver à cette conclusion, il est possible de mettre en contraste le *Manuel des politiques de la CNLC* avec les « ordonnances » de la Commission canadienne des droits de la personne qui étaient en litige devant la Cour suprême dans l'arrêt *Bell Canada*. La Cour suprême a conclu que les ordonnances en question étaient « apparentées aux règlements » : *Bell Canada*, au paragraphe 37.

[44] L'un des facteurs qui ont amené la Cour suprême à conclure dans l'arrêt *Bell Canada* que les ordonnances de la Commission étaient assimilables à une mesure « ayant force de loi » est le fait que, contrairement à des règlements, ces ordonnances étaient assujetties à la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985),

[45] Moreover, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 expressly provided that Commission guidelines were binding on members of the Canadian Human Rights Tribunal dealing with complaints of discrimination referred to it by the Commission. While subsection 105(5) of the CCRA does direct members to exercise their functions in accordance with Board policies, there is no provision in the Act expressly stating that the provisions of the National Parole Board's Policy Manual are binding on Board members.

[46] The Supreme Court was also influenced by the fact that the French text of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, empowered the Commission to set out its interpretation of the legislation "par ordonnance". According to the Supreme Court, this "leaves no doubt that the guidelines are a form of law": *Bell Canada*, at paragraph 37 (emphasis in the original).

[47] In contrast, subsection 151(2) of the CCRA authorizes the Executive Committee of the National Parole Board to "adopt policies" ("établit des directives") relating to reviews such as that in issue in this case. It is noteworthy that in *Thamotharem*, Justice Evans held that the use of the word "directives" in the French text of the *Immigration and Refugee Protection Act* suggested "a less legally authoritative instrument than 'ordonnance'": at paragraph 71.

[48] Thus, the National Parole Board's Policy Manual is closer in nature to the Chairperson's guidelines at issue in *Thamotharem* than it is to the Commission guidelines at issue in *Bell Canada*. As a consequence, it is more properly characterized as a "soft law" instrument that does not have the full force of law.

ch. S-22, et qu'elles devaient être publiées dans la *Gazette du Canada*.

[45] En outre, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, prévoyait expressément que les ordonnances de la Commission liaient les membres du Tribunal canadien des droits de la personne qui était saisi d'une plainte de discrimination que la Commission lui renvoyait. Même si le paragraphe 105(5) de la LSCMSC prescrit bel et bien aux commissaires d'exercer leurs fonctions conformément aux directives d'orientation générale de la CNLC, il n'existe dans la Loi aucune disposition qui indique expressément que les dispositions du Manuel des politiques lient les commissaires.

[46] La Cour suprême a aussi été influencée par le fait que la version française de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, habilite la Commission à énoncer son interprétation de la loi « par ordonnance ». Selon la Cour suprême, il s'agit d'un choix « qui ne laisse aucun doute sur le fait que les ordonnances constituent une forme de mesures législatives » : *Bell Canada*, au paragraphe 37 (souligné dans l'original).

[47] Par contraste, le paragraphe 151(2) de la LSCMSC prescrit que le Bureau de la CNLC « établit des directives » qui régissent les examens semblables à celui dont il est question en l'espèce. Il est utile de mentionner que dans l'arrêt *Thamotharem*, le juge Evans a conclu que l'emploi du mot « directives », dans la version française de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, donne à penser que « cet instrument législatif est moins contraignant, sur le plan juridique, qu'une "ordonnance" » : au paragraphe 71.

[48] C'est donc dire que le Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles est, de par sa nature, plus proche des directives du président de la commission qui était en litige dans l'arrêt *Thamotharem* que ne le sont les ordonnances de la Commission qui étaient en litige dans l'arrêt *Bell Canada*. On peut donc dire du Manuel qu'il s'agit d'une mesure législative « non contraignante » n'ayant pas force de loi.

[49] Before leaving this point, I would note that my conclusion regarding the legal status of the Board's Policy Manual is consistent with the decision of Justice Lemieux in *Sychuk v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 105, 91 Admin. L.R. (4th) 56, at paragraph 11.

(ii) *Is the Policy Manual an Unlawful Fetter on Board Members' Discretion?*

[50] The next question, then, is whether Chapter 4.1 of the Policy Manual is nevertheless an unlawful fetter on Board members' discretion. In my view, it is.

[51] While non-statutory guidelines or policy manuals designed to assist administrative tribunals in carrying out their mandates are appropriate, there are limits on the use that can be made of such instruments.

[52] In *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, the Ontario Court of Appeal examined the limitations on non-statutory guidelines at page 109 of its reasons, articulating the following principles:

A non-statutory instrument can have no effect in the face of contradictory statutory provision or regulation ... a non-statutory instrument [cannot] preempt the exercise of a regulator's discretion in a particular case ... a non-statutory instrument cannot impose mandatory requirements enforceable by sanction; that is, the regulator cannot issue *de facto* laws disguised as guidelines.

[53] Similarly, in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 1998), Brown and Evans observe that a guideline will be invalid "if it is inconsistent with or in conflict with a statutory provision, or if it deals with a matter outside an agency's statutory authorization, whether or not it

[49] Avant de passer au point suivant, je signale que ma conclusion concernant le statut juridique du Manuel des politiques de la Commission concorde avec la décision qu'a rendue le juge Lemieux dans la décision *Sychuk c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 105, au paragraphe 11.

ii) *Le Manuel des politiques est-il une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires?*

[50] La question qui se pose ensuite consiste donc à savoir si le chapitre 4.1 du Manuel des politiques constitue néanmoins une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires. Selon moi, oui.

[51] S'il est opportun d'établir des lignes directrices ou des manuels des politiques de nature non législative (ou non réglementaire) qui sont conçus pour aider les tribunaux administratifs à s'acquitter de leur mandat, il y a des limites à l'utilisation que l'on peut faire de ce genre d'instruments.

[52] Dans l'arrêt *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné les limites imposées aux lignes directrices de nature non réglementaire au paragraphe 14 de ses motifs, où elle formule les principes suivants :

[TRADUCTION] Un texte non réglementaire est sans effet face à une disposition législative ou à un règlement qui le contredit [...] un texte non réglementaire ne peut empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme de réglementation dans un cas particulier [...] un texte non réglementaire ne peut prescrire des exigences impératives dont le non-respect entraînera des sanctions; en d'autres termes, l'organisme de réglementation ne peut adopter des directives qui constituent des règles de droit *de facto*.

[53] Dans le même ordre d'idées, dans l'ouvrage intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback, 1998), Brown et Evans font remarquer qu'une ligne directrice est invalide [TRADUCTION] « si elle ne concorde pas ou entre en conflit avec une disposition législative, ou si elle porte

imposes duties enforceable in the courts”: at paragraph 15:3283 [footnotes omitted].

[54] I agree with the respondent that it is inarguably within the Board’s discretion to determine when a deviation from the normal statutory reporting requirements will be warranted. That said, a policy stating that members may only reduce an offender’s nightly reporting requirements “in exceptional circumstances”, and then only when “all other options have been considered and judged inappropriate” [at page 46] is inconsistent with the statutory principles that Parliament has directed the National Parole Board to apply in relation to the granting of conditional release, including day parole.

[55] In particular, it is inconsistent with the principle that, in achieving the purpose of conditional release, parole boards are to make the least restrictive determination consistent with the protection of society: paragraph 101(d).

[56] In accordance with subsection 99(1) of the CCRA, offenders on day parole must return to the institution in which they are housed each evening, *unless otherwise authorized in writing*. Discretion is thus conferred on the Board to authorize extended leave. The only condition imposed by section 99 of the Act is that there must be written authorization when the Board’s discretion is exercised in the offender’s favour in relation to the reporting requirement. That said, the Board’s discretion to authorize extended periods of leave must nevertheless be exercised in a manner consistent with the principles articulated in the CCRA.

[57] Chapter 4.1 of the National Parole Board’s Policy Manual is not consistent with the provisions of the CCRA governing day parole. This inconsistency is demonstrated by the facts of Mr. Latimer’s case.

sur une question qui se situe en dehors du cadre de l’autorité législative d’un organisme, indépendamment du fait qu’elle impose ou non des obligations opposables devant les tribunaux » : au paragraphe 15:3283 [notes en bas de page omises].

[54] Je conviens avec le défendeur qu’il relève incontestablement du pouvoir discrétionnaire de la Commission de décider s’il est justifié de s’écarter de la règle législative habituelle qui exige un retour à l’établissement. Cela dit, une politique qui indique que les commissaires ne peuvent assouplir la règle exigeant d’un délinquant qu’il retourne à l’établissement tous les soirs que « dans des circonstances exceptionnelles » et uniquement « lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes » [à la page 46] est incompatible avec les principes législatifs que le législateur a ordonné à la CNLC d’appliquer en rapport avec l’octroi d’une mise en liberté sous condition, ce qui inclut la semi-liberté.

[55] En particulier, il est incompatible avec ce principe que, pour réaliser l’objet de la mise en liberté sous condition, les commissions des libérations conditionnelles soient tenues de prendre la décision la moins restrictive possible, compte tenu de la protection de la société : alinéa 101d).

[56] Conformément au paragraphe 99(1) de la LSCMSC, les délinquants bénéficiant d’une semi-liberté doivent réintégrer tous les soirs l’établissement dans lequel ils résident, à moins d’autorisation écrite contraire. On confère donc à la Commission le pouvoir discrétionnaire d’autoriser des sorties prolongées. La seule condition qu’impose l’article 99 de la Loi est qu’il doit y avoir une autorisation écrite quand la Commission exerce son pouvoir discrétionnaire en faveur du délinquant, relativement à la règle exigeant son retour à l’établissement tous les soirs. Cela dit, le pouvoir discrétionnaire qu’a la Commission d’autoriser des périodes de sortie prolongées doit néanmoins être exercé d’une manière conforme aux principes exposés dans la LSCMSC.

[57] Le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles ne concorde pas avec les dispositions de la LSCMSC qui régissent la semi-liberté. Les faits dont il est

[58] The paramount consideration in the determination of any application for day parole is the protection of society: CCRA, paragraph 101(a). Mr. Latimer has been determined to be at low risk of reoffending. There is nothing in the reasons of either the Board or the Appeal Division to suggest that the need to protect society played any role in the Board's decision to deny extended leave privileges. Indeed the Board itself noted that no concerns had been identified with respect to Mr. Latimer's behavior in the community.

[59] In this regard, it is also noteworthy that the Supreme Court of Canada itself recognized that "the sentencing principles of rehabilitation, specific deterrence and protection [were] not triggered for consideration" in Mr. Latimer's case: see *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at paragraph 86. It will be recalled that, paragraph 101(b) directs the Board take into consideration all available information relevant to the case, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge.

[60] Thus, although the evidence before the Board indicated that a reduction in Mr. Latimer's reporting requirements would not present any real risk to public safety or adversely affect the protection of society, this was not properly taken into account by the Board, as the Board was required by Chapter 4.1 of the Policy Manual to limit its consideration to whether or not Mr. Latimer had demonstrated the existence of "exceptional circumstances" justifying a loosening of the conditions of his day parole.

[61] Other relevant information before the Board included the positive recommendation in the "assessment for decision" carried out by Mr. Latimer's parole supervisor, along with the endorsement of the application

question dans la situation de M. Latimer illustrent cette discordance.

[58] Pour trancher n'importe quelle demande de semi-liberté, le critère déterminant est la protection de la société : LSCMSC, alinéa 101a). Il a été décidé que le risque que M. Latimer récidive était faible. Rien dans les motifs de la décision de la Commission ou de celle de la Section d'appel ne donne à penser que le besoin de protéger la société est intervenu de quelque manière dans le fait de refuser les privilèges de sortie prolongés. En fait, la Commission fait elle-même remarquer qu'aucun sujet de préoccupation n'a été relevé en rapport avec le comportement de M. Latimer au sein de la collectivité.

[59] À cet égard, il vaut aussi la peine de mentionner que la Cour suprême du Canada a elle-même reconnu que « les principes de réinsertion sociale, de dissuasion spécifique et de protection qui s'appliquent en matière de détermination de la peine ne doivent pas être pris en considération » dans le cas de M. Latimer : voir *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 86. Il faut se rappeler que l'alinéa 101b) de la LSCMSC prescrit à la Commission de prendre en considération toute l'information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine.

[60] En conséquence, même si la preuve soumise à la Commission indiquait qu'un assouplissement de la règle exigeant le retour de M. Latimer à l'établissement tous les soirs ne présenterait pas de risque réel pour la sécurité du public ou n'aurait pas d'effet défavorable sur la protection de la société, la Commission n'en a pas tenu compte de manière appropriée, car elle était tenue, par le chapitre 4.1 du Manuel des politiques, de se borner à examiner si M. Latimer avait établi ou non l'existence de « circonstances exceptionnelles » qui justifieraient un assouplissement des conditions dont sa semi-liberté était assortie.

[61] Parmi les autres renseignements pertinents qui ont été soumis à la Commission figurent la recommandation favorable dans l'« Évaluation en vue d'une décision » qu'a rédigée le surveillant de libération

by both his wife and his psychologist. While this information was referred to by the Board, it was only considered in assessing whether there were exceptional circumstances justifying a loosening of Mr. Latimer's reporting requirements, rather than in determining whether a five and two was the least restrictive measure consistent with the protection of society.

[62] In assessing whether Mr. Latimer had demonstrated the existence of exceptional circumstances justifying a five and two, the Appeal Division also had regard to the fact that he could "choose less onerous ways to manage [his] day" (a statement with which Mr. Latimer does not agree). Whether or not this is the case, it is irrelevant to the question of whether loosening the conditions of Mr. Latimer's day parole was consistent with the governing principles of the CCRA. So too is the Appeal Division's observation that Mr. Latimer already enjoyed "expanded leave privileges beyond the norm for other offenders and that [he had] been accommodated on several occasions when requesting further leave".

[63] Whether Mr. Latimer has enjoyed more or less liberty than other offenders is not the question. It is clear from the CCRA that in making the least restrictive determination, the Board has to carefully tailor the conditions of an offender's release having regard to all of the particular circumstances of the individual offender. How the leave privileges granted to Mr. Latimer compare to those granted to other offenders is irrelevant. Moreover, as was noted in the assessment for decision, the circumstances of Mr. Latimer's index offence are indeed "unique".

[64] The "exceptional circumstances" test also ignores other statutorily mandated principles. Thus no real consideration was given by the Board to whether a

conditionnelle de M. Latimer, de même que l'appui donné à la demande par l'épouse de ce dernier et son psychologue. La Commission a fait référence à ces renseignements, mais elle n'en a tenu compte qu'au moment d'évaluer s'il existait des circonstances exceptionnelles qui justifieraient un assouplissement de la règle exigeant que M. Latimer retourne tous les soirs à l'établissement, plutôt que pour décider si le privilège de sortie de cinq-deux était la mesure la moins restrictive possible, compte tenu de la protection de la société.

[62] Pour évaluer si M. Latimer avait établi l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi du privilège de cinq-deux, la Section d'appel a tenu compte aussi du fait qu'il pouvait [TRADUCTION] « choisir des moyens moins accaparants de gérer [sa] journée » (une déclaration à laquelle M. Latimer ne souscrit pas). Que cela soit vrai ou pas, cela n'a rien à voir avec la question de savoir si l'assouplissement des conditions dont la semi-liberté de M. Latimer était assortie concordait avec les principes directeurs de la LSCMSC. Il en est de même de l'observation de la Section d'appel selon laquelle M. Latimer jouissait déjà de [TRADUCTION] « privilèges de sortie prolongés allant au-delà de la norme prévue pour les autres délinquants et que l'on avait répondu à plusieurs occasions à ses besoins quand il avait demandé une sortie additionnelle ».

[63] La question n'est pas de savoir si M. Latimer a bénéficié d'une liberté inférieure ou supérieure à celle d'autres délinquants. Il ressort clairement de la LSCMSC que, pour prendre la décision la moins restrictive, il faut que la Commission module soigneusement les conditions imposées à la mise en liberté d'un délinquant en tenant compte de toutes les circonstances particulières de ce dernier. La façon dont les privilèges de sortie accordés à M. Latimer se comparent à ceux que l'on accorde à d'autres délinquants importe peu. En outre, comme il a été indiqué dans l'Évaluation en vue d'une décision, les circonstances de l'infraction principale que M. Latimer a commise sont bel et bien [TRADUCTION] « uniques ».

[64] Le critère des « circonstances exceptionnelles » fait également abstraction d'autres principes que prescrit la loi. La Commission n'a donc pas réellement examiné

loosening of Mr. Latimer's reporting requirements after the successful completion of 16 months in the community would contribute to his reintegration into society (CCRA, paragraph 102(b)) or his rehabilitation (section 100).

[65] For these reasons, I am satisfied that Chapter 4.1 of the Board's Policy Manual has the effect of precluding Board members from imposing the least restrictive measures consistent with the protection of the public where the particular situation of an individual offender is not deemed to be "exceptional" by the Board.

[66] By limiting the ability of Board members to examine the individual merits of each case according to the relevant statutory principles identified in the CCRA, the Manual thus unlawfully fetters members' statutory discretion: see *Fahlman (Guardian ad litem of) v. Community Living British Columbia*, 2007 BCCA 15, 63 B.C.L.R. (4th) 243, at paragraphs 43–56; *Gregson v. National Parole Board*, [1983] 1 F.C. 573 (T.D.).

[67] Before closing, there are two additional matters that require comment.

[68] The first is that in addition to its inconsistency with the provisions of the CCRA, there is also an element of arbitrariness to Chapter 4.1 of the Policy Manual. Counsel for the respondent submitted in argument that two and five passes "further prepare offenders for eventual full parole". However, no explanation was provided as to why a two and five may be both an appropriate intermediate step in light of the unexceptional personal circumstances of an offender and consistent with the day parole provisions of the CCRA, whereas a "three and four", or a "four and three", or a five and two could only be appropriate in "exceptional circumstances, when all other options have been considered and judged inappropriate".

si le fait d'assouplir la règle exigeant le retour de M. Latimer à l'établissement après avoir passé avec succès 16 mois dans la collectivité contribuerait ou non à sa réinsertion sociale (alinéa 102b) de la LSCMSC) ou sa réadaptation (article 100).

[65] Pour ces motifs, je suis convaincue que le chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la Commission a pour effet d'empêcher les commissaires d'imposer les mesures les moins restrictives possibles, compte tenu de la protection du public, dans les cas où la Commission n'estime pas que les circonstances particulières d'un délinquant donné sont « exceptionnelles ».

[66] En restreignant la capacité des commissaires d'examiner le bien-fondé de chaque cas conformément aux principes législatifs pertinents qui sont relevés dans la LSCMSC, le Manuel a donc pour effet d'entraver de manière illicite l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : voir *Fahlman (Guardian ad litem of) v. Community Living British Columbia*, 2007 BCCA 15, 63 B.C.L.R. (4th) 243, aux paragraphes 43 à 56; *Gregson c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1983] 1 C.F. 573 (1<sup>re</sup> inst.).

[67] Avant de terminer, il y a deux autres questions qu'il me faut commenter.

[68] La première est qu'en plus de ne pas concorder avec les dispositions de la LSCMSC, le chapitre 4.1 du Manuel des politiques comporte aussi un élément arbitraire. L'avocate du défendeur a fait valoir dans son argumentation que les laissez-passer de deux-cinq [TRADUCTION] « préparent en outre les délinquants à une éventuelle libération conditionnelle totale ». Cependant, aucune explication n'a été donnée quant à la raison pour laquelle un tel privilège peut constituer une mesure intermédiaire qui est à la fois appropriée au vu des circonstances personnelles non exceptionnelles d'un délinquant et conforme aux dispositions de la LSCMSC en matière de semi-liberté, alors qu'un privilège de [TRADUCTION] « trois-quatre », de [TRADUCTION] « quatre-trois » ou de cinq-deux, ne peut convenir que « dans des circonstances exceptionnelles et lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes ».

[69] The second point that requires comment is the respondent's argument that "[i]f public safety were the only consideration, it follows that all offenders that do not pose a risk to the public would be granted a 'six and one' parole arrangement, which constitutes the least restrictive measure of liberty without reaching full parole": respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 36.

[70] I do not accept this argument. As is clear from the above analysis, the CCRA identifies a series of principles to be applied by the Board in determining the appropriate conditions to be attached to the conditional release of offenders. In addition to public safety and the least restrictive determination considerations, Board members must also take the statutory purpose of day parole into account, including the reintegration and rehabilitation of offenders.

[71] That is, matters such as the nature, requirements and progress of the offender's individual rehabilitation plan and his or her track record of compliance are all part of the incremental, nuanced approach to the discretionary decision-making process prescribed by the CCRA and precluded by Chapter 4.1 of the National Parole Board's Policy Manual.

#### Conclusion

[72] For these reasons, the application for judicial review is allowed, and the decision of the Appeal Division is set aside. The matter is remitted to the National Parole Board for redetermination in accordance with these reasons, without regard to the "exceptional circumstances" test set out in Chapter 4.1 of the Board's Policy Manual.

[73] I note that Mr. Latimer is eligible for full parole on December 8, 2010. Accordingly, I am directing the Board to proceed with its redetermination on an expedited basis so that in the event that a positive decision

[69] Le second point qui nécessite un commentaire est l'argument du défendeur selon lequel [TRADUCTION] « [i]l s'ensuit que si la sécurité du public était le seul facteur, tous les délinquants ne posant pas de risque pour le public se verraient accorder le privilège de "six-un", qui constitue la mesure de mise en liberté la moins restrictive possible sans obtenir la libération conditionnelle totale » : mémoire des faits et du droit du défendeur, au paragraphe 36.

[70] Je ne souscris pas à cet argument. Comme il ressort clairement de l'analyse qui précède, la LSCMSC énumère une série de principes que la Commission doit appliquer pour fixer les conditions auxquelles il convient de soumettre la mise en liberté sous condition des délinquants. Outre les questions relatives à la sécurité du public et aux conditions les moins restrictives possibles, les commissaires doivent aussi tenir compte de l'objet législatif de la semi-liberté, notamment la réinsertion et la réadaptation des délinquants.

[71] C'est-à-dire que les questions telles que la nature, les exigences et l'évolution du plan de réadaptation individuel du délinquant, de même que ses antécédents de conformité, font tous partie de l'approche nuancée et progressive à adopter vis-à-vis du processus décisionnel discrétionnaire que prescrit la LSCMSC et auquel fait obstacle le chapitre 4.1 du *Manuel des politiques de la CNLC*.

#### Conclusion

[72] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la Section d'appel infirmée. L'affaire est renvoyée à la Commission nationale des libérations conditionnelles pour qu'elle rende une nouvelle décision conforme aux présents motifs, sans égard au critère des « circonstances exceptionnelles » qui est énoncé au chapitre 4.1 du *Manuel des politiques de la Commission*.

[73] Je souligne que M. Latimer est admissible à une libération conditionnelle totale le 8 décembre 2010. J'ordonne donc à la Commission de procéder de manière accélérée de façon à ce que, si elle rend une décision



is made with respect to Mr. Latimer's application for reduced reporting requirements, it may be of some practical benefit to him.

favorable au sujet de la demande de M. Latimer en vue d'obtenir un assouplissement de la règle exigeant son retour à l'établissement tous les soirs, cette décision lui procure un avantage concret.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. This application for judicial review is allowed, with costs.
2. The matter is remitted to a differently constituted panel of the National Parole Board for redetermination on an expedited basis in accordance with these reasons, without regard to the "exceptional circumstances" test set out in Chapter 4.1 of the Board's Policy Manual.

#### JUGEMENT

LA PRÉSENTE COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, avec dépens.
2. L'affaire est renvoyée à une formation différemment constituée de la Commission nationale des libérations conditionnelles en vue de rendre de manière accélérée une nouvelle décision conforme aux présents motifs, sans égard au critère des « circonstances exceptionnelles » qui est énoncé au chapitre 4.1 du Manuel des politiques de la Commission.

#### APPENDIX

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

Purpose of  
correctional  
system

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

...

#### ANNEXE

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

But du  
système  
correctionnel

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

[...]

Definitions	<p><b>99. (1)</b> In this Part,</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>“day parole” means the authority granted to an offender by the Board or a provincial parole board to be at large during the offender’s sentence in order to prepare the offender for full parole or statutory release, the conditions of which require the offender to return to a penitentiary, a community-based residential facility or a provincial correctional facility each night, unless otherwise authorized in writing;</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>99. (1)</b> Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>« semi-liberté » Régime de libération conditionnelle limitée accordé au délinquant, pendant qu’il purge sa peine, sous l’autorité de la Commission ou d’une commission provinciale en vue de le préparer à la libération conditionnelle totale ou à la libération d’office et dans le cadre duquel le délinquant réintègre l’établissement résidentiel communautaire, le pénitencier ou l’établissement correctionnel provincial chaque soir, à moins d’autorisation écrite contraire.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Définitions
Purpose of conditional release	<p><b>100.</b> The purpose of conditional release is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by means of decisions on the timing and conditions of release that will best facilitate the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens.</p>	<p><b>100.</b> La mise en liberté sous condition vise à contribuer au maintien d’une société juste, paisible et sûre en favorisant, par la prise de décisions appropriées quant au moment et aux conditions de leur mise en liberté, la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en tant que citoyens respectueux des lois.</p>	Objet
Principles guiding parole boards	<p><b>101.</b> The principles that shall guide the Board and the provincial parole boards in achieving the purpose of conditional release are</p> <p>(a) that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case;</p> <p>(b) that parole boards take into consideration all available information that is relevant to a case, including the stated reasons and recommendations of the sentencing judge, any other information from the trial or the sentencing hearing, information and assessments provided by correctional authorities, and information obtained from victims and the offender;</p> <p>(c) that parole boards enhance their effectiveness and openness through the timely exchange of relevant information with other components of the criminal justice system and through communication of their policies and programs to offenders, victims and the general public;</p>	<p><b>101.</b> La Commission et les commissions provinciales sont guidées dans l’exécution de leur mandat par les principes qui suivent :</p> <p>a) la protection de la société est le critère déterminant dans tous les cas;</p> <p>b) elles doivent tenir compte de toute l’information pertinente disponible, notamment les motifs et les recommandations du juge qui a infligé la peine, les renseignements disponibles lors du procès ou de la détermination de la peine, ceux qui ont été obtenus des victimes et des délinquants, ainsi que les renseignements et évaluations fournis par les autorités correctionnelles;</p> <p>c) elles accroissent leur efficacité et leur transparence par l’échange de renseignements utiles au moment opportun avec les autres éléments du système de justice pénale d’une part, et par la communication de leurs directives d’orientation générale et programmes tant aux délinquants et aux victimes qu’au public, d’autre part;</p>	Principes

	<p>(d) that parole boards make the least restrictive determination consistent with the protection of society;</p> <p>(e) that parole boards adopt and be guided by appropriate policies and that their members be provided with the training necessary to implement those policies; and</p> <p>(f) that offenders be provided with relevant information, reasons for decisions and access to the review of decisions in order to ensure a fair and understandable conditional release process.</p>	<p>d) le règlement des cas doit, compte tenu de la protection de la société, être le moins restrictif possible;</p> <p>e) elles s'inspirent des directives d'orientation générale qui leur sont remises et leurs membres doivent recevoir la formation nécessaire à la mise en œuvre de ces directives;</p> <p>f) de manière à assurer l'équité et la clarté du processus, les autorités doivent donner aux délinquants les motifs des décisions, ainsi que tous autres renseignements pertinents, et la possibilité de les faire réviser.</p>	
Criteria for granting parole	<p><b>102.</b> The Board or a provincial parole board may grant parole to an offender if, in its opinion,</p> <p>(a) the offender will not, by reoffending, present an undue risk to society before the expiration according to law of the sentence the offender is serving; and</p> <p>(b) the release of the offender will contribute to the protection of society by facilitating the reintegration of the offender into society as a law-abiding citizen.</p> <p>...</p>	<p><b>102.</b> La Commission et les commissions provinciales peuvent autoriser la libération conditionnelle si elles sont d'avis qu'une récidive du délinquant avant l'expiration légale de la peine qu'il purge ne présentera pas un risque inacceptable pour la société et que cette libération contribuera à la protection de celle-ci en favorisant sa réinsertion sociale en tant que citoyen respectueux des lois.</p> <p>[...]</p>	Critères
Policies	<p><b>105.</b> ...</p> <p>(5) Members of the Board shall exercise their functions in accordance with policies adopted pursuant to subsection 151(2).</p> <p>...</p>	<p><b>105.</b> [...]</p> <p>(5) Les membres exercent leurs fonctions conformément aux directives d'orientation générale établies en application du paragraphe 151(2).</p> <p>[...]</p>	Directives d'orientation générale
Jurisdiction of Board	<p><b>107.</b> (1) Subject to this Act, the <i>Prisons and Reformatories Act</i>, the <i>International Transfer of Offenders Act</i>, the <i>National Defence Act</i>, the <i>Crimes Against Humanity and War Crimes Act</i> and the <i>Criminal Code</i>, the Board has exclusive jurisdiction and absolute discretion</p> <p>(a) to grant parole to an offender;</p>	<p><b>107.</b> (1) Sous réserve de la présente loi, de la <i>Loi sur les prisons et les maisons de correction</i>, de la <i>Loi sur le transfèrement international des délinquants</i>, de la <i>Loi sur la défense nationale</i>, de la <i>Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre</i> et du <i>Code criminel</i>, la Commission a toute compétence et latitude pour :</p> <p>a) accorder une libération conditionnelle;</p>	Compétence

(b) to terminate or to revoke the parole or statutory release of an offender, whether or not the offender is in custody under a warrant of apprehension issued as a result of the suspension of the parole or statutory release;

(c) to cancel a decision to grant parole to an offender, or to cancel the suspension, termination or revocation of the parole or statutory release of an offender;

(d) to review and to decide the case of an offender referred to it pursuant to section 129; and

(e) to authorize or to cancel a decision to authorize the unescorted temporary absence of an offender who is serving, in a penitentiary,

(i) a life sentence imposed as a minimum punishment or commuted from a sentence of death,

(ii) a sentence for an indeterminate period, or

(iii) a sentence for an offence set out in Schedule I or II.

...

b) mettre fin à la libération conditionnelle ou d'office, ou la révoquer que le délinquant soit ou non sous garde en exécution d'un mandat d'arrêt délivré à la suite de la suspension de sa libération conditionnelle ou d'office;

c) annuler l'octroi de la libération conditionnelle ou la suspension, la cessation ou la révocation de la libération conditionnelle ou d'office;

d) examiner les cas qui lui sont déférés en application de l'article 129 et rendre une décision à leur égard;

e) accorder une permission de sortir sans escorte, ou annuler la décision de l'accorder dans le cas du délinquant qui purge, dans un pénitencier, une peine d'emprisonnement, selon le cas :

(i) à perpétuité comme peine minimale ou à la suite de commutation de la peine de mort,

(ii) d'une durée indéterminée,

(iii) pour une infraction mentionnée à l'annexe I ou II.

[...]

Right of  
appeal

**147. (1)** An offender may appeal a decision of the Board to the Appeal Division on the ground that the Board, in making its decision,

(a) failed to observe a principle of fundamental justice;

(b) made an error of law;

(c) breached or failed to apply a policy adopted pursuant to subsection 151(2);

(d) based its decision on erroneous or incomplete information; or

(e) acted without jurisdiction or beyond its jurisdiction, or failed to exercise its jurisdiction.

**147. (1)** Le délinquant visé par une décision de la Commission peut interjeter appel auprès de la Section d'appel pour l'un ou plusieurs des motifs suivants :

a) la Commission a violé un principe de justice fondamentale;

b) elle a commis une erreur de droit en rendant sa décision;

c) elle a contrevenu aux directives établies aux termes du paragraphe 151(2) ou ne les a pas appliquées;

d) elle a fondé sa décision sur des renseignements erronés ou incomplets;

e) elle a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou omis de l'exercer.

