



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 4, Part 2

2019, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2019] 4 F.C.R., {288–458

Renvoi [2019] 4 R.C.F., {288–458

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2020.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2020.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	288–458

Shaka v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 288

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Pre-removal risk assessment—Judicial review seeking writ of mandamus, declaratory relief in case involving refugee status—Applicant, citizen of Burundi, seeking refugee protection in Canada with brother—Applicant previously claiming refugee protection which claim determined to be ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board—Thus, applicant's current refugee claim found to be ineligible for referral to RPD under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 101(1)(c); applicant served removal order—Nevertheless, allowed to enter Canada with brother—Applicant then given notification of right to apply for pre-removal risk assessment (PRRA) under Act, s. 112(1)—Applicant submitting PRRA application, supporting documents but no decision made thereon—Subsequently, applicant's counsel filing present application—Meanwhile, respondent's delegate cancelling applicant's PRRA application on basis that Administrative Deferral of Removal (ADR) to Burundi adopted by Canadian government in 2015—Applicant seeking several forms of relief while respondent arguing that application for mandamus moot, that applicant not entitled to declaratory relief sought—Whether respondent erring in cancelling applicant's PRRA application; whether application for writ of mandamus moot; whether applicant entitled to declaratory relief sought—Respondent not erring in cancelling applicant's PRRA application—Decision consistent with purpose of PRRA process, applicable legal principles—Act, s. 160(3)(a) triggering obligation to give notification of opportunity to submit PRRA application only when person concerned facing removal—Applicant not facing removal given ADR for Burundi in effect—Would be inconsistent with objective of PRRA scheme to proceed with

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	288-458

Shaka c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 288

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Examen des risques avant renvoi—Contrôle judiciaire en vue d'obtenir un bref de mandamus et un jugement déclaratoire dans une affaire concernant le statut de réfugié—Le demandeur, un citoyen du Burundi, a cherché à obtenir l'asile au Canada avec son frère—Le demandeur avait déjà présenté une demande d'asile qui avait été jugée irrecevable pour être déférée à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La demande du demandeur a donc été jugée irrecevable aux fins du renvoi à la SPR, au titre de l'art. 101(1)(c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*; une mesure de renvoi a été signifiée au demandeur—Le demandeur a cependant été autorisé à entrer au Canada avec son frère—Il a été informé de son droit de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) en vertu de l'art. 112(1) de la LIPR—Le demandeur a présenté sa demande d'ERAR et des documents à l'appui, mais aucune décision n'a été prise à cet égard—Par la suite, l'avocat du demandeur a déposé la présente demande—À un moment donné, un délégué du défendeur a annulé la demande d'ERAR du demandeur au motif qu'en 2015, un Sursis administratif aux renvois (SAR) au Burundi a été adopté par le gouvernement du Canada—Le demandeur a demandé plusieurs formes de réparation, tandis que le défendeur a soutenu que la demande de mandamus était théorique et que le demandeur n'avait pas droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait—Il s'agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur; si la demande en vue d'obtenir un bref de mandamus était théorique; et si le demandeur avait droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait—Le défendeur n'a pas commis d'erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur—La décision était conforme à l'objet du processus d'ERAR et aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

assessment—Thus, PRRA application having to be cancelled—Regarding issue of mootness, no longer live controversy affecting rights of parties at least as far as PRRA application concerned—Present matter therefore moot—Court declining to exercise discretion to consider matter despite mootness—With respect to applicant’s request for declaratory relief, applicant contending that respondent’s failure to determine his status as Convention refugee violating applicant’s rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7—However, applicant failing to establish entitlement to declaratory relief since failing to establish that current circumstances engaging Charter, s. 7—Applicant also failing to establish entitlement to declaration respondent violating international law—Absent reason to rule out humanitarian and compassionate relief application as suitable, effective route to naturalization for applicant, no basis for finding that respondent violating international law by not determining applicant’s status as refugee—Application dismissed.

Moffat v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 331

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Refugee Protection Division—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision determining that applicant would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to her life or risk of cruel, unusual treatment or punishment if removed to St. Lucia—Applicant born in St. Lucia; fleeing country when 17 after being outed as bisexual—RPD finding that applicant failing to meet onus of presenting credible evidence to support allegations that formed basis of applicant’s refugee claim on balance of probabilities—RPD reviewing psychological report (Report) drafted by well-established psychologist who diagnosed applicant with schizoaffective disorder—Giving Report little evidentiary weight—RPD concluding applicant neither Convention refugee nor person in need of protection; consequently dismissing applicant’s claim—Whether RPD erring in finding that applicant not credible; whether RPD erring by failing to consider Gender Guidelines (*Chairperson*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

principes juridiques applicables—L’art. 160(3)a) de la LIPR déclenche l’obligation de donner avis de la possibilité de présenter une demande d’ERAR seulement lorsque la personne concernée fait face à une mesure de renvoi—Le SAR pour le Burundi étant en vigueur, le demandeur ne risquait pas d’être renvoyé—Il serait incompatible avec l’objectif du régime d’ERAR de procéder à une évaluation—Donc, il fallait annuler la demande d’ERAR—En ce qui concerne la question du caractère théorique, il n’y avait plus de litige réel touchant les droits des parties, du moins en ce qui concernait la demande d’ERAR—La question était donc théorique—La Cour a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’examiner la demande théorique du demandeur—En ce qui concerne la demande de jugement déclaratoire, le demandeur a fait valoir que le défaut du défendeur de statuer sur son statut de réfugié au sens de la Convention a contrevenu aux droits qui lui sont garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Toutefois, le demandeur n’a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire, parce qu’il n’a pas réussi à établir que sa situation actuelle donnait lieu à l’application de l’art. 7 de la Charte—Le demandeur n’a pas réussi non plus à établir qu’il avait droit à un jugement déclarant que le défendeur a violé le droit international—En l’absence d’une raison d’écarter la possibilité qu’une demande fondée sur des considérations d’ordre humanitaire constitue une voie de naturalisation convenable et efficace pour le demandeur, rien ne permettait de conclure que le défendeur avait violé le droit international en ne statuant pas sur le statut de réfugié du demandeur—Demande rejetée.

Moffat c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 331

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Section de la protection des réfugiés—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que la demanderesse, si elle était renvoyée à Sainte-Lucie, ne serait pas exposée à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie, ou à un risque de peine ou de traitement cruel et inusité—La demanderesse est née à Sainte-Lucie; elle a fui le pays à l’âge de 17 ans, après que l’on eut révélé qu’elle était bisexuelle—La SPR a conclu que la demanderesse ne s’était pas acquittée du fardeau de présenter une preuve crédible à l’appui des allégations qui constituaient le fondement de sa demande selon la prépondérance des probabilités—La SPR a examiné un rapport psychologique (le Rapport) rédigé par un psychologue de renom, diagnostiquant un trouble schizoaffectif chez la demanderesse—Elle a accordé peu de valeur probante au Rapport—La SPR a conclu que la demanderesse

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution (Guidelines); whether RPD erring in assigning little weight to psychological report mitigating credibility inconsistencies of applicant—Regarding RPD’s finding that applicant not credible, no fact-finding process errors arising while negative credibility findings supported by evidence with no error plain to see—No basis to conclude that RPD’s factual findings unreasonable or that any other ground existing that would permit Court to interfere with RPD’s conclusion that applicant not credible—Regarding Gender Guidelines, no indication that RPD not sensitive to applicant’s personal situation during hearing or in assessing evidence—Guidelines not cure for every evidentiary deficiency; not needing to be specifically mentioned when considered—Therefore, no reviewable error arising with respect to Guideline issue—With respect to weight given to expert psychological assessment, Report containing psychologist’s opinion about matters of relevance to underlying refugee proceedings—RPD right to conclude that Report should be given little weight—Factors that RPD may apply to assess probative value, reliability of expert medical or psychological report referred to—Permitted for RPD to rule expert report inadmissible in limited circumstances—While not binding on RPD, criteria set forth in *R. v. Mohan* (S.C.C.), *R. v. Abbey* (Ont. C.A.) may be useful in allowing RPD to determine whether such circumstances arising—In case at bar, Report’s categorical statements that applicant credible, that any inconsistency should not be attributed to intent to mislead constituting impermissible oath-helping—Report providing RPD member with ready-made inference about specific individual, which was impermissible opinion about applicant’s credibility—Report also not reliable—Psychologist not providing any meaningful information supporting reliability of his conclusion that applicant suffering from major mental illness—Psychologist’s opinions failing regarding expert’s independence, impartiality—Report apparently demonstrating adversarial bias, partiality through its apparent advocacy in support of applicant’s refugee claim, against any outcome that would see applicant removed from Canada—Excerpts examined in present case representing impermissible overreach by psychologist; constituting advocacy on behalf of applicant—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n’avait ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger; pour cette raison, elle a rejeté sa demande—Il s’agissait de savoir si la SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n’était pas crédible; si la SPR a commis une erreur en ne tenant pas compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe (*Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d’être persécutées en raison de leur sexe* (Directives)) et; si la SPR a commis une erreur en accordant peu de poids au rapport psychologique atténuant les incohérences de crédibilité de la demanderesse—En ce qui concerne la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n’était pas crédible, il n’y a pas eu d’erreur dans le processus d’établissement des faits, tandis que les conclusions défavorables en matière de crédibilité étaient étayées par des preuves, sans qu’aucune erreur ne soit évidente—Rien ne permettait de conclure que les conclusions factuelles de la SPR étaient déraisonnables ou qu’il existait tout autre motif qui permettrait à la Cour de s’opposer à la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n’était pas crédible—En ce qui concerne les Directives, rien n’indiquait que la SPR n’avait pas été sensible à la situation personnelle de la demanderesse pendant l’audience ou lors de l’évaluation de la preuve—Les Directives ne sont pas un remède à toutes les lacunes en matière de preuve et il n’est pas nécessaire de les mentionner expressément lorsqu’elles sont prises en compte—Il n’y a donc pas eu d’erreur susceptible de contrôle en ce qui concerne la question des Directives—En ce qui concerne le poids donné à l’évaluation psychologique de l’expert, le Rapport contenait l’opinion du psychologue sur des questions pertinentes à la demande d’asile sous-jacente—La SPR a conclu à juste titre qu’il fallait accorder peu de poids au Rapport—Les facteurs que la SPR peut appliquer pour évaluer la valeur probante et la fiabilité d’un rapport médical ou psychologique d’expert ont été mentionnés—Il est permis à la SPR de déclarer un rapport d’expert irrecevable dans des circonstances limitées—Bien qu’ils ne lient pas la SPR, les critères énoncés dans les arrêts *R. c. Mohan* (C.S.C.) et *R. c. Abbey* (C.A. Ont.) peuvent être utiles pour lui permettre de déterminer si de telles circonstances surviennent—Dans la présente affaire, les déclarations catégoriques selon lesquelles la demanderesse était crédible et toute incohérence ne devrait pas être attribuée à une intention d’induire en erreur, constituaient des témoignages justificatifs et n’étaient pas admissibles—Le Rapport a fourni au commissaire de la SPR une déduction toute faite au sujet d’une personne en particulier, ce qui constituait une opinion inadmissible sur la crédibilité de la demanderesse—Le rapport n’était pas fiable non plus—Le psychologue n’a pas fourni de renseignements significatifs à l’appui de la fiabilité de sa conclusion selon laquelle la demanderesse souffre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