Droit  
d'appel

	...	[...]	
Decision on appeal	<p>(4) The Appeal Division, on the completion of a review of a decision appealed from, may</p> <p>(a) affirm the decision;</p> <p>(b) affirm the decision but order a further review of the case by the Board on a date earlier than the date otherwise provided for the next review;</p> <p>(c) order a new review of the case by the Board and order the continuation of the decision pending the review; or</p> <p>(d) reverse, cancel or vary the decision.</p>	<p>(4) Au terme de la révision, la Section d'appel peut rendre l'une des décisions suivantes :</p> <p>a) confirmer la décision visée par l'appel;</p> <p>b) confirmer la décision visée par l'appel, mais ordonner un réexamen du cas avant la date normalement prévue pour le prochain examen;</p> <p>c) ordonner un réexamen du cas et ordonner que la décision reste en vigueur malgré la tenue du nouvel examen;</p> <p>d) infirmer ou modifier la décision visée par l'appel.</p>	Décision
	...	[...]	
	<b>151. ...</b>	<b>151. [...]</b>	
Functions	<p>(2) The Executive Committee</p> <p>(a) shall, after such consultation with Board members as it considers appropriate, adopt policies relating to reviews under this Part;</p>	<p>(2) Après avoir consulté les membres de la Commission de la façon qu'il estime indiquée, le Bureau établit des directives régissant les examens, réexamens ou révisions prévus à la présente partie et, à sa demande, conseille le président en ce qui touche les attributions que la présente loi et toute autre loi fédérale confèrent à la Commission ou à celui-ci; le Bureau peut également ordonner que le nombre de membres d'un comité chargé de l'examen ou du réexamen d'une catégorie de cas ou de la révision d'une décision soit supérieur au nombre réglementaire.</p>	Attributions du Bureau
National Parole Board Policy Manual		Manuel des politiques de la Commission nationale des libérations conditionnelles	
<b>4.1 Day parole</b>		<b>4.1 Semi-liberté</b>	
	...	[...]	
<b><u>Expanded Periods of Leave</u></b>		<b><u>Périodes de sortie prolongées</u></b>	
Before full parole eligibility, the Board may reduce the nightly reporting requirement so the offender is not required to report for extended periods in exceptional circumstances, when all other options have been considered and judged inappropriate,		Avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale, la Commission peut, dans des circonstances exceptionnelles et lorsque toutes les autres possibilités ont été étudiées et jugées inopportunes, assouplir la règle exigeant un retour à	

and only in order to meet the particular needs of the case. The Board may consider expanded leave to be responsive to the needs of female, aboriginal, ethnic minority or special needs offenders.

The Board has greater flexibility after full parole eligibility date. Board members must consider whether day parole represents the least restrictive option to protect society.

...

## 7.2 Residency and Day Parole Leave Privileges

The Board is responsible for establishing the parameter of leave privileges to be associated with an approved day parole, or parole or statutory release that is subject to a residency condition. It entrusts to those who are responsible for the day-to-day supervision and care of these offenders, the manner in which the leave privileges will be implemented.

Normally, the maximum leave privileges that will be authorized by the Board are as outlined below. Board members will specify in their decision any case specific leave privileges other than these.

The institutional head, the director of the residential facility or the CSC District Director, as the case may be and in conjunction with the parole supervisor, will determine how and when the Board authorized leave privileges are to be implemented. The determination will take into consideration the offender's progress in achieving the objectives of the release in relation to the correctional plan. Additional leave privileges may not be granted unless approved in writing by the Board.

### Weekday

Setting of time limits for return to a residence on a weekday is subject to the discretion of the superintendent of the community correctional centre (CCC), the director of the community residential facility (CRF), or the responsible CSC District Director.

### Weekend

#### CSC Institutions

The District Director, Parole, in consultation with the institutional head, may implement the leave privileges within

l'établissement tous les soirs, mais ce, uniquement pour répondre aux besoins particuliers du délinquant. En effet, les membres de la Commission peuvent envisager d'autoriser des sorties prolongées pour répondre aux besoins de certaines catégories de délinquants comme les femmes, les Autochtones et les membres de minorités visibles, ou d'autres délinquants présentant des besoins spéciaux.

[...]

## 7.2 Privilèges de sortie rattachés aux assignations à résidence et à la semi-liberté

Il appartient à la Commission d'établir les paramètres des privilèges de sortie rattachés à une semi-liberté, ou à une libération conditionnelle ou d'office assortie d'une assignation à résidence. Ces paramètres laissent le soin de déterminer les modalités d'application aux personnes chargées quotidiennement de s'occuper des délinquants en liberté et de les surveiller.

Normalement, les privilèges de sortie maximums autorisés par la Commission sont ceux qui sont décrits ci-après. Si les membres de la Commission désirent accorder des privilèges de sortie particuliers à un délinquant, ils doivent le préciser dans leur décision.

Selon le cas, c'est le directeur du pénitencier, le directeur de l'établissement résidentiel ou le directeur de district du SCC qui détermine, de concert avec le surveillant de liberté conditionnelle, quand et comment les privilèges de sortie autorisés par la Commission seront appliqués. Pour ce faire, il prend en considération les progrès accomplis par le délinquant dans la réalisation des objectifs de la liberté au regard du plan correctionnel. L'octroi de privilèges de sortie supplémentaires ne peut se faire sans l'approbation écrite de la Commission.

### En semaine

Le directeur du centre correctionnel communautaire, du centre résidentiel communautaire ou du district concerné du SCC décide de l'heure à laquelle le détenu est tenu de rentrer un jour de semaine.

### Les fins de semaine

#### Établissements du SCC

Le directeur de district (libération conditionnelle) peut, en consultation avec le directeur d'établissement, accorder des

the context of the release plan approved by the Board and in relation to the general progress of the offender. As a maximum, one weekend may be granted each month; however, the first cannot be implemented until at least thirty days after the implementation of the release.

privilèges de sortie dans le cadre du plan de libération conditionnelle approuvé par la Commission et selon les progrès réalisés par le délinquant dans l'ensemble. Une fin de semaine tout au plus peut être accordée par mois, et la première peut seulement être accordée trente jours après l'entrée en vigueur du programme de semi-liberté.

T-1593-09  
2010 FC 556

T-1593-09  
2010 CF 556

**Wanda MacFarlane** (*Applicant*)

**Wanda MacFarlane** (*demanderesse*)

v.

c.

**Day & Ross Inc.** (*Respondent*)

**Day & Ross Inc.** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: MACFARLANE v. DAY & ROSS INC.**

**RÉPERTORIÉ : MACFARLANE c. DAY & ROSS INC.**

Federal Court, Mainville J.—Fredericton, April 12;  
Ottawa, May 26, 2010.

Cour fédérale, juge Mainville—Fredericton, 12 avril;  
Ottawa, 26 mai 2010.

*Labour Relations — Judicial review of decision by adjudicator refusing to hear unjust dismissal complaint for lack of jurisdiction — Applicant filing complaints pursuant to Canada Labour Code, s. 240, Canadian Human Rights Act — Adjudicator concluding that both complaints same, Act providing redress — Adjudicator ruling that having no jurisdiction to hear complaints for unjust dismissal raising human rights issues — Whether adjudicator violating natural justice, erring in declining jurisdiction — Applicant's right to fair hearing, process not violated — As to jurisdiction, adjudicator correctly staying hearing of complaint, but wrongly declining jurisdiction so as to preclude Commission from referring matter back to adjudicator — Discretionary authority of Canadian Human Rights Commission to refer matter back to adjudicator extended to Code, s. 242(3.1)(b), Act, ss. 41(1)(b), 44(2)(b) — Jurisdiction of adjudicator ancillary to Commission, Canadian Human Rights Tribunal — Statutory human rights implicitly present in adjudication of disputes under Code, s. 242 — Adjudicator herein interpreting jurisdiction too restrictively — Not precluded from considering human rights issues if Commission referring complaint to adjudicator — Application allowed in part.*

*Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre statuant qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte déposée pour congédiement injuste — La demanderesse a déposé des plaintes en application de l'art. 240 du Code canadien du travail et de la Loi canadienne sur les droits de la personne — L'arbitre a conclu que les deux plaintes étaient les mêmes et que la Loi prévoit réparation — L'arbitre a déclaré qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les plaintes de congédiement injuste dans lesquelles étaient alléguées des violations de droits de la personne — Il s'agissait de savoir si l'arbitre a violé la justice naturelle et commis une erreur en déclinant compétence — Le droit de la demanderesse à une audience et à une procédure équitables n'a pas été violé — S'agissant de la compétence, l'arbitre a suspendu à bon droit l'examen sur la plainte, mais a eu tort de se déclarer incompetent d'une manière qui empêchait la Commission de lui renvoyer l'affaire — Le pouvoir discrétionnaire de la Commission canadienne des droits de la personne de renvoyer une question à l'arbitre a été étendu à l'art. 242(3.1)(b) du Code et aux art. 41(1)(b) et 44(2)(b) de la Loi — La compétence de l'arbitre est accessoire à celle de la Commission et du Tribunal canadien des droits de la personne — Les droits de la personne reconnus par la loi sont implicitement incorporés au règlement de différends en vertu de l'art. 242 du Code — L'arbitre a interprété sa compétence en l'espèce de façon trop restrictive — Rien ne l'empêchait d'examiner les questions de droits de la personne si la Commission lui renvoie la plainte — Demande accueillie en partie.*

*Construction of Statutes — Adjudicator refusing to hear unjust dismissal complaint for lack of jurisdiction — Parliament intending to avoid multiplicity of proceedings in adopting Canada Labour Code, s. 242(3.1)(b) — S. 242(3.1)(b) prohibiting adjudicator from hearing complaint if other procedure for redress available, if human rights issues raised — However, possible for Canadian Human Rights Commission*

*Interprétation des lois — L'arbitre a statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte déposée pour congédiement injuste — En adoptant l'art. 242(3.1)(b) du Code canadien du travail, le législateur fédéral entendait éviter la multiplication des procédures — L'art. 242(3.1)(b) interdit à l'arbitre de statuer sur la plainte s'il existe un autre recours ou si la plainte soulève des questions relatives aux droits de la*



*to refer complaint to adjudicator if deemed appropriate — Power to interpret, apply human rights statutes implicit in Code, s. 242(3)(a).*

This was an application for judicial review of a decision by an adjudicator appointed pursuant to subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* ruling that he lacked jurisdiction to hear the applicant's complaint against the respondent for unjust dismissal.

The applicant filed a complaint challenging her dismissal pursuant to section 240 of the Code, and another complaint to the Canadian Human Rights Commission alleging discrimination based on her age and disability. The adjudicator ruled that he did not have jurisdiction to hear the complaint in view of paragraph 242(3.1)(b) of the Code. The adjudicator concluded that the complaint was essentially the same as the one filed with the Commission, and that the *Canadian Human Rights Act* provides real redress of personal benefit to the applicant. In addition, the adjudicator noted that the Supreme Court of Canada's decision in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324* does not apply to adjudicators appointed under the Code and, consequently, ruled that he had no jurisdiction to hear complaints for unjust dismissal raising human rights violations.

At issue was whether the adjudicator violated principles of natural justice or procedural fairness, and erred in declining jurisdiction.

*Held*, the application should be allowed in part.

The applicant's right to a fair hearing and process was not violated. The applicant did not follow up on her complaint that she had difficulty hearing the proceedings by informing the adjudicator that the corrective measures taken were insufficient or by requesting that the hearing be moved to a more adequate location. The applicant thus could not claim, in judicial review, a breach of procedural fairness after the hearing had ended and after receiving the decision of the adjudicator. The applicant clearly had an opportunity to respond to, and submit arguments on, the jurisdictional issues and the request for bifurcation that ensued. Finally, the reasons found in the adjudicator's decision were adequate within the meaning of *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*.

*personne — Cependant, la Commission canadienne des droits de la personne peut renvoyer la plainte à l'arbitre si elle estime que cela est opportun — Le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois relatives aux droits de la personne est implicitement conféré à l'art. 242(3)a) du Code.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* a statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte pour congédiement injuste déposée par la demanderesse contre la défenderesse.

La demanderesse a déposé une plainte en vertu de l'article 240 du Code pour contester son congédiement, et a soumis une autre plainte à la Commission canadienne des droits de la personne dans laquelle elle affirmait avoir été victime de discrimination fondée sur son âge et une déficience. L'arbitre a jugé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur la plainte compte tenu de l'alinéa 242(3.1)b) du Code. L'arbitre a conclu que la plainte était essentiellement la même que celle qui avait été déposée devant la Commission, et que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permettait à la demanderesse d'obtenir une véritable réparation. En outre, l'arbitre a signalé que la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324* ne s'applique pas aux arbitres désignés en vertu du Code et, en conséquence, il a déclaré qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les plaintes de congédiement injuste dans lesquelles étaient alléguées des violations de droits de la personne.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si l'arbitre avait violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale, et s'il avait commis une erreur en déclinant compétence.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Le droit de la demanderesse à une audience et à une procédure équitables n'avait pas été violé. La demanderesse n'avait pas donné suite à sa plainte selon laquelle elle avait du mal à entendre les échanges en laissant savoir à l'arbitre que les mesures correctives qu'il avait prises n'étaient pas suffisantes ou en demandant un changement du lieu de l'audience. La demanderesse ne pouvait donc pas prétendre, dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire, qu'elle avait été victime d'un manquement à l'équité procédurale après la clôture de l'audience et après avoir reçu la décision de l'arbitre. La demanderesse s'était clairement vu offrir la possibilité de répondre aux questions de compétence et sur la demande de disjonction qui a suivi et de présenter ses observations à ce sujet. Enfin, la décision de l'arbitre était

The adjudicator was correct in staying the hearing of the applicant's complaint on the merits, but was wrong to decline jurisdiction in such a manner as to preclude the Commission from referring the matter back to him under paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the Act. The Commission may send a matter to arbitration if, in its statutory discretion, it deems this appropriate. This principle should be extended to the interpretation of the interplay between paragraph 242(3.1)(b) of the Code and paragraphs 41(1)(b) and 44(2)(b) of the Act. In adopting paragraph 242(3.1)(b), Parliament intended to avoid a multiplicity of proceedings in the context of an unfair dismissal. The use of the imperative "shall" in paragraph 242(3.1)(b) clearly indicates that an adjudicator appointed under subsection 242(1) must refuse to hear the complaint when another procedure for redress is available elsewhere, such as in the Act, or if the complaint raises human rights issues that could constitute a similar complaint under the Act. However, an adjudicator appointed under subsection 242(1) of the Code is not wholly without jurisdiction. The adjudicator's jurisdiction is simply ancillary to that of the Commission and of the Canadian Human Rights Tribunal. The Commission could, in the exercise of its discretion under paragraph 41(1)(b) or 44(2)(b) of the Act, refer the complaint to the adjudicator if it is satisfied that it could be more appropriately dealt with in the context of a hearing under section 242 of the Code. The principle held in *Parry Sound* that statutory human rights are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction extends to adjudication of disputes under section 242 of the Code. The adjudicator interpreted his jurisdiction herein too restrictively, and erred when deciding that *Parry Sound* did not extend to an adjudicator appointed under subsection 242(1). There is no reason why such an adjudicator would be precluded from considering human rights issues in the context of an unjust dismissal if the Commission refers the complaint back to the adjudicator. The power to interpret and apply human rights statutes or any other statute is implicitly provided for in paragraph 242(3)(a) of the Code: it gives the adjudicator the authority to consider whether the dismissal was unjust, and empowers the adjudicator to render a binding decision on this matter.

suffisamment motivée au sens de l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*.

C'est à bon droit que l'arbitre a suspendu l'examen sur le fond de la plainte de la demanderesse, mais il a eu tort de se déclarer incompétent d'une manière qui empêchait la Commission de lui renvoyer l'affaire en vertu de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la Loi. La Commission peut renvoyer une question à l'arbitre si elle estime, dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi, que cela est opportun. Ce principe devrait être étendu à l'interprétation de l'interaction entre l'alinéa 242(3.1)(b) du Code et les alinéas 41(1)(b) et 44(2)(b) de la Loi. En adoptant l'alinéa 242(3.1)(b), le législateur fédéral entendait éviter la multiplication des procédures dans le contexte d'un congédiement injuste. L'emploi des mots « ne peut » à l'alinéa 242(3.1)(b) indique clairement que l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) doit refuser de statuer sur la plainte lorsqu'un texte législatif, notamment la Loi, prévoit un autre recours ou si la plainte soulève des questions relatives aux droits de la personne qui pourraient donner ouverture à une plainte semblable en vertu de la Loi. Cependant, un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du Code ne se trouve pas privé de toute compétence. La compétence de l'arbitre est tout simplement accessoire à celle de la Commission et du Tribunal canadien des droits de la personne. La Commission pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 41(1)(b) ou 44(2)(b) de la Loi, renvoyer la plainte à l'arbitre si elle était convaincue que la plainte pouvait plus avantageusement être instruite dans le cadre d'une audience tenue conformément à l'article 242 du Code. Le principe posé dans l'arrêt *Parry Sound* selon lequel les droits de la personne reconnus par la loi sont implicitement incorporés dans chaque convention collective à l'égard de laquelle un arbitre a compétence vaut pour le règlement de différends en vertu de l'article 242 du Code. L'arbitre a interprété sa compétence en l'espèce de façon trop restrictive et a commis une erreur en estimant que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Parry Sound* ne s'appliquait pas à l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1). Aucune raison n'empêche un tel arbitre d'examiner les questions de droits de la personne qui sont soulevées dans le contexte d'une plainte de congédiement injuste si la Commission renvoie la plainte à l'arbitre. Le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois relatives aux droits de la personne ou toute autre loi est implicitement conféré à l'alinéa 242(3)(a) du Code : il donne à l'arbitre le pouvoir de décider si le congédiement était injuste et l'habilité à rendre une décision ayant force obligatoire sur la question.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 97 (as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2), 240 (as am. by R.S.C., 1985

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 97 (mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 2), 240 (mod. par L.R.C.

(1st Supp.), c. 9, s. 15), 242 (as am. *idem*, s. 16; S.C. 1998, c. 26, s. 58), 243.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 7, 40(1), 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24), 53(2) (as am. *idem*, s. 27), (3) (as am. *idem*).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2.  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.

(1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15), 242 (mod., *idem*, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58), 243.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 7, 40(1), 41(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24), 53(2) (mod., *idem*, art. 27), (3) (mod., *idem*).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354, (1995), 126 D.L.R. (4th) 679, 95 CLLC 210-045 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1995] S.C.C.A. No. 444 (QL); *Johal v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 276, 312 D.L.R. (4th) 663, 3 Admin. L.R. (5th) 238, 394 N.R. 114; *Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [2000] 3 F.C. 27, (1999), 181 D.L.R. (4th) 590, 21 Admin. L.R. (3d) 12 (C.A.), affg [1999] 1 F.C. 459, (1998), 154 F.T.R. 40 (T.D.), leave to appeal to S.C.C. refused [2000] S.C.C.A. No. 12 (QL); *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, 230 D.L.R. (4th) 257, 7 Admin. L.R. (4th) 177; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, 266 D.L.R. (4th) 287, 42 Admin. L.R. (4th) 104.

##### CONSIDERED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 323 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652, (1993), 109 D.L.R. (4th) 272, 18 Admin. L.R. (2d) 67 (C.A.); *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, (2000), 193 D.L.R. (4th) 357, 26 Admin. L.R. (3d) 1; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449, [1995] 1 C.N.L.R. 184, (1994), 79 F.T.R. 53 (T.D.).

##### REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1995] C.S.C.R. n° 444 (QL); *Johal c. Canada (Agence du Revenu)*, 2009 CAF 276; *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [2000] 3 C.F. 27 (C.A.), confirmant [1999] 1 C.F. 459 (1<sup>re</sup> inst.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] C.S.C.R. n° 12 (QL); *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 323 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.); *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.); *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Lévis (Ville) c. Fraternité*

Admin. L.R. (4th) 1; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, 278 D.L.R. (4th) 577, 64 Admin. L.R. (4th) 1; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, 313 D.L.R. (4th) 285, [2010] 1 W.W.R. 1; *Garcia v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 200, 273 N.R. 236; *Kirchmeir v. Edmonton (City) Police Service*, 2000 ABCA 324, 271 A.R. 340; *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, [1997] C.L.A.D. No. 290 (QL); *Royal Bank of Canada and Verzosa*, [1998] C.L.A.D. No. 49 (QL); *Peters and Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1998] C.L.A.D. No. 670 (QL); *Hiebert v. Milne's Moving and Storage Ltd.*, [1999] C.L.A.D. No. 507 (QL); *Duncan v. Nenqayani Treatment Centre Society*, [2000] C.L.A.D. No. 588 (QL); *Tse v. Federal Express Canada Ltd.*, [2004] C.L.A.D. No. 559 (QL); *Schuyler v. Oneida Nation of the Thames Board Council*, [2005] C.L.A.D. No. 270 (QL); *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, (1974), 46 D.L.R. (3d) 150, 74 CLLC 14,220.

APPLICATION for judicial review of a decision by an adjudicator ([2009] C.L.A.D. No. 264 (QL)) ruling that he lacked jurisdiction to hear the applicant's complaint against the respondent for unjust dismissal. Application allowed in part.

#### APPEARANCES

Wanda MacFarlane on her own behalf.  
Richard J. Charney for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Ogilvy Renault LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] MAINVILLE J.: In this case, the applicant is seeking the judicial review of a decision dated September 2, 2009 [[2009] C.L.A.D. No. 264 (QL)], of an adjudicator appointed pursuant to subsection 242(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, whereby which he ruled that he did not have jurisdiction to hear the complaint submitted by Wanda MacFarlane (the applicant) in which she alleged that she had been unjustly dismissed

*des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Garcia c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 200; *Kirchmeir v. Edmonton (City) Police Service*, 2000 ABCA 324, 271 A.R. 340; *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, [1997] C.L.A.D. n° 290 (QL); *Royal Bank of Canada and Verzosa*, [1998] C.L.A.D. n° 49 (QL); *Peters and Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1998] C.L.A.D. n° 670 (QL); *Hiebert c. Milne's Moving and Storage Ltd.*, [1999] C.L.A.D. n° 507 (QL); *Duncan c. Nenqayani Treatment Centre Society*, [2000] C.L.A.D. n° 588 (QL); *Tse c. Federal Express Canada Ltd.*, [2004] C.L.A.D. n° 559 (QL); *Schuyler c. Oneida Nation of the Thames Board Council*, [2005] C.L.A.D. n° 270 (QL); *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision ([2009] C.L.A.D. n° 264 (QL)) par laquelle un arbitre a statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte pour congédiement injuste déposée par la demanderesse contre la défenderesse. Demande accueillie en partie.

#### ONT COMPARU

Wanda MacFarlane pour son propre compte.  
Richard J. Charney pour la défenderesse.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE : Dans la présente affaire, la demanderesse sollicite le contrôle judiciaire d'une décision en date du 2 septembre 2009 [[2009] C.L.A.D. n° 264 (QL)] par laquelle un arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, a statué qu'il n'avait pas compétence pour connaître de la plainte par laquelle Wanda MacFarlane (la demanderesse) alléguait qu'elle avait été congédiée

from her position with Day & Ross Inc. (the respondent), on the ground that a procedure for redress related to her complaint was provided for in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.

[2] For the reasons set out below, this judicial review application shall be allowed in part only. The adjudicator did not breach any principles of natural justice or procedural fairness in conducting the proceedings and rendering his decision, and he correctly ruled that paragraph 242(3.1)(b) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16] of the *Canada Labour Code* precluded him from hearing and deciding the unjust dismissal complaint. However, the adjudicator was in error when he declined jurisdiction in a manner that would exclude the complaint being referred back to him by the Canadian Human Rights Commission in the exercise of its authority pursuant to paragraph 41(1)(b) [as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49] or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

#### Background

[3] The applicant was first employed with the respondent in February of 2001. She was dismissed on July 4, 2008 for the following reasons set out in the written notice of dismissal which was sent to her by the respondent (Exhibit 2 of the affidavit of Wanda MacFarlane, at page 36 of the application record):

This letter will serve as confirmation of the Company's decision to terminate your employment, effective immediately.

The reasons for our decision include the following: your grossly negligent conduct which resulted in you deleting 149 records, and your subsequent attempt at covering this up; your recent absence without authorization; your unwillingness to continue working in your current role.

[4] The applicant challenged this dismissal on August 29, 2008, by filing the following written complaint pursuant to section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the *Canada Labour Code* (Exhibit 1 of the affidavit of Eric Rowley, at page 18 of the respondent's record):

injustement du poste qu'elle occupait chez Day & Ross Inc. (la défenderesse) au motif que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, prévoyait un autre recours.

[2] Pour les motifs ci-après exposés, la présente demande de contrôle judiciaire ne sera accueillie qu'en partie. L'arbitre n'a violé aucun principe de justice naturelle ou d'équité procédurale dans sa façon de présider l'instance ou dans sa décision, et c'est avec raison qu'il a estimé que l'alinéa 242(3.1)b) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16] du *Code canadien du travail* l'empêchait d'instruire et de trancher la plainte de congédiement injuste. Il a toutefois commis une erreur en déclinant compétence d'une manière qui empêchait la Commission canadienne des droits de la personne de lui renvoyer la plainte en vertu des pouvoirs conférés à celle-ci par l'alinéa 41(1)b) [mod. par L.C. 1995, ch. 44, art. 49] ou l'alinéa 44(2)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

#### Contexte

[3] La demanderesse a commencé à travailler pour la défenderesse en février 2001. Elle a été congédiée le 4 juillet 2008 pour les motifs suivants énoncés dans l'avis écrit de congédiement que la défenderesse lui a fait parvenir (pièce 2 de l'affidavit de Wanda MacFarlane, à la page 36 du dossier de demande) :

[TRADUCTION] La présente confirme la décision de l'entreprise de mettre fin à votre emploi à compter d'aujourd'hui.

Notre décision est motivée par les faits suivants : la négligence grossière dont vous avez fait preuve en supprimant 149 dossiers et en tentant par la suite de camoufler votre geste, votre absence non autorisée récente et votre réticence à continuer à exercer vos fonctions actuelles.

[4] La demanderesse a contesté son congédiement le 29 août 2008 en déposant la plainte écrite suivante en application de l'article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 15] du *Code canadien du travail* (pièce 1 de l'affidavit d'Eric Rowley, à la page 18 du dossier de la défenderesse) :

I believe I have been unjustly dismissed by Day and Ross Ltd, July 24 [*sic*], 2008.  
Please investigate this matter.

[5] An adjudicator was subsequently appointed pursuant to subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* to hear and decide this complaint, and on April 21, 2009, he served notice that a hearing would be held on August 25 and 26, 2009 (paragraph 9 of the affidavit of Wanda MacFarlane).

[6] After this notice of hearing on her *Canada Labour Code* complaint was sent out, the applicant submitted another complaint to the Canadian Human Rights Commission dated May 28, 2009. In a detailed three-page narrative in her complaint addressed to the Commission, the applicant made, in particular, the following submissions (Exhibit 5 of the affidavit of Eric Rowley, at pages 35 and 37 of the respondent's record):

I have reasonable grounds to believe that I have been discriminated against. I declare the following to be true to the best of my knowledge.

My name is Wanda Irene MacFarlane and my complaint is against Day & Ross Inc. I am 62 years old and I have been diagnosed with clinical depression, fibromyalgia, and migraine. I believe that I have been discriminated against on the bases both of my age and my disability.

...

On July 4 2008 I was terminated, retroactively, by hand delivered letter, having been disabled since May 23rd 2008. I believe that increasing my exposure to applications known to increase my disability until I was no longer able to function, denying me disability insurance, and terminating my employment while I am disabled citing errors made as a result of this known disability constitute discrimination on the basis of disability.

[7] The Canadian Human Rights Commission notified the respondent of this complaint on July 24, 2009. In its letter, the Commission indicated the following (Exhibit 5 of the affidavit of Eric Rowley, at page 32 of the respondent's record):

[TRADUCTION] J'estime que j'ai été congédiée injustement par Day and Ross Ltd le 24 [*sic*] juillet 2008.  
Veuillez faire enquête.

[5] Un arbitre a ensuite été désigné conformément au paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* pour entendre et instruire la plainte et, le 21 avril 2009, il a signifié à la demanderesse un avis l'informant qu'une audience aurait lieu les 25 et 26 août 2009 (paragraphe 9 de l'affidavit de Wanda MacFarlane).

[6] Après l'envoi de cet avis d'audience de la plainte déposée en vertu du *Code canadien du travail*, la demanderesse a soumis une autre plainte à la Commission canadienne des droits de la personne le 28 mai 2009. Dans le récit circonstancié détaillé de trois pages de la plainte qu'elle a soumise à la Commission, la demanderesse a notamment formulé les observations suivantes (pièce 5 de l'affidavit d'Eric Rowley, aux pages 35 et 37 du dossier de la défenderesse) :

[TRADUCTION] J'ai des motifs raisonnables de croire que mon employeur a fait preuve de discrimination à mon endroit. Je déclare qu'à ma connaissance, les faits qui suivent sont exacts.

Je m'appelle Wanda Irene MacFarlane et ma plainte vise Day & Ross Inc. Je suis âgée de 62 ans. On a diagnostiqué chez moi une dépression clinique, de la fibromyalgie et des migraines. J'estime avoir fait l'objet de discrimination fondée sur mon âge et sur une déficience.

[...]

Le 4 juillet 2008, on a mis fin rétroactivement à mon emploi en me remettant en mains propres une lettre. J'étais invalide depuis le 23 mai 2008. J'estime que le fait d'augmenter sciemment mon exposition à des tâches qui aggravaient mon invalidité jusqu'à ce que je devienne incapable de fonctionner, de me refuser l'assurance-invalidité et de mettre fin à mon emploi alors que j'étais invalide, tout en faisant état d'erreurs commises en raison de cette invalidité connue, constitue de la discrimination fondée sur la déficience.

[7] La Commission canadienne des droits de la personne a avisé la défenderesse de cette plainte le 24 juillet 2009. Dans sa lettre, la Commission a expliqué ce qui suit (pièce 5 de l'affidavit d'Eric Rowley, à la page 32 du dossier de la défenderesse) :

Please note that an initial review of the complaint has not identified any issues related to section 41(1) of the *Canadian Human Rights Act*. Under section 41(1), the Commission can refuse to deal with complaints in certain circumstances. In particular, the Commission can refuse to deal with a complaint where another redress procedure is available to the complainant, the complaint is beyond the Commission's jurisdiction, the allegations in the complaint occurred more than one year before the complaint was filed, or the complaint is frivolous, trivial, vexatious or made in bad faith. If you believe that this complaint raises issues under section 41(1), you should notify the Commission within thirty days of receipt of this letter so as not to delay the processing of the complaint.

[8] It is useful to note that this complaint is still pending before the Canadian Human Rights Commission, and that as of the date of the hearing of this judicial review application, no decision pursuant to section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64; S.C. 1998, c. 9, s. 24] of the *Canadian Human Rights Act* has yet been rendered by the Commission.

[9] On August 14, 2009, the attorney representing the respondent wrote to the adjudicator to inform him that, in the light of this new complaint submitted under the *Canadian Human Rights Act*, the respondent was now challenging the adjudicator's jurisdiction to hear the *Canada Labour Code* complaint on the basis of paragraph 242(3.1)(b) of that Code.

[10] The applicant disputed this jurisdictional challenge on the basis that there was no allegation of discrimination in her *Canada Labour Code* complaint and that this complaint “**can** be decided without determining whether discrimination took place” (Exhibit 6 of the affidavit of Wanda MacFarlane, at page 50 of the application record). The applicant also submitted to the adjudicator the following particulars with respect to her *Canada Labour Code* complaint (Exhibit 7 of the affidavit of Wanda MacFarlane, at page 54 of the application record):

With regard to the particulars of my unjust dismissal claim, they are as follows:

[TRADUCTION] Veuillez prendre note que l'examen initial de votre plainte n'a pas permis de constater l'existence d'une des questions visées au paragraphe 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aux termes du paragraphe 41(1), la Commission peut refuser d'examiner une plainte dans certaines circonstances, notamment lorsque le plaignant dispose d'un autre recours, lorsque la plainte n'est pas de la compétence de la Commission, lorsque les faits allégués dans la plainte précèdent de plus d'un an le dépôt de la plainte ou lorsque la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi. Si vous estimez que la présente plainte soulève des questions visées au paragraphe 41(1), veuillez en aviser la Commission dans les trente jours de la réception de la présente lettre de manière à ne pas retarder le traitement de la plainte.

[8] Il est utile de signaler que la présente plainte est toujours en instance devant la Commission canadienne des droits de la personne et qu'à la date de l'instruction de la présente demande de contrôle judiciaire, la Commission n'avait pas encore rendu de décision en vertu de l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64; L.C. 1998, ch. 9, art. 24] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[9] Le 14 août 2009, l'avocat qui représentait la défenderesse a écrit à l'arbitre pour l'informer que, compte tenu de la nouvelle plainte déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la défenderesse contestait maintenant la compétence de l'arbitre pour statuer sur la plainte fondée sur le *Code canadien du travail* en application de l'alinéa 242(3.1)b) de ce Code.

[10] La demanderesse s'attaque à cette contestation de la compétence de l'arbitre en faisant valoir que, dans sa plainte déposée en vertu du *Code canadien du travail*, elle ne prétend pas avoir fait l'objet d'un acte discriminatoire, et ajoute que la plainte [TRADUCTION] « **peut** être tranchée sans qu'il soit nécessaire de déterminer s'il y a eu discrimination » (pièce 6 de l'affidavit de Wanda MacFarlane, à la page 50 du dossier de demande). La demanderesse a également soumis à l'arbitre les détails suivants en ce qui concerne sa plainte fondée sur le *Code canadien du travail* (pièce 7 de l'affidavit de Wanda MacFarlane, à la page 54 du dossier de demande) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de ma plainte de congédiement injuste, en voici les détails :

My letter of dismissal stated four separate and distinct reasons for terminating my employment. . . .

It is my position that each an[d] every one of these allegations is unfounded. Further, it is my position that, even if any and all of these allegations were judged on a balance of probabilities to be true, my dismissal would still be found to be unjust because Day & Ross failed to apply progressive discipline.

[11] The adjudicator responded on August 18, 2009 to the various exchanges of the parties concerning his jurisdiction and the continuation of the proceedings before him by rejecting the respondent's request for an adjournment and thus maintaining the original schedule for the hearing of the complaint (Exhibit 10 of the affidavit of Wanda MacFarlane, at page 63 of the application record):

Upon reflection, I am of the view that the hearing will continue as scheduled next week and if the employer wishes to pursue their objection to my jurisdiction they can call the necessary evidence to support their contention that there is a connection between the matter before me and the complaint filed before the HRC.

[12] Following a request from the respondent for a reconsideration of his decision to proceed with the hearing, the adjudicator responded as follows by email dated August 19, 2009, 8:34 a.m. (Exhibit 20 of the affidavit of Eric Rowley, at page 269 of the respondent's record):

I have received and read your response document, but in order to ensure fairness in this proceeding it is my view that the hearing must proceed. I note that you refer to certain documents in the company's Book of Documents. As you are aware, at this time I have received the Book of Documents, but I am not aware of whether or not the complainant has received it, and what her position is with respect to it being before me as evidence. In my view, the only way in which the preliminary matter can [b]e addressed, let alone the merits of the matter, is to continue with the hearing and that is what I have decided. The essence of your objection has an evidentiary basis, and at this time I have no evidence before me.

Both parties are to attend at the hearing as per the Notice of Hearing sent by myself earlier this year and be prepared to raise any preliminary objections. At that time I will

Ma lettre de congédiement énumérait quatre raisons distinctes censées justifier la cessation de mon emploi [...]

Je suis d'avis qu'aucune de ces allégations n'est fondée. J'estime en outre que, même si l'une ou l'autre ou la totalité de ces allégations étai(en)t jugée(s) vraie(s), selon la prépondérance des probabilités, mon congédiement serait quand même injuste parce que Day & Ross n'a pas appliqué de sanctions disciplinaires progressives.

[11] L'arbitre a répondu le 18 août 2009 aux divers échanges entre les parties au sujet de sa compétence et de la poursuite de l'instance se déroulant devant lui en rejetant la demande d'ajournement de la défenderesse, confirmant ainsi l'échéancier initial prévu pour l'instruction de la plainte (pièce 10 de l'affidavit de Wanda MacFarlane, à la page 63 du dossier de demande) :

[TRADUCTION] Après réflexion, je suis d'avis de poursuivre l'audience comme prévu la semaine prochaine. Si l'employeur désire continuer à contester ma compétence, il peut présenter les éléments de preuve nécessaires pour appuyer sa prétention qu'il existe un lien entre l'affaire dont je suis saisi et la plainte déposée devant la Commission des droits de la personne.

[12] À la suite de la demande que la défenderesse lui avait présentée pour qu'il reconsidère sa décision de poursuivre l'instruction, l'arbitre a répondu ce qui suit dans un courriel daté du 19 août 2009, envoyé à 8 h 34 (pièce 20 de l'affidavit d'Eric Rowley, à la page 269 du dossier de la défenderesse) :

[TRADUCTION] J'ai bien reçu le document que vous m'avez fait parvenir en réponse et j'en ai pris connaissance. Toutefois, pour assurer l'équité de la présente procédure, je suis d'avis que l'audience doit se poursuivre. Je constate que vous mentionnez certains des documents du recueil de documents de l'entreprise. Comme vous le savez, j'ai bien reçu ce recueil, mais j'ignore si la plaignante l'a également reçu et je ne sais pas quelle sera sa position en ce qui concerne son admission en preuve. À mon avis, la seule façon d'aborder cette question préliminaire, et d'ailleurs de statuer sur le fond de l'affaire, consiste à poursuivre l'instruction de l'affaire, et c'est ce que j'ai décidé de faire. Votre objection repose essentiellement sur la preuve. Or, je ne dispose pour le moment d'aucun élément de preuve.

Les deux parties devront être présentes à l'audience conformément à l'avis d'audience que je leur ai fait parvenir plus tôt cette année et elles devront être prêtes à soulever toute



address any preliminary matters and decide whether or not to proceed on the merits. I would expect that both parties would be prepared to proceed on the merits if needed.

[13] Faced with this scheduling and process decision, the respondent then requested that the proceedings be bifurcated. The adjudicator responded as follows that same day by email dated August 19, 2009, 1:05 p.m. (Exhibit 22 of the affidavit of Eric Rowley, at page 275 of the respondent's record):

I will hear submissions on your request to bifurcate the hearing, but unless convinced to do so, I would expect the hearing to proceed on the merits.

[14] A hearing was thus held before the adjudicator on August 25, 2009, during which evidence was submitted and representations were made concerning the jurisdictional issue. After hearing the parties on the jurisdictional issue, the adjudicator decided to reserve his decision. He decided to adjourn the hearing on the merits of the complaint until he had ruled on the jurisdictional issue (paragraph 39 of the affidavit of Wanda MacFarlane and paragraph 59 of the affidavit of Eric Rowley).

#### The adjudicator's decision

[15] The adjudicator ruled that he did not have jurisdiction to hear the complaint under the *Canada Labour Code* in view of paragraph 242(3.1)(b) thereof, as interpreted by the Federal Court of Appeal in *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354, leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [1995] S.C.C.A. No. 444 (QL) (hereinafter referred to as *Byers Transport*).

[16] The adjudicator noted that he needed to address two questions to determine the jurisdictional issue under paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*: (a) is the factual situation in the *Canadian Human Rights Act* complaint essentially the same as in the *Canada Labour Code* complaint?; and (b) does the *Canadian Human Rights Act* process provide for some real redress which would be of personal benefit to the applicant?

objection préliminaire. Je vais alors examiner toute question préliminaire et décider s'il y a lieu de poursuivre ou non l'affaire quant au fond. Je m'attends à ce que les deux parties soient prêtes à procéder sur le fond au besoin.

[13] Devant cette décision relative à l'échéancier de l'instance et à la procédure à suivre, la défenderesse a demandé la disjonction de l'instance. L'arbitre a répondu ce qui suit le même jour dans un courriel daté du 19 août 2009, envoyé à 13 h 5 (pièce 22 de l'affidavit d'Eric Rowley, à la page 275 du dossier de la défenderesse) :

[TRADUCTION] Je vais entendre les observations sur votre demande de disjonction, mais à moins qu'on me convainque du contraire, je m'attends à ce que l'audience se poursuive quant au fond.

[14] Une audience a par conséquent eu lieu devant l'arbitre le 25 août 2009. Au cours de cette audience, des éléments de preuve ont été présentés et des observations ont été formulées au sujet de la question de la compétence. Après avoir entendu les parties à cet égard, l'arbitre a décidé de reporter à plus tard sa décision sur cette question et d'ajourner l'audience sur le fond de la plainte tant qu'il n'aurait pas tranché cette question (paragraphe 39 de l'affidavit de Wanda MacFarlane et paragraphe 59 de l'affidavit d'Eric Rowley).

#### Décision de l'arbitre

[15] L'arbitre a jugé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur la plainte présentée en vertu du *Code canadien du travail* compte tenu de son alinéa 242(3.1)(b), interprété par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à [1995] C.S.C.R. n° 444 (QL) (*Byers Transport*).

[16] L'arbitre a expliqué qu'il devait aborder deux questions pour pouvoir se prononcer sur la question de la compétence en vertu de l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* : a) la situation factuelle exposée dans la plainte déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est-elle essentiellement la même que celle qui est relatée dans la plainte fondée sur le *Code canadien du travail*?; b) la procédure prévue

[17] He answered these questions as follows at paragraphs 19 to 21 of his decision:

In the matter before me, despite the contention of the complainant, I have no hesitation concluding that the complaint before me is essentially the same as the complaint she filed with the CHRC. In my view, although the complaint she filed with the CHRC is more detailed, one need look no farther than her own words found in the second last paragraph. These words are set forth above in paragraph 8. She clearly and without equivocation claims that her termination amounted to discrimination on the basis of disability. Therefore, I have no alternative but to conclude that complaint [*sic*] before the CHRC is essentially the same as that before me. This is especially so when one considers the fact the complainant submits that the “errors” that lead to her dismissal were as a result of her disability.

With respect to the remedial power under the *CHRA*, I agree with [t]he analysis of adjudicator Cooper in *Duncan* [[2000] C.L.A.D. No. 588]. In that case, at paragraph 17, the learned adjudicator identifies some of the broad remedies available under the *CHRA*. Although they are not necessarily the same as those available under the *Code*, one would be hard pressed to categorize them as other than “real redress which could be of personal benefit to the same complainant.”

For all of the reasons above I have no hesitation in concluding that I am statute barred from hearing this matter.

[18] This could have put an end to the matter. However the adjudicator then went one step further at paragraphs 22, 23 and 24 of his decision, and ruled that he had no jurisdiction to hear complaints for unjust dismissal raising human rights violations:

In coming to this conclusion I note that the Code has not been amended, as other pieces of legislation across the country have, to reflect the decision of the Supreme Court of Canada in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board and O.P.S.E.U., Local 324* [2003] 2 S.C.R.157, 2003 SCC 42. This decision concluded amongst other things, that an arbitrator appointed under a collective agreement, had the

par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet-elle à la demanderesse d’obtenir une véritable réparation?

[17] Voici comment il a répondu à ces questions aux paragraphes 19, 20 et 21 de sa décision :

[TRADUCTION] Dans l’affaire dont je suis saisi, malgré la prétention de la plaignante, je conclus sans aucune hésitation que la plainte qui m’a été soumise est essentiellement la même que celle qu’elle a déposée devant la CCDP. À mon avis, bien que la plainte dont elle a saisi la CCDP soit plus détaillée, il suffit de lire les mots qu’elle emploie elle-même à l’avant-dernier paragraphe pour constater qu’il s’agit de la même plainte. Ces mots ont déjà été cités au paragraphe 8 qui précède. Elle affirme clairement et sans équivoque que son congédiement équivalait à de la discrimination fondée sur une déficience. Je n’ai donc d’autre choix que de conclure que la plainte soumise à la CCDP est essentiellement la même que celle dont je suis saisi, ce qui devient encore plus évident lorsqu’on tient compte du fait que la plaignante affirme que c’est sa déficience qui est à l’origine des « erreurs » qui ont conduit à son congédiement.

S’agissant du pouvoir de réparation conféré par la *LCDP*, je souscris à l’analyse qu’en fait l’arbitre Cooper dans la décision *Duncan* [[2000] C.L.A.D. n° 588]. Au paragraphe 17 de cette décision, l’arbitre signale quelques-uns des vastes recours ouverts en vertu de la *LCDP*. Bien qu’ils ne soient pas nécessairement les mêmes que ceux qui sont prévus par le *Code*, on arrive difficilement à imaginer qu’on pourrait les qualifier autrement que de recours permettant « à la même plaignante d’obtenir une véritable réparation ».

Pour tous les motifs qui précèdent, je n’ai aucune hésitation à conclure que je n’ai pas compétence, en vertu de la loi pour statuer sur la présente affaire.

[18] La décision aurait pu se terminer là. Mais l’arbitre est allé un peu plus loin, aux paragraphes 22, 23 et 24 de sa décision, en déclarant qu’il n’était pas compétent pour statuer sur les plaintes de congédiement injuste dans lesquelles étaient alléguées des violations de droits de la personne :

[TRADUCTION] Pour arriver à cette conclusion, je relève que le Code n’a pas été modifié et que d’autres mesures législatives ont été prises ailleurs au Canada dans la foulée de l’arrêt *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, de la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, la Cour a notamment conclu que l’arbitre

authority to interpret the pertinent Human Rights legislation. This was because, according to the court, the pertinent Human Rights legislation is incorporated into each collective agreement. *Parry Sound, supra* has been applied by arbitrators and adjudicators across the country, and has seen the amendment of various pieces of legislation to reflect the state of the law as formulated by the Supreme Court of Canada.

That said, as an adjudicator appointed under the provisions of the *Canada Labour Code*, I am a creature of statute and therefore cannot go on a “frolic of my own.” I must apply the statute as drafted.

...

It is my conclusion that as I am without jurisdiction to hear this matter the complaint, it would be futile to hear evidence on the merits of the complaint.

#### Position of the applicant

[19] The applicant, who is self-represented, has identified 10 issues in her application for judicial review. The applicant added issues and expanded upon some issues in her memorandum of fact and law and in her oral submissions at the hearing of this application. Many of these issues are overlapping. I will summarize the applicant’s position as follows.

[20] First, the applicant submits that the adjudicator violated the principles of natural justice and procedural fairness since the applicant was not able to adequately hear the proceedings and the adjudicator did little to remedy that problem. Indeed, the applicant submits that the hearing room, situated in a local civic centre, was noisy. She thus found herself unable to fully follow the proceedings. Although she did ask the adjudicator to take appropriate measures, she claims he failed to do so.

[21] Second, the applicant claims that she was never given an opportunity to make her submissions on the bifurcation of the proceedings sought by the respondent. This again raises issues pertaining to natural justice and procedural fairness.

désigné en vertu d’une convention collective a le pouvoir d’interpréter les dispositions législatives pertinentes en matière de droits de la personne, et ce, parce que ces dispositions sont, de l’avis de la Cour, incorporées dans chaque convention collective. L’arrêt *Parry Sound*, précité, a été appliqué par les arbitres un peu partout au Canada, et il a donné lieu à la modification de divers textes législatifs pour tenir compte de l’état du droit formulé par la Cour suprême du Canada.

Cela dit, en tant qu’arbitre désigné en vertu des dispositions du *Code canadien du travail*, je tiens mes pouvoirs de la loi et je ne peux donc agir « uniquement de mon propre chef ». Je dois appliquer la loi telle qu’elle est rédigée.

[...]

Je conclus que, comme je ne suis pas compétent pour instruire la plainte, il serait inutile d’entendre les éléments de preuve se rapportant à son bien-fondé.

#### Thèse de la demanderesse

[19] La demanderesse, qui se représente elle-même, énumère 10 points litigieux dans sa demande de contrôle judiciaire. Elle a ajouté de nouveaux points litigieux et en a développé d’autres dans son mémoire des faits et du droit ainsi que dans son plaidoyer lors de l’instruction de la présente demande. Plusieurs de ces questions se chevauchent. Je vais résumer comme suit sa thèse.

[20] Premièrement, l’arbitre a violé les principes de justice naturelle et d’équité procédurale étant donné que la demanderesse n’a pas été en mesure d’entendre adéquatement le débat. La demanderesse ajoute que l’arbitre n’a pas fait grand-chose pour remédier à la situation. En effet, selon la demanderesse, la salle d’audience, qui se trouve dans un centre municipal, était bruyante. Elle a par conséquent été incapable de suivre pleinement le déroulement de l’instance. Elle prétend avoir demandé à l’arbitre de prendre les mesures qui s’imposaient, mais qu’il n’a rien fait.

[21] Deuxièmement, la demanderesse soutient qu’on ne lui a jamais offert la possibilité de faire valoir son point de vue au sujet de la disjonction de l’instance réclamée par la défenderesse, ce qui, là encore, soulève des questions de justice naturelle et d’équité procédurale.

[22] Third, the applicant submits that the reasons of the adjudicator for declining jurisdiction are deficient since the adjudicator's analysis does not reveal his reasoning process, nor does it demonstrate that the relevant law and policy were properly applied, nor does it specifically respond to the arguments of the applicant. Although this submission is, to a certain extent, related to the applicant's arguments challenging the merits of the decision, it does raise some natural justice and procedural fairness considerations.

[23] Finally, the applicant submits that the adjudicator was wrong in declining jurisdiction. He is said to have failed to properly identify the essential nature of her *Canada Labour Code* complaint, which makes no reference to human rights issues, and failed to carry out a proper analysis thus leading him to conclude that both complaints were essentially the same and consequently erroneously refusing to exercise his jurisdiction.

#### Position of the respondent

[24] The respondent asserts that no breach to procedural fairness or to the principles of natural justice occurred in this case. In response to the applicant's allegation that she was unable to follow the hearing, it is claimed that she made only one comment on this matter at the beginning of the hearing, and that the adjudicator remedied the situation appropriately. The applicant did not raise the issue after the adjudicator had corrected the situation, and her failure to object after assistance had already been provided is fatal to her argument. Moreover, the applicant actively participated in the hearing; it can thus be inferred that she could and did hear the proceedings.

[25] The respondent adds that the adjudicator properly decided to bifurcate the proceedings as he had the authority to determine the procedure to be followed under paragraph 242(2)(b) of the *Canada Labour Code*. Further, the applicant offered no evidence showing that

[22] Troisièmement, la demanderesse affirme que les motifs invoqués par l'arbitre pour décliner compétence sont insuffisants étant donné que l'analyse de l'arbitre ne permet ni de suivre le fil de son raisonnement, ni de savoir si les règles de droit et les politiques pertinentes ont été correctement appliquées, et ne répond pas non plus directement aux arguments de la demanderesse. Bien que cette prétention ait, dans une certaine mesure, un lien avec les arguments invoqués par la demanderesse pour contester le bien-fondé de la décision, elle soulève effectivement certaines questions qui ont trait à la justice naturelle et à l'équité procédurale.

[23] Enfin, la demanderesse affirme que l'arbitre a eu tort de décliner compétence. Elle lui reproche de ne pas avoir saisi la nature essentielle de sa plainte fondée sur le *Code canadien du travail*, qui ne fait aucune allusion aux questions de droits de la personne, et de ne pas avoir procédé à une analyse appropriée, ce qui l'a amené à conclure que les deux plaintes étaient essentiellement identiques et à refuser en conséquence à tort d'exercer sa compétence.

#### Thèse de la défenderesse

[24] La défenderesse affirme qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale ou aux principes de justice naturelle en l'espèce. En réponse à l'allégation de la demanderesse suivant laquelle elle était incapable de suivre le déroulement de l'audience, la défenderesse fait valoir que la demanderesse n'a fait qu'un seul commentaire à cet égard, à l'ouverture de l'audience, et que l'arbitre a corrigé la situation de façon appropriée. La demanderesse n'a plus soulevé la question après cela, et son défaut de se plaindre après qu'on eut répondu à sa demande fait échec à son argument. En outre, la demanderesse a participé activement à l'audience. On peut donc inférer qu'elle pouvait entendre les échanges et qu'elle les a effectivement entendus.

[25] La défenderesse ajoute que l'arbitre a décidé à juste titre de disjoindre l'instance étant donné qu'il avait le pouvoir de définir la procédure à suivre en vertu de l'alinéa 242(2)b) du *Code canadien du travail*. Par ailleurs, rien dans le témoignage livré par la

she objected to the sought bifurcation at the time of the hearing. At no time during the hearing or prior to the issuance of the decision did the applicant raise any issue regarding the fairness of the hearing, the process, or the adjudicator's actions. Moreover, the reasons given by the adjudicator to bifurcate the proceedings were reasonable in the circumstances.

[26] The respondent adds that the adjudicator reasonably determined that the complaint filed under the *Canadian Human Rights Act* was essentially the same as the complaint before him. Consequently, paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* clearly applies in this case, and the adjudicator was thus without jurisdiction to consider the complaint under the *Canada Labour Code*.

#### The legislation

[27] The relevant provisions of the *Canada Labour Code* are subsection 240(1) and sections 242 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 16; S.C. 1998, c. 26, s. 58] and 243 which read as follows:

Complaint to  
inspector for  
unjust  
dismissal

**240.** (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement, may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

...

Reference to  
adjudicator

**242.** (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the

demanderesse n'indiquait qu'elle s'opposait à la disjonction réclamée au moment de l'audience. Jamais durant l'audience ou avant le prononcé de la décision, la demanderesse n'a soulevé de problème quant à l'équité de l'audience, le déroulement de l'instance ou les actes posés par l'arbitre. De plus, les motifs exposés par l'arbitre pour justifier la disjonction de l'instance étaient raisonnables dans les circonstances.

[26] La défenderesse ajoute que l'arbitre a estimé, de façon raisonnable, que la plainte déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était essentiellement la même que celle dont il était saisi. En conséquence, il est clair que l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* s'applique au cas qui nous occupe, et l'arbitre n'avait donc pas compétence pour examiner la plainte en vertu du *Code canadien du travail*.

#### Dispositions législatives applicables

[27] Les dispositions applicables du *Code canadien du travail* sont le paragraphe 240(1) et les articles 242 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16; L.C. 1998, ch. 26, art. 58] et 243, dont voici le texte :

**240.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si :

Plainte

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur,

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

[...]

**242.** (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

Renvoi à  
un arbitre

	<p>adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).</p>		
Powers of adjudicator	<p>(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)</p> <p>(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;</p> <p>(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and</p> <p>(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).</p>	<p>(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre :</p> <p>a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;</p> <p>b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;</p> <p>c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), b) et c).</p>	Pouvoir de l'arbitre
Decision of adjudicator	<p>(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall</p> <p>(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and</p> <p>(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.</p>	<p>(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre:</p> <p>a) décide si le congédiement était injuste;</p> <p>b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.</p>	Décision de l'arbitre
Limitation on complaints	<p>(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where</p> <p>(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or</p> <p>(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.</p>	<p>(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :</p> <p>a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;</p> <p>b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.</p>	Restriction
Where unjust dismissal	<p>(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to</p> <p>(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to</p>	<p>(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur :</p> <p>a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait</p>	Cas de congédiement injuste

	the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;	normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;	
	(b) reinstate the person in his employ; and	b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;	
	(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.	c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.	
Decisions not to be reviewed by court	<b>243.</b> (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.	<b>243.</b> (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.	Caractère définitif des décisions
No review by <i>certiorari</i> , etc.	(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, <i>certiorari</i> , prohibition, <i>quo warranto</i> or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.	(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de <i>certiorari</i> , de prohibition ou de <i>quo warranto</i> — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.	Interdiction de recours extraordinaires
[28]	Subsection 3(1) [as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2], section 7, subsections 40(1), 41(1), 44(1), (2), (3) and 53(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] and (3) [as am. <i>idem</i> ] of the <i>Canadian Human Rights Act</i> read as follows:	Le paragraphe 3(1) [mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2], l'article 7, les paragraphes 40(1), 41(1), 44(1), (2) et (3) et 53(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] et (3) [mod., <i>idem</i> ] de la <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> sont ainsi libellés :	
Prohibited grounds of discrimination	<b>3.</b> (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.	<b>3.</b> (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.	Motifs de distinction illicite
	...	[...]	
Employment	<b>7.</b> It is a discriminatory practice, directly or indirectly,	<b>7.</b> Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :	Emploi
	(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or	a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;	
	(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,	b) de le défavoriser en cours d'emploi.	
	...	[...]	
Complaints	<b>40.</b> (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is	<b>40.</b> (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d'individus ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a	Plaintes

engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

...

Commission to deal with complaint

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

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

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

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

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

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

...

Report

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

Action on receipt of report

(2) If, on receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission is satisfied

(a) that the complainant ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or

(b) that the complaint could more appropriately be dealt with, initially or completely, by means of a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act, it shall refer the complainant to the appropriate authority.

commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

[...]

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

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

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

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

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

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

[...]

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

(2) La Commission renvoie le plaignant à l'autorité compétente dans les cas où, sur réception du rapport, elle est convaincue, selon le cas :

a) que le plaignant devrait épuiser les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;

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

Irrecevabilité

Rapport

Suite à donner au rapport



Idem	<p>(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission</p> <p><i>(a)</i> may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or</p> <p><i>(b)</i> shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p><b>53. (1) ...</b></p>	<p>(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission :</p> <p><i>a)</i> peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41c) à e);</p> <p><i>b)</i> rejette la plainte, si elle est convaincue :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41c) à e).</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><b>53. (1) [...]</b></p>	Idem
Complaint substantiated	<p>(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:</p> <p><i>(a)</i> that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;</p>	<p>(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :</p> <p><i>a)</i> de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en oeuvre un programme prévus à l'article 17;</p>	Plainte jugée fondée

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, the rights, opportunities or privileges that are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.

Special  
compensation

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly.

The issues

[29] Though stated differently by the parties, the fundamental issues raised by these proceedings are as follows:

- a. What is the standard of review applicable in this case?
- b. Were the principles of natural justice or procedural fairness violated by the adjudicator?
- c. Did the adjudicator err in declining jurisdiction?

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte;

e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré.

Indemnité  
spéciale

Les questions en litige

[29] Bien qu'elles soient formulées de façon différente par les parties, les questions fondamentales soulevées par la présente instance sont les suivantes :

- a. Quelle est la norme de contrôle applicable en l'espèce?
- b. L'arbitre a-t-il violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale?
- c. L'arbitre a-t-il commis une erreur en déclinant compétence?

## The standard of review

[30] *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 62 established a two-step process for determining the standard of review: “First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.”

[31] As a general rule, issues involving principles of natural justice or turning on procedural fairness are to be reviewed on the basis of a correctness standard: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43. As noted by the Federal Court of Appeal in *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraph 53:

*CUPE [C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)]*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 directs a court, when reviewing a decision challenged on the grounds of procedural fairness, to isolate any act or omission relevant to procedural fairness (at paragraph 100). This procedural fairness element is reviewed as a question of law. No deference is due. The decision maker has either complied with the content of the duty of fairness appropriate for the particular circumstances, or has breached this duty.

[32] Consequently, the issues of natural justice and procedural fairness raised by the applicant shall be reviewed on a standard of correctness.

[33] A stringent standard of review has also been applied to decisions of adjudicators made pursuant to subsection 242(3.1) of the *Canada Labour Code*. In *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (C.A.), the Appeal Division of the Federal Court of Canada made a lengthy analysis of the standard of review applicable to decisions of adjudicators under that provision, and it ruled that such decisions were jurisdictional in nature and thus subject to a standard of correctness in judicial review proceedings. This was again reiterated by Strayer J.A. in the 1995 decision of *Byers Transport*,

## La norme de contrôle

[30] L'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*) définit, au paragraphe 62, un processus en deux étapes lorsqu'il s'agit d'arrêter la norme de contrôle applicable : « Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle ».

[31] En principe, le contrôle des questions portant sur des principes de justice naturelle ou d'équité procédurale s'effectue selon la norme de la décision correcte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43). Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a fait observer dans l'arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, au paragraphe 53 :

Selon l'arrêt *SCFP [S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)]*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, la cour de révision doit, lorsqu'elle examine une décision contestée pour des motifs d'équité procédurale, isoler les actes ou omissions qui touchent à l'équité procédurale (au paragraphe 100). La question de l'équité procédurale est une question de droit. Aucune déférence n'est nécessaire. Soit le décideur a respecté l'obligation d'équité dans les circonstances propres à l'affaire, soit il a manqué à cette obligation.

[32] En conséquence, les questions de justice naturelle et d'équité procédurale soulevées par la demanderesse seront examinées selon la norme de la décision correcte.

[33] Une norme de contrôle rigoureuse a également été appliquée aux décisions rendues par les arbitres en vertu du paragraphe 242(3.1) du *Code canadien du travail*. Dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.), la Section d'appel de la Cour fédérale du Canada a procédé à une longue analyse de la norme de contrôle applicable aux décisions rendues par les arbitres en vertu de cette disposition et a jugé que ces décisions étaient, par définition, des décisions de compétence qui étaient par conséquent assujetties à la norme de la décision correcte lors d'un contrôle

at page 371, with respect to both paragraphs 242(3.1)(a) and (b) of the *Canada Labour Code*:

In reviewing the Adjudicator's conclusion that he was not precluded from jurisdiction over the claim by virtue of paragraph 242(3.1)(a), the learned Trial Judge applied the standard of patent unreasonability. He found no such unreasonability to exist in the Adjudicator's conclusion. The appellant argues that the Adjudicator's finding was one of jurisdiction for which the standard of review should have been correctness. I agree. In its decision in *Pollard* this Court had occasion to consider the standard of review in respect of the application of subsection 242(3.1). It held that a determination as to whether an adjudicator is precluded by this subsection from considering the unjust dismissal complaint of a person is a finding as to the existence of jurisdiction and the standard for judicial review of such a determination is that of correctness. This is so notwithstanding the provisions of the privative clause which states as follows: [follows section 243 of the *Canada Labour Code* reproduced above]. [Footnote omitted.]

[34] However, *Dunsmuir*, at paragraph 54, holds that deference will usually be called for where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function. Nevertheless, a tribunal must be correct where it is interpreting its constitutive legislation to determine true questions of jurisdiction, such as jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals: *Dunsmuir*, at paragraphs 59 and 61. In this case, the issue is, therefore, whether *Dunsmuir* has modified the standard of review applicable to the interpretation and application of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*. I rule that it has not.

[35] In this type of case, the adjudicator must decide a true question of jurisdiction; he must delineate his jurisdiction from that of the Canadian Human Rights Commission. In making this determination, the adjudicator must not only interpret the relevant provisions of the *Canada Labour Code*, but also the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The legislative scheme set out in the *Canadian Human Rights Act* is beyond the scope of the adjudicator's usual expertise. In these

judiciaire. Le juge Strayer a repris cette conclusion en 1995 dans l'arrêt *Byers Transport*, à la page 371, au sujet tant de l'alinéa 242(3.1)a) que de l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* :

Lorsqu'il a examiné la conclusion de l'arbitre selon laquelle l'alinéa 242(3.1)a) n'avait pas pour effet de lui retirer sa compétence au sujet de la plainte, le juge de première instance a appliqué le critère du caractère manifestement déraisonnable et a conclu que la décision de l'arbitre n'était pas manifestement déraisonnable. Selon l'appelante, la conclusion de l'arbitre concernait une question de compétence et le critère d'examen à appliquer en pareil cas est celui de l'absence d'erreur. Je suis d'accord. Dans l'arrêt *Pollard*, la Cour d'appel fédérale a eu l'occasion d'examiner le critère d'examen relatif à l'application du paragraphe 242(3.1). Elle a conclu que la décision portant sur la question de savoir si cette disposition empêche un arbitre d'examiner la plainte de congédiement injuste d'une personne est une conclusion relative à la compétence et que la norme de contrôle judiciaire applicable est celle de l'absence d'erreur, et ce, malgré la clause privative, dont le libellé est le suivant : [suit l'article 243 du *Code canadien du travail* déjà reproduit]. [Note en bas de page omise.]

[34] Toutefois, dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 54, la Cour suprême a expliqué que lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, la déférence est habituellement de mise. Le tribunal administratif doit néanmoins interpréter correctement sa loi constitutive pour statuer sur une question touchant véritablement à la compétence, comme celle relative à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, aux paragraphes 59 et 61). En l'espèce, la question qui se pose est donc celle de savoir si l'arrêt *Dunsmuir* a eu pour effet de modifier la norme de contrôle applicable à l'interprétation et à l'application de l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail*. Je conclus par la négative.

[35] Dans une situation comme la présente, l'arbitre est appelé à se prononcer sur une véritable question de compétence; il doit définir la portée de sa compétence et celle de la Commission canadienne des droits de la personne. Pour ce faire, l'arbitre doit non seulement interpréter les dispositions pertinentes du *Code canadien du travail*, mais aussi celles de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Or, le régime législatif créé par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* déborde

circumstances, it is my view that, either under the case law prior to *Dunsmuir* and *Dunsmuir* itself, the standard of review applicable to determinations by adjudicators under paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* is that of correctness.