LaLiberte v. Canada (Attorney General) (F.C.) 390

Practice—Class Proceedings—Motions for carriage of proposed class proceeding on behalf of Métis, non-status Indians (NSI) affected by “Sixties Scoop”—Cases involving persons not included in litigation, settlement in *Riddle v. Canada, Brown v. Canada (Attorney General)*—“Carriage motions” seeking determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed—One carriage motion brought in respect of *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action (Day action)—Other carriage motion brought by plaintiffs in three actions sought to be consolidated (LMO action)—Issue which case should be advanced on behalf of class—*Federal Courts Act*, s. 50, *Federal Courts Rules*, r. 105(b) sufficient authority to permit Court to decide carriage motions—Best interests of class paramount—Representative quality of proposed plaintiff weighing in favour of Day action because of experience, focus Day action counsel having toward NSI community—Focus, attention paid to NSI experience, community important—Quality, expertise, conduct of counsel also weighing in favour of Day action—Carriage of proposed class proceeding granted to Day action.

Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.) 418

Patents—Practice—Judicial review of 2017 decision of Patented Medicine Prices Review Board Panel concluding that price of drug Soliris in Canada exceeding lowest price

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d’une maladie mentale grave—Les opinions du psychologue étaient fausses en ce qui concerne l’exigence d’indépendance et d’impartialité des experts—Le Rapport a démontré apparemment un parti pris accusatoire et a fait preuve de partialité en défendant apparemment la demande d’asile de la demanderesse et en s’opposant à toute décision qui pourrait entraîner son renvoi du Canada—Les extraits examinés dans la présente affaire représentaient des excès inadmissibles de la part du psychologue et étaient des exemples de défense d’intérêts au nom de la demanderesse—Demande rejetée.

LaLiberte c. Canada (Procureur général) (C.F.) 390

Pratique—Recours collectifs—Requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par la « rafle des années soixante »—Les affaires concernaient des personnes qui ne faisaient pas partie de l’instance et du règlement intervenu dans les affaires *Riddle c. Canada* et *Brown c. Canada (Procureur général)*—Les « requêtes en conduite de l’instance » visaient à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs devrait être retenu pour la poursuite de l’instance—L’une des requêtes en conduite de l’instance a été présentée relativement à l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (T-2166-18) (l’action de M. Day)—L’autre requête en conduite de l’instance a été présentée par les demandeurs relativement à trois instances, dont on a demandé la réunion (l’action des demandeurs LMO)—Il s’agissait de savoir quelle instance il y aurait lieu de poursuivre pour le compte du groupe—L’art. 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* et l’art. 105b) des *Règles des Cours fédérales* suffisent pour permettre à la Cour de trancher les requêtes en conduite de l’instance—L’intérêt supérieur du groupe était primordial—La qualité des représentants du demandeur envisagé militait en faveur de l’action de M. Day en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats ont démontré envers la collectivité des INI—L’intérêt et l’attention démontrés envers les INI et leur collectivité étaient importants—La qualité, les compétences et la conduite des avocats ont joué en faveur de l’action de M. Day—La conduite de l’instance relative au recours collectif envisagé a été confiée au demandeur dans l’action de M. Day.

Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.) 418

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire d’une décision rendue en 2017 par une formation du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, qui a conclu que le prix du Soliris

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

in seven comparator countries—On this basis, Panel finding price to be “excessive” under *Patent Act*, ss. 83, 85(1); ordering applicant to lower price of drug, make payment to federal Crown to offset past excess revenues resulting from excessive pricing—Applicant developing, manufacturing, marketing drug Soliris used to treat two life-threatening blood-related disorders—Soliris initially approved by Health Canada in January 2009—Price for Soliris based on Median International Price Comparison—Found to be within Board’s Guidelines (*Compendium of Policies, Guidelines and Procedures*) initially but in 2012, applicant advised that price exceeded High International Price Comparison (HIPC test)—Applicant paying rebates to provinces under Product Listing Agreements—In decision, Panel finding in particular that Lowest International Price Comparison (LIPC test) correct benchmark for determining whether price of Soliris excessive—Applicant submitting that Panel erring by departing from longstanding tests for assessing excessive pricing, that Panel’s decision inconsistent with plain language of *Patent Act*, *Patented Medicines Regulations*, that decision not supported by adequate reasons—Whether Panel’s adoption of LIPC test inconsistent with Act, therefore unreasonable; whether Panel’s refusal to give weight to Consumer Price Index (CPI) changes unreasonable; whether Panel’s refusal to consider provincial rebates unreasonable; whether unreasonable for Panel to order past “excess revenues” to be forfeited based on HIPC test after conceding there was insufficient evidence on which to establish liability based on that test—Panel’s conclusion on excessive pricing not inconsistent with Act; reflecting discretion provided to Board in Act, s. 83 to form opinion on excessive pricing after considering factors set out at s. 85—Panel not required to apply any defined test on this issue—In considering question of excessive pricing in present matter, adoption of LIPC test not inconsistent with Act, Regulations—Panel also properly considering Guidelines, providing substantial, compelling reasons to support decision to depart from Guidelines; not erring on this point—Also, Panel’s conclusion that applicant’s conduct irrelevant to determination of excessive pricing question reasonably available to Panel—Panel’s refusal to give weight to CPI changes also not unreasonable—Concerning provincial rebates, having reasonably concluded that discounts to provinces not to be considered in determining price of Soliris, Panel not erring in excluding these discounts in assessing quantum of excess revenue order under Act, s. 83(2)—With respect to excess revenue order, in estimating excess revenues, nothing in logic or law preventing panel from adopting more conservative test where warranted by facts, circumstances, which is exactly what Panel doing in present case—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au Canada dépassait le prix le plus bas dans sept pays de comparaison—Pour ce motif, la formation a conclu que le prix était « excessif » conformément aux art. 83 et 85(1) de la *Loi sur les brevets*; elle a ordonné à la demanderesse de réduire le prix du médicament et elle a ordonné le versement à la Couronne fédérale d’une somme pour compenser l’excédent qu’aurait procuré la vente au prix excessif—La demanderesse a mis au point, fabrique et met en marché le médicament Soliris, qui sert à traiter deux troubles sanguins potentiellement mortels—Le Soliris a été initialement approuvé par Santé Canada en janvier 2009—Le prix du Soliris était fondé sur la médiane des prix internationaux—Il a été conclu qu’il respectait les lignes directrices du Conseil (*Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures*) au départ, mais en 2012, la demanderesse a été avisée du fait que le prix dépassait le prix international le plus élevé—La demanderesse consentait des rabais aux provinces conformément aux ententes relatives à l’inscription d’un produit—Dans sa décision, la formation du Conseil a estimé plus particulièrement que le prix international le plus bas était le bon point de référence qui permettait de juger du caractère excessif du prix du Soliris—La demanderesse a soutenu que la formation du Conseil a dérogé à tort aux critères appliqués depuis longtemps pour juger du caractère excessif des prix, que la décision de la formation du Conseil n’était pas compatible avec le texte clair de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement sur les médicaments brevetés*, et qu’elle ne reposait pas sur des motifs suffisants—Il s’agissait de savoir si la décision de la formation du Conseil de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas était incompatible avec la *Loi* et donc déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des variations de l’Indice des prix à la consommation (IPC) était déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des rabais provinciaux était déraisonnable; et s’il était déraisonnable de la part de la formation du Conseil d’ordonner la remise de l’« excédent » calculé à partir du prix international le plus élevé, après avoir concédé que les éléments de preuve ne permettaient pas de le faire intervenir pour établir le montant à payer—La conclusion de la formation du Conseil sur le caractère excessif du prix n’était pas incompatible avec la *Loi*; elle était l’expression du pouvoir discrétionnaire que l’art. 83 de la *Loi* confère au Conseil pour lui permettre de se former une opinion sur le caractère excessif d’un prix après avoir tenu compte des facteurs énoncés à l’art. 85—La formation du Conseil n’avait pas l’obligation d’appliquer un critère particulier relativement à cette question—Dans l’examen de la question du caractère excessif du prix dans la présente affaire, la décision de retenir le critère faisant intervenir le prix international le plus bas n’était pas incompatible avec la *Loi* et le *Règlement*—En outre, la

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

formation du Conseil a tenu dûment compte des lignes directrices et a appuyé sa décision de déroger aux lignes directrices sur des raisons sérieuses et impérieuses ; elle n'a pas commis d'erreur à cet égard—En outre, la formation du Conseil pouvait raisonnablement conclure que la conduite de la demanderesse n'était pas pertinente pour répondre à la question du prix excessif—Le refus de la formation du Conseil d'accorder du poids aux variations de l'IPC n'était pas déraisonnable—En ce qui concerne les rabais provinciaux, comme elle a raisonnablement conclu que les escomptes consentis aux provinces ne devaient pas être pris en considération dans la détermination du prix du Soliris, la formation du Conseil n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu ces escomptes de l'évaluation du montant de l'excédent visé par l'ordonnance au titre de l'art. 83(2) de la Loi—En ce qui concerne l'ordonnance relative à l'excédent, pour déterminer le montant de l'excédent, rien, logiquement ou en droit, n'empêche une formation du Conseil de retenir un critère plus prudent que celui que d'autres faits et circonstances lui permettraient d'appliquer, et c'est exactement ce qu'a fait la formation en l'espèce—
Demande rejetée.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

LaLiberte v. Canada (Attorney General), 2019 FC 766, [2019] 4 F.C.R. 390, has been affirmed on appeal (*LaLiberte v. Day*, A-209-19, A-210-19, A-211-19, 2020 FCA 119). The reasons for judgment, handed down July 13, 2020, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General), A-324-19, A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 FCA 34, Noël C.J., Pelletier and Laskin JJ.A., judgment dated February 4, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused July 2, 2020.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 766, [2019] 4 R.C.F. 390, a été confirmée en appel (*LaLiberte c. Day*, A-209-19, A-210-19, A-211-19, 2020 CAF 119). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 13 juillet 2020, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Première Nation de Coldwater c. Canada (Procureur général), A-324-19, A-325-19, A-326-19, A-327-19, 2020 CAF 34, le juge en chef Noël, les juges Pelletier et Laskin, J.C.A., jugement en date du 4 février 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 juillet 2020.