[36] My view is reinforced by *Johal v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 276, 312 D.L.R. (4th) 663 (*Johal*), a case decided after *Dunsmuir* by the Federal Court of Appeal. In that case, the issue was similar to the one herein. The question to be decided in that case was whether the appellants were barred from presenting individual grievances under the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, as their employer's staffing program addressed the subject-matter of the grievance. While the Federal Court of Appeal found that arbitration was available to the appellants, it applied a standard of correctness in interpreting the various statutory provisions at issue. Evans J.A. noted the following in *Johal*, at paragraphs 28 to 30:

There is no case precisely on point. However, in similar contexts this Court has held that determining whether employees come within statutory exclusion clauses analogous to subsection 208(2) is a jurisdictional question, and therefore reviewable on a standard of correctness: see, for example, *Canada Post Corp. v. Pollard*, [1994] 1 F.C. 652 (F.C.A.) ("*Pollard*") and *Byers Transport Ltd. v. Kosanovich*, [1995] 3 F.C. 354 at 371 and 373 ("*Byers*") (*Canada Labour Code*), and *Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [2000] 3 F.C. 27 ("*Boutilier*") (*Public Service Staff Relations Act*, the predecessor of the *PSLRA*).

After those cases were decided, *Dunsmuir* (at para 54) expanded the scope of judicial deference to specialized tribunals' interpretation of their "home" legislation, and legislation closely related to it, emphasizing (at para. 59) that only the interpretation of those statutory provisions which raise "true" questions of jurisdiction or *vires* is reviewable on a standard of correctness. Further, writing for the Court in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, Justice Rothstein inferred from *Dunsmuir* that reviewing courts must exercise caution in characterizing an issue as jurisdictional, and (at para. 34)

le cadre des connaissances habituelles de l'arbitre. Dans ces conditions, j'estime que, tant selon la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* que suivant l'arrêt *Dunsmuir* même, la norme de contrôle applicable aux décisions que rendent les arbitres en vertu de l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* est celle de la décision correcte.

[36] Je suis conforté dans mon opinion par l'arrêt *Johal c. Canada (Agence du Revenu)*, 2009 CAF 276 (*Johal*), qui a été rendu par la Cour d'appel fédérale après l'arrêt *Dunsmuir*. Dans cette affaire, la question en litige était semblable à celle qui se pose en l'espèce. La question à trancher dans cette affaire était celle de savoir si les appelants étaient irrecevables à présenter des griefs individuels en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, étant donné que le programme de dotation en personnel de leur employeur traitait de l'objet de leur grief. La Cour d'appel a conclu que les appelants pouvaient recourir à l'arbitrage, mais elle a appliqué la norme de la décision correcte pour interpréter les diverses dispositions législatives en cause. Voici les propos qu'a tenus le juge Evans aux paragraphes 28 à 30 de l'arrêt *Johal* :

Aucune décision ne porte exactement sur les questions en litige. Toutefois, dans des contextes semblables, notre Cour a jugé que le fait de décider si des employés sont visés par des clauses d'exclusion d'origine législative comparables au paragraphe 208(2) est une question de compétence, à laquelle s'applique par conséquent la norme de la décision correcte : voir, par exemple, les arrêts *Société canadienne des postes. c. Pollard*, [1994] 1 C.F. 652 (C.A.F.) (*Pollard*); *Byers Transport Ltd. c. Kosanovich*, [1995] 3 C.F. 354, aux pages 371 et 373 (*Byers*) (*Code canadien du travail*); *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [2000] 3 C.F. 27 (*Boutilier*) (*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qui a précédé l'actuelle *LRTFP*).

Après les décisions rendues dans ces affaires, l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 54) a étendu le champ d'application de la déférence à l'interprétation que font les tribunaux spécialisés de leur « loi constitutive » ou d'un texte législatif étroitement lié à leur mandat, la Cour soulignant (au paragraphe 59) que seule l'interprétation des dispositions législatives qui touchent « véritablement » à la compétence ou à la constitutionnalité commande l'application de la norme de la décision correcte. De plus, le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, a déduit de l'arrêt *Dunsmuir* que les tribunaux siégeant en

... will only exceptionally apply a correctness of [*sic*] standard when interpretation of [the tribunal's home statute] raises a broad question of the tribunal's authority.

In my opinion, correctness is the applicable standard of review in the present case because subsection 208(2) of the *PSLRA* and section 54 of the *CRAA* demarcate the jurisdiction of competing administrative processes, namely, that created under subsection 208(1) and that provided by the CRA's Staffing Program. According to *Dunsmuir* (at para. 61), correctness is normally the standard of review for such questions. I see no reason not to apply that principle here, even though final level decisions are subject to the "final and binding" provision in section 214 of the *PSLRA*.

[37] However, the adjudicator's decision in this case was predicated upon his finding of fact concerning the nature of the complaint before him. Determinations of fact are usually to be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 53. Where, as in this case, the legal and jurisdictional analysis can be separated from the underlying findings of fact, this Court should show deference to the adjudicator on those findings of fact: *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at paragraph 19; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, at paragraph 26.

[38] Consequently, though correctness is the appropriate standard of review concerning the adjudicator's interpretation and application of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*, the factual determination which must be made by the adjudicator prior to interpreting and applying that provision—and in this case, he was to determine if the complaint before him was essentially the same as the one submitted pursuant to the *Canadian Human Rights Act*—is subject to review under a standard of reasonableness.

révision doivent faire preuve de prudence en qualifiant une question de question de compétence, et a précisé (au paragraphe 34) :

[...] il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi [la loi constitutive du tribunal administratif] soulève la question générale de la compétence du tribunal.

À mon avis, la norme de la décision correcte s'applique en l'espèce parce que le paragraphe 208(2) de la *LRTFP* et l'article 54 de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada* délimitent le champ d'application de processus administratifs concurrents, celui créé en vertu du paragraphe 208(1) et celui du programme de dotation en personnel de l'ARC. Selon l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 61), la norme de la décision correcte s'applique normalement à ce genre de question. Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer ce principe en l'espèce, même si les décisions rendues au dernier palier sont régies par la disposition de l'article 214 de la *LRTFP* selon laquelle une telle décision est « définitive et obligatoire ».

[37] En l'espèce, la décision de l'arbitre était toutefois fondée sur sa conclusion de fait quant à la nature de la plainte dont il était saisi. C'est habituellement la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'applique dans le cas des conclusions de fait (*Dunsmuir*, au paragraphe 53). Lorsque, comme en l'espèce, l'analyse relative au droit et à la compétence peut être dissociée des conclusions de fait sous-jacentes, la Cour devrait faire preuve de retenue envers les conclusions de fait de l'arbitre (*Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, au paragraphe 19; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, au paragraphe 26).

[38] En conséquence, bien que la norme de la décision correcte soit la norme de contrôle appropriée relativement à l'interprétation et l'application de l'alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* par l'arbitre, la conclusion de fait que l'arbitre doit tirer avant d'interpréter et d'appliquer cette disposition — soit, en l'espèce, la question de savoir si la plainte dont il était saisi était essentiellement la même que celle qui avait été soumise en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

Were the principles of natural justice or procedural fairness violated by the adjudicator?

[39] The applicant claims that she had difficulties hearing the proceedings before the adjudicator, and consequently asks that the adjudicator's decision be set aside and a new hearing be held based on this breach of her fundamental right to a fair hearing.

[40] In my view, the applicant's position on this issue cannot be accepted.

[41] The applicant submits in her affidavit at paragraphs 29, 31 to 33 that she had difficulties following the oral argument of opposing counsel because of background noise. Though the window from which the noise was emanating was closed, the applicant claims that she still had difficulties hearing the proceedings and asked the opposing counsel to speak louder. She claims that the adjudicator failed to correct the situation.

[42] The respondent responds that, in fact, the applicant had no difficulties hearing the proceedings and that she actively participated and intervened at all stages of the proceedings. The respondent has also offered an affidavit in evidence in support of this. In his affidavit, at paragraphs 30 to 33, Eric Rowley declares that the hearing was held in a room facing a skating rink located in the civic centre where the proceedings were being conducted. At the beginning of the hearing, the applicant indicated she had difficulty hearing counsel for the respondent because of noise from the rink. Consequently, the small window was thus closed and the adjudicator requested counsel to speak in a louder voice, which he did. After this initial complaint, the applicant never raised again any new complaint concerning the conduct of the meeting or claimed she had have difficulties hearing the proceedings; indeed, she is said to have taken an active part in the hearing.

[43] I need not decide between the different versions of events offered by the applicant and the respondent, since it is undisputed that the applicant only complained once at the beginning of the hearing about her inability to follow the argument of opposing counsel, and that corrective measures were taken in response. If these

L'arbitre a-t-il violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale?

[39] La demanderesse soutient qu'elle avait de la difficulté à entendre le débat qui se déroulait devant l'arbitre et demande en conséquence que la décision de l'arbitre soit annulée et qu'une nouvelle audience ait lieu en raison de cette atteinte portée à son droit fondamental à une audience équitable.

[40] À mon avis, la position de la demanderesse sur cette question ne peut être acceptée.

[41] La demanderesse affirme, aux paragraphes 29, 31, 32 et 33 de son affidavit, qu'elle avait de la difficulté à suivre l'échange entre les avocats en raison de bruits de fond. Elle prétend que, même si la fenêtre d'où provenait le bruit était fermée, elle avait quand même de la difficulté à suivre le débat. Elle aurait demandé à l'avocat de la partie adverse de parler plus fort, mais l'arbitre n'aurait pas corrigé la situation.

[42] La défenderesse rétorque qu'en fait, la demanderesse n'avait aucune difficulté à entendre l'audience et qu'elle a pris une part active au débat et est intervenue à toutes les étapes de son déroulement. La défenderesse a également présenté un affidavit en preuve à l'appui de ses dires. Dans son affidavit, Eric Rowley déclare, aux paragraphes 30 à 33, que l'audience a eu lieu dans une salle dans un centre municipal, laquelle faisait face à une patinoire. À l'ouverture de l'audience, la demanderesse a expliqué qu'elle avait de la difficulté à entendre l'avocat de la défenderesse en raison du bruit provenant de la patinoire. En conséquence, on a fermé la petite fenêtre et l'arbitre a demandé à l'avocat d'élever la voix, ce qu'il a fait. La demanderesse ne s'est plus plainte par la suite de ne pouvoir suivre le déroulement de l'instance et elle n'a jamais dit qu'elle avait du mal à entendre les échanges, et aurait d'ailleurs activement participé à ceux-ci.

[43] Il n'est pas nécessaire que je tranche entre les diverses versions des faits proposées par la demanderesse et la défenderesse, puisqu'il est acquis aux débats que la demanderesse ne s'est plainte qu'une seule fois — à l'ouverture de l'audience — de son incapacité à suivre l'argumentation de l'avocat de la partie adverse et que la

measures were insufficient to allow the applicant to adequately hear opposing counsel, it was incumbent on her to inform the adjudicator so as to allow him an opportunity to adequately address the concern. Having failed to do so, she cannot now raise the issue *ex post facto* in judicial review proceedings.

[44] The key fact here is that the applicant did not follow up on her complaint by informing the adjudicator that the corrective measures taken were insufficient or by requesting that the hearing be moved to another more adequate location. Rather, the applicant remained silent on the issue throughout the remainder of the hearing, and in fact actively participated in the hearing. She only raised this issue anew in these judicial review proceedings, long after the hearing had ended and after she had received the decision of the adjudicator.

[45] I find an analogy here with cases where failure to provide translation services at a hearing were raised in judicial review proceedings. If a litigant participates in a hearing without complaining that he or she cannot understand the language of the proceedings, that litigant cannot subsequently claim in judicial review proceedings a breach of procedural fairness resulting from a failure to provide translation services which were never requested: *Garcia v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 200, 273 N.R. 236, at paragraph 11; *Kirchmeir v. Edmonton (City) Police Service*, 2000 ABCA 324, 271 A.R. 340, at paragraph 29.

[46] The applicant also claims that she was never given an opportunity to make her submissions on the issue of bifurcation of the proceedings. Again, I cannot accept her argument.

[47] In his email dated August 19, 2009, 8:34 a.m. (Exhibit 20 to the affidavit of Eric Rowley, at page 269 of the respondent's record), the adjudicator clearly indicated to both parties that "the only way in which the preliminary matter can [b]e addressed, let alone the merits of the matter, is to continue with the hearing and

situation a été corrigée par la prise de certaines mesures. Si celles-ci étaient insuffisantes pour permettre à la demanderesse d'entendre convenablement l'avocat de la partie adverse, il lui incombait de le signaler à l'arbitre pour lui donner la possibilité de résoudre de façon appropriée le problème. Comme elle ne l'a pas fait, elle ne peut soulever la question après coup dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire.

[44] L'élément crucial ici est le fait que la demanderesse n'a pas donné suite à sa plainte en laissant savoir à l'arbitre que les mesures correctives qu'il avait prises n'étaient pas suffisantes ou en demandant un changement du lieu de l'audience. La demanderesse a gardé le silence sur la question pendant tout le reste de l'audience et elle a en fait participé activement à l'instance. Elle n'a soulevé la question de nouveau que dans le cadre de la présente instance en contrôle judiciaire, longtemps après la clôture de l'audience et après avoir reçu la décision de l'arbitre.

[45] Je tire une analogie entre la présente espèce et les affaires dans lesquelles le défaut de fournir les services d'un interprète à l'audience est soulevé dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire. Si le plaideur participe à l'audience sans se plaindre de ne pas comprendre la langue dans laquelle se déroule l'audience, il ne peut par la suite prétendre, dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire, qu'il a été victime d'un manquement à l'équité procédurale en raison de l'absence de services d'interprétation qui n'ont jamais été demandés (*Garcia c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 200, au paragraphe 11; *Kirchmeir v. Edmonton (City) Police Service*, 2000 ABCA 324, 271 A.R. 340, au paragraphe 29).

[46] La demanderesse affirme aussi qu'on ne lui a jamais accordé la possibilité de faire valoir son point de vue au sujet de la question de la disjonction de l'instance. Là encore, je ne puis accepter son argument.

[47] Dans son courriel du 19 août 2009, envoyé à 8 h 34 (pièce 20 de l'affidavit d'Eric Rowley, à la page 269 du dossier de la défenderesse), l'arbitre a clairement expliqué aux deux parties que [TRADUCTION] « la seule façon d'aborder cette question préliminaire, et d'ailleurs de statuer sur le fond de l'affaire, consiste à poursuivre



that is what I have decided”, and then added that at “that time I will address any preliminary matters and decide whether or not to proceed on the merits” (emphasis added). This was a clear and unmistakable notice to the parties that the request for bifurcation would be addressed together with the preliminary issue of jurisdiction.

[48] That same day, by email dated August 19, 2009, 1:05 p.m. (Exhibit 22 to the affidavit of Eric Rowley, at page 275 of the respondent’s record), the adjudicator added that he “will hear submissions on your request to bifurcate the hearing, but unless convinced to do so, I would expect the hearing to proceed on the merits”. Again, he thereby clearly notified both parties that the submissions on bifurcation would be heard with those on jurisdiction.

[49] The applicant was clearly provided with an opportunity to respond to, and submit arguments on, the jurisdictional issues raised by the respondent and the request for bifurcation that ensued: affidavit of Wanda MacFarlane, at paragraphs 35 to 39; affidavit of Eric Rowley, at paragraphs 51 to 61. Moreover, the applicant has failed to identify in her written and oral submissions a single argument that she has not been able to plead with respect to the request for bifurcation; she merely proffered generalities concerning the process.

[50] In the end, after hearing from both parties, the adjudicator decided that it would be preferable for him to first decide the jurisdictional issue prior to proceeding on the merits. Though there is no transcript of the hearing, the affidavit of Eric Rowley at paragraph 63, which is not challenged on this point, reports the adjudicator’s position at the hearing as follows:

I have to bifurcate. . . . I will render a decision on the preliminary objection. If I have jurisdiction, then I will be in contact with the parties for additional dates. If I don’t have jurisdiction, we would be avoid calling evidence, etc. [Then, turning to the complainant:] This also protects you. If I find I don’t have

l’instruction de l’affaire, et c’est ce que j’ai décidé de faire ». Il a ajouté ensuite : [TRADUCTION] « Je vais alors examiner toute question préliminaire et décider s’il y a lieu de poursuivre ou non l’affaire quant au fond » (non souligné dans l’original). L’arbitre informait ainsi clairement et explicitement les parties qu’il examinerait la question de la disjonction en même temps que la question préliminaire de la compétence.

[48] Le même jour, par courriel daté du 19 août 2009, envoyé à 13 h 5 (pièce 22 de l’affidavit d’Eric Rowley, à la page 275 du dossier de la défenderesse), l’arbitre a ajouté : [TRADUCTION] « Je vais entendre les observations sur votre demande de disjonction, mais à moins qu’on me convainque du contraire, je m’attends à ce que l’audience se poursuive quant au fond ». Là encore, en procédant ainsi, l’arbitre a clairement avisé les deux parties qu’il entendrait les observations portant sur la disjonction en même temps que celles portant sur la compétence.

[49] La demanderesse s’est clairement vu offrir la possibilité de répondre aux questions de compétence soulevées par la défenderesse et sur la demande de disjonction qui s’en est suivi et de présenter ses observations à ce sujet (affidavit de Wanda MacFarlane, aux paragraphes 35 à 39; affidavit d’Eric Rowley, aux paragraphes 51 à 61). De plus, la demanderesse n’a pas réussi à mettre le doigt, tant dans ses observations écrites que dans ses plaidoiries, sur un seul argument qu’elle n’a pas été en mesure de plaider en ce qui concerne la demande de disjonction; elle s’est contentée d’offrir des généralités au sujet de la procédure suivie.

[50] En fin de compte, après avoir entendu les deux parties, l’arbitre a décidé qu’il serait préférable pour lui de trancher d’abord la question de la compétence avant d’examiner le fond de l’affaire. Bien qu’il n’y ait pas de transcription de l’audience, l’affidavit d’Eric Rowley, au paragraphe 63, qui n’est pas contesté sur ce point, fait état de la position de l’arbitre à l’audience :

[TRADUCTION] Je dois ordonner la disjonction de l’affaire [. . .] Je vais rendre une décision sur l’objection préliminaire. Si j’ai compétence, je vais communiquer avec les parties pour fixer d’autres dates. Si je n’ai pas compétence, on évitera ainsi d’appeler des témoins, etc. [Se tournant ensuite vers la

jurisdiction, you still have the CHRA Complaint, and it allows you to present that and doesn't give the Company a chance to "discover" your case. . . . It is in the best interests of both parties to do so and I will not be proceeding . . . .

[51] Pursuant to paragraph 242(2)(b) of the *Canada Labour Code* reproduced above, the adjudicator had the authority to determine the procedure to be followed in this case, including the authority to order a bifurcation of the proceedings. Though the respondent would have preferred to have their jurisdictional objection decided on a written record rather than at a hearing, the adjudicator decided otherwise. The hearing which was held was to deal first with the jurisdictional issues raised by the respondent and the resulting potential bifurcation of the proceedings. The applicant was notified in writing prior to the hearing that these issues would be dealt with at the hearing. The applicant was also provided with an opportunity to offer evidence and to make representations on the preliminary issues, and she availed herself of this opportunity. Consequently, the applicant's contention that her right to a fair hearing was denied cannot be accepted.

[52] The applicant also argues that insufficient reasons were provided by the adjudicator in his decision.

[53] The adequacy of reasons is to be assessed in the light of the role of reasoned decisions: they incite the decision maker to focus on the relevant factors and evidence, they ensure that the representations of the parties have been considered, they allow effective appeals or judicial review proceedings, and provide a standard by which future activities can be regulated: *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (C.A.), at paragraphs 17 to 22. As noted in *VIA Rail*, above, at paragraph 21, "[w]hat constitutes adequate reasons is a matter to be determined in light of the particular circumstances of each case."

plaignante :] Cette mesure vous protège aussi. Si je conclus que je n'ai pas compétence, il vous reste encore la plainte que vous avez portée devant la CCDP. Ma décision vous permet de poursuivre avec cette plainte sans donner à l'entreprise la possibilité de connaître à l'avance vos arguments et votre preuve [...] Cette mesure s'impose dans l'intérêt des deux parties et je ne vais donc pas poursuivre [...]

[51] En vertu de l'alinéa 242(2)b) du *Code canadien du travail* reproduit plus haut, l'arbitre avait le pouvoir de fixer la procédure à suivre dans la présente affaire, y compris le pouvoir d'ordonner la disjonction de l'instance. Malgré le fait que la défenderesse aurait préféré faire juger sur dossier son objection relative à la compétence plutôt que dans le cadre d'une audience, l'arbitre en a décidé autrement. L'audience qui a eu lieu visait à examiner d'abord les questions de compétence soulevées par la défenderesse et l'éventuelle disjonction de l'instance qui pouvait s'ensuivre. La demanderesse a été avisée par écrit avant l'audience que ces questions seraient examinées à l'audience. La demanderesse s'est également vu offrir la possibilité de présenter des éléments de preuve et de formuler des observations sur les questions préliminaires, et elle s'est prévaluée de cette offre. En conséquence, la prétention de la demanderesse suivant laquelle son droit à une audience équitable a été bafoué ne saurait être retenue.

[52] La demanderesse affirme également que l'arbitre n'a pas suffisamment motivé sa décision.

[53] Pour répondre à la question de savoir si une décision est suffisamment motivée, il faut tenir compte des objets des décisions motivées : elles incitent le décideur à concentrer son attention sur les facteurs et les éléments de preuve pertinents, garantissent que l'on a tenu compte des observations des parties, assurent l'efficacité des appels et des instances portant sur un contrôle judiciaire et fournissent une norme par rapport à laquelle il est possible d'apprécier des futures activités (*VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.), aux paragraphes 17 à 22). Ainsi que la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *VIA Rail*, au paragraphe 21, « [c]e qui constitue des motifs suffisants est une question qui doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque espèce ».

[54] In this case, the adjudicator identified the issue to be decided, namely whether the complaint submitted under the *Canadian Human Rights Act* deprived him of the jurisdiction to hear the complaint pursuant to paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*. The adjudicator also determined that the intent of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* is to avoid the multiplicity of proceedings arising from the same set of facts; consequently, he identified the principal issue of fact raised by the proceedings, namely whether both complaints were essentially similar. The adjudicator took into consideration the submission of the applicant that each complaint related to different matters, but he ruled otherwise. The adjudicator cogently explained in his decision why he so ruled. The adjudicator then examined the case law and, on the basis of his analysis, ruled that he did not have jurisdiction to hear the matter.

[55] After carefully reviewing the adjudicator's decision, I conclude that the reasons found therein make explicit the relevant factors and evidence, are responsive to the representations of both parties, constitute a sufficient basis for effective judicial review proceedings, and set a standard upon which future decisions may be decided in similar circumstances. Consequently, I conclude that these reasons are adequate within the meaning of *VIA Rail*, above.

[56] For all of the above reasons, I cannot accept the applicant's arguments as to the natural justice and procedural fairness issues that she has raised. In my view, the applicant's right to a fair hearing and process was not violated.

Did the adjudicator err in declining jurisdiction?

[57] The first issue to be decided under this heading is whether the adjudicator erred in concluding that the applicant's complaint under the *Canada Labour Code* was essentially the same as her complaint under the *Canadian Human Rights Act*. As noted above, this is a conclusion which is to be reviewed on a standard of reasonableness.

[54] Dans le cas qui nous occupe, l'arbitre a cerné la question à trancher, en l'occurrence celle de savoir si la plainte présentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* le privait de sa compétence pour entendre la plainte par application de l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail*. L'arbitre a également expliqué que l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* visait à éviter la multiplication des instances fondées sur les mêmes faits. Il a en conséquence estimé que la principale question de fait soulevée par l'instance était celle de savoir si les deux plaintes étaient essentiellement semblables. L'arbitre n'a pas retenu la prétention de la demanderesse suivant laquelle chaque plainte portait sur des questions différentes. L'arbitre a expliqué de manière convaincante sa décision à cet égard. Il a ensuite examiné la jurisprudence et, après analyse, a statué qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur l'affaire.

[55] Après avoir examiné attentivement la décision de l'arbitre, je conclus que les motifs qu'on y trouve font ressortir de façon explicite les facteurs et les éléments de preuve pertinents, qu'il constituent une réponse aux observations des deux parties et un fondement suffisant pour une demande de contrôle judiciaire et, enfin, qu'ils fournissent une norme par rapport à laquelle il est possible de trancher des affaires analogues à l'avenir. Je conclus donc que la décision de l'arbitre est suffisamment motivée au sens de l'arrêt *VIA Rail*, précité.

[56] Pour tous les motifs qui ont été exposés, je ne puis retenir les arguments invoqués par la demanderesse en ce qui concerne les questions de justice naturelle et d'équité procédurale qu'elle a soulevées. À mon avis, le droit de la demanderesse à une audience et à une procédure équitables n'a pas été violé.

L'arbitre a-t-il commis une erreur en déclinant compétence?

[57] La première question à trancher sous cette rubrique est celle de savoir si l'arbitre a commis une erreur en concluant que la plainte déposée par la demanderesse en vertu du *Code canadien du travail* était essentiellement la même que celle qu'elle avait portée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Comme nous l'avons déjà expliqué, la norme de contrôle qui

[58] The adjudicator's determination was unambiguous: both complaints were essentially the same. He came to this conclusion in the light of the wording of the complaint submitted pursuant to the *Canadian Human Rights Act*, which reads as follows [at paragraph 8]:

On July 4 2008 I was terminated, retroactively, by hand delivered letter, having been disabled since May 23rd 2008. I believe that increasing my exposure to applications known to increase my disability until I was no longer able to function, denying me disability insurance, and terminating my employment while I am disabled citing errors made as a result of this known disability constitute discrimination on the basis of disability.

[59] The applicant submits that her complaint under the *Canada Labour Code* is different in nature, but she provides few grounds in support of her position except to argue that it is the respondent's burden to show just cause for dismissal, and that the respondent proceeded to summary dismissal without just cause and without prior warning.

[60] While it is true that the burden of proof may fall on different parties depending on whether the complaint is processed under the *Canada Labour Code* or the *Canadian Human Rights Act*, and that certain principles of labour law may be more difficult to plead in the context of proceedings under the *Canadian Human Rights Act* (an issue on which I take no position), these considerations have little to do with the relevant issue: are both complaints essentially the same?

[61] In the light of the clear statements found in the complaint submitted pursuant to the *Canadian Human Rights Act*, and the absence of any satisfactory argument from the applicant as to how her *Canada Labour Code* complaint differs, and taking into account *Byers Transport and Boutilier* (discussed in more detail below), I have

s'applique à cette conclusion est celle de la décision raisonnable.

[58] La décision de l'arbitre ne laisse place à aucune interprétation : à son avis, les deux plaintes étaient essentiellement identiques. Il a tiré cette conclusion à la lumière du libellé de la plainte qui avait été présentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et dont voici le texte [au paragraphe 8] :

[TRADUCTION] Le 4 juillet 2008, on a mis fin rétroactivement à mon emploi en me remettant en mains propres une lettre. J'étais invalide depuis le 23 mai 2008. J'estime que le fait d'augmenter sciemment mon exposition à des tâches qui aggravaient mon invalidité jusqu'à ce que je devienne incapable de fonctionner, de me refuser l'assurance-invalidité et de mettre fin à mon emploi alors que j'étais invalide tout en faisant état d'erreurs commises en raison de cette invalidité connue, constitue de la discrimination fondée sur une déficience.

[59] La demanderesse affirme que la plainte qu'elle a déposée en vertu du *Code canadien du travail* est de nature différente, mais elle présente peu de motifs à l'appui de sa position, se contentant d'affirmer qu'il incombe à la défenderesse de faire la preuve de l'existence d'un motif valable de congédiement et signalant que la défenderesse l'a congédiée de façon sommaire sans préavis et sans motif valable.

[60] Même s'il est vrai que la charge de la preuve incombe à différentes personnes selon que la plainte est examinée en vertu du *Code canadien du travail* ou de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et qu'il puisse être plus ardu de plaider certains principes du droit du travail lorsque l'instance est introduite sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* — une question sur laquelle je ne me prononce pas —, ces considérations n'ont pas grand-chose à voir avec la question à laquelle on doit répondre, soit celle de savoir si les deux plaintes sont essentiellement identiques.

[61] Compte tenu des déclarations claires que l'on trouve dans la plainte soumise en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, du fait que la demanderesse n'a soumis aucun argument convaincant pour expliquer en quoi la plainte qu'elle a déposée en vertu du *Code canadien du travail* était différente et des

no hesitation in concluding that the adjudicator reasonably decided that both complaints were essentially similar.

[62] Consequently, I must now examine the legal consequences of the adjudicator's decision on this issue. This attracts a correctness standard of review.

[63] As noted by the adjudicator in his decision, in view of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* and *Byers Transport*, and *Canada (Attorney General) v. Boutilier*, [2000] 3 F.C. 27 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2000] S.C.C.A. No. 12 (QL) (*Boutilier*), adjudicators appointed pursuant to subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* have usually declined to hear a complaint under that Code where the dismissal is also subject to a complaint under the *Canadian Human Rights Act*: see in particular *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, [1997] C.L.A.D. No. 290 (QL); *Royal Bank of Canada and Verzosa*, [1998] C.L.A.D. No. 49 (QL); *Peters and Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1998] C.L.A.D. No. 670 (QL); *Hiebert v. Milne's Moving and Storage Ltd.*, [1999] C.L.A.D. No. 507 (QL); *Duncan v. Nenqayani Treatment Centre Society*, [2000] C.L.A.D. No. 588 (QL); *Tse v. Federal Express Canada Ltd.*, [2004] C.L.A.D. No. 559 (QL); *Schuyler v. Oneida Nation of the Thames Board Council*, [2005] C.L.A.D. No. 270 (QL).

[64] Within this corpus of decisions by adjudicators, two distinct lines of cases are found. A number of adjudicators, such as in *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, above, at paragraphs 19 and 20, have declined to decide a *Canada Labour Code* complaint where a similar complaint under the *Canadian Human Rights Act* is pending, though they assert residual jurisdiction to decide the complaint should the matter be referred for adjudication under the Code by the Canadian Human Rights Commission pursuant to paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*. However, other adjudicators, such as in *Tse v. Federal Express Canada Ltd.*, above, at

décisions *Byers Transport* et *Boutilier* (sur lesquelles nous reviendrons plus loin), je conclus sans aucune hésitation que l'arbitre a agi de façon raisonnable en décidant que les deux plaintes étaient essentiellement semblables.

[62] Je dois donc examiner maintenant les conséquences juridiques de la décision de l'arbitre sur la présente question, ce qui commande l'application de la norme de contrôle de la décision correcte.

[63] Ainsi que l'arbitre le signale dans sa décision, compte tenu de l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* et des décisions *Byers Transport* et *Canada (Procureur général) c. Boutilier*, [2000] 3 C.F. 27 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée à [2000] C.S.C.R. n° 12 (QL) (*Boutilier*), les arbitres désignés conformément au paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* refusent habituellement d'entendre les plaintes déposées en vertu du Code lorsque le congédiement fait également l'objet d'une plainte présentée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (voir notamment les décisions *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, [1997] C.L.A.D. n° 290 (QL); *Royal Bank of Canada and Verzosa*, [1998] C.L.A.D. n° 49 (QL); *Peters and Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1998] C.L.A.D. n° 670 (QL); *Hiebert c. Milne's Moving and Storage Ltd.*, [1999] C.L.A.D. n° 507 (QL); *Duncan c. Nenqayani Treatment Centre Society*, [2000] C.L.A.D. n° 588 (QL); *Tse c. Federal Express Canada Ltd.*, [2004] C.L.A.D. n° 559 (QL); *Schuyler v. Oneida Nation of the Thames Board Council*, [2005] C.L.A.D. n° 270 (QL)).

[64] On décèle deux courants jurisprudentiels dans ces décisions rendues par des arbitres. Plusieurs arbitres, comme dans l'affaire *Mundo Peetabeck Education Authority and Wade*, précitée, aux paragraphes 19 et 20, ont refusé de statuer sur une plainte présentée en vertu du *Code canadien du travail* lorsqu'une plainte semblable portée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était en instance, tout en affirmant qu'ils avaient une compétence résiduelle pour trancher la plainte si l'affaire devait être renvoyée à l'arbitrage sous le régime du Code par la Commission canadienne des droits de la personne en vertu de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits*

paragraphs 41 and 44, have decided that they had absolutely no jurisdiction over dismissal complaints involving allegations of human rights violations under the *Canadian Human Rights Act*. In the present case, the adjudicator followed the latter line and declined jurisdiction in such a manner as to preclude the Canadian Human Rights Commission from referring the matter back to him under paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[65] For the reasons set out below, I conclude that the adjudicator was correct in staying the hearing of the complaint on the merits, but that he was wrong to decline jurisdiction in such a manner as to preclude the Canadian Human Rights Commission from referring the matter back to him under paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[66] I will begin my analysis with *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.). In that case, both a complaint of unfair dismissal under the *Canada Labour Code* and a complaint alleging discrimination pursuant to the *Canadian Human Rights Act* had been filed by the complainant. The adjudicator under the Code had nevertheless assumed jurisdiction over the complaint, and this was challenged by way of a judicial review application on the ground that paragraph 242(3.1)(b) of the Code precluded the adjudicator from proceeding. Rothstein J. ruled that the adjudicator did have jurisdiction as follows (at pages 463–464 of the decision):

With respect to remedy, a brief review of section 53 of the *Canadian Human Rights Act* and subsection 242(4) of the *Canada Labour Code* indicates that the statutory provisions, although not identical in wording, appear in substance to be similar. However, again, a body of jurisprudence has developed in respect of each type of remedy and it is not clear, at this stage, that the procedures under the *Canadian Human Rights Act* and the *Canada Labour Code* would yield the exact same remedy. For these reasons, and because I do not have sufficient information before me as to the similarities and differences between the respondents' unjust dismissal complaints and human rights complaints, I find that the Adjudicator did not err

*de la personne*. Cependant, d'autres arbitres ont estimé, par exemple dans l'affaire *Tse c. Federal Express Canada Ltd*, précitée, aux paragraphes 41 et 44, qu'ils n'avaient absolument aucune compétence sur les plaintes de congédiement dans lesquelles les plaignants allèguent que les droits de la personne qui leur sont reconnus par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont été violés. En l'espèce, l'arbitre s'est rallié à ce dernier courant et il a décliné compétence d'une manière qui empêchait la Commission canadienne des droits de la personne de lui renvoyer l'affaire en vertu de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[65] Pour les motifs qui suivent, je conclus que c'est à bon droit que l'arbitre a suspendu l'examen sur le fond de la plainte, mais qu'il a eu tort de se déclarer incompetent d'une manière qui empêchait la Commission canadienne des droits de la personne de lui renvoyer l'affaire en vertu de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[66] Je vais commencer mon analyse par l'affaire *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, le plaignant avait déposé une plainte de congédiement injuste en vertu du *Code canadien du travail* ainsi qu'une plainte de discrimination en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'arbitre désigné en vertu du Code s'était néanmoins déclaré compétent pour statuer sur la plainte, ce qui était contesté par voie de contrôle judiciaire au motif que l'alinéa 242(3.1)(b) du Code empêchait l'arbitre d'agir. Le juge Rothstein a statué que l'arbitre avait effectivement compétence (aux pages 463 et 464 de son jugement) :

En ce qui a trait à la réparation, un examen rapide de l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du paragraphe 242(4) du *Code canadien du travail* nous révèle que ces dispositions législatives semblent, pour l'essentiel, avoir le même effet, bien qu'elles soient formulées différemment. Mais, encore une fois, de nombreux précédents traitent de chaque type de réparation, et on ne peut avancer catégoriquement, à ce stade, que des procédures intentées aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et du *Code canadien du travail* donneraient rigoureusement lieu à la même réparation. Pour ces motifs, et compte tenu du fait que je ne dispose pas de suffisamment de renseignements au

in concluding that paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* was not a bar to his jurisdiction in this case.

[67] This reasoning was however shortly thereafter questioned by the Court of Appeal in *Byers Transport*. In that case, the complainant had filed both a complaint for unjust dismissal under section 240 of the *Canada Labour Code* and a complaint under section 97 [as am. by S.C. 1991, c. 39, s. 2] of that Code claiming that her employer had committed an unfair labour practice in laying her off or dismissing her for her union activities. Strayer J.A. ruled that the section 97 complaint precluded the adjudicator from hearing the section 240 complaint in the light of the provisions of paragraph 242(3.1)(b) of the Code. The reasoning of Strayer J.A. is set out in pages 377 to 380 of *Byers Transport*:

I have also considered carefully the decision of the Trial Division in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.* In that case it was argued that because one of the grounds alleged for the complaint of unjust dismissal was discrimination as prohibited by the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], there was another form of redress under that Act of Parliament which precluded the Adjudicator from dealing with the complaint by virtue of paragraph 242(3.1)(b). The Trial Judge emphasized that he did not have evidence before him as to the nature of these allegations but he rejected the argument based on paragraph 242(3.1)(b) in part on the basis of his interpretation of the meaning of that paragraph. He held [at page 463] that the other “procedure for redress” referred to therein “cannot be based on a different cause of action or provide a lesser remedy” than the procedure under Part III of the *Canada Labour Code*.

...

While not questioning the result in that case, given the evidence before the Trial Judge, I have some reservations as to his analysis of the meaning of “a procedure for redress” of a “complaint” as referred to in the statute. I believe that the complaint (i.e. the factual situation complained of) must be essentially the same in the other “procedure for redress”. But I doubt that the remedies have to be as good or better under the

sujet des similitudes et des différences entre les plaintes concernant le congédiement injuste et les plaintes concernant les droits de la personne, j’en arrive à la conclusion que l’arbitre n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a déterminé que l’alinéa 242(3.1)b) du *Code canadien du travail* ne lui niait pas la compétence nécessaire pour procéder à l’instruction de la présente affaire.

[67] Ce raisonnement a toutefois été remis en question peu de temps après par la Cour d’appel dans l’arrêt *Byers Transport*. Dans cette affaire, la plaignante avait déposé une plainte de congédiement injuste en vertu de l’article 240 du *Code canadien du travail* et une plainte en vertu de l’article 97 [mod. par L.C. 1991, ch. 39, art. 2] du même Code dans laquelle elle affirmait que son employeur s’était rendu coupable d’une pratique déloyale de travail lorsqu’il l’avait mise en disponibilité ou qu’il l’avait renvoyée en raison de ses activités syndicales. Le juge Strayer a statué que la plainte déposée en vertu de l’article 97 empêchait l’arbitre de statuer sur la plainte présentée en vertu de l’article 240, étant donné les dispositions de l’alinéa 242(3.1)b) du Code. Le raisonnement du juge Strayer se trouve aux pages 377 à 380 de l’arrêt *Byers Transport* :

J’ai également examiné attentivement la décision que la Section de première instance a rendue dans l’affaire *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc.* Dans cette affaire, on a allégué qu’étant donné que l’un des motifs invoqués au soutien de la plainte de congédiement injuste était la discrimination interdite par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], cette Loi fédérale prévoyait un autre recours qui empêchait l’arbitre d’examiner la plainte en vertu de l’alinéa 242(3.1)b). Après avoir souligné qu’il n’avait été saisi d’aucune preuve quant à la nature de ces allégations, le juge de première instance a rejeté l’argument relatif à l’alinéa 242(3.1)b) en se fondant en partie sur son interprétation de cette disposition. Il a décidé [à la page 463] que l’autre recours prévu dans cette disposition « ne peut donner droit à une réparation moindre que celle prévue » à la partie III du *Code canadien du travail*, « ni se fonder sur une cause d’action différente ».

[...]

Même si je ne conteste pas le résultat dans cette affaire, compte tenu de la preuve dont le juge de première instance était saisi, j’ai des réserves quant à son interprétation du mot « recours » à l’égard d’une « plainte » au sens du Code. Je crois que la plainte (c.-à-d. les faits reprochés) doit être essentiellement la même dans l’autre recours. Cependant, je doute que les réparations prévues dans l’autre disposition doivent être égales

other provision in order to oust the jurisdiction of the adjudicator under paragraph 242(3.1)(b). That paragraph does not require that the same redress be available under another provision of the *Canada Labour Code* or some other federal Act. What it requires is that in respect of the same complaint there be another procedure for redress. The point is even clearer in the French version which simply requires that there be “*un autre recours*”. I do not believe that for there to be a “procedure for review... elsewhere” there must be a procedure which will yield exactly the same remedies, although no doubt that procedure must be capable of producing some real redress which could be of personal benefit to the same complainant.

...

This analysis supports the view that where Parliament has established specialist tribunals, whether under the *Canada Labour Code* or elsewhere, to deal with certain aspects of employer-employee relationships, it should not be taken to have conferred concurrent jurisdiction on *ad hoc* adjudicators to deal with the same matter. In my view the procedure in Part III for the filing of complaints by non-unionized employees for unjust dismissal, for hearing by an adjudicator, should be seen as a residual procedure intended to provide some redress where such redress was not otherwise available. It seems to me that that is the clear meaning of paragraph 242(3.1)(b).

Nor need this approach create serious problems for a dismissed employee who is perhaps not sure which procedure for redress to invoke. As far as I can ascertain, one can file complaints under both Part I and Part III of the Code without incurring any expense. The critical deadline in each case is 90 days after the complainant is aware of the cause for complaint. The Part III remedy being residual, it would be prudent for the complainant to prosecute first the Part I complaint. Only if she is unable to establish an unfair labour practice as the cause for her dismissal should she then pursue further the Part III complaint. It will be noted that in the present case the respondent did in fact file complaints under both Parts, but she failed to pursue the Part I complaint to its conclusion by seeking a hearing before the Board. It was she who terminated her Part I redress procedure. [Footnotes omitted.]

[68] That analysis was repeated a few years later in *Boutillier*, above. The issue in that case was whether an adjudicator appointed under the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 was without jurisdiction to decide a dispute related to human rights that

ou supérieures pour que l’arbitre perde la compétence dont il est investi en vertu de l’alinéa 242(3.1)b). Cette disposition n’exige pas que le *Code canadien du travail* ou une autre loi fédérale prévoient le même recours. Elle exige simplement qu’un autre recours existe à l’égard de la même plainte. Je ne crois pas que les réparations découlant des recours doivent être exactement les mêmes, bien que la procédure en question doive certainement permettre à la même partie plaignante d’obtenir une véritable réparation.

[...]

Cette analyse permet de dire que, lorsque le Parlement a créé, que ce soit dans le *Code canadien du travail* ou ailleurs, des tribunaux spécialisés chargés d’examiner certains aspects des relations de travail, il ne saurait avoir conféré une compétence concurrente permettant aux arbitres spéciaux d’examiner la même question. À mon avis, la procédure prévue à la partie III aux fins du dépôt des plaintes de congédiement injuste par des employés non syndiqués et de l’audition de ces plaintes par un arbitre devrait être considérée comme une procédure résiduelle visant à offrir une réparation dans les cas où ce recours n’est pas disponible autrement. Il me semble que c’est là le sens clair de l’alinéa 242(3.1)b).

Ce raisonnement ne crée pas non plus de problèmes sérieux pour l’employé congédié qui n’est pas certain de la procédure de recours à utiliser. Si je comprends bien, il est possible de déposer des plaintes tant sous le régime de la partie I que sous celui de la partie III du Code sans engager de frais. Le délai critique dans chaque cas est de 90 jours suivant la date à laquelle le plaignant est informé du motif de la plainte. Comme le recours prévu à la partie III est résiduel, la partie plaignante devrait, par mesure de prudence, procéder d’abord en se fondant sur la partie I. Elle pourra aller plus loin avec la plainte fondée sur la partie III uniquement si elle n’est pas en mesure de prouver que son congédiement a été causé par une pratique déloyale. Il convient de rappeler que, en l’espèce, l’intimée a effectivement déposé des plaintes sous le régime des deux parties du Code, mais elle a omis d’aller plus loin avec sa plainte fondée sur la partie I en demandant une audience devant le Conseil. C’est elle qui a mis fin à son recours fondé sur la partie I. [Notes en bas de page omises.]

[68] Cette analyse a été reprise quelques années plus tard dans l’arrêt *Boutillier*, précité. Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir si l’arbitre désigné en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, était incompétent



arose under a collective agreement in the light of a provision of that Act which limited grievances to matters “in respect of which no administrative procedure for redress is provided for in or under an Act of Parliament”. Linden J.A. ruled that the adjudicator did not have jurisdiction on the basis of the reasoning set out in *Byers Transport*, citing with approval the comments of the Trial Division Judge in that case, Madame Justice McGillis, reported at [1999] 1 F.C. 459, and which are particularly apposite in the instant case (at pages 475–476 of the Trial Division decision reproduced at paragraphs 17 and 18 of the appeal decision in *Boutilier*) (emphasis added):

Parliament also chose, by virtue of subsection 91(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, to deprive an aggrieved employee of the qualified right to present a grievance in circumstances where another statutory administrative procedure for redress exists. Accordingly, where the substance of a purported grievance involves a complaint of a discriminatory practice in the context of the interpretation of a collective agreement, the provisions of the *Canadian Human Rights Act* apply and govern the procedure to be followed. In such circumstances, the aggrieved employee must therefore file a complaint with the Commission. The matter may only proceed as a grievance under the provisions of the *Public Service Staff Relations Act* in the event that the Commission determines, in the exercise of its discretion under paragraphs 41(1)(a) or 44(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*, that the grievance procedure ought to be exhausted.

...

Paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* constitute important discretionary powers in the arsenal of the Commission, as it performs its role in the handling of a complaint, and permit it, in an appropriate case, to require the complainant to exhaust grievance procedures. Paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a) also indicate that Parliament expressly considered that situations would arise in which a conflict or an overlap would occur between legislatively mandated grievance procedures, such as that provided for in the *Public Service Staff Relations Act*, and the legislative powers and procedures in the *Canadian Human Rights Act* for dealing with complaints of discriminatory practices. In the event of such a conflict or overlap, Parliament chose to permit the Commission, by

pour trancher un conflit soulevant des questions de droits de la personne dans le cas d’une convention collective, compte tenu de la disposition de la Loi qui limitait les griefs aux questions pour lesquelles « aucun autre recours administratif de réparation [n’est] ouvert sous le régime d’une loi fédérale ». Se fondant sur le raisonnement suivi dans l’arrêt *Byers Transport*, le juge Linden a statué que l’arbitre n’avait pas compétence, citant et faisant siens les propos qu’avait tenus la juge McGillis de la Section de première instance dans sa décision publiée sous la référence [1999] 1 C.F. 459, et qui sont particulièrement pertinents dans le cas qui nous occupe (aux pages 475 et 476 de la décision de la Section de première instance, reproduits aux paragraphes 17 et 18 de l’arrêt *Boutilier*) (non souligné dans l’original) :

En vertu du paragraphe 91(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, le législateur a également choisi de priver un employé lésé de son droit non absolu de présenter un grief dans des circonstances où un autre recours administratif de réparation existe sous le régime d’une loi fédérale. Par conséquent, lorsqu’un grief potentiel porte essentiellement sur une plainte d’acte discriminatoire dans le contexte de l’interprétation d’une convention collective, les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s’appliquent et régissent la procédure à suivre. En pareilles circonstances, l’employé lésé doit donc déposer une plainte auprès de la Commission. L’affaire peut uniquement être entendue comme un grief en vertu des dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* dans le cas où la Commission détermine, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré aux alinéas 41(1)(a) ou 44(2)(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que la procédure de règlement des griefs doit d’abord être épuisée.

[...]

Les alinéas 41(1)(a) et 44(2)(a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constituent d’importants pouvoirs discrétionnaires dans la gamme des mécanismes mis à la disposition de la Commission pour lui permettre d’assumer son rôle dans le traitement d’une plainte et, dans les cas appropriés, d’obliger le plaignant à épuiser les procédures de règlement des griefs. Les alinéas 41(1)(a) et 44(2)(a) indiquent également que le législateur a expressément envisagé la possibilité que des conflits ou des chevauchements se produisent entre des procédures de règlement des griefs prescrites par différentes lois, comme celle qui est prévue dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, et les procédures et pouvoirs législatifs prévus dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

virtue of paragraphs 41(1)(a) and 44(2)(a), to determine whether the matter should proceed as a grievance under other legislation such as the *Public Service Staff Relations Act*, or as a complaint under the *Canadian Human Rights Act*. Indeed, the ability of the Commission to make such a determination is consistent with its pivotal role in the management and processing of complaints of discriminatory practices.

[69] Linden J.A. himself specifically recalled in *Boutilier*, at paragraph 24, that it was for the Canadian Human Rights Commission to decide whether or not to send a matter to arbitration if, in its statutory discretion, it deems this appropriate:

This principle does not prevent unions from bargaining for rights beyond the Human Rights Code area, for a grievor can go to arbitration as long as no remedy is available at the Human Rights Commission to vindicate these new rights. This result gives primacy in dispute resolution to the human rights administration, as well as other expert administrative schemes, where expertise and consistency is plainly favoured by Parliament, rather than decisions of *ad hoc* adjudicators. PSSRA is different than most labour codes where arbitration is made the exclusive remedy. It is up to the Human Rights Commission to send matters to arbitration pursuant to section 41 if, in its discretion, it feels it appropriate. Any other interpretation would render the words in subsection 91(1) meaningless or twisted beyond recognition. [Emphasis added; endnotes omitted.]

[70] In my view, the reasoning of McGillis J. and of Evans J.A. in *Boutilier* is compelling, and it should be extended to the interpretation of the interplay between paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code* and paragraphs 41(1)(b) and 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[71] Indeed, in adopting paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*, Parliament intended to avoid a multiplicity of proceedings in the context of an unfair dismissal. The use of the imperative “shall” in paragraph 242(3.1)(b) is a clear indication that an adjudicator

concernant le traitement des plaintes au sujet d’actes discriminatoires. En cas de conflit ou de chevauchement, donc, le législateur a choisi d’autoriser la Commission, aux termes des alinéas 44(1)a) et 44(2)a), à déterminer si la question devrait être réglée comme un grief en vertu de l’autre loi comme la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, ou en tant que plainte fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En fait, la capacité de la Commission de prendre une telle décision va de pair avec son rôle crucial dans la gestion et le traitement des plaintes portant sur des actes discriminatoires.

[69] Le juge Linden rappelle lui-même explicitement, au paragraphe 24 de l’arrêt *Boutilier*, que c’est à la Commission canadienne des droits de la personne qu’il appartient de décider, dans le cadre de l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi, de l’opportunité de renvoyer ou non une question à l’arbitre :

Ce principe n’empêche pas les syndicats de négocier des droits dont la portée va au-delà du domaine visé par un code des droits de la personne, vu que le plaignant peut recourir à l’arbitrage dans la mesure où la Commission des droits de la personne n’a prévu aucune mesure réparatrice visant à défendre ces nouveaux droits. Il en ressort que le règlement des litiges relève principalement du régime des droits de la personne, ainsi que des autres régimes administratifs spécialisés, dont la spécificité et la cohérence sont clairement privilégiées par le législateur aux décisions des arbitres spéciaux. La LRTFP diffère de la plupart des codes du travail, qui prescrivent que l’arbitrage constitue la mesure exclusive de réparation. C’est à la Commission des droits de la personne qu’il revient, aux termes de l’article 41, de décider de renvoyer des dossiers à l’arbitrage lorsqu’elle le juge approprié. Toute autre interprétation aurait pour effet de rendre les termes du paragraphe 91(1) vides de sens ou de les pervertir considérablement. [Non souligné dans l’original; notes en fin de texte omises.]

[70] À mon avis, le raisonnement suivi par la juge McGillis et par le juge Evans dans l’arrêt *Boutilier* est convaincant et on devrait l’étendre à l’interprétation de l’interaction entre l’alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail* et les alinéas 41(1)(b) et 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[71] En fait, en adoptant l’alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail*, le législateur fédéral entendait éviter la multiplication des procédures dans le contexte d’un congédiement injuste. L’emploi des mots « ne peut » à l’alinéa 242(3.1)(b) indique clairement que

appointed under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* must refuse to hear the complaint where another procedure for redress has been provided for elsewhere in that Code or in another act of Parliament.

[72] Moreover, in the light of *Byers Transport* and *Boutilier*, it is beyond dispute that the complaint mechanism provided for in the *Canadian Human Rights Act* is another procedure for redress within the meaning of paragraph 242(3.1)(b) of the *Canada Labour Code*.

[73] Consequently, an adjudicator appointed under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* must decline to hear a complaint filed under subsection 240(1) of that Code if another substantially similar complaint has been filed under the *Canadian Human Rights Act* or, in the event that no complaint has been submitted under that Act, if the *Canada Labour Code* complaint raises human rights issues which could reasonably constitute a basis for a substantially similar complaint under the *Canadian Human Rights Act*.

[74] However, unlike what was stated by the adjudicator in this case, an adjudicator appointed under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code* is not wholly without jurisdiction. His jurisdiction is simply ancillary to that of the Canadian Human Rights Commission and of the Canadian Human Rights Tribunal. Consequently, the Canadian Human Rights Commission could, in the exercise of its statutory discretion under either paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*, refer the complaint to the adjudicator if it is satisfied that it could be more appropriately dealt with in the context of a hearing held pursuant to section 242 of the *Canada Labour Code*. I add that in such an event, the adjudicator appointed under the *Canada Labour Code* would have the authority to hear and decide the human rights allegations to the extent that they relate to the unjust dismissal which he is appointed to adjudicate. This flows logically from the reasoning in *Boutilier*.

l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* doit refuser de statuer sur la plainte lorsque le Code ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

[72] De plus, à la lumière des arrêts *Byers Transport* et *Boutilier*, il est indéniable que le mécanisme de traitement des plaintes prévu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constitue un « autre recours » au sens de l'alinéa 242(3.1)(b) du *Code canadien du travail*.

[73] En conséquence, l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* doit refuser d'entendre une plainte déposée en vertu du paragraphe 240(1) de ce même Code si une autre plainte essentiellement semblable a été déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou, advenant le cas où aucune plainte n'a été déposée en vertu de cette loi, si la plainte déposée en vertu du *Code canadien du travail* soulève des questions relatives aux droits de la personne qui pourraient raisonnablement donner ouverture à une plainte essentiellement semblable en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[74] Cependant, contrairement à ce qu'affirme l'arbitre en l'espèce, l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail* ne se trouve pas privé de toute compétence. Sa compétence est tout simplement accessoire à celle de la Commission canadienne des droits de la personne et du Tribunal canadien des droits de la personne. En conséquence, la Commission canadienne des droits de la personne pouvait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 41(1)(b) ou l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, renvoyer la plainte à l'arbitre si elle était convaincue que la plainte pouvait plus avantageusement être instruite dans le cadre d'une audience tenue conformément à l'article 242 du *Code canadien du travail*. Je tiens à ajouter qu'en pareil cas, l'arbitre désigné en vertu du *Code canadien du travail* pourrait connaître des allégations relatives aux droits de la personne dans la mesure où elles se rapportent au congédiement injuste qu'il a été chargé de juger par

[75] The adjudicator's interpretation of his jurisdiction in this case was too restrictive. I am of the view that the adjudicator erred when he decided that the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 (*Parry Sound*) did not extend to an adjudicator appointed under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code*. I see no reason why such an adjudicator would be precluded from considering human rights issues which arise in the context of an unjust dismissal complaint in the event the Canadian Human Rights Commission refers the complaint back to the adjudicator under its authority pursuant to paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[76] Under paragraph 242(3)(a) of the *Canada Labour Code*, an adjudicator must "consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon". Surely a dismissal made in violation of an employee's human rights is "unjust" within the meaning of that provision of the Code, and I fail to understand why an adjudicator could not so find. Obviously, the decision of the adjudicator in such a case is made under the relevant provisions of the *Canada Labour Code*, and the remedial measures which the adjudicator can order are those set out in that Code and not those provided for in other legislation such as the *Canadian Human Rights Act*. However, the concept of "unjust dismissal" is not such as to foreclose any consideration of motives for dismissal based on violations of human rights where an adjudicator is properly referred a matter pursuant to paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[77] As held in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, management's rights must be exercised in accordance with the employee's statutory rights. This principle applies where the concerned employee is subject to a

suite de sa désignation comme arbitre. Cette conclusion découle logiquement du raisonnement suivi dans l'arrêt *Boutilier*.

[75] L'interprétation que l'arbitre a faite de sa compétence en l'espèce était trop restrictive. Je suis d'avis que l'arbitre a commis une erreur en estimant que le raisonnement suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 (*Parry Sound*) ne s'appliquait pas à l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail*. Je ne vois aucune raison d'empêcher un tel arbitre d'examiner les questions de droits de la personne qui sont soulevées dans le contexte d'une plainte de congédiement injuste dans l'hypothèse où la Commission canadienne des droits de la personne renvoie la plainte à l'arbitre en vertu des pouvoirs qu'elle tient de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[76] Aux termes de l'alinéa 242(3)(a) du *Code canadien du travail*, l'arbitre « décide si le congédiement était injuste ». Le congédiement effectué en violation des droits de la personne d'un employé est manifestement « injuste » au sens de cette disposition du Code, et je n'arrive pas à comprendre pourquoi un arbitre ne pourrait parvenir à cette conclusion. De toute évidence, la décision de l'arbitre en pareil cas est effectuée en vertu des dispositions applicables du *Code canadien du travail*, et les mesures de réparation que l'arbitre peut ordonner sont celles que prévoit le Code et non celles qui sont prévues par une autre loi comme la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Toutefois, le concept de « congédiement injuste » n'a pas pour effet d'exclure toute prise en considération des motifs du congédiement qui reposent sur des violations des droits de la personne lorsque l'arbitre est régulièrement saisi en vertu de l'alinéa 41(1)(b) ou de l'alinéa 44(2)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[77] Ainsi qu'il a été jugé dans l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, la direction doit exercer ses droits en tenant dûment compte des droits que la loi reconnaît aux employés. Ce principe s'applique lorsque

collective labour agreement and with even greater logic where no collective labour agreement exists. Those statutory rights include those set out in section 7 of the *Canadian Human Rights Act* which provides that it is a discriminatory practice to refuse to continue to employ an individual on a prohibited ground of discrimination.

[78] Where there is a breach of a human rights statute within a labour relations context, *Parry Sound* stands for the proposition that an arbitrator has jurisdiction to adjudicate the grievance raising the violation of such rights even if these rights run counter to the terms of a collective agreement governing the employee-employer relationship. In *Parry Sound*, a probationary employee had filed a grievance with respect to her discharge on the basis of an alleged violation of her human rights under the Ontario *Human Rights Code* [R.S.O. 1990, c. H.19] even though the applicable collective agreement recognized management's unfettered right to discharge probationary employees. Iacobucci J. held, on the basis of *McLeod v. Egan*, above, that the statutory human rights at issue had been implicitly incorporated into the collective agreement so as to confer jurisdiction on the arbitrator to decide the grievance (*Parry Sound*, at paragraphs 28 and 32):

As a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. A collective agreement might extend to an employer a broad right to manage the enterprise as it sees fit, but this right is circumscribed by the employee's statutory rights. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract.

...

Under *McLeod*, a collective agreement cannot extend to an employer the right to violate the statutory rights of its

l'employé concerné est assujéti à une convention collective de travail et, encore plus logiquement, lorsqu'il n'existe pas de convention collective de travail. Parmi les droits reconnus par la loi, mentionnons ceux qui sont énumérés à l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui prévoit que constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu.

[78] En cas de violation d'une loi relative aux droits de la personne dans un contexte de relations de travail, l'arrêt *Parry Sound* appuie la proposition qu'un arbitre a compétence pour statuer sur un grief découlant d'une violation de droits de la personne, et ce, même si ces droits contredisent les modalités d'une convention collective régissant la relation employeur-employé. Dans l'arrêt *Parry Sound*, une employée à l'essai avait déposé un grief relativement à son congédiement en invoquant une violation des droits de la personne aux termes du *Code des droits de la personne* [L.R.O. 1990, ch. H.19] de l'Ontario, même si la convention collective applicable reconnaissait le droit inconditionnel de la direction de congédier les employés à l'essai. Le juge Iacobucci a conclu, sur le fondement de l'arrêt *McLeod c. Egan*, précité, que les droits de la personne reconnus par la loi en cause avaient été implicitement incorporés dans la convention collective de manière à conférer à l'arbitre la compétence nécessaire pour trancher le grief (*Parry Sound*, aux paragraphes 28 et 32) :

En pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise comme il le juge indiqué, mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat.

[...]

En vertu de l'arrêt *McLeod*, une convention collective ne peut pas accorder à l'employeur le droit de violer les droits

employees. On the contrary, the broad power of the appellant to manage operations and direct employees is subject not only to the express provisions of the agreement, but also to the statutory rights of its employees. Just as the collective agreement in *McLeod* could not extend to the employer the right to require overtime in excess of 48 hours, the collective agreement in the current appeal cannot extend to the appellant the right to discharge an employee for discriminatory reasons. Under a collective agreement, as under laws of general application, the right to direct the work force does not include the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons. The obligation of an employer to manage the enterprise and direct the work force is subject not only to express provisions of the collective agreement, but also to the statutory rights of its employees, including the right to equal treatment in employment without discrimination.

[79] These principles apply with even more force in situations, such as in the instant case, where there is no collective agreement preventing the application of the statutorily guaranteed right not to be dismissed on prohibited grounds of discrimination.

[80] These principles being clearly set out, Iacobucci J. in *Parry Sound* then addressed the issue whether the grievance arbitrator had jurisdiction to hear the grievance. Indeed, it was submitted in that case that although the arbitrator had the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes under the statutory scheme relating to grievance dispute resolution in Ontario, that power could only be exercised if it had already been determined that the arbitrator had, at the outset, jurisdiction over the subject-matter of the grievance. Iacobucci J. accepted that argument, but held that it was not determinative in that case (*Parry Sound*, at paragraphs 48-49) (emphasis added):

But even if it is true that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply the *Human Rights Code*, it does not thereby follow that an alleged contravention of an express [emphasis in original] provision of a collective agreement is a condition precedent of an arbitrator's authority to enforce the substantive rights and obligations of employment-related statutes. Under *McLeod*, the broad right of an employer to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the statutory rights of its employees. This means that the right of a probationary

reconnus aux employés par la loi. Au contraire, le pouvoir général de l'appelant de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi. Tout comme la convention collective dans *McLeod* ne pouvait pas accorder à l'employeur le droit d'exiger des heures supplémentaires au-delà de 48 heures, la convention collective en l'espèce ne peut pas conférer à l'appelant le droit de renvoyer un employé pour des motifs discriminatoires. En vertu d'une convention collective, comme sous le régime des lois d'application générale, le droit de diriger le personnel ne comprend pas celui de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires. L'obligation de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonnée non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi, y compris le droit à un traitement égal, sans discrimination.

[79] Ces principes s'appliquent avec encore plus de force dans les cas où, comme celui qui nous occupe, il n'y a pas de convention collective qui empêche l'application du droit garanti par la loi de ne pas être congédié pour des motifs de distinction illicite.

[80] Dans l'arrêt *Parry Sound*, après avoir clairement posé ces principes, le juge Iacobucci a abordé la question de savoir si l'arbitre saisi du grief pouvait connaître du grief. On affirmait d'ailleurs dans cette affaire que, même si l'arbitre avait le pouvoir d'interpréter et d'appliquer des lois reconnaissant des droits de la personne et d'autres lois dans le domaine du travail en fonction du régime législatif ontarien relatif au règlement des griefs, ce pouvoir ne pouvait être exercé que si l'on avait déjà jugé, dès le départ, que l'arbitre avait compétence sur l'objet du grief. Le juge Iacobucci a retenu cet argument, mais a estimé qu'il n'était pas déterminant dans cette affaire (*Parry Sound*, aux paragraphes 48 et 49) (non souligné dans l'original) :

Mais même s'il est vrai que le grief doit être arbitrable avant que l'arbitre ait le pouvoir d'interpréter et d'appliquer le *Code des droits de la personne*, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une violation alléguée d'une disposition expresse [souligné dans l'original] d'une convention collective soit une condition préalable à son pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi. En vertu de l'arrêt *McLeod*, le droit général de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux droits reconnus à ses employés par

employee to equal treatment without discrimination is implicit in each collective agreement. This, in turn, means that the dismissal of an employee for discriminatory reasons is, in fact, an arbitrable difference, and that the arbitrator has the power to interpret and apply the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* for the purpose of resolving that difference.

Consequently, it cannot be inferred from the scheme of the *LRA* that it was the legislature's intention to displace or otherwise restrict the legal principles enunciated in *McLeod*. The appellant's submissions in respect of the structure of s. 48 are consistent with the conclusion that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. If an arbitrator is to enforce an employer's obligation to exercise its management rights in accordance with the statutory provisions that are implicit in each collective agreement, the arbitrator must have the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes. Section 48(12)(j) confirms that an arbitrator does, in fact, have this right.