**Federal Courts
Reports**

2019, Vol. 4, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 4, 2^e fascicule

IMM-1757-18
2019 FC 798

IMM-1757-18
2019 CF 798

Bradley Shaka (*Applicant*)

Bradley Shaka (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: SHAKA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : SHAKA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Norris J.—Toronto, December 10, 2018;
Ottawa, June 11, 2019.

Cour fédérale, juge Norris—Toronto, 10 décembre
2018; Ottawa, 11 juin 2019.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Pre-removal risk assessment — Judicial review seeking writ of mandamus, declaratory relief in case involving refugee status — Applicant, citizen of Burundi, seeking refugee protection in Canada with brother — Applicant previously claiming refugee protection which claim determined to be ineligible to be referred to Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board — Thus, applicant's current refugee claim found to be ineligible for referral to RPD under Immigration and Refugee Protection Act, s. 101(1)(c); applicant served removal order — Nevertheless, allowed to enter Canada with brother — Applicant then given notification of right to apply for pre-removal risk assessment (PRRA) under Act, s. 112(1) — Applicant submitting PRRA application, supporting documents but no decision made thereon — Subsequently, applicant's counsel filing present application — Meanwhile, respondent's delegate cancelling applicant's PRRA application on basis that Administrative Deferral of Removal (ADR) to Burundi adopted by Canadian government in 2015 — Applicant seeking several forms of relief while respondent arguing that application for mandamus moot, that applicant not entitled to declaratory relief sought — Whether respondent erring in cancelling applicant's PRRA application; whether application for writ of mandamus moot; whether applicant entitled to declaratory relief sought — Respondent not erring in cancelling applicant's PRRA application — Decision consistent with purpose of PRRA process, applicable legal principles — Act, s. 160(3)(a) triggering obligation to give notification of opportunity to submit PRRA application only when person concerned facing removal — Applicant not facing removal given ADR for Burundi in effect — Would be inconsistent with objective of PRRA scheme to proceed with assessment — Thus, PRRA application having to be cancelled — Regarding issue of mootness, no longer live controversy affecting rights of parties at least as far as PRRA application

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Examen des risques avant renvoi — Contrôle judiciaire en vue d'obtenir un bref de mandamus et un jugement déclaratoire dans une affaire concernant le statut de réfugié — Le demandeur, un citoyen du Burundi, a cherché à obtenir l'asile au Canada avec son frère — Le demandeur avait déjà présenté une demande d'asile qui avait été jugée irrecevable pour être déférée à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — La demande du demandeur a donc été jugée irrecevable aux fins du renvoi à la SPR, au titre de l'art. 101(1)c) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés; une mesure de renvoi a été signifiée au demandeur — Le demandeur a cependant été autorisé à entrer au Canada avec son frère — Il a été informé de son droit de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) en vertu de l'art. 112(1) de la LIPR — Le demandeur a présenté sa demande d'ERAR et des documents à l'appui, mais aucune décision n'a été prise à cet égard — Par la suite, l'avocat du demandeur a déposé la présente demande — À un moment donné, un délégué du défendeur a annulé la demande d'ERAR du demandeur au motif qu'en 2015, un Sursis administratif aux renvois (SAR) au Burundi a été adopté par le gouvernement du Canada — Le demandeur a demandé plusieurs formes de réparation, tandis que le défendeur a soutenu que la demande de mandamus était théorique et que le demandeur n'avait pas droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait — Il s'agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur; si la demande en vue d'obtenir un bref de mandamus était théorique; et si le demandeur avait droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait — Le défendeur n'a pas commis d'erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur — La décision était conforme à l'objet du processus d'ERAR et aux principes juridiques applicables — L'art. 160(3)a) de la LIPR déclenche l'obligation de donner

concerned — Present matter therefore moot — Court declining to exercise discretion to consider matter despite mootness — With respect to applicant's request for declaratory relief, applicant contending that respondent's failure to determine his status as Convention refugee violating applicant's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — However, applicant failing to establish entitlement to declaratory relief since failing to establish that current circumstances engaging Charter, s. 7 — Applicant also failing to establish entitlement to declaration respondent violating international law — Absent reason to rule out humanitarian and compassionate relief application as suitable, effective route to naturalization for applicant, no basis for finding that respondent violating international law by not determining applicant's status as refugee — Application dismissed.

This was an application for leave and judicial review seeking a writ of *mandamus* and declaratory relief. The applicant and his brother, both citizens of Burundi, sought refugee protection in Canada. However, their respective claims took very different paths. The claim of the applicant's brother as well as that of his mother, who had also made a refugee claim, were accepted and they were both granted refugee protection. The applicant's claim, on the other hand, was found to be ineligible for referral to the RPD under paragraph 101(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. This is because the applicant had previously made a claim for refugee protection that was determined to be ineligible to be referred to the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board. Even though the applicant's claim was not considered by the RPD and the removal order served on the applicant was not a conditional one, the applicant was allowed to enter Canada with his brother. The applicant was given the right to apply for a pre-removal risk assessment (PRRA) under subsection 112(1) of the Act, which application had to be submitted before a deadline. As long as the applicant met the deadline, the removal order made against him when he entered Canada would be suspended until a decision was made about this. The applicant submitted his PRRA application and supporting documents but no decision was made on the applicant's PRRA application. Subsequently, the present application was filed. At some point, the respondent's delegate cancelled the

avis de la possibilité de présenter une demande d'ERAR seulement lorsque la personne concernée fait face à une mesure de renvoi — Le SAR pour le Burundi étant en vigueur, le demandeur ne risquait pas d'être renvoyé — Il serait incompatible avec l'objectif du régime d'ERAR de procéder à une évaluation — Donc, il fallait annuler la demande d'ERAR — En ce qui concerne la question du caractère théorique, il n'y avait plus de litige réel touchant les droits des parties, du moins en ce qui concernait la demande d'ERAR — La question était donc théorique — La Cour a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner la demande théorique du demandeur — En ce qui concerne la demande de jugement déclaratoire, le demandeur a fait valoir que le défaut du défendeur de statuer sur son statut de réfugié au sens de la Convention a contrevenu aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Toutefois, le demandeur n'a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire, parce qu'il n'a pas réussi à établir que sa situation actuelle donnait lieu à l'application de l'art. 7 de la Charte — Le demandeur n'a pas réussi non plus à établir qu'il avait droit à un jugement déclarant que le défendeur a violé le droit international — En l'absence d'une raison d'écarter la possibilité qu'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire constitue une voie de naturalisation convenable et efficace pour le demandeur, rien ne permettait de conclure que le défendeur avait violé le droit international en ne statuant pas sur le statut de réfugié du demandeur — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un bref de *mandamus* et un jugement déclaratoire. Le demandeur et son frère, tous deux citoyens du Burundi, ont cherché à obtenir l'asile au Canada. Cependant, les demandes qu'ils ont présentées, respectivement, ont pris des chemins très différents. Les demandes d'asile du frère et de la mère du demandeur, qui avait elle aussi présenté une demande d'asile, ont été accueillies, et tous deux ont obtenu l'asile. Par contre, la demande du demandeur a été jugée irrecevable aux fins du renvoi à la SPR, au titre de l'alinéa 101(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Cela s'explique par le fait qu'il avait déjà présenté une demande d'asile qui avait été jugée irrecevable pour être déférée à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Bien que la demande du demandeur n'ait pas été examinée par la SPR et que la mesure de renvoi signifiée au demandeur n'ait pas été conditionnelle, le demandeur a été autorisé à entrer au Canada avec son frère. Il a obtenu le droit de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR, laquelle demande devait être présentée avant une certaine date. Tant que le demandeur respectait ces délais, il était sursis à la mesure de renvoi prise contre lui lorsqu'il était entré au Canada jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur sa demande. Le demandeur a présenté sa demande d'ERAR et des documents à l'appui, mais aucune décision concernant la demande d'ERAR

applicant's PRRA application, a decision that was communicated to the applicant afterwards. In 2015, an Administrative Deferral of Removal (ADR) to Burundi was adopted by the Government of Canada because of conditions there. The Enforcement Officer who provided the applicant with notification of his right to submit a PRRA application admitted that this was in error since the applicant could not be removed from Canada back in August 2017 because of the existing ADR. As well, the same reason was given for cancelling the PRRA application.

Specifically, the applicant sought: a writ of *mandamus* against the respondent requiring the PRRA officer to determine the applicant's PRRA application within 90 days of the Court's order; a declaration that the respondent's failure to determine the applicant's status as a Convention refugee violated Canada's international human rights law obligations towards refugees under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*; a declaration that the respondent's failure to determine the applicant's status as a Convention refugee violated section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and an order setting aside the decision cancelling the applicant's PRRA application. As for the respondent, he argued that the application for *mandamus* was moot and that the applicant was not entitled to the declaratory relief he sought.

The issues were whether the respondent erred in cancelling the applicant's PRRA application; whether the application for a writ of *mandamus* was moot; and whether the applicant was entitled to the declaratory relief he sought.

Held, the application should be dismissed.

The respondent did not err in cancelling the applicant's PRRA application. The decision was consistent with the purpose of the PRRA process and the applicable legal principles. Parliament designed the refugee determination process and the PRRA process to perform closely related but distinct functions. The applicant could not succeed in modifying the PRRA process to emulate the refugee determination process simply through an exercise in statutory interpretation. While the text of paragraph 160(3)(a) of the Act is open to the broader interpretation urged by the applicant, it is constrained by the context and purpose of the provision. These considerations supported the respondent's interpretation, not the applicant's. In sum, an interpretation of paragraph 160(3)(a) of the Act which triggers the obligation to give notification of the opportunity to submit a PRRA application only when the person concerned is facing removal was consistent with the words of the provision

du demandeur n'a été prise. Par la suite, la présente demande a été déposée. À un moment donné, un délégué du défendeur a annulé la demande d'ERAR du demandeur, une décision qui a été communiquée au demandeur par la suite. En 2015, un Sursis administratif aux renvois (SAR) au Burundi a été adopté par le gouvernement du Canada en raison des conditions qui y régnaient. L'agente d'exécution qui a avisé le demandeur de son droit de présenter une demande d'ERAR a déclaré qu'elle s'était trompée lorsqu'elle l'avait fait étant donné que le demandeur ne pouvait pas être renvoyé du Canada en août 2017 en raison du SAR. La raison invoquée pour annuler la demande d'ERAR était la même.

Plus particulièrement, le demandeur a demandé un bref de *mandamus* contre le défendeur exigeant que l'agent chargé des ERAR statue sur la demande d'ERAR du demandeur dans les 90 jours suivant l'ordonnance de la Cour; un jugement déclaratoire portant que l'omission du défendeur de décider de la question du statut de réfugié du demandeur au sens de la Convention était contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne envers les réfugiés au titre de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*; un jugement déclaratoire portant que l'omission du défendeur de décider de la question du statut de réfugié du demandeur au sens de la Convention violait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et une ordonnance annulant la décision d'annuler la demande d'ERAR du demandeur. Le défendeur a, pour sa part, soutenu que la demande de *mandamus* était théorique et que le demandeur n'avait pas droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait.

Il s'agissait de savoir si le défendeur a commis une erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur; si la demande en vue d'obtenir un bref de *mandamus* était théorique; et si le demandeur avait droit au jugement déclaratoire qu'il sollicitait.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le défendeur n'a pas commis d'erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur. La décision était conforme à l'objet du processus d'ERAR et aux principes juridiques applicables. Le législateur a conçu le processus de détermination du statut de réfugié et le processus d'ERAR de manière à remplir des fonctions étroitement liées, mais distinctes. Le demandeur ne pouvait pas réussir à modifier le processus d'ERAR pour imiter le processus de détermination du statut de réfugié simplement par un exercice d'interprétation des lois. Bien qu'il soit loisible au demandeur de conférer au libellé de l'alinéa 160(3)a de la LIPR l'interprétation large dont il cherche à se prévaloir, il est limité par le contexte et l'objet de la disposition. Ces considérations appuyaient l'interprétation du défendeur, et non celle du demandeur. En résumé, une interprétation de l'alinéa 160(3)a de la LIPR qui déclenche l'obligation de donner avis de la possibilité de présenter une demande d'ERAR

read “harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”. This interpretation was also consistent with the duties imposed on the respondent under the Charter and international law insofar as they are engaged by the PRRA scheme. The Enforcement Officer involved made a mistake when she gave the applicant notification of his right to submit an application for a PRRA when she did. This is because, with the ADR for Burundi in effect, the applicant was not facing removal from Canada. It would be inconsistent with the objective of the PRRA scheme to proceed with an assessment at that time. Thus, the only way to undo the officer’s mistake was to cancel the PRRA application. Nonetheless, the timing of the decision to cancel the applicant’s PRRA application and the complete absence of an explanation for the delay in making that decision left much to be desired.

Regarding the issue of mootness, a two-stage mootness analysis was made. There was no longer a live controversy that affected the rights of the parties, at least as far as the PRRA application was concerned. That application had been cancelled for a reason found to be legally sound and correct. There no longer being a decision to be made on an application, there was nothing to compel the respondent to do at that time even if all the pre-conditions for a writ of *mandamus* were satisfied. The matter was therefore moot. Nevertheless, it had to be determined whether the Court should address the issues raised despite their mootness. In this case, only the factor of an adversarial context was present since the applicant’s refugee status remained undetermined and he clearly had a continuing interest in the matter. The other factors examined weighed heavily against deciding that part of the application on its merits. Thus, the Court declined to exercise its discretion to give further consideration to the applicant’s moot request for a writ of *mandamus*.

The applicant failed to establish his entitlement to declaratory relief because he failed to establish that his current circumstances engaged section 7 of the Charter. Concerning international law, the applicant failed to establish his entitlement to a declaration by the Court even assuming the Court had the jurisdiction to issue such a declaration. The applicant argued that by refusing to determine his claim for refugee protection for an indefinite period of time, the respondent failed to facilitate the applicant’s assimilation and naturalization. But this argument was rejected. There was no reason in principle to think that a humanitarian and compassionate (H&C) application was not a suitable and effective route to naturalization for someone in the applicant’s situation. An H&C application is intended to be a flexible solution for exceptional cases where the law operates unfairly or inequitably. Absent a reason to rule

seulement lorsque la personne concernée fait face à une mesure de renvoi était compatible avec le libellé de la disposition, et « s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur ». Cette interprétation était conforme également aux obligations imposées au défendeur aux termes de la Charte et du droit international, dans la mesure où elles sont visées par le régime d’ERAR. L’agente d’exécution en cause a commis une erreur lorsqu’elle a avisé le demandeur de son droit de présenter une demande d’ERAR. Cela s’explique par le fait que le SAR pour le Burundi étant en vigueur, le demandeur ne risquait pas d’être renvoyé du Canada. Il serait incompatible avec l’objectif du régime d’ERAR de procéder à une évaluation à ce moment-là. Donc, la seule façon de corriger l’erreur de l’agente était d’annuler la demande d’ERAR. Cela dit, le moment choisi pour annuler la demande d’ERAR du demandeur et l’absence complète d’explication du retard dans la prise de cette décision ont beaucoup laissé à désirer.

En ce qui concerne la question du caractère théorique, une analyse du caractère théorique a été effectuée en deux temps. Il n’y avait plus de litige réel touchant les droits des parties, du moins en ce qui concernait la demande d’ERAR. Cette demande avait été annulée pour une raison jugée juridiquement fondée et correcte. Comme il n’y avait plus de décision à rendre au sujet d’une demande, il n’y avait plus rien pour obliger le défendeur à agir d’une manière donnée pour le moment, même en supposant que toutes les autres conditions préalables à un bref de *mandamus* étaient remplies. La question était donc théorique. Toutefois, il fallait déterminer si la Cour devait traiter les questions soulevées malgré leur caractère théorique. Dans la présente affaire, seul le facteur du contexte contradictoire était présent, puisque le statut de réfugié du demandeur restait indéterminé, et il avait clairement un intérêt continu dans l’affaire. Les autres facteurs examinés pesaient lourdement contre l’instruction sur le fond de cette partie de la demande. Pour ces motifs, la Cour a refusé d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’examiner plus à fond la demande théorique du demandeur en vue d’obtenir un bref de *mandamus*.

Le demandeur n’a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire, parce qu’il n’a pas réussi à établir que sa situation actuelle donnait lieu à l’application de l’article 7 de la Charte. En ce qui concerne le droit international, le demandeur n’a pas réussi à établir qu’il avait droit à une telle réparation par la Cour, même en supposant que cette dernière était compétente pour rendre ce jugement déclaratoire. Le demandeur a soutenu qu’en refusant de statuer sur sa demande d’asile pour une période indéterminée, le défendeur n’a pas facilité l’assimilation et la naturalisation du demandeur. Cet argument a cependant été écarté. Il n’y avait, en principe, aucune raison de penser qu’une demande fondée sur des considérations d’ordre humanitaire n’était pas une voie de naturalisation appropriée et efficace pour une personne dans la situation du demandeur. Une demande fondée sur des considérations d’ordre

out an H&C application as a suitable and effective route to naturalization for the applicant, there was no basis for finding that the respondent violated international law by not determining the applicant's status as a refugee, as alleged by the applicant.

humanitaire se veut une solution souple dans les cas exceptionnels où le droit s'applique de façon injuste ou inéquitable. En l'absence d'une raison d'écarter la possibilité qu'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire constitue une voie de naturalisation convenable et efficace pour le demandeur, rien ne permettait de conclure que le défendeur avait violé le droit international en ne statuant pas sur le statut de réfugié du demandeur, comme l'a allégué celui-ci.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25(1), 48(1), 49, 50(e), 96, 97, 98, 101(1), 112, 113, 114, 115(1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 2 "Department", 159.5(c), 160, 162, 230, 232.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 34.

CASES CITED

APPLIED:

B010 v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 191, [2015] 3 F.C.R. 346; *Francis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1123; *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675; *Revich v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 852, 289 D.L.R. (4th) 675; *Asfaw v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 366; *Ewart v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f, 25(1), 48(1), 49, 50e), 96, 97, 98, 101(1), 112, 113, 114, 115(1).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 2 « ministère », 159.5c), 160, 162, 230, 232.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 34.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 191, [2015] 3 R.C.F. 346; *Francis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1123; *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385; *Revich c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CF 852; *Asfaw c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 366; *Ewart c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165.

REFERRED TO:

Thamotharampillai v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FC 352, [2016] 4 F.C.R. 331; *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629; *Lakatos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 367; *Belaroui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 863; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 347, [2005] 4 F.C.R. 387; *Sogi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 108; *Solis Perez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 663, 328 F.T.R. 290; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122 (C.A.); *Farhadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 926, 465 F.T.R. 19; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Bawazir v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 623.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2002-227, *C. Gaz.* 2002.II.177.

APPLICATION for leave and judicial review seeking several forms of relief involving the applicant's immigration status, including that the applicant's pre-removal risk assessment be determined. Application dismissed.

APPEARANCES

Raoul Boulakia for applicant.
Nadine S. Silverman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Raoul Boulakia, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Thamotharampillai c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CF 352, [2016] 4 R.C.F. 331; *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629; *Lakatos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 367; *Belaroui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 863; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 347, [2005] 4 R.C.F. 387; *Sogi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 108; *Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 663; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Farhadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 926; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Bawazir c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 623.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2002-227, *Gaz. C.* 2002.II.177.

DEMANDE d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'obtenir plusieurs réparations concernant le statut d'immigration du demandeur, notamment qu'une décision soit prise sur la demande d'examen des risques avant renvoi du demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Raoul Boulakia pour le demandeur.
Nadine S. Silverman pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raoul Boulakia, Toronto, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

NORRIS J.:

I. OVERVIEW

[1] On August 15, 2017, the applicant and his brother presented themselves at the Cornwall, Ontario Port of Entry. Both are citizens of Burundi. Both had been in the United States on student visas. Both said they were now seeking refugee protection in Canada. Their grounds for seeking protection were essentially the same. From that point on, however, their respective claims for protection took very different paths.

[2] The applicant's brother's claim was referred to the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada (I.R.B.). Even though he was entering Canada from the United States at a Point of Entry, he was not ineligible to have his claim referred to the RPD under paragraph 101(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA [or the Act]). This was because he had a qualifying family member in Canada—namely, his mother, who had arrived in Canada separately from Rwanda on July 8, 2017, and made a refugee claim (see paragraph 159.5(c) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR)). The applicant's brother was served with a conditional removal order but it would come into force only if his claim was not accepted by the RPD (see IRPA, subsection 49(2)). He was permitted to enter Canada. The applicant's brother's and mother's refugee claims were joined and heard together by the RPD. On October 4, 2017, the RPD accepted their claims and granted them refugee protection. (The pertinent statutory and regulatory provisions are set out in the Annex to these reasons.)

[3] The applicant's claim, on the other hand, was found to be ineligible for referral to the RPD under paragraph 101(1)(c) of the IRPA. This was because previously he had made a claim for refugee protection that

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

LE JUGE NORRIS :

I. APERÇU

[1] Le 15 août 2017, le demandeur et son frère se sont présentés au point d'entrée de Cornwall, en Ontario. Tous deux sont citoyens du Burundi. Tous deux s'étaient rendus aux États-Unis grâce à des visas d'étudiant. Tous deux ont dit qu'ils cherchaient maintenant à obtenir l'asile au Canada. Leurs motifs pour demander la protection sont essentiellement les mêmes. Cependant, à partir de ce point, les demandes qu'ils ont présentées, respectivement, ont pris des chemins très différents.