[81] This principle extends to adjudication of disputes under section 242 of the *Canada Labour Code*. Indeed, though the adjudicator under that Code is reviewing an employer's decision to terminate the employment relationship under the employee's individual contract of employment rather than under a collective agreement, the same authority to enforce an employer's obligation to exercise its management rights in accordance with the statutory provisions is implicitly included in that individual contract of employment. If we simply replace the phrase "collective agreement" by "individual contract of employment" in the above comments made in *Parry Sound*, we clearly have the principles applicable in this case.

[82] In my view, the absence of a statutory provision in the *Canada Labour Code* explicitly conferring on an adjudicator the power to interpret and apply human rights statutes or any other statute does not negate the adjudicator's authority to do so. This power is rather implicitly provided for in paragraph 242(3)(a) of the *Canada Labour Code*: it gives the adjudicator the authority to consider whether the dismissal was "unjust", and empowers the adjudicator to render a binding decision on this matter.

la loi. Cela signifie que le droit d'un employé à l'essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans chaque convention collective. En contrepartie, cela veut dire que le congédiement d'un employé pour des motifs discriminatoires est effectivement un différend arbitrable et que l'arbitre a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* pour régler ce différend.

Par conséquent, on ne peut pas déduire de l'esprit de la *LRT* que le législateur voulait écarter ou limiter de quelque manière que ce soit les principes juridiques établis dans *McLeod*. Les arguments de l'appelant concernant la structure de l'art. 48 se concilient avec la conclusion que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont implicites dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. S'il doit faire respecter par l'employeur son obligation d'exercer ses droits de gestion conformément aux dispositions législatives implicites dans chaque convention collective, l'arbitre doit avoir le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi. L'alinéa 48(12)(j) confirme que l'arbitre possède effectivement ce pouvoir.

[81] Ce principe vaut également pour le règlement des différends en vertu de l'article 242 du *Code canadien du travail*. De fait, même si, aux termes du Code, l'arbitre examine la décision de l'employeur de mettre fin à la relation d'emploi en fonction du contrat individuel de travail de l'employé plutôt qu'en fonction de la convention collective, le même pouvoir de faire respecter l'obligation de l'employeur d'exercer ses prérogatives patronales conformément aux dispositions de la loi est implicitement inclus dans le contrat individuel de travail. Si on remplace tout simplement l'expression « convention collective » par celle de « contrat individuel de travail » dans l'extrait précité de l'arrêt *Parry Sound*, on obtient aisément les principes applicables en l'espèce.

[82] À mon avis, ce n'est pas parce qu'on ne trouve pas, dans le *Code canadien du travail*, de disposition conférant expressément à l'arbitre le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois relatives aux droits de la personne ou toute autre loi que l'arbitre n'a pas ce pouvoir. Ce pouvoir lui est implicitement conféré à l'alinéa 242(3)a) du *Code canadien du travail*, qui lui donne le pouvoir de décider si le congédiement est « injuste » et qui l'habilite à rendre une décision ayant force obligatoire sur la question.

[83] I find support for this view in *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513. In that case, the issue was whether the Ontario Social Benefits Tribunal was bound to follow provincial human rights legislation. Bastarache J. answered in the affirmative; he observed at paragraph 26 that “it [was] undesirable for a tribunal to limit itself to some of the law while shutting its eyes to the rest of the law.”

#### Conclusion

[84] In conclusion, I rule that the adjudicator did not violate any principles of natural justice or procedural fairness in conducting the proceedings and rendering his decision. I also rule that the adjudicator correctly decided not to hear the complaint before him on the merits. Consequently, the decision of the adjudicator in this case is largely upheld, save to the extent that the adjudicator declined jurisdiction in a manner which would preclude the complaint being referred back to him by the Canadian Human Rights Commission in the exercise of its authority pursuant to paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*.

[85] On costs, I note that the respondent has been largely successful in this judicial review. However, an important aspect of the adjudicator’s decision has nevertheless been found in error. In this respect, the results of these proceedings may be said to be mixed. Consequently I will exercise my discretion under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] and make no order as to costs.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the application for judicial review is allowed in part only. The Court sets aside that part of the adjudicator’s decision declining jurisdiction in a manner which would

[83] Je trouve appui à cette opinion dans l’arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513. Dans cette affaire, le débat tournait autour de la question de savoir si le Tribunal de l’aide sociale de l’Ontario était tenu de se conformer à la législation provinciale en matière de droits de la personne. Le juge Bastarache a répondu par l’affirmative; il a fait observer au paragraphe 26 qu’il était « peu souhaitable qu’un tribunal administratif se limite à l’examen d’une partie du droit et ferme les yeux sur le reste du droit ».

#### Conclusion

[84] Pour conclure, j’estime que l’arbitre n’a violé aucun principe de justice naturelle ou d’équité procédurale lors du déroulement de l’instance ou dans sa décision. J’estime également que c’est à bon droit que l’arbitre a décidé de ne pas statuer sur le fond de la plainte dont il était saisi. En conséquence, la décision que l’arbitre a rendue en l’espèce est en grande partie confirmée, sauf dans la mesure où l’arbitre a décliné compétence d’une manière qui empêchait la Commission canadienne des droits de la personne de lui renvoyer la plainte en vertu des pouvoirs conférés à la Commission par l’alinéa 41(1)b) ou l’alinéa 44(2)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[85] S’agissant des dépens, je relève que la défenderesse a obtenu en grande partie gain de cause dans le présent contrôle judiciaire. Un aspect important de la décision de l’arbitre a toutefois été jugé erroné. Ainsi, le résultat de la présente instance pourrait être qualifié de mitigé. En conséquence, je vais exercer le pouvoir discrétionnaire que me confèrent les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] et je n’adjugerai aucuns dépens.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire n’est accueillie qu’en partie. La Cour annule la partie de sa décision dans laquelle l’arbitre décline compétence d’une manière qui empêche la Commission



preclude the complaint being referred back to him by the Canadian Human Rights Commission in the exercise of its authority pursuant to paragraph 41(1)(b) or paragraph 44(2)(b) of the *Canadian Human Rights Act*. The remainder of the adjudicator's decision is upheld.

canadienne des droits de la personne de lui renvoyer la plainte en vertu des pouvoirs conférés à la Commission par l'alinéa 41(1)b) ou l'alinéa 44(2)b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le reste de la décision de l'arbitre est confirmé.

A-483-09  
2010 FCA 182

A-483-09  
2010 CAF 182

**Zora S. Gill** (*Applicant*)

**Zora S. Gill** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: GILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : GILL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Pelletier and Stratas JJ.A.—Vancouver, June 2; Ottawa, July 8, 2010.

Cour d’appel fédérale, juges Létourneau, Pelletier et Stratas, J.C.A.—Vancouver, 2 juin; Ottawa, 8 juillet 2010.

*Employment Insurance — Judicial review of Umpire’s decision Employment Insurance Act, s. 7.1(4) making notice of violation mandatory or automatic whenever circumstances described therein present; that Board of Referees having no jurisdiction to set notice aside — Applicant making false, misleading representations when filing claim to Canada Employment Insurance Commission — Commission rejecting claim, imposing financial penalties, issuing notice of violation thereagainst — Board of Referees reducing penalty, setting aside notice of violation — Canada (Attorney General) v. Savard Federal Court of Appeal’s foremost decision on issue of notices of violation, ruling Commission having discretion on whether notice of violation should be issued — Savard correctly stating law — Clearer language in Act, s. 7.1(4) needed to render notice of violation automatic — Application allowed.*

*Assurance-emploi — Contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre portant que l’art. 7.1(4) de la Loi sur l’assurance-emploi rend un avis de violation obligatoire ou automatique chaque fois que les faits qui y sont visés se produisent et que le Conseil arbitral n’avait pas compétence pour l’annuler — Le demandeur avait fait des déclarations fausses et trompeuses lorsqu’il a déposé sa demande de prestations auprès de la Commission de l’assurance-emploi du Canada — La Commission a rejeté sa demande de prestations, lui a infligé une pénalité pécuniaire et lui a donné un avis de violation — Le Conseil arbitral a réduit la pénalité et annulé l’avis de violation — La Cour, dans l’arrêt Canada (Procureur général) c. Savard, la décision la plus importante de la Cour d’appel fédérale qui traite d’avis de violation, a statué que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation — L’arrêt Savard énonce le droit correctement — Il aurait fallu que le libellé de l’art. 7.1(4) de la Loi soit plus clair pour que l’avis de violation soit automatique — Demande accueillie.*

*Practice — Judgments and Orders — Obiter dictum — Umpire concluding Employment Insurance Act, s. 7.1(4) making notice of violation mandatory or automatic whenever circumstances described therein present — Canada (Attorney General) v. Savard Federal Court of Appeal’s foremost decision on issue of notices of violation — While determination in Savard that Commission having discretion to issue notice of violation constituting obiter in most strict legal sense, that decision binding — In recent decades, doctrine of “obiter dictum” holding much less sway — Savard truly determining matter at issue for all practical intents, purposes.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Remarque incidente — Le juge-arbitre a conclu que l’art. 7.1(4) de la Loi sur l’assurance-emploi rend l’avis de violation obligatoire ou automatique lorsque les faits qui y sont visés se produisent — L’arrêt Canada (Procureur général) c. Savard est la décision la plus importante de la Cour d’appel fédérale qui traite d’avis de violation — Même si la décision dans l’arrêt Savard portant que la Commission a le pouvoir discrétionnaire de donner un avis de violation est, au sens strictement juridique, une remarque incidente, elle est obligatoire — La doctrine de l’« obiter dictum » n’a pas été appliquée aussi rigoureusement au cours des dernières décennies — L’arrêt Savard règle véritablement la question en cause en pratique.*

This was an application for judicial review of an Umpire’s decision that subsection 7.1(4) of the *Employment Insurance*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre portant que le paragraphe 7.1(4)

*Act* makes a notice of violation mandatory or automatic whenever the circumstances described therein are present and therefore the Board of Referees had no jurisdiction to set it aside. The applicant, an immigrant, worked on a farm picking berries. When his employment ended, he filed a claim with the Canada Employment Insurance Commission for employment insurance benefits. He submitted a record of employment from his employer stating a total number of insurable hours. He also made further representations in an interview with a Commission employee and in bi-weekly report cards submitted in support of his claim. These representations were later found to be false and misleading. In the meantime, the applicant had been receiving benefits. Following an investigation, it was discovered that the applicant had worked less and earned less than what he had declared. The Commission rejected the applicant's claim since he had not worked the minimum number of hours of insurable employment required, ordered that he reimburse the Commission for the overpayment he had received and imposed financial penalties for providing false or misleading information. The Commission also issued a notice of violation against him. The applicant appealed to the Board of Referees, which reduced the financial penalty to \$1. It allowed his appeal against the notice of violation and set it aside. The Board made these decisions in light of new mitigating factors. The Commission appealed only the Board's decision to set aside the notice of violation to the Umpire. That appeal was allowed, giving rise to the present judicial review.

The issue in this case was as follows: Where a penalty has been assessed against a claimant or where a claimant has been prosecuted and found guilty of an offense, is the issuance by the Commission of a notice of violation under subsection 7.1(4) of the Act mandatory and automatic, or does the Commission have the discretion not to issue the notice?

*Held*, the application should be allowed.

Seven decisions of the Federal Court of Appeal dealt with the issue of notices of violation. Unfortunately, these cases could not be reconciled. One of the foremost cases was Canada (*Attorney General*) v. *Savard*, which ruled that the Commission does have the discretion as to whether a notice of violation should be issued. In other words, it may issue a notice of violation as an additional sanction but it is not mandatory. While the determination in *Savard* that the Commission had discretion to issue a notice of violation was in the most strict legal sense *obiter*, it was binding. In recent decades, the doctrine of "*obiter dictum*" has held much less sway than it used to in Anglo-Canadian case law. The Court in *Savard* was prompted by strong practicality and justice and

de la *Loi sur l'assurance-emploi* rend un avis de violation obligatoire ou automatique chaque fois que les faits qui y sont visés se produisent et que le Conseil arbitral n'avait donc pas compétence pour l'annuler. Le demandeur, un immigrant, travaillait sur une ferme, où il cueillait des baies. Après la cessation de son emploi, il a déposé une demande de prestations d'assurance-emploi auprès de la Commission de l'assurance-emploi du Canada. Il a remis un relevé d'emploi de son employeur précisant un nombre total d'heures d'emploi assurable. En outre, il a fait d'autres déclarations dans le cadre d'une entrevue avec un employé de la Commission et dans des cartes bimensuelles remises à l'appui de sa demande. On a par la suite découvert que ces déclarations étaient fausses et trompeuses. Entre-temps, le demandeur recevait des prestations. À la suite d'une enquête, on a découvert que les heures d'emploi et la rémunération du demandeur étaient inférieures à ce qu'il avait déclaré. La Commission a rejeté la demande de prestations du demandeur au motif qu'il n'avait pas travaillé le nombre minimal d'heures d'emploi assurable, elle l'a sommé de lui rembourser le paiement excédentaire qu'il avait reçu et lui a infligé une pénalité pécuniaire pour avoir donné des renseignements faux ou trompeurs. La Commission lui a aussi donné un avis de violation. Le demandeur a interjeté appel devant le Conseil arbitral, qui a réduit le montant de la pénalité à 1 \$. Il a accueilli son appel relativement à l'avis de violation, qu'il a annulé. Le Conseil a pris ces décisions à la lumière de nouvelles circonstances atténuantes. Devant le juge-arbitre, la Commission a seulement interjeté appel de la décision du Conseil d'annuler l'avis de violation. Cet appel a été accueilli, ce qui a donné lieu à la demande de contrôle judiciaire en l'espèce.

La question litigieuse en l'espèce était la suivante : Lorsqu'un prestataire se voit infliger une pénalité ou déclarer coupable d'une infraction, la Commission doit-elle obligatoirement et automatiquement donner un avis de violation en application du paragraphe 7.1(4) de la Loi, ou la Commission a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner d'avis?

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Sept arrêts de la Cour d'appel fédérale traitent d'avis de violation. Malheureusement, ces décisions ne pouvaient pas être conciliées. L'une des décisions les plus importantes était Canada (*Procureur général*) c. *Savard*, où la Cour a statué que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation. Autrement dit, elle *peut* donner un avis de violation à titre de sanction additionnelle, mais ce n'est pas obligatoire. Même si la décision dans l'arrêt *Savard* portant que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de donner un avis de violation était, au sens strictement juridique, une remarque incidente, elle était obligatoire. La doctrine de l'« *obiter dictum* » n'a pas été appliquée aussi rigoureusement au cours des dernières décennies; elle était appliquée plus

had the benefit of full submissions by adverse parties who were represented. In those circumstances, *Savard* truly determined the matter at issue for all practical intents and purposes.

*Savard* correctly states the law and was applied in this case. Parliament could have drafted the legislation to require that the Commission issue a notice of violation upon the happening of any circumstance described in section 7.1 but did not do so. Subsection 7.1(4) states that a person accumulates a violation “if in any of the following circumstances the Commission issues a notice of violation to the person”. Interpreting subsection 7.1(4) as imposing a mandatory or automatic sanction would sit in startling contrast with the rest of the Act’s administrative regime, which bestows discretion of the widest sort to the Commission. Given the overall purpose of the Act, if subsection 7.1(4) is ambiguous on whether the Commission has the discretion not to issue a notice of violation, that ambiguity should be resolved in favour of the claimant. The respondent’s interpretation that when one of the circumstances in subsection 7.1(4) is present, a notice of violation is automatic would impose an unexpectedly harsh or inequitable consequence. Clearer language in subsection 7.1(4) is necessary to effect such a result.

For these reasons, the Board of Referees did have jurisdiction to set aside the notice of violation and the Umpire erred in holding to the contrary.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 7.1 (as am. by S.C. 2009, c. 33, s. 4), 38 (as am. by S.C. 2001, c. 5, s. 8), 40, 41.1, 125, 135.

#### CASES CITED

##### NOT FOLLOWED:

*Canada (Attorney General) v. Geoffroy*, 2001 FCA 105, 273 N.R. 372; *Canada (Attorney General) v. Limosi*, 2003 FCA 215, [2003] 4 F.C. 481, [2003] CLLC 240-010; *Canada (Attorney General) v. Piovesan*, 2006 FCA 245, 353 N.R. 83; *Canada (Attorney General) v. Kaur*, 2007 FCA 287, 368 N.R. 273; *Patry v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 301.

rigoureusement auparavant dans la jurisprudence anglo-canadienne. Dans l’arrêt *Savard*, la Cour a prononcé l’*obiter dictum* à l’égard de considérations importantes sur le plan pratique et de la justice et elle bénéficiait d’observations exhaustives de parties adverses représentées par des avocats. Dans ces circonstances, l’arrêt *Savard* règle véritablement la question en cause en pratique.

L’arrêt *Savard* énonce le droit correctement et il avait été appliqué en l’espèce. Le législateur aurait pu rédiger le texte de loi de manière à prescrire à la Commission de donner un avis de violation lorsque se produit l’une des circonstances mentionnées à l’article 7.1, mais il ne l’a pas fait. Le paragraphe 7.1(4) prévoit qu’il y a violation « lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation ». Interpréter le paragraphe 7.1(4) comme s’il imposait une sanction obligatoire ou automatique contredirait de façon manifeste le reste du régime administratif de la Loi, qui confère un pouvoir discrétionnaire le plus large possible à la Commission. Compte tenu de l’objet général de la Loi, si le paragraphe 7.1(4) est ambigu sur la question de savoir si la Commission a le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner un avis de violation, cette ambiguïté devrait se résoudre en faveur du prestataire. L’interprétation donnée par le défendeur, soit qu’un avis de violation est automatique lorsque l’un des faits visés au paragraphe 7.1(4) se produit, entraînerait des conséquences sévères ou inéquitables. Pour obtenir un tel résultat, le libellé du paragraphe 7.1(4) aurait dû être plus clair.

Pour ces motifs, le Conseil arbitral avait compétence pour annuler l’avis de violation et le juge-arbitre avait commis une erreur en concluant le contraire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 7.1 (mod. par L.C. 2009, ch. 33, art. 4), 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 5, art. 8), 40, 41.1, 125, 135.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Canada (Procureur général) c. Geoffroy*, 2001 CAF 105; *Canada (Procureur général) c. Limosi*, 2003 CAF 215, [2003] 4 C.F. 481; *Canada (Procureur général) c. Piovesan*, 2006 CAF 245; *Canada (Procureur général) c. Kaur*, 2007 CAF 287; *Patry c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 301.

## APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Savard*, 2006 FCA 327, [2007] 2 F.C.R. 429, 355 N.R. 204; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, (1983), 142 D.L.R. (3d) 1, 46 N.R. 185.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Szczech*, 2004 FCA 366, 328 N.R. 92; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Tétreault-Gaboury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358, 50 Admin. L.R. 1.

## REFERRED TO:

*Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, [2003] CLLC 240-003, 293 N.R. 391; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080, (1993), 101 D.L.R. (4th) 567, 150 N.R. 81; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193.

## AUTHORS CITED

*Digest of Benefit Entitlement Principles*. Chapter 18 “False or Misleading Statements”, loose-leaf. Ottawa: Human Resources and Social Development Canada, 1999.

Issalys, Pierre. “Les sanctions administratives de l’assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression” (2009), 50 *C. de D.* 825.

APPLICATION for judicial review of an Umpire’s decision ((2009), CUB 73416) that subsection 7.1(4) of the *Employment Insurance Act* makes a notice of violation mandatory or automatic and that therefore the Board of Referees had no jurisdiction to set it aside. Application allowed.

## APPEARANCES

*Kevin Love* for applicant.  
*Maria Molloy* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Community Legal Assistance Society*, Vancouver, for applicant.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. Savard*, 2006 CAF 327, [2007] 2 R.C.F. 429; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. Szczech*, 2004 CAF 366; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.); *Tétreault-Gaboury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

## DOCTRINE CITÉE

Issalys, Pierre. « Les sanctions administratives de l’assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression » (2009), 50 *C. de D.* 825.

*Le guide de la détermination de l’admissibilité*. Chapitre 18 « Déclarations fausses ou trompeuses », feuilles mobiles. Ottawa : Ressources humaines et Développement social Canada, 1999.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre ((2009), CUB 73416) portant que le paragraphe 7.1(4) de la *Loi sur l’assurance-emploi* rend un avis de violation obligatoire ou automatique et que le Conseil arbitral n’avait donc pas compétence pour l’annuler. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Kevin Love* pour le demandeur.  
*Maria Molloy* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Community Legal Assistance Society*, Vancouver, pour le demandeur.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] STRATAS J.A.: Under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act), claimants for employment insurance benefits who engage in misconduct, such as filing false information in support of a claim, face potential consequences. The Canada Employment Insurance Commission can assess a penalty against them; they can also be prosecuted under the Act or the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and be found guilty.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi), les prestataires d'assurance-emploi qui ont une conduite répréhensible, par exemple qui présentent de faux renseignements à l'appui de leur demande de prestations, peuvent avoir à subir des conséquences. La Commission de l'assurance-emploi du Canada peut leur infliger une pénalité; ils peuvent aussi être poursuivis en vertu de la Loi ou du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et se voir déclarer coupables.

[2] The question in this application for judicial review is one of statutory interpretation. When the Commission has assessed a penalty against a claimant or where the claimant has been prosecuted and found guilty of an offence, must the Commission also issue a “notice of violation” against the claimant? Or does the Commission have the discretion not to issue the notice?

[2] La question soulevée dans la présente demande de contrôle judiciaire en est une d'interprétation législative. Lorsqu'elle inflige une pénalité à un prestataire ou lorsqu'un prestataire a fait l'objet d'une poursuite et a été déclaré coupable d'une infraction, la Commission doit-elle aussi donner un « avis de violation » au prestataire, ou a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner d'avis?

[3] This matters a great deal. The general thrust of the Act is that a claimant must work a particular number of hours before being able to receive benefits. But when a notice of violation has been issued against the claimant, the Act regards the claimant as having “accumulated a violation”. Those with a violation in the last five years must work more hours before they are able to receive benefits. Simply put, then, the issuance of a notice of violation imposes an additional sanction upon a claimant, over and above a penalty or a finding of liability for an offence, by increasing the number of “qualifying hours” that a claimant must have before being able to receive benefits. This additional sanction can be most severe: a claimant, put out of work, might have been able to obtain benefits but for the increase in qualifying hours.

[3] Cette question revêt une grande importance. L'orientation générale de la Loi est que le prestataire doit avoir travaillé un certain nombre d'heures pour être admissible au bénéfice des prestations. Toutefois, le prestataire qui s'est vu donner un avis de violation « s'est rendu coupable d'une violation » aux termes de la Loi, et les personnes ayant fait l'objet d'un avis de violation au cours des cinq dernières années doivent travailler davantage d'heures pour pouvoir recevoir des prestations. En clair, donc, la réception d'un avis de violation inflige au prestataire une sanction qui s'ajoute à la pénalité ou à la déclaration de culpabilité pour une infraction. Cette sanction consiste en la majoration du nombre d'heures que le prestataire doit accumuler pour pouvoir recevoir des prestations « les heures requises ». Cette sanction additionnelle peut être particulièrement sévère : une personne sans travail pourrait se voir refuser des prestations en raison de la majoration des heures requises.

[4] Seven decisions of this Court, described below, have touched upon or dealt with this issue. Unfortunately, these cases cannot be reconciled. Foremost of these cases is *Canada (Attorney General) v. Savard*, 2006 FCA 327, [2007] 2 F.C.R. 429, in which my colleague, Justice Létourneau, writing for the Court, examined four earlier cases and attempted to resolve the issue once and for all. In *Savard*, this Court ruled that the Commission does have the discretion whether or not to issue a notice of violation. But, says the respondent, two later decisions of this Court, dealing with the issue, conflict with *Savard*, and the ruling in *Savard* was *obiter*. In light of this, the respondent says that the issue remains unsettled. The parties agree that the issue now arises squarely for decision in this case.

[5] In my view, *Savard* correctly states the law. Where a claimant has been assessed a penalty or has been prosecuted and found guilty of an offence, the Commission does have the discretion to decline to issue a notice of violation. Under subsection 7.1(4), a claimant does not automatically accumulate a violation and thereby bear the burden of increased qualifying hours. To work that result, clearer statutory wording would be required.

#### A. The facts

##### (1) *The applicant's employment*

[6] The applicant emigrated from India. He was illiterate and without formal schooling. Soon after his arrival in Canada, he worked on farms in the lower mainland of British Columbia, picking berries and vegetables. S & S Harvesting Ltd. was his employer.

##### (2) *The applicant's employment insurance claim*

[7] On November 12, 1997, after the applicant's employment ended, he filed a claim with the Commission

[4] Sept arrêts de la Cour, expliqués plus loin, traitent de cette question. Malheureusement, ces décisions ne peuvent pas être conciliées. La plus importante d'entre elles est l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Savard*, 2006 CAF 327, [2007] 2 R.C.F. 429, dans laquelle mon collègue, le juge Létourneau, rédigeant les motifs de la Cour, a examiné quatre décisions antérieures et a tenté de résoudre la question une fois pour toutes. Dans l'arrêt *Savard*, la Cour a statué que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation. Cependant, selon le défendeur, deux décisions ultérieures de la Cour, ayant trait à la même question, sont en conflit avec l'arrêt *Savard*, et les propos de la Cour à cet égard dans l'arrêt *Savard* constituaient une remarque incidente. À la lumière de ce fait, le défendeur affirme que la question n'est pas encore réglée. Les parties conviennent que la question se pose clairement en l'espèce et qu'elle doit être tranchée.

[5] À mon avis, l'arrêt *Savard* énonce le droit correctement. Lorsqu'un prestataire se voit infliger une pénalité ou déclarer coupable d'une infraction, la Commission a le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner un avis de violation. Aux termes du paragraphe 7.1(4), le prestataire ne se rend pas automatiquement responsable d'une violation et les heures requises ne sont donc pas automatiquement majorées. Pour qu'il en soit autrement, la Loi devrait être libellée en termes plus clairs.

#### A. Les faits

##### 1) *L'emploi du demandeur*

[6] Le demandeur était un immigrant originaire de l'Inde. Analphabète, il n'avait jamais été véritablement scolarisé. Peu après son arrivée au Canada, il a travaillé dans des fermes dans les basses-terres continentales de la Colombie-Britannique, où il cueillait des baies et des légumes. Son employeur était S & S Harvesting Ltd.

##### 2) *La demande de prestations d'assurance-emploi du demandeur*

[7] Le 12 novembre 1997, après la cessation de son emploi, le demandeur a déposé une demande de prestations

for employment insurance benefits. In support of that application, he submitted a record of employment from S & S Harvesting Ltd. The record represented that the applicant had worked 954 insurable hours, with \$7 183.62 in insurable earnings. The applicant also made a representation during an interview with a Commission employee, and made further representations in 14 bi-weekly report cards submitted in support of his claim. As will be seen below, these representations, 16 in all, were later found to be false and misleading.

(3) *The Act: sanctions imposed for misconduct*

[8] The Act identifies and imposes sanctions for various forms of misconduct. In Part I [ss. 6–55] of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, claimants who engage in certain forms of misconduct, including the filing of false or misleading information in support of a claim, can have certain sanctions assessed against them:

(a) There are warnings or monetary sanctions: section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 5, s. 8] and sections 40 to 41.1. The Act calls these “penalties”.

(b) Another sanction involves increasing, for a period of five years, the number of insurable hours that a claimant needs in order to qualify for employment insurance benefits. This sanction of increased qualifying hours is imposed in the case of “violations” in certain circumstances: see section 7.1 [as am. by S.C. 2009, c. 33, s. 4].

(4) *The false and misleading representations*

[9] Following an investigation of S & S Harvesting Ltd., it was discovered that the applicant had worked only 676 insurable hours, with \$5 090.28 in insurable earnings.

d’assurance-emploi auprès de la Commission. À l’appui de sa demande, il a remis un relevé d’emploi de S & S Harvesting Ltd. Il y était déclaré que le demandeur avait travaillé 954 heures d’emploi assurable et que sa rémunération assurable était de 7 183,62 \$. Le demandeur a également fait une déclaration lors d’une entrevue avec un employé de la Commission ainsi que d’autres déclarations dans les 14 cartes bimensuelles de déclaration du prestataire qu’il a remises à l’appui de sa demande. Comme nous le verrons plus loin, on a par la suite découvert que ces déclarations (16 déclarations en tout) étaient fausses et trompeuses.

3) *La Loi : les sanctions infligées pour inconduite*

[8] La Loi prévoit des sanctions pour les diverses formes d’inconduite. Selon les dispositions de la partie I [art. 6 à 55] de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, les prestataires qui se livrent à certaines formes d’inconduite, notamment en fournissant des renseignements faux ou trompeurs à l’appui de leur demande, peuvent se voir infliger des sanctions :

a) Des avertissements ou sanctions pécuniaires sont prévus : articles 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 5, art. 8] ainsi que 40 à 41.1. Aux termes de la Loi, il s’agit de « pénalités ».

b) Une autre sanction consiste à majorer, pendant une période de cinq ans, le nombre d’heures pendant lesquelles le prestataire doit avoir exercé un emploi assurable pour être admissible au bénéfice des prestations d’invalidité. Cette sanction de majoration du nombre d’heures requises est imposée en cas de « violations » dans certaines circonstances : voir article 7.1 [mod. par L.C. 2009, ch. 33, art. 4].

4) *Les déclarations fausses ou trompeuses*

[9] Dans le cadre d’une enquête de S & S Harvesting Ltd., on a découvert que le demandeur n’avait occupé un emploi assurable que pendant 676 heures et que sa rémunération assurable s’élevait à 5 090,28 \$.



[10] As a result of this, three things happened. First, on April 20, 2000, the Commission rejected the applicant's claim for employment insurance benefits, as he had not worked the minimum 910 hours of insurable employment. He had worked only 676 insurable hours, not 954 hours. Second, the applicant had been receiving benefits; the rejection of the applicant's claim meant that there was an overpayment to the applicant of \$5 352. Third, in accordance with the statutory framework of sanctions, described above, the Commission imposed 16 penalties totalling \$2 189 against the applicant for providing false or misleading information in the 16 representations he made. It also issued a notice of violation against him.

*(5) The applicant's appeal*

[11] The applicant appealed to the Board of Referees [*Employment Insurance Act (Re)* (2009), CUB 73416]. The Board of Referees confirmed that the applicant was not entitled to employment insurance benefits. It also dismissed his appeal against penalty but reduced the amount of the penalty to \$1. It allowed his appeal against the notice of violation and set it aside.

[12] The drastic reduction in the penalty and the setting aside the notice of violation was prompted by new mitigating factors. The applicant was suffering a number of ailments, including dementia. A significant penalty would have serious consequences for his family. The Board of Referees also accepted the applicant's evidence concerning the reprehensible actions of his employer and the vulnerability of the farmworkers in this employment relationship.

*(6) The Commission's further appeal*

[13] The Commission appealed to the Umpire. Before the Umpire, the Commission did not challenge the existence of mitigating and humanitarian grounds and the reduction of the penalty to \$1. The Commission appealed only on the issue of whether the Board of Referees could set aside the notice of violation. This turned on whether or not a notice of violation was

[10] Suite à cela, trois choses se sont produites. Premièrement, le 20 avril 2000, la Commission a rejeté la demande de prestations d'assurance-emploi du demandeur au motif qu'il n'avait pas travaillé le nombre d'heures minimal de 910 heures d'emploi assurable. Il avait travaillé 676 heures d'emploi assurable, et non 954. Deuxièmement, le demandeur avait reçu des prestations; le rejet de la demande du demandeur signifiait que celui-ci avait reçu un paiement en trop de 5 352 \$. Troisièmement, conformément au cadre législatif des sanctions susmentionné, la Commission a infligé au demandeur 16 pénalités totalisant 2 189 \$ pour avoir donné des renseignements faux ou trompeurs dans ses déclarations. Elle lui a aussi donné un avis de violation.

*5) L'appel du demandeur*

[11] Le demandeur a interjeté appel devant le Conseil arbitral [*Loi sur l'assurance-emploi (Re)* (2009), CUB 73416], qui a confirmé que le demandeur n'avait pas droit aux prestations d'assurance-emploi. Il a également rejeté son appel relativement à la pénalité, mais il a réduit le montant de celle-ci à 1 \$. Il a accueilli son appel relativement à l'avis de violation, qu'il a annulé.

[12] La forte réduction de la pénalité et l'annulation de l'avis de violation étaient attribuables à l'établissement de nouvelles circonstances atténuantes. Le demandeur souffrait de plusieurs troubles de santé, dont la démence. Une pénalité importante aurait eu des conséquences graves pour sa famille. Le Conseil arbitral a également accepté la preuve du demandeur sur les actions répréhensibles de son employeur et sur la vulnérabilité des travailleurs agricoles dans cette relation d'emploi.

*6) L'appel ultérieur de la Commission*

[13] La Commission a interjeté appel de la décision devant le juge-arbitre. Devant celui-ci, la Commission n'a contesté ni l'existence de motifs humanitaires et atténuants, ni la réduction de la pénalité à 1 \$. L'appel de la Commission ne portait que sur la question de savoir si le Conseil arbitral pouvait annuler l'avis de violation. Cette question reposait sur celle de savoir s'il

mandatory or automatic under the opening words of subsection 7.1(4) of the Act, which reads as follows:

**7.1 ...**

Violations

(4) An insured person accumulates a violation if in any of the following circumstances the Commission issues a notice of violation to the person:

(a) one or more penalties are imposed on the person under section 38, 39, 41.1 or 65.1, as a result of acts or omissions mentioned in section 38, 39 or 65.1;

(b) the person is found guilty of one or more offences under section 135 or 136 as a result of acts or omissions mentioned in those sections; or

(c) the person is found guilty of one or more offences under the *Criminal Code* as a result of acts or omissions relating to the application of this Act.

[14] If subsection 7.1(4) makes a notice of violation mandatory or automatic whenever the circumstances in paragraphs (a), (b) or (c) are present, then in this case the Board of Referees had no jurisdiction to set aside the notice of violation; the notice of violation had to issue, and upon its issuance, the applicant accumulated a violation and bore the burden of an increase in qualifying hours. If, on the other hand, subsection 7.1(4) makes the issuance of a notice of violation a discretionary matter for the Commission, then the Board of Referees did have the jurisdiction to set aside the notice of violation. That result would have left the applicant with no violation; the number of qualifying hours would have remained the same.

[15] The Umpire allowed the Commission's appeal. The Umpire concluded that subsection 7.1(4) makes a notice of violation mandatory or automatic, and so the Board of Referees had no jurisdiction to set it aside. In the end result, the applicant was to pay a nominal \$1 penalty owing to his strained circumstances, but for the

était obligatoire ou automatique de donner un avis de violation aux termes de la disposition liminaire du paragraphe 7.1(4) de la Loi, lequel est rédigé comme suit :

**7.1 [...]**

Violations

(4) Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation parce que, selon le cas :

a) il a perpétré un ou plusieurs actes délictueux prévus à l'article 38, 39 ou 65.1 pour lesquels des pénalités lui ont été infligées au titre de l'un ou l'autre de ces articles, ou de l'article 41.1;

b) il a été trouvé coupable d'une ou plusieurs infractions prévues à l'article 135 ou 136;

c) il a été trouvé coupable d'une ou plusieurs infractions au *Code criminel* pour tout acte ou omission ayant trait à l'application de la présente loi.

[14] Si aux termes du paragraphe 7.1(4), il est obligatoire ou automatique de donner un avis de violation chaque fois que les faits visés aux alinéas a), b) ou c) se produisent, le Conseil arbitral n'avait pas en l'espèce compétence pour annuler l'avis de violation; l'avis de violation devait être donné et, dès qu'il l'a été, le demandeur s'est rendu responsable d'une violation et devait supporter le fardeau d'une majoration des heures requises. Si, par contre, aux termes du paragraphe 7.1(4), la décision de donner un avis de violation est discrétionnaire et relève de la Commission, le Conseil arbitral avait compétence pour annuler l'avis de violation. Il en résulterait que le demandeur ne se serait rendu responsable d'aucune violation; le nombre d'heures requises serait demeuré le même.

[15] Le juge-arbitre a accueilli l'appel de la Commission. Il a conclu qu'en vertu du paragraphe 7.1(4), l'avis de violation est obligatoire ou automatique et que le Conseil arbitral n'avait donc pas compétence pour l'annuler. En fin de compte, le demandeur devait payer une pénalité nominale de 1 \$ en raison de sa situation

next five years the number of hours he would need to qualify would be higher. Under the Act, his violation was classified as “serious” and so the increase in the number of hours was significant.

[16] In this Court, the applicant has applied for judicial review of the Umpire’s decision.

## B. Analysis

[17] Is the issuance of a notice of violation under subsection 7.1(4) of the Act mandatory and automatic? Or does the Commission have a discretion?

### (1) *Previous decisions of this Court*

[18] As mentioned above, this is not the first time that this issue has come before this Court. Seven decisions have dealt with or have touched upon this issue. Of these, for reasons set out below, *Savard* is the most significant of the seven. Therefore, in analysing these cases, I shall divide them into three categories: the four cases before *Savard*, the *Savard* case, and the two cases after *Savard*.

#### (a) The four cases before *Savard*

[19] Before *Savard*, there were four decisions that touched on this issue. In each of these cases, a fully adversarial context was not present: a benefits claimant, who was unrepresented by counsel, was pitted against the Crown, who was represented by counsel. In three of these cases, *Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan*—all of which *Savard* later corrected—the Court dealt with this issue very briefly and in passing, without a full examination of the statutory framework and the purposes of the Act. Here are the four decisions:

(a) *Canada (Attorney General) v. Geoffroy*, 2001 FCA 105, 273 N.R. 372. In brief, eight-paragraph reasons

difficile, mais pour les cinq années suivantes, le nombre d’heures dont il aurait besoin pour avoir droit aux prestations serait plus élevé. Aux termes de la Loi, sa violation a été qualifiée de « grave » et la majoration du nombre d’heures a donc été importante.

[16] Le demandeur a présenté à la Cour une demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre.

## B. Analyse

[17] Aux termes du paragraphe 7.1(4) de la Loi, est-il obligatoire et automatique de donner un avis de violation, ou la Commission a-t-elle un pouvoir discrétionnaire à cet égard?

### 1) *Jurisprudence de la Cour*

[18] Comme nous le disions plus haut, ce n’est pas la première fois que la Cour est saisie de cette question. Sept décisions en ont déjà traité. Pour les motifs que nous exposerons, l’arrêt *Savard* est la plus importante de ces sept décisions. Par conséquent, pour les analyser, je les diviserai en trois catégories : les quatre décisions antérieures à l’arrêt *Savard*, l’arrêt *Savard* et les deux décisions postérieures à l’arrêt *Savard*.

#### a) Les quatre décisions antérieures à l’arrêt *Savard*

[19] Quatre décisions ont traité de cette question avant l’arrêt *Savard*. Dans aucune d’elles, il n’y avait un contexte réellement contradictoire : un prestataire, qui n’était pas représenté par un avocat, faisait face à la Couronne, laquelle était représentée par un avocat. Dans trois de ces décisions, *Geoffroy*, *Limosi* et *Piovesan* — qui ont toutes trois été ensuite corrigées par l’arrêt *Savard* — la Cour a traité de cette question très brièvement et incidemment, sans procéder à un examen exhaustif du cadre législatif et de l’objet de la Loi. Voici les quatre décisions :

a) *Canada (Procureure générale) c. Geoffroy*, 2001 CAF 105. En bref, au terme de ses motifs exposés en

that did not examine the full statutory context, the Court decided that a “violation” is automatic.

(b) *Canada (Attorney General) v. Limosi*, 2003 FCA 215, [2003] 4 F.C. 481. In this case, the claimant argued that he had not accumulated a “violation” because the notice of violation had not been delivered to him. In the course of rejecting the claimant’s argument, this Court observed that a “violation” is automatic. This observation was made in passing and was not necessary to the outcome of the appeal.

(c) *Canada (Attorney General) v. Szczech*, 2004 FCA 366, 328 N.R. 92. The issue before this Court was whether the five-year period for a “violation” runs from the date of commission of the “violation” or when the Commission issues the notice of violation. This Court held that the period runs from the time that the Commission issues a notice of violation. Although not explicitly stated in *Szczech*, this holding would be consistent with a view that a “violation” is not automatic but happens if and only if the Commission decides to issue a notice of violation—i.e. the Commission has a discretion whether or not to issue a notice of violation.

(d) *Canada (Attorney General) v. Piovesan*, 2006 FCA 245, 353 N.R. 83. The issue before the Court was whether the giving of a warning, instead of the imposition of a monetary penalty, triggered an increase in the number of qualifying hours. This Court answered in the affirmative. In the course of its brief, five-paragraph reasons, it observed (at paragraph 4) that “a person accumulates a violation if the Commission issues a notice of violation”.

(b) The *Savard* case

[20] In *Canada (Attorney General) v. Savard*, 2006 FCA 327, [2007] 2 F.C.R. 429, this Court considered whether a notice of violation must be served on the claimant, as opposed to merely being issued, in order for

huit paragraphes dans lesquels le contexte législatif n’est pas examiné de manière exhaustive, la Cour a décidé qu’une « violation » était automatique.

b) *Canada (Procureure générale) c. Limosi*, 2003 CAF 215, [2003] 4 C.F. 481. Dans cette affaire, le demandeur soutenait qu’il ne s’était pas rendu responsable d’une « violation » parce que l’avis de violation ne lui avait pas été remis. Alors qu’elle rejetait les arguments du demandeur, la Cour a indiqué qu’une « violation » était automatique. Cette observation a été faite de manière incidente et n’était pas nécessaire à l’issue de l’appel.

c) *Canada (Procureur général) c. Szczech*, 2004 CAF 366. La question dont la Cour était saisie était celle de savoir si la période de cinq ans applicable à une « violation » commençait à courir à partir de la date de la commission de la « violation » ou de celle de l’avis de violation par la Commission. La Cour a statué que la période commençait à courir à partir de la date à laquelle un avis de violation lui a été donné par la Commission. Quoique cela n’est pas explicitement dit dans l’arrêt *Szczech*, cette décision serait compatible avec l’opinion selon laquelle une « violation » n’est pas automatique : elle ne se produit que si la Commission décide de donner un avis de violation — autrement dit, la Commission a le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation.

d) *Canada (Procureur général) c. Piovesan*, 2006 CAF 245. La question dont la Cour était saisie était celle de savoir si le fait de donner un avertissement, au lieu d’imposer une pénalité pécuniaire, entraînait la majoration du nombre d’heures requises. La Cour a répondu par l’affirmative. Dans ses brefs motifs contenus en cinq paragraphes, la Cour a indiqué (au paragraphe 4) qu’« il y a violation lorsque la Commission émet un avis de violation ».

b) L’arrêt *Savard*

[20] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Savard*, 2006 CAF 327, [2007] 2 R.C.F. 429, la Cour s’est penchée sur la question de savoir s’il était nécessaire de signifier l’avis de violation au prestataire,

the sanction of increased qualifying hours to be applied. This Court answered that question in the negative.

[21] The Court in *Savard* went further. Taking advantage of the presence of opposing parties represented by counsel, it systematically and exhaustively dealt with the prior four cases in light of the structure of the penalty/violation provisions of the Act. It asked itself whether the earlier jurisprudence was “manifestly wrong” under the test in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 and required correction. The Court in *Savard* answered that in the affirmative—after finally receiving the benefit of full argument and full information (at paragraph 4, *per* Létourneau J.A.), it concluded that *Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan* should be corrected:

Of the five challenges that have been initiated, I must say that this is the first in which, thanks to Quebec Legal Aid, the claimant is represented by counsel, i.e. Mr. Jean-Pierre Marcotte. We were therefore able to have the advantage of some enlightenment that had been absent up to the present, in the absence of adversarial proceedings. I have been convinced, in the light of new arguments made to the Court and of the new documentation filed by the respondent’s counsel [the Human Resources and Social Development Canada, *Digest of Benefit Entitlement Principles*, chapter 18], of the need to revisit the four other previous decisions. I am persuaded that three of these decisions [*Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan*], in some aspects, would not have been the same if this enlightening additional information could have been brought to the attention of the members of the various panels that rendered them. This is a situation that meets the test propounded in *Miller v. Canada (Attorney General)* [citation omitted], and it is warranted to make the necessary corrections to those decisions.

[22] Fortuitously, a majority of the panel in *Savard*—Décary, Létourneau and Nadon J.J.A.—had first-hand knowledge of some of the cases it was correcting. Décary J.A. authored the unanimous reasons in *Geoffroy* and *Piovesan*. Létourneau J.A. wrote the unanimous reasons in *Limosi*, and Décary J.A. was part of that panel too. A majority of the panel in *Savard* were revisiting their own previous decisions—assisted, for

plutôt que seulement l’émettre, pour que la sanction de majoration des heures requises s’applique. La Cour a répondu à cette question par la négative.

[21] La Cour est allée plus loin dans l’arrêt *Savard*. Bénéficiant de la présence de parties adverses représentées par des avocats, elle a examiné de manière systématique et exhaustive les quatre affaires précédentes à la lumière de la structure des dispositions de la Loi ayant trait aux pénalités et aux violations. Elle s’est demandé si la jurisprudence antérieure était « manifestement erronée » au regard du critère énoncé dans l’arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, et devait être rectifiée. Dans l’arrêt *Savard*, la Cour a répondu à la question par l’affirmative — après avoir enfin bénéficié d’observations et d’informations exhaustives (au paragraphe 4, par le juge Létourneau), et a conclu que les décisions *Geoffroy*, *Limosi* et *Piovesan* devaient être corrigées :

Des cinq contestations entreprises, je dois dire que celle-ci est la première où, grâce à l’Aide juridique du Québec, le prestataire est représenté par avocat, en l’occurrence M<sup>e</sup> Jean-Pierre Marcotte. Nous avons donc pu bénéficier d’un éclairage qui jusqu’à présent, en l’absence de débats contradictoires, était manquant. Des arguments nouveaux présentés à la Cour et de la documentation nouvelle produite par le procureur du défendeur [Ressources humaines et Développement social Canada, *Le guide de la détermination de l’admissibilité*, Chapitre 18] m’ont convaincu de la nécessité de revisiter les quatre autres décisions antérieures. Je suis satisfait que trois de ces décisions [*Geoffroy*, *Limosi* et *Piovesan*], sous certains aspects, n’auraient pas été les mêmes si cette information additionnelle dont nous avons pu bénéficier avait pu être portée à la connaissance des membres des diverses formations qui les ont entendues. Il s’agit d’une situation qui rencontre le test de l’arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)* [référence omise], et où nous sommes justifiés d’apporter à ces décisions les rectifications requises.

[22] De manière fortuite, la majorité des membres du tribunal dans l’arrêt *Savard*, formé par les juges Décary, Létourneau et Nadon, avaient une connaissance personnelle des causes qu’ils corrigeaient. Le juge Décary était l’auteur des motifs unanimes de la Cour dans les arrêts *Geoffroy* et *Piovesan*. Dans l’arrêt *Limosi*, le juge Létourneau a rédigé les motifs unanimes de la Cour et le juge Décary faisait également partie du tribunal. Dans

the first time on this issue, by counsel on both sides and by new information.

[23] Writing for the unanimous Court, in *Savard*, Létourneau J.A. examined the words of subsection 7.1(4), the relevant scheme of the Act (namely sections 7.1, 38, 40, 41.1, 125 and 135), and the purpose of the Act. This was an approach to interpretation consistent with that prescribed by the Supreme Court of Canada in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R.559, at paragraphs 26 and 27. As a result of its examination, this Court concluded that indeed the Commission does have the discretion to decide whether or not to issue a notice of violation. Put another way, the Commission *may* issue a notice of violation as an additional sanction, but it is not mandatory. The Court put it this way in *Savard* (at paragraph 25):

If the act or omission is serious enough, the Commission may decide it is appropriate to impose an additional sanction and find that there has been a violation within the meaning of section 7.1. This sanction takes the form of the issuance of a notice of violation under subsection 7.1(4).

Later in its reasons, the Court added (at paragraphs 37–38):

The Commission has discretion to impose sanctions when one or more of the acts or omissions set out in subsection 38(1) have been committed. It also has the discretion, within the limits provided by the Act, to choose the deterrent measure(s) appropriate in the circumstances, should more than one punitive measure prove necessary to fulfill the purposes of the Act. Instead of imposing a monetary penalty, it may choose, as section 41.1 allows it to do, to give the claimant a warning, which may be followed by a notice of violation as defined in section 7.1.

...

On the other hand, if the circumstances of the perpetration of the act or omission require, in the Commission's opinion, more than a monetary sanction, the Commission may reinforce or augment the monetary sanction by issuing a notice of violation pursuant to subsection 7.1(4). The violation

l'arrêt *Savard*, la majorité des membres du tribunal révisaient leurs propres décisions antérieures — en bénéficiant, pour la première fois sur cette question, de l'aide des avocats des deux parties adverses et de nouvelles informations.

[23] Le juge Létourneau, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Savard*, a examiné les termes du paragraphe 7.1(4), le régime pertinent de la Loi (soit les articles 7.1, 38, 40, 41.1, 125 et 135) et l'objet de la Loi. Cette méthode d'interprétation était conforme à ce que la Cour suprême du Canada a prescrit dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27. Au terme de son examen, la Cour a conclu que la Commission a effectivement le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'émettre un avis de violation. Autrement dit, la Commission peut donner un avis de violation à titre de sanction additionnelle, mais ce n'est pas obligatoire. La Cour s'est exprimée dans les termes suivants dans l'arrêt *Savard* (au paragraphe 25) :

Devant la gravité des actes délictueux posés, la Commission peut décider qu'il y a lieu d'imposer une sanction additionnelle et de tenir l'auteur des actes responsable d'une violation au sens de l'article 7.1. Cette sanction se concrétise par l'émission (*issue*) d'un avis de violation selon le paragraphe 7.1(4).

Plus loin dans ses motifs, la Cour ajoute (aux paragraphes 37 et 38) :

La Commission possède un pouvoir discrétionnaire d'imposer des sanctions lorsqu'un ou des actes délictueux prévus au paragraphe 38(1) ont été commis. Elle possède également, dans les limites prévues par la Loi, la discrétion de choisir la ou les mesures dissuasives appropriées dans les circonstances, si plus d'une mesure de sanction s'avère nécessaire pour rencontrer les objectifs de la Loi. Plutôt que d'imposer une peine pécuniaire, elle peut choisir, comme le lui permet le paragraphe 41.1, de donner au prestataire un avertissement, qu'elle peut faire suivre d'un avis de violation tel que défini à l'article 7.1.

[...]

Par contre, si les circonstances de la perpétration des actes délictueux requièrent, de l'avis de la Commission, plus qu'une sanction pécuniaire, celle-ci peut renforcer ou bonifier la sanction pécuniaire en émettant un avis de violation conformément au paragraphe 7.1(4). La violation prend alors

then arises as of the day when the notice is issued and the date of this violation is the date on which the notice is issued. [Emphasis added.]

naissance du jour où l’avis est émis et la date de cette violation est celle à laquelle l’avis est émis. [Non souligné dans l’original.]

(c) The cases after *Savard*

c) Les décisions postérieures à l’arrêt *Savard*

[24] Immediately after *Savard*, this Court decided two more cases and made comments consistent with *Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan*, and inconsistent with *Savard*. These cases did not mention *Savard*; *Savard* was not cited to the Court in argument. Just as in *Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan*, the discussion of the issue in these two cases was brief, in passing, and without a full examination of the statutory framework and the purposes of the Act. Just as in *Geoffroy*, *Limosi* and *Piovesan*, a fully adversarial context was not present: a benefits claimant, who was unrepresented by counsel, faced the Crown, who was represented by counsel. These two post-*Savard* cases are:

[24] Immédiatement après l’arrêt *Savard*, la Cour a tranché deux autres affaires et a fait des commentaires compatibles avec les arrêts *Geoffroy*, *Limosi* et *Piovesan*, et incompatibles avec l’arrêt *Savard*. Ces décisions ne mentionnaient pas l’arrêt *Savard*; l’arrêt *Savard* n’a pas été citée dans les plaidoiries. Comme dans les arrêts *Geoffroy*, *Limosi* et *Piovesan*, l’analyse de la question dans ces deux affaires était brève, incidente et ne reposait pas sur un examen exhaustif du cadre législatif et de l’objet de la Loi. Également, comme dans ces trois mêmes affaires, il n’y avait pas un contexte réellement contradictoire : un prestataire, qui n’était pas représenté par un avocat, faisait face à la Couronne, laquelle était représentée par un avocat. Ces deux décisions postérieures à l’arrêt *Savard* sont :

(a) *Canada (Attorney General) v. Kaur*, 2007 FCA 287, 368 N.R. 273. The issue was whether the Umpire could reverse the Commission’s decision to impose a penalty, issue a warning instead, and cancel a notice of violation. This Court held that the Umpire could not freely substitute his decision for that of the Commission. In the course of its reasons, at paragraph 34, this Court observed in passing that under subsection 7.1(1) of the Act, “a notice of violation follows when a penalty is imposed under subsection 7.1(4) of the Act” and “[n]either the Commission, nor the Umpire has any discretion in this regard.” The benefits claimant was unrepresented by counsel.

a) *Canada (Procureur général) c. Kaur*, 2007 CAF 287. La question en litige consistait à savoir si le juge-arbitre pouvait infirmer la décision de la Commission d’infliger une pénalité pour donner plutôt un avertissement, et annuler l’avis de violation. La Cour a statué qu’il n’était pas loisible au juge-arbitre de substituer sa propre décision à celle de la Commission. Dans ses motifs, au paragraphe 34, la Cour a fait observer de manière incidente qu’aux termes du paragraphe 7.1(1) de la Loi, « un avis de violation est donné lorsque est infligée une pénalité pour une infraction prévue au paragraphe 7.1(4) de la Loi » et « [n]i la Commission ni le juge-arbitre ne dispose d’un pouvoir discrétionnaire à cet égard ». Les prestataires n’étaient pas représentés par un avocat.

(b) *Patry v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 301. In the course of determining a judicial review from a decision of the Umpire under the Act, the Court observed in passing (at paragraph 9) that a “notice of violation ... was a mandatory consequence of the imposition of the penalty under subsection 38(1) of the Act.” Whether or not the notice of violation was

b) *Patry c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 301. Dans le cadre d’un contrôle judiciaire d’une décision d’un juge-arbitre rendue en vertu de la Loi, la Cour a fait observer de manière incidente (au paragraphe 9) qu’un « avis de violation [...] était une conséquence obligatoire de la pénalité imposée en application du paragraphe 38(1) de la Loi ». La question de savoir si

mandatory does not appear to have been the focus of the applicant's judicial review proceeding.

(2) *The parties' submissions in this case*

[25] The applicant submitted that this Court's decision in *Savard* is the governing authority, and the four decisions before it and the two decisions after it should not be followed. In his view, subsection 7.1(4) of the Act, properly interpreted, gives the Commission the discretion not to issue a notice of violation.

[26] The respondent Crown submitted that this Court's comments in *Savard* concerning this issue were *obiter*. As a result, this Court should revisit the issues in *Savard*. In its view, the Commission has no discretion whether or not to issue a notice of violation. This result, it says in its memorandum, is consistent with the Act's purpose: "to deter abuse of the employment insurance scheme by imposing an additional sanction on claimants who attempt to defraud the system". The respondent did not refer the Court to any material, such as *Hansard* or legislative history, which might evidence the purpose it posited. Such material has been found to be useful in interpreting social benefits legislation: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080, at pages 1105 to 1113.

(3) *Is Savard obiter?*

[27] It is true that the issue in *Savard*, narrowly construed, was whether a notice of violation must be served on the claimant in order for the sanction of increased qualifying hours to be applied. Its finding, that service is not required, did not require the Court to determine whether issuance of a notice of violation is mandatory or automatic. I agree with the respondent

l'avis de violation était obligatoire ne semble pas avoir été le point principal de la procédure de contrôle judiciaire du demandeur.

2) *Les observations des parties dans la présente affaire*

[25] Le demandeur a fait valoir que l'arrêt *Savard* de la Cour est la décision faisant autorité et que les quatre décisions qui lui sont antérieures ainsi que les deux autres qui lui sont postérieures ne devraient pas être suivies. À son avis, le paragraphe 7.1(4) de la Loi, interprété convenablement, donne à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner d'avis de violation.

[26] La Couronne défenderesse a quant à elle fait valoir que les commentaires de la Cour dans l'arrêt *Savard* en ce qui a trait à cette question étaient incidents. En conséquence, la Cour devrait revoir les questions soulevées dans l'arrêt *Savard*. Selon le défendeur, la Commission n'a pas le pouvoir discrétionnaire de donner ou non un avis de violation. Ce résultat, à ses dires, est conforme à l'objet de la Loi de [TRADUCTION] « dissuader les violations au régime d'assurance-emploi en imposant une sanction additionnelle aux prestataires qui tentent d'abuser du système ». Le défendeur n'a présenté à la Cour aucun document, tel que le *Hansard* ou l'historique de la loi, qui aurait pu démontrer l'objet qu'il faisait valoir. De tels documents ont déjà été utiles pour interpréter la législation en matière de prestations sociales : *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080, aux pages 1105 à 1113.

3) *La conclusion dans l'arrêt Savard est-elle un obiter dictum?*

[27] Il est vrai que la question soulevée dans l'arrêt *Savard*, interprétée de manière étroite, consistait à savoir si un avis de violation devait être signifié au prestataire pour que la sanction de majoration des heures requises s'applique. Pour conclure que la signification n'était pas requise, la Cour n'avait pas à trancher la question de savoir si l'émission d'un avis de violation



that that determination in *Savard* was not legally necessary for its decision. In that most strict legal sense, it was *obiter*. However, I do not agree with the respondent that this Court's comments in *Savard* should be disregarded. Far from it.

[28] The doctrine of “*obiter dictum*” used to hold sway in Anglo-Canadian jurisprudence. Under that doctrine, later courts were not bound, and indeed could ignore, rulings and observations that, strictly speaking, were unnecessary for the case to be decided. But, in recent decades, this doctrine has held much less sway. For example, in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), the plaintiff alleged that the defendant bank was negligent when it provided an opinion of credit-worthiness. But the bank escaped liability because of an exculpatory clause. Strictly speaking, the House of Lords did not have to rule on whether negligent misstatement could give rise to liability, but did so, and confirmed that liability could indeed arise. Ever since that time, Anglo-Canadian courts have applied that ruling, a ruling that was indisputably *obiter*.

[29] Today, many decisions of our Supreme Court advance propositions that, strictly speaking, are not central to the disposition of the case, yet those propositions often are cited with appropriate force in later cases.

[30] The real question is the extent to which a later court should consider itself bound by earlier *obiter*. Some *obiter* is purely gratuitous in the circumstances and is not grounded on the full submissions of opposing parties. However, some *obiter* is prompted by circumstances of strong practicality and justice, and is informed by full submissions from adverse parties represented by counsel.

était obligatoire ou automatique. Je conviens avec le défendeur que cette conclusion dans l'arrêt *Savard* n'était pas juridiquement nécessaire pour la décision. Au sens strictement juridique, il s'agissait d'une remarque incidente. Je ne suis toutefois pas d'accord avec le défendeur pour dire qu'il ne doit pas être tenu compte des commentaires de la Cour dans l'arrêt *Savard*. Loin de là.

[28] La doctrine de l'« *obiter dictum* » était auparavant appliquée dans la jurisprudence anglo-canadienne. En vertu de cette doctrine, les cours n'étaient pas liées dans leurs décisions ultérieures par les conclusions et observations qui, au sens strict, n'étaient pas nécessaires pour trancher l'affaire, et en fait elles pouvaient même omettre d'en tenir compte. Toutefois, cette doctrine n'a pas été appliquée rigoureusement les dernières décennies. Par exemple, dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), la demanderesse prétendait que la banque défenderesse avait été négligente lorsqu'elle avait donné une opinion sur la solvabilité. Or, la banque échappait à toute responsabilité grâce à une clause d'exonération. À strictement parler, la Chambre des lords n'avait pas à décider si des déclarations inexactes faites de manière négligente pouvaient engager la responsabilité de la banque, mais elle l'a fait et a confirmé que la banque pouvait effectivement être tenue responsable. Depuis ce temps, les tribunaux anglo-canadiens ont suivi cette décision, qui constituait incontestablement un *obiter dictum*.

[29] Aujourd'hui, plusieurs arrêts de notre Cour suprême comportent des propositions qui, bien qu'elles ne soient pas strictement nécessaires pour statuer sur l'affaire, sont souvent citées avec l'autorité appropriée dans des affaires subséquentes.

[30] La question véritable est de savoir dans quelle mesure une cour doit se considérer comme liée par un *obiter dictum* antérieur. Certaines remarques incidentes sont tout à fait gratuites dans les circonstances et ne sont pas fondées sur les observations exhaustives des parties adverses. Néanmoins, certaines autres découlent de considérations importantes sur le plan pratique et de la justice et font suite aux observations exhaustives de parties adverses représentées par des avocats.

[31] In my view, we should consider ourselves bound by the *obiter* determination in *Savard*. That Court was prompted by strong practicality and justice and had the benefit, a rare one in this context, of full submissions by adverse parties who were represented. For the first time, it was “in a position to describe finally, and with ... some coherence, the [employment insurance] system adopted by Parliament and how it works” (at paragraph 18). This enabled it to examine previous case law that was not informed by adversarial submissions advanced by opposing lawyers and to correct that case law if it turned out to be “manifestly wrong”: *Miller*, above, at paragraph 10. Letting this opportunity slip by might have left the shortcomings of earlier jurisprudence to continue to be applied in future cases, with detrimental results. Further, as noted above, a majority of the panel in *Savard* had sat on panels in the earlier cases and felt the need to review and correct its previous decisions. In my view, in these circumstances, *Savard* truly determined this matter for all practical intents and purposes.

(4) *Was Savard correctly decided?*

[32] The respondent Crown argued that *Savard* was incorrectly decided and should not be followed. To assess this submission, I examined the reasoning and result in *Savard* in light of the language of subsection 7.1(4), the scheme of the Act, and the purpose of the Act.

[33] In my view *Savard* is correct for the reasons it offered. Therefore, I adopt the reasoning and result in *Savard* and apply it to this case. In my view, the Commission does have discretion under subsection 7.1(4) of the Act to issue a notice of violation or not to issue a notice of violation, depending on the circumstances.

[34] In addition to the reasoning and result in *Savard*, and with the benefit of the full submissions that the Court received from the parties before us who were both

[31] À mon avis, nous devrions nous considérer comme liés par l'*obiter dictum* de l'arrêt *Savard*. La Cour l'a prononcé eu égard à des considérations importantes sur le plan pratique et de la justice et elle bénéficiait, ce qui est rare dans ce contexte, d'observations exhaustives de parties adverses représentées par des avocats. Pour la première fois, elle était « en mesure enfin de décrire avec [...] une certaine cohérence le système [d'assurance-emploi] adopté par le législateur et son fonctionnement » (au paragraphe 18). Cela lui permettait d'examiner la jurisprudence antérieure qui n'avait pas été éclairée par les observations d'avocats de parties adverses et de la corriger si elle se révélait « manifestement erronée » : arrêt *Miller*, précité, au paragraphe 10. Rater cette occasion aurait pu avoir pour effet de laisser les défauts de la jurisprudence antérieure s'appliquer encore dans les causes futures, ce qui aurait été néfaste. De plus, comme nous le notions précédemment, la majorité des membres du tribunal dans l'arrêt *Savard* avaient siégé dans les causes antérieures et considéraient qu'il était nécessaire de corriger leurs décisions antérieures. À mon avis, dans ces circonstances, l'arrêt *Savard* règle véritablement cette question en pratique.

4) *La conclusion dans l'arrêt Savard était-elle bien fondée?*

[32] La Couronne défenderesse soutient que la conclusion dans l'arrêt *Savard* était mal fondée et qu'elle ne devrait pas être suivie. Pour me prononcer sur cette prétention, j'ai étudié le raisonnement et l'issue de l'arrêt *Savard* à la lumière du libellé du paragraphe 7.1(4) ainsi que du régime et de l'objet de la Loi.

[33] À mon avis, la conclusion dans l'arrêt *Savard* est bien fondée, pour les motifs qui y sont exposés. Par conséquent, j'adopte le raisonnement et l'issue de l'arrêt *Savard* et je les applique à la présente espèce. À mon avis, la Commission a le pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 7.1(4) de donner ou non un avis de violation, selon les circonstances.