[2] La demande d'asile du frère du demandeur a été déférée à la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. Bien qu'il soit entré au Canada en provenance des États-Unis par un point d'entrée, sa demande n'était pas irrecevable aux termes de l'alinéa 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR [ou la Loi]), et elle pouvait être déférée à la SPR. Cela s'explique par le fait qu'il avait un membre de sa famille admissible au Canada, à savoir sa mère, qui était arrivée séparément au pays depuis le Rwanda, le 8 juillet 2017, et qui avait présenté une demande d'asile (voir l'alinéa 159.5c) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR)). Une mesure de renvoi conditionnelle a été signifiée au frère du demandeur, mais elle n'entrerait en vigueur que si sa demande d'asile n'était pas accueillie par la SPR (voir la LIPR, au paragraphe 49(2)). Il a été autorisé à entrer au Canada. Les demandes d'asile du frère et de la mère du demandeur ont été jointes et entendues ensemble par la SPR. Le 4 octobre 2017, la SPR a accueilli leur demande et leur a conféré l'asile. (Les dispositions législatives et réglementaires pertinentes figurent à l'annexe des présents motifs.)

[3] Par contre, la demande du demandeur a été jugée irrecevable aux fins du renvoi à la SPR, au titre de l'alinéa 101(1)c) de la LIPR. Cela s'explique par le fait qu'il avait déjà présenté une demande d'asile qui avait

was determined to be ineligible to be referred to the RPD. On January 16, 2016, the applicant had presented himself at the St-Amand/Philipsburg, Quebec Port of Entry and made a refugee claim. His claim was found to be ineligible for referral to the RPD under paragraph 101(1)(e) of the IRPA because the applicant was coming from the United States and, at the time, he did not have a qualifying family member in Canada. As a result of this earlier determination, the applicant's 2017 claim, unlike his brother's, would not be considered by the RPD. As well, again unlike his brother's, the removal order served on the applicant was not a conditional one. However, since under paragraph 49(2)(b) of the IRPA the order served on him did not come into force until seven days later (i.e. not until August 22, 2017), the applicant was permitted to enter Canada along with his brother. (There is an immaterial discrepancy in the record as to whether the order was served on the applicant on August 15th or 16th.)

[4] On August 17, 2017, the applicant was served with notification under section 160 of the IRPR of his right to apply for a pre-removal risk assessment (PRRA) under subsection 112(1) of the IRPA. He was told that his application had to be submitted no later than September 1, 2017, and that his written submissions had to be provided no later than September 17, 2017. As long as the applicant met these deadlines, the removal order made against him would be suspended until a decision was made on his application (see sections 162 and 232 of the IRPR).

[5] With the assistance of a lawyer, the applicant submitted his PRRA application and comprehensive supporting submissions as required. Supplementary submissions relating to the favourable decision of the RPD in the case of the applicant's mother and brother were provided on October 7, 2017.

[6] On November 17, 2017, counsel for the applicant wrote to Citizenship and Immigration Canada requesting a decision on the PRRA application. He indicated that, if no reply to this request was received by April 1, 2018, he would proceed with an application for a writ of *mandamus* and a declaration that the government of Canada has

été jugée irrecevable pour être déférée à la SPR. Le 16 janvier 2016, le demandeur s'était présenté au point d'entrée de St-Amand/Philipsburg, au Québec, et avait présenté une demande d'asile. Sa demande avait été jugée irrecevable aux fins du renvoi à la SPR au titre de l'alinéa 101(1)e) de la LIPR, parce que le demandeur venait des États-Unis et qu'à l'époque, il n'avait pas de membre de sa famille admissible au Canada. En raison de cette décision antérieure, la demande d'asile présentée par le demandeur en 2017, contrairement à celle de son frère, n'a pas été examinée par la SPR. De même, contrairement à celle de son frère, la mesure de renvoi signifiée au demandeur n'était pas conditionnelle. Toutefois, étant donné qu'aux termes de l'alinéa 49(2)b) de la LIPR, l'ordonnance qui lui a été signifiée n'est entrée en vigueur que sept jours plus tard (c.-à-d. le 22 août 2017), le demandeur a été autorisé à entrer au Canada avec son frère. (Il y a une différence négligeable dans le dossier quant à savoir si l'ordonnance a été signifiée au demandeur le 15 ou le 16 août.)

[4] Le 17 août 2017, le demandeur a été avisé, au titre de l'article 160 du RIPR, de son droit de demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) en vertu du paragraphe 112(1) de la LIPR. Il a été avisé que sa demande devait être présentée au plus tard le 1^{er} septembre 2017 et que ses observations écrites devaient être présentées au plus tard le 17 septembre 2017. Tant que le demandeur respecte ces délais, il est sursis à la mesure de renvoi prise contre lui jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur sa demande (voir les articles 162 et 232 du RIPR).

[5] Avec l'aide d'un avocat, le demandeur a présenté sa demande d'ERAR et des observations détaillées à l'appui, comme il est prescrit. Des observations supplémentaires concernant la décision favorable de la SPR dans l'affaire de la mère et du frère du demandeur ont été présentées le 7 octobre 2017.

[6] Le 17 novembre 2017, l'avocat du demandeur a écrit à Citoyenneté et Immigration Canada pour demander une décision concernant la demande d'ERAR. Il a indiqué que, si aucune réponse à cette demande n'avait été reçue le 1^{er} avril 2018, il présenterait une demande visant à obtenir un bref de *mandamus* et un jugement

a legal obligation to determine the applicant's Convention refugee status. He did not receive a reply.

[7] On April 17, 2018, the applicant filed the present application for a writ of *mandamus* and declaratory relief. However, at some point in or about July 2018, the Minister of Citizenship and Immigration, acting through his delegate(s), cancelled the applicant's PRRA application. This decision was communicated to the applicant on or about August 30, 2018.

[8] The Minister now contends that the application for *mandamus* is moot and that the applicant is not entitled to the declaratory relief he seeks.

[9] I have considerable sympathy for the predicament in which the applicant finds himself. As will be explained in more detail below, his claim for refugee protection in Canada is essentially stalled for the foreseeable future. In this very important respect, his life remains on hold for an indeterminate period of time.

[10] For the reasons that follow, however, I agree with the Minister. The applicant does not have a legal right to have his PRRA application decided at this time. The Minister therefore did not err in cancelling the application. The only error was to have invited the applicant to make a PRRA application in the first place. As a result, the application for *mandamus* is moot. I have also concluded that the applicant has not established his entitlement to the declaratory relief he seeks. Accordingly, this application for judicial review must be dismissed.

II. PROCEDURAL BACKGROUND

[11] Some additional background is necessary to put the present application in context.

[12] Section 162 of the IRPR provides that an application for a PRRA made within 15 days of when notification was given under section 160 of the IRPR shall not

déclaratoire portant que le gouvernement du Canada a l'obligation légale de décider de la question du statut de réfugié du demandeur au sens de la Convention. Il n'a pas reçu de réponse.

[7] Le 17 avril 2018, le demandeur a déposé la présente demande en vue d'obtenir un bref de *mandamus* et un jugement déclaratoire. Toutefois, aux alentours du mois de juillet 2018, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, agissant par l'entremise de son ou ses délégués, a annulé la demande d'ERAR du demandeur. Cette décision a été communiquée au demandeur le ou vers le 30 août 2018.

[8] Le ministre soutient maintenant que la demande de *mandamus* est théorique et que le demandeur n'a pas droit au jugement déclaratoire qu'il sollicite.

[9] Je suis très sensible à la situation délicate dans laquelle se trouve le demandeur. Comme il le sera expliqué plus en détail ci-dessous, sa demande d'asile au Canada est essentiellement au point mort dans un avenir prévisible. Sous cet aspect très important, sa vie reste en suspens pour une période indéterminée.

[10] Toutefois, pour les motifs qui suivent, je souscris à la position du ministre. Le demandeur n'a pas le droit légal de faire trancher sa demande d'ERAR à ce moment-ci. Le ministre n'a donc pas commis d'erreur en annulant la demande. La seule erreur a été d'avoir, au départ, invité le demandeur à présenter une demande d'ERAR. La demande de *mandamus* est par conséquent théorique. J'ai également conclu que le demandeur n'avait pas établi son droit au jugement déclaratoire qu'il sollicite. Par conséquent, la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

II. LE CONTEXTE PROCÉDURAL

[11] Il est nécessaire de fournir des éléments additionnels pour replacer la présente demande dans son contexte.

[12] L'article 162 du RPR prévoit qu'une demande d'ERAR présentée dans les 15 jours suivant la date à laquelle l'avis a été donné au titre de l'article 160 du

be decided until at least 30 days after notification was given. In effect, this gives an applicant for a PRRA the opportunity (albeit brief) to provide submissions and evidence in support of his or her application. Otherwise, there are no statutory time constraints on the rendering of a decision on a PRRA application. As well, if the decision remains outstanding after 30 days of notification, there is nothing to prevent an applicant from providing supplementary submissions or evidence, as the present applicant did. (The only statutory constraint on the evidence supporting the application is that it must meet the requirements of paragraph 113(a) of the IRPA. That is, an applicant whose claim for refugee protection was rejected “may present only 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”. Since the applicant’s prior refugee claim was never considered on its merits, this provision does not apply to him.)

[13] As set out above, counsel for the applicant notified the Minister of his intention to seek a writ of *mandamus* if a decision was not made by April 1, 2018. This correspondence went unacknowledged and, of course, no decision was made.

[14] On April 17, 2018, the applicant filed an application for leave and judicial review seeking the following principal forms of relief:

- (a) a writ of *mandamus* against the Minister requiring the PRRA officer to determine the applicant’s PRRA application within 90 days of the Court’s order;
- (b) a declaration that the Minister’s failure to determine the applicant’s status as a Convention refugee violates Canada’s international human rights law obligations towards refugees under the Refugee Convention; and

RIPR ne peut être tranchée avant l’expiration d’un délai de 30 jours suivant la délivrance de l’avis. En fait, cela donne au demandeur d’un ERAR la possibilité (quoique brève) de présenter des observations et des éléments de preuve à l’appui de sa demande. Par ailleurs, il n’y a pas de contraintes de temps prévues par la loi pour rendre une décision sur une demande d’ERAR. De même, si la décision demeure en suspens après le délai de 30 jours suivant la délivrance de l’avis, rien n’empêche un demandeur de fournir des observations ou des éléments de preuve supplémentaires, comme l’a fait le demandeur en l’espèce. (La seule contrainte qu’impose la loi à la preuve éayant la demande est que celle-ci doit satisfaire aux exigences de l’alinéa 113a) de la LIPR. C’est-à-dire, le demandeur d’asile débouté « ne peut présenter que des éléments de preuve survenus 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 ». Étant donné que la demande d’asile antérieure du demandeur n’a jamais été examinée sur le fond, cette disposition ne s’applique pas à lui.)

[13] Comme il a été mentionné précédemment, l’avocat du demandeur a avisé le ministre de son intention de demander un bref de *mandamus* si une décision n’était pas rendue d’ici le 1^{er} avril 2018. Il n’y a eu aucun accusé de réception de cette correspondance, et, bien sûr, aucune décision n’a été rendue.

[14] Le 17 avril 2018, le demandeur a déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire en vue d’obtenir les principales réparations suivantes :

- a) un bref de *mandamus* contre le ministre exigeant que le bureau chargé des ERAR statue sur la demande d’ERAR du demandeur dans les 90 jours suivant l’ordonnance de la Cour;
- b) un jugement déclaratoire portant que l’omission du ministre de décider de la question du statut de réfugié du demandeur au sens de la Convention est contraire aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne envers les réfugiés au titre de la Convention relative au statut des réfugiés;

- (c) a declaration that the Minister's failure to determine the applicant's status as a Convention refugee violates section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [Charter].
- c) un jugement déclaratoire portant que l'omission du ministre de décider de la question du statut de réfugié du demandeur au sens de la Convention viole l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [Charte].

[15] Since the decision to cancel the PRRA application was not made until about three months after the application for leave and judicial review was filed, it is not surprising that it is not mentioned there. However, the application for leave and judicial review was not amended to challenge the decision cancelling the PRRA application prior to the hearing of this application for judicial review. At the hearing, I expressed the concern that unless the decision to cancel the PRRA application was set aside, the cancellation would be a *fait accompli* and there would be no outstanding decision with respect to which a writ of *mandamus* could issue. The applicant agreed to amend the application for leave and judicial review by adding a request for the following additional relief: "an order setting aside the decision of Immigration Enforcement Officer A. Biscotti dated July 19, 2018, which the applicant was notified of on August 30, 2018, cancelling his Pre-Removal Risk Assessment application". The respondent consented to this amendment.

[16] While nothing turns on this, I pause to note that I do not agree with the applicant that it was Enforcement Officer Biscotti who made the decision to cancel the PRRA. On a fair reading of documents in the certified tribunal record (CTR), it is apparent that the decision to cancel the PRRA was made at some point by someone from Citizenship and Immigration Canada and not by Enforcement Officer Biscotti. Even so, we have no idea who that person is or his or her position. Enforcement Officer Biscotti (who had dealt with the applicant back in August 2017) merely communicated this decision and the reason for it to the applicant by writing him a letter. She then arranged for a local Canada Border Services Agency (CBSA) office in Mississauga to give the letter to the applicant in person. That being said, it would have been very helpful to the parties and to the Court if there had been greater clarity in the CTR concerning who made the decision to cancel the PRRA and when.

[15] Comme la décision d'annuler la demande d'ERAR n'a été rendue qu'environ trois mois après le dépôt de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, il n'est pas étonnant qu'elle n'y soit pas mentionnée. Toutefois, la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire n'a pas été modifiée pour contester la décision d'annuler la demande d'ERAR avant l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire. À l'audience, j'ai dit craindre qu'à moins que la décision d'annuler la demande d'ERAR ne soit cassée, l'annulation serait un fait accompli, et il n'y aurait aucune décision en suspens à l'égard de laquelle un bref de *mandamus* pourrait être délivré. Le demandeur a accepté de modifier la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en y ajoutant une demande en vue d'obtenir la réparation supplémentaire suivante : [TRANSDUCTION] « une ordonnance annulant la décision de l'agente d'exécution A. Biscotti datée du 19 juillet 2018, dont le demandeur a été avisé le 30 août 2018, qui a annulé sa demande d'examen des risques avant renvoi ». Le défendeur a consenti à cette modification.

[16] Bien que cela ne change rien à l'affaire, je m'arrête pour signaler que je ne suis pas d'accord avec le demandeur sur le fait que c'est l'agente d'exécution Biscotti qui a pris la décision d'annuler l'ERAR. Il ressort d'une interprétation juste des documents figurant dans le dossier certifié du tribunal (le DCT) qu'il est évident que la décision d'annuler l'ERAR a été prise à un moment donné par une personne de Citoyenneté et Immigration Canada, et non par l'agente d'exécution Biscotti. Malgré tout, nous ne savons rien de cette personne ni du poste qu'elle occupait. L'agente d'exécution Biscotti (qui avait traité avec le demandeur en août 2017) lui a simplement communiqué cette décision et le motif de celle-ci en lui écrivant une lettre. Elle a ensuite demandé à un bureau local de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) à Mississauga de remettre la lettre au demandeur en personne. Cela étant dit, il aurait été très utile pour les parties et pour la Cour que le DCT indique plus

In a matter as important as this, there should not be any room for doubt about such things. (For ease of reference, generally I will refer to the decision simply as that of Minister's.)

III. DECISION UNDER REVIEW

[17] As noted above, the decision to cancel the PRRA application was communicated to the applicant in a letter from Enforcement Officer Biscotti. The letter stated the following:

Votre demande d'Examen Des Risques Avant Renvoi (ERAR) a été annulée puisque vous n'êtes pas prêt à être renvoyé en ce moment.

Il y a présentement un Sursis Administratif aux Renvois pour le Burundi. Lorsque le Sursis Administratif aux Renvois sera annulé, vous serez contacté afin de déposer une autre demande d'Examen Des Risques Avant Renvoi.

[18] The letter was given to the applicant on or about August 30, 2018.

[19] As Enforcement Officer Biscotti alludes to in her letter, on December 2, 2015, the Government of Canada adopted a *Sursis Administratif aux Renvois* (or an Administrative Deferral of Removals (ADR)) to Burundi. This measure was adopted because of conditions there, including government instability, rising levels of violence and food insecurity.

[20] The authority to put an ADR in place comes from section 230 of the IRPR, which provides as follows:

Considerations

230 (1) The Minister may impose a stay on removal orders with respect to a country or a place if the circumstances in that country or place pose a generalized risk to the entire civilian population as a result of:

- (a) an armed conflict within the country or place;

clairement qui a pris la décision d'annuler l'ERAR et à quel moment. Dans une affaire aussi importante que celle qui nous occupe, il ne devrait pas y avoir de place pour le doute sur de telles choses. (Par souci de commodité, je ferai généralement référence à la décision simplement comme étant celle du ministre.)

III. LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[17] Comme il a été mentionné précédemment, la décision d'annuler la demande d'ERAR a été communiquée au demandeur dans une lettre de l'agente d'exécution Biscotti. Voici la teneur de la lettre :

Votre demande d'Examen Des Risques Avant Renvoi (ERAR) a été annulée puisque vous n'êtes pas prêt à être renvoyé en ce moment.

Il y a présentement un Sursis Administratif aux Renvois pour le Burundi. Lorsque le Sursis Administratif aux Renvois sera annulé, vous serez contacté afin de déposer une autre demande d'Examen Des Risques Avant Renvoi.

[18] La lettre a été remise au demandeur le ou vers le 30 août 2018.

[19] Comme l'agente d'exécution Biscotti y fait allusion dans sa lettre, le gouvernement du Canada a adopté, le 2 décembre 2015, un *Sursis Administratif aux Renvois* (SAR) au Burundi. Cette mesure a été adoptée en raison des conditions qui y régnaient, notamment l'instabilité gouvernementale, la montée de la violence et l'insécurité alimentaire.

[20] Le pouvoir d'accorder un SAR découle de l'article 230 du RIPR, qui prévoit ce qui suit :

Sursis : pays ou lieu en cause

230 (1) Le ministre peut imposer un sursis aux mesures de renvoi vers un pays ou un lieu donné si la situation dans ce pays ou ce lieu expose l'ensemble de la population civile à un risque généralisé qui découle :

- a) soit de l'existence d'un conflit armé dans le pays ou le lieu;

(b) an environmental disaster resulting in a substantial temporary disruption of living conditions; or

(c) any situation that is temporary or generalized.

Cancellation

(2) The Minister may cancel the stay if the circumstances referred to in subsection (1) no longer pose a generalized risk to the entire civilian population.

[21] Subsection 230(3) sets out a number of exceptions to this type of stay of removal but none of them apply to the applicant. As a result, for as long as the ADR remains in place, the applicant cannot be removed to Burundi.

[22] It was Enforcement Officer Biscotti who provided the applicant with notification of his right to submit an application for a PRRA. In an affidavit filed in connection with the present application, she states that she was in error when she did so. Since the applicant could not be removed from Canada in August 2017 because of the ADR, he should not have been provided with notification under section 160 of the IRPR.

[23] As set out above, essentially the same reason is given for cancelling the PRRA application: the applicant is entitled to make a PRRA application only when he is ready to be removed from Canada and he cannot be removed while the ADR is in place.

IV. ISSUES

[24] While this application raises several inter-related issues, I have framed my discussion around three broad questions:

- (a) Did the Minister err in cancelling the applicant's PRRA application?
- (b) Is the application for a writ of *mandamus* moot?
- (c) Is the applicant entitled to the declaratory relief he seeks?

b) soit d'un désastre environnemental qui entraîne la perturbation importante et temporaire des conditions de vie;

c) soit d'une circonstance temporaire et généralisée.

Révocation

(2) Le ministre peut révoquer le sursis si la situation n'expose plus l'ensemble de la population civile à un risque généralisé.

[21] Le paragraphe 230(3) prévoit un certain nombre d'exceptions à ce type de sursis aux mesures de renvoi, mais aucune ne s'applique au demandeur. Par conséquent, tant que le SAR demeure en place, le demandeur ne peut être renvoyé au Burundi.

[22] C'est l'agente d'exécution Biscotti qui a avisé le demandeur de son droit de présenter une demande d'ERAR. Dans un affidavit déposé relativement à la présente demande, elle déclare qu'elle s'est trompée lorsqu'elle l'a fait. Comme le demandeur ne pouvait pas être renvoyé du Canada en août 2017 en raison du SAR, il n'aurait pas dû recevoir l'avis prévu à l'article 160 du RIPR.

[23] Comme il est mentionné précédemment, la raison invoquée pour annuler la demande d'ERAR est essentiellement la même : le demandeur n'a le droit de présenter une demande d'ERAR que lorsqu'il est sur le point d'être renvoyé du Canada, et il ne peut être renvoyé tant que le SAR est en vigueur.