[34] J'ai adopté le raisonnement et l'issue de l'arrêt *Savard*, mais comme j'ai bénéficié des observations exhaustives présentées à la Cour par les parties, lesquelles

represented, I offer four further reasons in support of my conclusion that *Savard* was correctly decided and that the Commission has this discretion under subsection 7.1(4).

### I

[35] Parliament could have drafted the legislation to require that the Commission must issue a notice of violation upon the happening of any circumstance described in section 7.1. It did not do so. Subsection 7.1(4) states that a person accumulates a violation “if in any of the following circumstances the Commission issues a notice of violation to the person” (emphasis added).

### II

[36] Interpreting subsection 7.1(4) as imposing a mandatory or automatic sanction would sit in startling contrast with the rest of this administrative regime. This is an administrative regime that, at every step, bestows administrative discretion of the widest sort to the Commission. The Commission has the discretion whether to proceed with a penal process or an administrative process: section 40 and subsection 135(2) of the Act. If a penal process is chosen, the Commission has the discretion to prosecute under subsection 135(1) of the Act or under the *Criminal Code*. If an administrative process is chosen, the Commission has the discretion under section 41.1 of the Act to impose a monetary sanction, or just a warning. If a pecuniary sanction is chosen, the Commission has the discretion under section 38 concerning the amount, up to the maximum under the Act. In the midst of this sea of discretion, did Parliament really intend to create an anomalous island of mandatory and automatic sanction, and a tough sanction at that? In my view, given the framework of this administrative regime, only the clearest of words would make that so.

### III

[37] The overall purpose of the Act is “to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to

étaient toutes deux représentées par des avocats, je donnerai quatre autres raisons pour expliquer pourquoi j’estime que la conclusion dans l’arrêt *Savard* était bien fondée et que la Commission a un pouvoir discrétionnaire concernant l’avis en vertu du paragraphe 7.1(4).

### I

[35] Le législateur aurait pu rédiger le texte de loi de manière à prescrire à la Commission de donner un avis de violation lorsque se produit l’une des circonstances mentionnées à l’article 7.1. Or, il ne l’a pas fait. Le paragraphe 7.1(4) prévoit qu’il y a violation « lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation » (non souligné dans l’original).

### II

[36] Interpréter le paragraphe 7.1(4) comme s’il imposait une sanction obligatoire ou automatique contredirait de façon manifeste le reste du régime administratif. Il s’agit d’un régime administratif qui, de manière constante, confère un pouvoir discrétionnaire le plus large possible à la Commission. Celle-ci a le pouvoir discrétionnaire d’intenter une poursuite pénale ou une poursuite administrative : article 40 et paragraphe 135(2) de la Loi. Si elle choisit la poursuite pénale, la Commission a le pouvoir discrétionnaire de procéder à cette poursuite en vertu du paragraphe 135(1) de la Loi ou en vertu du *Code criminel*. Si elle choisit la poursuite administrative, la Commission a le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l’article 41.1, de la Loi d’imposer une sanction pécuniaire ou seulement un avertissement. Si elle choisit la sanction pécuniaire, la Commission a le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l’article 38, d’imposer un montant pouvant aller jusqu’à la sanction maximale prévue par la Loi. En pleine mer discrétionnaire, le législateur avait-il vraiment l’intention de créer une île solitaire où serait infligée une sanction obligatoire et automatique, et qui plus est une sanction sévère? À mon avis, étant donné le cadre du régime administratif, seuls des termes extrêmement clairs auraient pu justifier une telle interprétation.

### III

[37] L’objet général de la Loi est « “d’établir un régime d’assurance sociale aux fins d’indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur

provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market””: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at page 41. In the case of social benefits legislation such as this, “any doubt arising from the difficulties of the language should be resolved in favour of the claimant””: *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at page 10 and see also *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, above, at pages 1113 to 1115. To the extent that subsection 7.1(4) is ambiguous on the issue of whether the Commission has the discretion not to issue a notice of violation, that ambiguity should be resolved in favour of the claimant.

[38] In this regard, as noted above, the respondent Crown has asserted that the purpose of section 7.1 is “to deter abuse of the employment insurance scheme by imposing an additional sanction on claimants who attempt to defraud the system”. I agree that that is the purpose of section 7.1. But that is the purpose that underlies the rest of the sanctioning regime in the Act too. As we have seen, the sanctioning regime in the Act is suffused with multiple administrative discretions. The purpose that the Crown posits for section 7.1 does not necessarily lead to the conclusion that when one of the circumstances in subsection 7.1(4) is present, a notice of violation is, unlike all of the other sanctions in this sanctioning regime, automatic.

#### IV

[39] Interpretations that give rise to unexpectedly harsh or inequitable consequences should be avoided unless clearly required by the wording, structure and purposes of the Act : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27. In a scholarly and helpful article, “Les sanctions administratives de l’assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression” (2009), 50 *C. de D.* 825, Professor Pierre Issalys addresses the harshness of interpreting subsection 7.1(4) as imposing a mandatory “sur-sanction”, a severe sanction on top of another sanction.

emploi et d’assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail” » : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la page 41. Dans le cas d’une loi prévoyant des prestations sociales comme en l’espèce, « tout doute découlant de l’ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du prestataire » : *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, à la page 10; voir aussi *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, précité, aux pages 1113 à 1115. Dans la mesure où le paragraphe 7.1(4) est ambigu sur la question de savoir si la Commission a le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner un avis de violation, cette ambiguïté devrait se résoudre en faveur du prestataire.

[38] À cet égard, comme nous l’avons noté précédemment, la Couronne défenderesse a fait valoir que l’objet de l’article 7.1 était de [TRADUCTION] « dissuader les violations au régime d’assurance-emploi en imposant une sanction additionnelle aux prestataires qui tentent d’abuser du système ». Je conviens qu’il s’agit de l’objet de l’article 7.1, mais il s’agit également de l’objet sous-jacent des autres sanctions prévues par la Loi. Comme nous l’avons vu, les sanctions prévues par la Loi sont tributaires d’un régime prévoyant de vastes pouvoirs discrétionnaires administratifs. L’objet que la Couronne considère être celui de l’article 7.1 ne conduit pas nécessairement à la conclusion que, lorsque l’un des faits visés au paragraphe 7.1(4) se produit, un avis de violation est, contrairement à toutes les autres sanctions dans ce régime de sanctions, automatique.

#### IV

[39] Il importe d’éviter les interprétations qui entraînent des conséquences sévères ou inéquitables, sauf lorsque cela est clairement requis par le libellé, la structure et l’objet de la Loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. Dans un article de doctrine utile en l’espèce, « Les sanctions administratives de l’assurance-emploi : entre solidarité, assurance et répression » (2009), 50 *C. de D.* 825, le professeur Pierre Issalys estime que l’interprétation rigoureuse du paragraphe 7.1(4) comme imposant une « sur-sanction » ajoute une sanction sévère à une autre sanction.

[40] In my view, the Crown's interpretation of subsection 7.1(4) would impose an unexpectedly harsh or inequitable consequence. Suppose that, as in the case at bar, the Commission has levied the smallest of penalties against a claimant (\$1) in response to mitigating circumstances and out of humanitarian concern. The Crown's interpretation of subsection 7.1(4) would require the claimant to accumulate a greater number of hours before qualifying for benefits and for many that might be an extremely tough sanction. Such an interpretation would have a particularly severe impact upon those who must claim benefits periodically due to the nature of their employment, such as seasonal workers. In my view, to effect such a result, clearer language in subsection 7.1(4) is necessary.

*(5) Applying the conclusions to the facts of this case*

[41] It follows from the foregoing that the Commission did have the discretion under subsection 7.1(4) of the Act whether or not to issue a notice of violation. A notice of violation is not mandatory or automatic under subsection 7.1(4). To the extent that this Court's decisions in *Geoffroy*, *Limosi*, *Piovesan*, *Kaur* and *Patry* suggest otherwise, they should not be followed.

[42] I conclude that the Board of Referees did have the jurisdiction to set aside the notice of violation. The Umpire erred in holding to the contrary.

C. Proposed disposition

[43] Therefore, I would grant the application for judicial review, quash the decision of the Umpire, and restore the decision of the Board of Referees.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

[40] À mon avis, l'interprétation donnée par la Couronne au paragraphe 7.1(4) entraînerait une conséquence exagérément sévère ou inéquitable. Supposons que, comme c'est le cas en l'espèce, la Commission impose la pénalité la plus légère à l'encontre d'un prestataire (1 \$) en raison de circonstances atténuantes et de considérations d'ordre humanitaire. L'interprétation donnée par la Couronne au paragraphe 7.1(4) obligerait le prestataire à accumuler un plus grand nombre d'heures avant d'être admissible au bénéfice des prestations et, pour de nombreuses personnes, cela pourrait constituer une sanction extrêmement sévère. Une telle interprétation aurait une incidence particulièrement sévère sur ceux qui doivent demander des prestations périodiquement en raison de la nature de leur emploi, comme les travailleurs saisonniers. À mon avis, pour atteindre à un tel résultat, le libellé du paragraphe 7.1(4) aurait dû être plus clair.

*5) Application des conclusions aux faits de l'espèce*

[41] Il découle de ce qui précède que la Commission avait le pouvoir discrétionnaire, en vertu du paragraphe 7.1(4) de la Loi, de donner ou non un avis de violation. Un avis de violation n'est ni obligatoire, ni automatique aux termes du paragraphe 7.1(4). Dans la mesure où les décisions de la Cour dans les affaires *Geoffroy*, *Limosi*, *Piovesan*, *Kaur* et *Patry* ne vont pas dans ce sens, elles ne devraient pas être suivies.

[42] Je conclus que le Conseil arbitral avait compétence pour annuler l'avis de violation. Le juge-arbitre a commis une erreur en concluant le contraire.

C. Dispositif proposé

[43] Par conséquent, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du juge-arbitre et je rétablirais la décision du Conseil arbitral.

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

LE JUGE PELLETIER, 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.*

---

## ACCESS TO INFORMATION

Appeal from Federal Court decision (2009 FC 339) dismissing judicial review of respondent's decision to redact portions of annual human rights reports concerning Afghanistan—Appellant complaining to Office of the Information Commissioner pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 that redactions excessive—Commissioner determining *inter alia* that respondent properly invoking Act, s. 15(1) in withholding information—Federal Court satisfied that decision not to disclose portions of reports open to decision maker under s. 15(1)—However, Federal Court not expressly considering whether respondent having considered both applicability of s. 15(1) to redacted information, exercise of discretion with respect to application of exemption—Whether Federal Court erring in establishing burden of proof, in finding that respondent's discretion under s. 15(1) exercised—Federal Court erring in law in relying upon *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421 (*Telezone*) to place burden of proof upon appellant—Reasons in *Telezone*, when read in their entirety, showing that burden of proof depending upon particular circumstances before Court—In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), Court finding that, in view of peculiar circumstances therein, applicant could not be made to assume evidential burden of proof—*Telezone* distinguishing, not overturning, *Ruby*—Circumstances herein analogous to those before Court in *Ruby*—Appellant not required to establish that respondent failing to consider exercise of discretion—As to exercise of respondent's discretion, nothing in public, *ex parte* record demonstrating that decision maker considering existence of discretion—However, absence of such evidence not determinative of issue—Conversely, existence of statement in record that discretion exercised not necessarily determinative—Court unable herein to infer that decision maker understanding, considering that s. 15(1) conferring discretion to disclose or refuse to disclose information—Appeal allowed.

ATTARAN V. CANADA (FOREIGN AFFAIRS) (A-198-09, 2011 FCA 182, Dawson J.A., judgment dated May 27, 2011, 30 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) finding applicant not Convention refugee, person in need of protection—Applicant, citizen of Dominica, applying for refugee status while in detention for assault—Receiving Claimant's Confirmation of Readiness, Notice to Appear from RPD—Upon release, applicant seeking counsel, legal aid certificate in counsel's name—Applicant advised by RPD registrar of upcoming scheduling conference—Applicant attending refugee hearing without counsel, believing to attend scheduling conference—RPD refusing applicant's request to postpone hearing, finding applicant economic migrant having no well-founded fear of persecution, torture—Whether RPD denying applicant procedural fairness by not postponing hearing—RPD failing to consider totality of evidence so as to apply relevant *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, r. 48(4) factors meaningfully—RPD thus not addressing timing of application for postponement pursuant to r. 48(4)(a); failing to consider applicant's diligence, difficulties in securing

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

counsel after release; not mentioning whether applicant having sufficient time to gather evidence pursuant to r. 48(4)(e)—Application allowed.

CHARLES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7024-10, 2011 FC 852, Mosley J., judgment dated July 8, 2011, 12 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Permanent Residents*

Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board upholding visa officer's refusal to renew applicant's permanent resident status for failing to comply with residency obligations pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 28—Applicant spending only 319 days in Canada in five years preceding application for renewal—Absences resulting from operation of business—IAD finding little indicia of applicant's company operating within Canada—Concluding that company set up primarily to allow applicant to comply with residency obligations pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 61(1),(2)—Citizenship and Immigration Canada *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF23 providing little guidance on applicability of s. 61 to small businesses—However, provisions applying to large, small companies—Case law not helpful in providing information as to what criteria used in determining whether Canadian corporation having “ongoing operation”—Such determination question of fact determined by nature, degree of activity of companies in each individual case—No particular indicia determinative—In circumstances herein, presumption that decision maker having considered all evidence rebutted—IAD decision not meeting requirements of justification, transparency applicable under reasonableness standard—Helpful if IAD more precise as to which indicia examined when considering application of Regulations, s. 61 to small scale businesses started by new permanent residents involving developing clientele abroad—Application allowed.

DURVE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4936-10, 2011 FC 995, Gauthier J., judgment dated August 12, 2011, 13 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW**

## CHARTER OF RIGHTS

*Fundamental Freedoms*

Judicial review of Treasury Board decision approving modification to RCMP pay, benefits package by cancelling market adjustment, reducing economic increase, cancelling increase to service pay—Pay Council providing recommendation to RCMP Commissioner, Treasury Board in respect of salary, benefits for RCMP members—Treasury Board initially accepting Pay Council recommendations—However, Treasury Board limiting wage increases in view of negative economic outlook—Applicants submitting that Treasury Board decision, provisions of *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2 (ERA), s. 393 breaching *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(d)—Issues whether: (1) Treasury Board decision violating Charter, s. 2(d); (2) Charter, s. 1 saving violation; (3) decision breach of contract—Issue 1: Pay Council's work not equivalent to collective bargaining—However, Supreme Court holding in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20 that all employees having right to make collective representations—Pay Council process therefore important, protected by s. 2(d)—Use of word “impossible” (i.e. impossible to meaningfully exercise right to associate) by Supreme Court in test set out in *Fraser* to determine s. 2(d) breach not constituting paramount consideration or threshold—Test applied in *Fraser* applicable herein—ERA giving statutory effect to Treasury Board decision—ERA provisions confirming Treasury Board's decision to unwind previous agreement, restricting manner of dealing with future agreements—Treasury Board decision, ERA preventing Pay Council from making representations, constituting violation of s. 2(d)—Issue 2: Breach of s. 2(d) not saved by Charter, s. 1—Application herein of test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 finding, *inter alia*, that aim of providing leadership, showing restraint, respect for public money abstract, not pressing, substantial; unilateral action, disregard for Pay Council process not minimally impairing; deleterious effects of ERA outweighing salutary effects—Issue 3: *Royal Canadian Mounted Police Act*,

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

R.S.C., 1985, c. R-10, s. 22 giving Treasury Board power to set terms of rates of pay—Such exercise of power not amounting to breach of contract—Treasury Board therefore not liable for damages in breach of contract—Application allowed.

MEREDITH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-50-09, 2011 FC 735, Heneghan J., judgment dated June 21, 2011, 45 pp.)

**CROWN**

Judicial review of decisions by respondents (Montreal Port Authority, Canada Broadcasting Corporation) refusing to pay late payment supplements (LPS) following decision in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427 obliging respondents to make payments in lieu of taxes (PILT) to applicant under *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13—In event of unreasonable delay, payment of interest in form of LPS possible under *Crown Corporation Payments Regulations*, SOR/81-1031—Respondents refusing to make full PILT, arguing legal deduction of equivalent of municipal tax increase from PILT, exclusion of value of silos, piers located in Port of Montréal—Respondents compelling applicant to institute legal proceedings, delaying full remittance of PILT—By acting unilaterally, respondents opening door to possibility of having to pay LPS—Taxpayers challenging notice of assessment, losing before courts cannot refuse to pay government interest because they thought they had good case—Taxpayers must pay amount due, without government specifically requesting taxpayers to do so—In cases where amount contested, interest accruing if taxpayers not paying amount on interim basis—Logic of tax system preserved for remittance of PILT—In event of unreasonable delay, taxing authority expecting to receive LPS if ultimately successful—Applications allowed.

MONTREAL (CITY) V. MONTREAL PORT AUTHORITY (T-833-10, T-936-10, 2011 FC 937, Martineau J., judgment dated July 27, 2011, 16 pp.)

**INCOME TAX**

## REASSESSMENT

Appeals from two Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions dated June 19, 2009, determining that Minister of Revenue correctly including sum of \$305 000 in reassessment of appellant's income, dismissing motion to vary—Appellant operating camp, air charter company—Income tax return indicating that company cashing in \$305 000 investment—Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) requesting certain books, records from company for proper review—Company accountant providing only schedule, term deposit certificates, shareholders' loan account, balance sheets—CCRA increasing appellant's income by \$305 000—Appellant's review of tax return revealing accounting error, \$305 000 investment not existing—T.C.C. concluding that appellant not "destroying" Minister's assumptions—Stating that quality of evidence insufficient to support granting of appellant's appeal—Whether T.C.C. making reviewable error in concluding that appellant receiving \$305 000 from company as shareholder's benefit—T.C.C. erring in dismissing appellant's appeal, in finding that appellant failing to meet burden of "demolishing" Minister's assumptions—*Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336 establishing that initial burden only to "demolish" exact assumptions made by Minister, no more—Appellant meeting burden when making *prima facie* case—T.C.C. confusing appellant's onus to "demolish" Minister's assumptions by adducing evidence supporting position on *prima facie* basis with overall burden resting on parties to prove that investment paid or not paid to appellant—Minister adducing no evidence demonstrating that appellant receiving \$305 000—T.C.C. looking for positive evidence that appellant not receiving \$305 000—T.C.C. also erring in not considering accountant's evidence—Such error caused by mistaken view that, without support of source documents, accountant's testimony not helping appellant in making out case—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 not requiring appellant to produce source documents—Whether documents required or not depending on particular circumstances of case—Nothing in case law supporting T.C.C.'s view that oral evidence not sufficient to establish what it is intended to establish—Accountant's evidence sufficient to demonstrate on *prima facie* basis that company holding no investment, not transferring sum to appellant—No need herein to decide issues raised by second appeal—Appeal allowed.

HOUSE V. CANADA (A-261-09, A-262-09, 2011 FCA 234, Nadon J.A., judgment dated August 11, 2011, 31 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.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale (2009 CF 339) a rejeté le contrôle judiciaire de la décision du défendeur d'expurger des parties des rapports annuels sur les droits de la personne en Afghanistan—L'appelant a déposé une plainte auprès du Commissariat à l'information en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, portant que les expurgations étaient excessives—Le commissaire a notamment conclu que le défendeur a invoqué l'art. 15(1) de la Loi à juste titre pour refuser de communiquer des informations—La Cour fédérale a conclu qu'il était loisible au décideur, en vertu de l'art. 15(1), de ne pas divulguer des parties des rapports—Toutefois, la Cour fédérale ne s'est pas expressément penchée sur la question de savoir si le défendeur a tenu compte à la fois de l'applicabilité de l'art. 15(1) aux informations expurgées et de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l'application de l'exception—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a établi le fardeau de la preuve et en concluant que le pouvoir discrétionnaire que l'art. 15(1) confère au défendeur avait été exercé—La Cour fédérale a commis une erreur de droit en invoquant l'arrêt *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421 (*Telezone*) pour imposer le fardeau de la preuve à l'appelant—Il ressort des motifs de l'arrêt *Telezone*, lorsqu'ils sont lus dans leur ensemble, que le fardeau de la preuve est tributaire des circonstances particulières dont la Cour est saisie—Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), la Cour a statué que, eu égard aux circonstances de l'espèce, la charge de la preuve ne pouvait pas être imposée au demandeur—L'arrêt *Telezone* a opéré une distinction à l'égard de l'arrêt *Ruby*, il ne l'a pas infirmé—Les circonstances en l'espèce ressemblaient à celles dont la Cour était saisie dans l'arrêt *Ruby*—L'appelant n'était pas tenu de démontrer que le défendeur avait omis de tenir compte de l'exercice du pouvoir discrétionnaire—S'agissant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du défendeur, rien au dossier public ou *ex parte* n'indiquait que le décideur avait tenu compte de l'existence du pouvoir discrétionnaire—Cependant, l'absence de tels éléments de preuve n'est pas un facteur déterminant—Inversement, l'existence d'une déclaration dans le dossier portant que le pouvoir discrétionnaire avait été exercé ne constitue pas nécessairement un facteur déterminant—En l'espèce, la Cour ne peut déduire que le décideur a compris que l'art. 15(1) confère le pouvoir discrétionnaire de communiquer ou de refuser de communiquer des renseignements et qu'il en a tenu compte—Appel accueilli.

ATTARAN C. CANADA (AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (A-198-09, 2011 CAF 182, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 27 mai 2011, 30 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger—Le demandeur, un citoyen de la Dominique, a demandé l'asile pendant qu'il était détenu pour voies de fait—Il a reçu la confirmation de la disponibilité du demandeur d'asile et l'avis de comparution de la SPR—Lorsqu'il a été mis en liberté, le demandeur a communiqué avec une avocate et a obtenu un certificat d'aide juridique au nom d'un avocat—Le greffier de la SPR a dit au demandeur qu'une conférence de mise au rôle avait été fixée—Le demandeur s'est présenté seul à l'audience,

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

pensant qu'il assisterait à une conférence de mise au rôle—La SPR a rejeté la demande de report de l'audience présentée par le demandeur, statuant que celui-ci était un migrant économique qui ne craignait pas avec raison d'être persécuté et qu'il n'était pas exposé à un risque de torture—Il s'agissait de savoir si la SPR a privé le demandeur du droit à l'équité procédurale en refusant de reporter l'audience—La SPR n'a pas correctement tenu compte de l'ensemble de la preuve de manière à appliquer de façon significative les éléments pertinents énumérés à la règle 48(4) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228—La SPR n'a donc pas examiné l'heure et la date de la demande de report conformément à la règle 48(4a); elle n'a pas tenu compte de la rapidité dont le demandeur a fait preuve et des difficultés à se trouver un avocat après sa mise en liberté et elle ne s'est pas demandée si le demandeur avait eu suffisamment de temps pour recueillir des éléments de preuve conformément à la règle 48(4e)—Demande accueillie.

CHARLES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-7024-10, 2011 CF 852, juge Mosley, jugement en date du 8 juillet 2011, 12 p.)

## STATUT AU CANADA

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada confirmant la décision d'un agent des visas qui avait refusé de renouveler le statut de résident permanent du demandeur parce que celui-ci avait omis de se conformer à ses obligations de résidence prévues à l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur avait passé seulement 319 jours au Canada au cours des cinq années précédant sa demande de renouvellement—Les absences étaient attribuables à l'exploitation d'une entreprise—La SAI a affirmé qu'il y avait peu d'autres indices de l'exploitation de la société au Canada—La SAI a conclu que la société avait été constituée en entreprise dans le but principal de permettre au demandeur de se conformer à ses obligations de résidence en application des art. 61(1) et (2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—Le *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF23 de Citoyenneté et Immigration Canada donne peu d'indications quant à savoir comment les dispositions de l'art. 61 sont appliquées aux petites entreprises—Cependant, les dispositions s'appliquent aussi bien aux grandes sociétés qu'aux petites—La jurisprudence n'est pas particulièrement utile quant à la question de savoir quels critères sont généralement employés pour déterminer si une société canadienne est « exploitée de façon continue »—Il s'agissait d'une question de fait qui doit être tranchée au cas par cas en fonction de la nature et des activités de la société en cause—Aucun indice précis n'est déterminant—En l'espèce, la présomption selon laquelle le décideur a pris en compte tous les éléments de preuve a été réfutée—La décision de la SAI ne satisfait pas aux exigences de justification et de transparence applicables selon la norme de la décision raisonnable—Il serait utile que la SAI indique plus précisément les indices dont elle tiendra compte lorsqu'elle examinera l'application de l'art. 61 du Règlement aux entreprises fondées par de nouveaux résidents permanents à une très petite échelle et qui supposent le développement d'une clientèle à l'étranger—Demande accueillie.

DURVE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4936-10, 2011 CF 995, juge Gauthier, jugement en date du 12 août 2011, 13 p.)

**COURONNE**

Contrôle judiciaire de décisions par lesquelles les défenderesses (Administration portuaire de Montréal et Société Radio-Canada) ont refusé de verser des suppléments pour retard de paiement (SPR) suite à l'arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427 obligeant les défenderesses à verser des paiements en remplacement de l'impôt foncier (PERI) à la demanderesse en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13—Des intérêts sous forme de SPR peuvent être versés en cas de retard indu en vertu du *Règlement sur les paiements versés par les sociétés d'état*, DORS/81-1031—Les défenderesses ont refusé de verser le montant total des PERI en invoquant qu'elles pouvaient légalement déduire des PERI l'équivalent de l'augmentation de taxes foncières et exclure la valeur des jetées et silos situés dans le port de Montréal—Les défenderesses ont forcé la demanderesse à entreprendre des procédures judiciaires et ont retardé le versement total des PERI—En agissant unilatéralement, les défenderesses ont ouvert la porte à la possibilité d'avoir à payer des SPR—Un contribuable qui conteste un avis de cotisation et perd devant les tribunaux ne peut pas refuser de

**COURONNE—Fin**

payer des intérêts au gouvernement parce qu'il pensait avoir une bonne cause—Le contribuable doit payer le montant dû sans que le gouvernement ait à faire une demande spécifique—Dans les cas où le montant est contesté, les intérêts courent si le contribuable ne paie pas ledit montant de façon provisoire—La logique du système fiscal est sauvegardée dans le cas des PERI—En cas de retard indu, l'autorité taxatrice doit s'attendre à recevoir un SRP si elle obtient gain de cause—Demandes accueillies.

MONTRÉAL (VILLE) C. ADMINISTRATION PORTUAIRE DE MONTRÉAL (T-833-10, T-936-10, 2011 CF 937, juge Martineau, jugement en date du 27 juillet 2011, 16 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

*Libertés fondamentales*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil du Trésor a approuvé une modification de la rémunération globale de la GRC en annulant l'ajustement au marché, réduisant l'augmentation économique et annulant l'augmentation de la solde de service—Le Conseil de la solde avait présenté au commissaire de la GRC et au Conseil du Trésor des recommandations au sujet de la solde et des avantages des membres de la GRC—Le Conseil du Trésor avait d'abord accepté les recommandations du Conseil de la solde—Cependant, le Conseil du Trésor a restreint les augmentations de salaire à la lumière des perspectives économiques défavorables—Les demandeurs soutenaient que la décision du Conseil du Trésor ainsi que les dispositions de l'art. 393 de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, ch. 2 (LCD), portent atteinte à l'art. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—Il s'agissait de savoir si : 1) la décision du Conseil du Trésor contrevient à l'art. 2*d*) de la Charte, 2) l'article premier sauvegarde la violation; et 3) la décision constitue une violation de contrat—Première question : le travail du Conseil de la solde n'équivaut pas à la négociation collective—Toutefois, la Cour suprême a statué dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 que tous les employés ont le droit de formuler des observations collectives—Le processus du Conseil de la solde est donc important et bénéfique de la protection prévue à l'art. 2*d*)—Le mot « impossible » (c.-à-d. rend impossible [. . .] l'exercice véritable du droit d'association) qu'utilise la Cour suprême dans le critère exposé dans l'arrêt *Fraser* pour établir s'il y a eu violation de l'art. 2*d*) ne constitue pas un seul ou un facteur primordial—Le critère appliqué dans l'arrêt *Fraser* s'appliquait en l'espèce—La LCD a donné un effet légal au contenu de la décision du Conseil du Trésor—Les dispositions de la LCD confirment la décision du Conseil du Trésor de mettre fin à une entente antérieure et restreignent la façon de traiter une question donnée dans des ententes ultérieures—La décision du Conseil du Trésor et la LCD ont empêché le Conseil de la solde de présenter des observations, ce qui constitue une violation de l'art. 2*d*)—Deuxième question : l'atteinte aux droits garantis par l'art. 2*d*) n'est pas sauvegardée par l'article premier de la Charte—L'application en l'espèce du critère formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 portant, entre autres, que l'objectif de montrer la voie à suivre et de faire preuve de retenue et de respect à l'égard des fonds publics est plutôt abstrait et n'est pas urgent et réel; l'atteinte découlant de la mesure unilatérale et de l'indifférence à l'égard du processus du Conseil de la solde n'est pas une atteinte minimale; les effets préjudiciables de la LCD l'emportent sur ses effets bénéfiques—Troisième question : l'art. 22 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, permet au Conseil du Trésor de fixer les taux de la solde—L'exercice de ce pouvoir ne constitue pas une violation de contrat—Le Conseil du Trésor n'était donc pas tenu de verser des dommages-intérêts à ce titre—Demande accueillie.

MEREDITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-50-09, 2011 CF 735, juge Heneghan, jugement en date du 21 juin 2011, 45 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## NOUVELLES COTISATIONS

Appels à l'encontre de deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) datées du 19 juin 2009 portant que le ministre du Revenu a inclus à juste titre la somme de 305 000 \$ dans la nouvelle cotisation établie relativement au revenu de l'appelant et rejetant la requête en rectification—L'appelant exploitait un camp et une société de vols nolisés—Selon la déclaration de revenus, la société a demandé le rachat d'un placement de 305 000 \$—L'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) a demandé certains documents comptables de la société pour se livrer à un examen indiqué—Le comptable de la société n'a fourni

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

qu'un tableau, des certificats de dépôt à terme, le compte de prêts aux actionnaires et des bilans—L'ADRC a majoré le revenu de l'appelant de 305 000 \$—Un examen effectué par l'appelant de la déclaration de revenus a fait ressortir qu'il y avait eu une erreur de comptabilité; le placement de 305 000 \$ n'existait pas—La C.C.I. a statué que l'appelant n'a pas réussi à « démolir » les présomptions du ministre—Elle a déclaré que la qualité de la preuve ne lui permettait pas de faire droit à l'appel de l'appelant—Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'elle a statué que l'appelant avait reçu 305 000 \$ de la société au titre d'un avantage conféré à un actionnaire—La C.C.I. a commis une erreur en rejetant l'appel de l'appelant et en statuant que celui-ci ne s'était pas acquitté du fardeau de « démolir » les présomptions du ministre—L'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336 établit que le fardeau initial consiste seulement à « démolir » les présomptions exactes qu'a utilisées le ministre, rien de plus—L'appelant s'est acquitté de ce fardeau lorsqu'il a présenté une preuve *prima facie*—La C.C.I. a confondu le fardeau qui incombait à l'appelant de « démolir » les présomptions du ministre en produisant une preuve qui étayait sa position à première vue avec le fardeau global incombant aux parties de prouver que le placement avait été ou non versé à l'appelant—Le ministre n'a produit aucun élément de preuve établissant que l'appelant avait reçu 305 000 \$—La C.C.I. voulait une preuve positive démontrant que l'appelant n'avait pas reçu 305 000 \$—En outre, la C.C.I. a commis une erreur en faisant abstraction de la preuve donnée par le comptable—Cette erreur découle d'une vue erronée que, sans l'appui de pièces justificatives, le témoignage du comptable n'aidait pas l'appelant à présenter sa preuve—La *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, n'oblige pas l'appelant à produire des pièces justificatives—La question de savoir si des pièces sont nécessaires ou non est tributaire des circonstances particulières de l'affaire—Rien dans la jurisprudence n'étaye l'avis de la C.C.I. portant qu'un témoignage oral ne suffit pas pour prouver ce qu'il tente de prouver—Le témoignage du comptable suffisait pour établir à première vue que la société ne détenait pas de placement et n'avait pas transféré la somme à l'appelant—Il n'était pas nécessaire en l'espèce de trancher les questions soulevées par le second appel—Appel accueilli.

HOUSE C. CANADA (A-261-09, A-262-09, 2011 CAF 234, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 11 août 2011, 31 p.)