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[24] Bien que la présente demande soulève plusieurs questions interdépendantes, j'ai articulé mon analyse autour de trois grandes questions :

- a) Le ministre a-t-il commis une erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur?
- b) La demande en vue d'obtenir un bref de *mandamus* est-elle théorique?
- c) Le demandeur a-t-il droit au jugement déclaratoire qu'il sollicite?

V. ANALYSIS

[25] As stated in his application for leave and judicial review, the applicant contends that he has a right to a determination of his refugee status in Canada now and that the Minister is under a corresponding duty to make this determination. This is the legal foundation of the applicant's request for *mandamus*. It also underlies his request for declaratory relief.

[26] In assessing this submission, it is important to keep in mind what is, and what is not, in issue in this application. The applicant has not challenged the constitutionality of any statute or regulation. He has not sought any form of remedy in relation to legislation, either under section 52 of the *Constitution Act, 1982* or under subsection 24(1) of the Charter. In particular, he has not challenged the constitutionality of the provision that bars him from access to the Refugee Protection Division—namely, paragraph 101(1)(c) of the IRPA. He has therefore accepted that, for purposes of this application, the PRRA process is the only statutory process available to him for the determination of his claim for protection. Rather than challenging the constitutionality of any statute or regulation that governs that process, the applicant contends that he has a right to a decision under the PRRA process on his claim for refugee protection now and that the Minister is under a corresponding duty. He grounds this claim in the IRPA and the IRPR, in the Charter, and in international law. On this basis, the applicant argues that the Minister's refusal to make a decision on his PRRA application infringes this right and the appropriate and just remedy is an order requiring the Minister to make a decision on the application.

[27] If I agreed with the applicant about this, I would set aside the decision to cancel his PRRA application and proceed to consider whether he had established the pre-conditions for a writ of *mandamus*. On the other hand, if I do not agree with the applicant, there is no basis for me to interfere with the decision to cancel the PRRA application and the application for a writ of *mandamus* would be moot.

V. ANALYSE

[25] Comme il l'a déclaré dans sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, le demandeur prétend qu'il a droit maintenant à une décision quant à son statut de réfugié au Canada et que le ministre a l'obligation correspondante de rendre cette décision. Il s'agit du fondement juridique de la demande de *mandamus* du demandeur. Cela sous-tend également sa demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire.

[26] Pour apprécier cette allégation, il est important de garder à l'esprit ce qui est en cause, et ce qui ne l'est pas, dans la présente demande. Le demandeur n'a pas contesté la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement. Il n'a demandé aucune forme de réparation relativement à la législation, que ce soit au titre de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou du paragraphe 24(1) de la Charte. Plus particulièrement, il n'a pas contesté la constitutionnalité de la disposition qui lui interdit l'accès à la Section de la protection des réfugiés, soit l'alinéa 101(1)c) de la LIPR. Il a donc accepté, pour les besoins de la présente demande, que le processus d'ERAR soit le seul processus prévu par la loi dont il dispose pour qu'il soit statué sur sa demande d'asile. Plutôt que de contester la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement qui régit ce processus, le demandeur soutient qu'il a droit maintenant, dans le cadre du processus d'ERAR, à une décision sur sa demande d'asile et que le ministre a une obligation correspondante. Il fonde cette allégation sur la LIPR et le RIPR, sur la Charte et sur le droit international. Sur cette base, le demandeur fait valoir que le refus du ministre de rendre une décision sur sa demande d'ERAR porte atteinte à ce droit et que la réparation convenable et juste est une ordonnance exigeant du ministre qu'il rende une décision sur la demande.

[27] Si j'étais d'accord avec le demandeur à ce sujet, je casserais la décision d'annuler sa demande d'ERAR et j'examinerais la question de savoir s'il avait rempli les conditions préalables à un bref de *mandamus*. Par contre, si je ne suis pas d'accord avec le demandeur, rien ne me permet d'intervenir dans la décision d'annuler la demande d'ERAR, et la demande de bref de *mandamus* serait théorique.

[28] In what follows, I will explain why I do not agree with the applicant.

A. *Did the Minister err in cancelling the applicant's PRRA application?*

(1) Standard of review

[29] The parties did not say much about what standard of review I should apply to the decision to cancel the PRRA application. The respondent simply defends the decision as a reasonable one. The applicant does not address this question directly.

[30] It is well-established that ordinarily a PRRA officer's decision is to be reviewed on a standard of reasonableness (see, for example, *Thamotharampillai v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 352, [2016] 4 F.C.R. 331, at paragraph 18; *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 629, at paragraph 12; and *Lakatos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 367, at paragraph 13). The reviewing court examines the decision for “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” and determines “whether the decision 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). The reviewing court is required to show deference to the PRRA officer's analysis of the evidence in the record, something that falls within his or her presumed expertise (*Belaroui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 863, at paragraph 10).

[31] The present case, however, is not the usual sort of PRRA decision. It is not a decision on the merits of an application. It is a decision to cancel an application. As well, as discussed above, we do not even know who made that decision—a PRRA officer, or someone else from Citizenship and Immigration Canada. It is difficult to know whether deference is owed to an completely anonymous decision maker.

[28] Dans ce qui suit, j'expliquerai pourquoi je ne suis pas d'accord avec le demandeur.

A. *Le ministre a-t-il commis une erreur en annulant la demande d'ERAR du demandeur?*

1) La norme de contrôle

[29] Les parties n'ont pas dit grand-chose sur la norme de contrôle que je devrais appliquer à la décision d'annuler la demande d'ERAR. Le défendeur défend simplement la décision comme étant raisonnable. Le demandeur n'a pas abordé cette question directement.

[30] Il est bien établi qu'habituellement, la décision d'un agent d'ERAR doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable (voir, par exemple, *Thamotharampillai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 352, [2016] 4 R.C.F. 331, au paragraphe 18; *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 629, au paragraphe 12; *Lakatos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 367, au paragraphe 13). La cour de révision examine la décision afin d'établir s'il y a « justification de la décision, [...] transparence et [...] intelligibilité du processus décisionnel » et juge si la décision appartient « aux 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 doit faire preuve de retenue à l'égard de l'analyse que fait l'agent d'ERAR des éléments de preuve au dossier, qui relève de son expertise présumée (*Belaroui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 863, au paragraphe 10).

[31] En l'espèce toutefois, il ne s'agit pas d'une décision habituelle en matière d'ERAR. Il ne s'agit pas d'une décision rendue sur le fond d'une demande. Il s'agit d'une décision d'annuler une demande. De même, comme il a été mentionné précédemment, nous ne savons même pas qui a pris cette décision — un agent d'ERAR ou une autre personne de Citoyenneté et Immigration Canada. Il est difficile de savoir s'il faut faire preuve de déférence à l'égard d'un décideur totalement anonyme.

[32] The facts upon which the decision to cancel the PRRA application are not in dispute. The decision turns on the interpretation of section 160 of the IRPR as opposed to the assessment of evidence. The case could be made that deference is still owed to the decision maker and the reasonableness standard should be applied because he or she was interpreting and applying one of his or her home statutes (or regulations, to be precise) (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraphs 27–29; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704 (*B010*), at paragraph 25. On the other hand, one could also argue that in matters relating to the protection against *non-refoulement*, the decision maker must apply the correct legal principles. See, for example, the Supreme Court of Canada’s approach in *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281 (*Németh*), at paragraph 58, albeit without an express discussion of the standard of review. However, it is not necessary to resolve this question here because, as I will explain, even applying the more stringent correctness standard of review, I have concluded that the Minister did not err in cancelling the applicant’s PRRA application. The decision is consistent with the purpose of the PRRA process and the applicable legal principles as I understand them to be.

(2) The PRRA process

[33] To understand the legal scheme for making and determining a PRRA application, one must consider both the IRPA and the IRPR. In this as in other respects, the IRPA functions as “framework legislation. It states basic principles and policies, leaving secondary policies, implementation, and operational matters to be dealt with in regulations” (*Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 191, [2015] 3 F.C.R. 346, at paragraph 17).

[34] As set out in the IRPA and the IRPR, the PRRA process can involve many exceptions and restrictions, depending on a variety of factors. Since none of these exceptions or restrictions apply to the applicant, for the

[32] Les faits sur lesquels se fonde la décision d’annuler la demande d’ERAR ne sont pas contestés. La décision repose sur l’interprétation de l’article 160 du RIPR plutôt que sur l’appréciation de la preuve. On pourrait, d’une part, soutenir qu’il faut toujours faire preuve de retenue à l’égard du décideur et que la norme de la décision raisonnable devrait être appliquée, parce qu’il interprétait et appliquait une de ses lois habilitantes (ou règlements, pour être précis) (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, aux paragraphes 27 à 29; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704 (*B010*), au paragraphe 25). D’autre part, on pourrait également faire valoir qu’en matière de protection contre le non-refoulement, le décideur doit appliquer les bons principes juridiques. Voir, par exemple, l’approche de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281 (*Németh*), au paragraphe 58, quoiqu’elle ne traite pas expressément de la norme de contrôle. Toutefois, il n’est pas nécessaire de résoudre cette question en l’espèce, parce que, comme je l’expliquerai, même en appliquant la norme plus stricte de la décision correcte, j’ai conclu que le ministre n’avait pas commis d’erreur en annulant la demande d’ERAR du demandeur. La décision est conforme à l’objet du processus d’ERAR et aux principes juridiques applicables, tels que je les comprends.

2) Le processus d’ERAR

[33] Pour comprendre le régime juridique qui régit la présentation et le traitement d’une demande d’ERAR, il faut tenir compte à la fois de la LIPR et du RIPR. À cet égard comme à d’autres égards, la LIPR fonctionne comme une « loi-cadre. Elle énonce des politiques et principes fondamentaux, alors que des règlements prescrivent les politiques secondaires, la mise en œuvre ainsi que les détails opérationnels » (*Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 191, [2015] 3 R.C.F. 346, au paragraphe 17).

[34] Comme le prévoient la LIPR et le RIPR, le processus d’ERAR peut comporter de nombreuses exceptions et restrictions, selon divers facteurs. Étant donné qu’aucune de ces exceptions ou restrictions ne

sake of simplicity I will generally summarize only those parts of the process that apply to him. The full text of the relevant provisions may be found in the Annex to these reasons.

[35] Subsection 112(1) of the IRPA provides that a person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1) of the Act (i.e. a protected person or a person recognized as a Convention refugee by another country to which they may be returned) “may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force”. Subsection 160(1) of the IRPR provides that “a person may apply for protection after they are given notification to that effect by the Department.” (“Department”, naturally, means the Department of Citizenship and Immigration—see IRPR, section 2). Paragraph 160(3)(a) of the IRPR provides that, in the case of a person who is subject to a removal order that is in force, notification shall be given “before removal from Canada”. In the applicant’s case, the assessment of the PRRA application would be on the basis of sections 96 to 98 of the IRPA—in other words, whether he is a Convention refugee or a person in need of protection (IRPA, paragraph 113(c)). If allowed, the application has the effect of conferring refugee protection on the applicant (IRPA, paragraph 114(1)(a)).

[36] In simple terms, the duty to initiate the PRRA process by offering someone the opportunity to make an application is subject to a legal pre-condition and a temporal outer limit. The legal pre-condition is that the person must be “subject to a removal order that is in force” (IRPA, subsection 112(1) and IRPR, paragraph 160(3)(a)). The temporal outer limit is that the offer must be made “before removal from Canada” (IRPR, paragraph 160(3)(a)). Both the Act and the Regulations are silent about how long before removal a person is entitled to this notification.

[37] As a practical matter, there is now a division of responsibilities between PRRA officers with Citizenship and Immigration Canada and enforcement officers with the CBSA. It is CBSA enforcement officers who typically give notification under subsection 160(3) of the

s’applique au demandeur, par souci de simplicité, je ne résumerai généralement que les parties du processus qui s’appliquent à lui. Le texte intégral des dispositions applicables est reproduit à l’annexe des présents motifs.

[35] Le paragraphe 112(1) de la LIPR prévoit que la personne se trouvant au Canada et qui n’est pas visée au paragraphe 115(1) de la Loi (c.-à-d. une personne protégée ou une personne reconnue comme réfugiée au sens de la Convention par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée) « peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ». Le paragraphe 160(1) du RIPR prévoit que « toute personne peut faire une demande de protection après avoir reçu du ministère un avis à cet effet ». (« Ministère » désigne, naturellement, le ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration — voir l’article 2 du RIPR). L’alinéa 160(3)a) du RIPR prévoit que, dans le cas de la personne visée par une mesure de renvoi ayant pris effet, l’avis est donné « avant son renvoi du Canada ». Dans le cas du demandeur, l’appréciation de la demande d’ERAR serait fondée sur les articles 96 à 98 de la LIPR — en d’autres termes, consisterait à se demander s’il est un réfugié au sens de la Convention ou une personne à protéger (LIPR, alinéa 113c)). Si elle est accueillie, la demande a pour effet de conférer l’asile au demandeur (LIPR, alinéa 114(1)a)).

[36] En termes simples, l’obligation d’entamer le processus d’ERAR en offrant à une personne la possibilité de présenter une demande est soumise à une condition juridique préalable et à une limite temporelle extérieure. La condition juridique préalable est que la personne doit être « visée par une mesure de renvoi ayant pris effet » (LIPR, au paragraphe 112(1), et RIPR, à l’alinéa 160(3)a)). La limite temporelle extérieure est que l’offre doit être faite « avant son renvoi du Canada » (RIPR, alinéa 160(3)a)). La Loi et le Règlement ne précisent pas combien de temps avant son renvoi une personne a droit à cet avis.

[37] Dans les faits, il y a maintenant un partage des responsabilités entre les agents d’ERAR de Citoyenneté et Immigration Canada et les agents d’exécution de l’ASFC. Ce sont les agents d’exécution de l’ASFC qui donnent habituellement les avis au titre du paragraphe 160(3) du

IRPR. If a person goes ahead with an application, it is a PRRA officer who will decide it. Once the decision is made, it will be a CBSA enforcement officer who delivers it to the person concerned.

[38] There is no dispute that the applicant is subject to a removal order that is in force—namely, the exclusion order that was served on him on August 15 (or 16), 2017, which came into force on August 22 (or 23), 2017. The critical question is whether it was nevertheless a mistake to give him notification on August 17, 2017, of the opportunity to submit a PRRA application, a mistake which had to be corrected by cancelling the PRRA application. (I note parenthetically that in this case nothing turns on the fact that the applicant was served with the PRRA notification before his removal order was actually in force. The applicant was served on August 17, 2017 but the removal order did not come into force until a few days later. It is safe to assume that, given the officer's understanding of the situation at the time, had she not served the applicant on August 17, 2017, she would have provided him with a PRRA notification on or shortly after August 22, 2017.)

[39] This Court has observed that, provided the person in question is subject to a removal order that is in force, “the timing of the notice is in the hands of the immigration authorities” (*Francis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1123 (*Francis*), at paragraph 22). The exercise of this discretion is to be guided by the objective of the scheme. This Court and the Federal Court of Appeal have both held this objective is to ensure compliance with Canada's domestic and international commitments to the principle of *non-refoulement* (*Figurado v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 347, [2005] 4 F.C.R. 387, at paragraph 40; *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 289 D.L.R. (4th) 675 (*Raza*), at paragraph 10).

[40] A Regulatory Impact Analysis Statement concerning the PRRA (and other aspects of the IRPR) ([SOR/2002-227] *Canada Gazette*, Part II, Vol. 136, Extra (June 14, 2002)) made this purpose clear (at page 274):

RIPR. Si une personne présente une demande, c'est un agent d'ERAR qui en décidera. Une fois la décision rendue, c'est un agent d'exécution de l'ASFC qui la transmet à la personne concernée.

[38] Il n'est pas contesté que le demandeur fait l'objet d'une mesure de renvoi ayant pris effet, à savoir la mesure d'exclusion qui lui a été signifiée le 15 (ou 16) août 2017 et qui est entrée en vigueur le 22 (ou 23) août 2017. La question fondamentale est de savoir si c'était quand même une erreur de l'aviser, le 17 août 2017, de la possibilité de présenter une demande d'ERAR, une erreur qu'il fallait corriger en annulant la demande d'ERAR. (Incidentement, je tiens à souligner qu'en l'espèce, rien ne repose sur le fait que le demandeur a reçu l'avis d'ERAR avant que la mesure de renvoi n'ait effectivement pris effet. L'avis a été signifié au demandeur le 17 août 2017, mais la mesure de renvoi n'a pris effet que quelques jours plus tard. Il est raisonnable de supposer que, compte tenu de sa compréhension de la situation à ce moment-là, si l'agente n'avait pas signifié l'avis au demandeur le 17 août 2017, elle lui aurait fourni un avis d'ERAR le 22 août 2017 ou peu après.)

[39] La Cour a observé que, dans la mesure où la personne en question fait l'objet d'une mesure de renvoi ayant pris effet, « la question du moment où l'avis est donné relève des autorités de l'immigration » (*Francis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1123 (*Francis*), au paragraphe 22). L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être guidé par l'objectif du régime. La Cour et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux statué que cet objectif est d'assurer le respect des engagements nationaux et internationaux du Canada relativement au principe de non-refoulement (*Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 347, [2005] 4 R.C.F. 387, au paragraphe 40; *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385 (*Raza*), au paragraphe 10).

[40] Un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation concernant l'ERAR (et d'autres aspects du RIPR) ([DORS/2002-227] *Gazette du Canada*, partie II, vol. 136, Édition spéciale (14 juin 2002)) a clairement mentionné cet objectif (à la page 274) :

The policy basis for assessing risk prior to removal is found in Canada's domestic and international commitments to the principle of non-refoulement. This principle holds that persons should not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution, torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment. Such commitments require that risk be reviewed prior to removal.

Similarly, under the heading "Purpose of these provisions", the Regulatory Impact Analysis states (at page 274):

The pre-removal risk assessment regulations provide a framework for the implementation of the PRRA such that Canada's domestic and international obligations are honoured and that the safeguards provided by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are respected.

[41] In *Raza* the Federal Court of Appeal expressly adopted the first passage quoted above as stating the purpose of section 112 of the IRPA (at paragraph 10).

[42] The Regulatory Impact Analysis goes on to explain how the PRRA process had been designed to "encourage applicants to exercise diligence in making their applications according to specific objective timelines in order to ensure that the PRRA assessment remains linked in time to removal" (at page 274). The PRRA is said to be "closely linked in time to removals and is carried out immediately prior to removal" (at page 276).

[43] Not surprisingly, this Court has taken the same view of the importance of the proximity of the assessment to removal. In *Revich v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 852, 289 D.L.R. (4th) 675, Justice Tremblay-Lamer held that "if this review is to be effective and consistent with Parliament's intention when creating it, the PRRA must coincide as closely as possible with the person's departure from the country" (at paragraph 16). This view was adopted by Justice Zinn in *Asfaw v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 366, where he held that a PRRA "should not be conducted immediately, because its effectiveness in safeguarding the applicant's right of *non-refoulement*

La justification, au niveau des politiques, de l'examen des risques avant renvoi se trouve dans les engagements nationaux et internationaux du Canada en faveur du principe de non-refoulement. En vertu de ce principe, les demandeurs ne peuvent être renvoyés du Canada dans un pays où ils risqueraient d'être persécutés, torturés, tués ou soumis à des traitements ou peines cruels ou inusités. Ces engagements exigent que les risques soient examinés avant le renvoi.

De même, sous l'en-tête « But de ces dispositions réglementaires », l'étude d'impact de la réglementation mentionne ce qui suit (à la page 274) :

Les dispositions réglementaires concernant l'examen des risques avant renvoi prévoient un cadre pour la conduite de l'ERAR, de façon que le Canada remplisse les obligations qu'il a prises au niveau national et international et que les garanties fournies par la *Charte canadienne des droits et libertés* soient respectées.

[41] Dans l'arrêt *Raza*, la Cour d'appel fédérale a expressément adopté le premier passage cité ci-dessus comme énonçant l'objet de l'article 112 de la LIPR (au paragraphe 10).

[42] L'étude d'impact de la réglementation explique ensuite comment le processus d'ERAR a été conçu afin d'inciter « les intéressés à faire preuve de diligence pour présenter leurs demandes dans des délais précis et objectifs, afin de faire en sorte que l'ERAR demeure associé au renvoi dans le temps » (à la page 274). Par conséquent, l'ERAR est considéré comme étant « étroitement liée [*sic*] dans le temps aux renvois et son processus les précède immédiatement » (à la page 276).

[43] Il n'est pas surprenant que la Cour ait adopté le même point de vue quant à l'importance de la proximité de l'examen par rapport au renvoi. Dans la décision *Revich c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CF 852, la juge Tremblay-Lamer a statué que « pour que cet examen soit efficace et conforme à l'intention qu'avait le législateur en le créant, l'ERAR doit coïncider autant que possible avec le départ de l'intéressé du pays » (au paragraphe 16). Ce point de vue a été adopté par le juge Zinn dans la décision *Asfaw c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 366, où il a conclu qu'un ERAR « ne doit pas avoir lieu immédiatement puisque son efficacité quant à la protection du

depends on it being conducted just prior to removal” (at paragraph 16, emphasis in original). Justice Zinn returned to this point again in *Francis*, where he reiterated that “PRRA decisions are to be made close to the actual removal from Canada of an applicant” (at paragraph 21).

[44] The applicant submits, correctly, that none of these decisions presented the same issue as the present case. Nevertheless, this does not detract from the soundness of their analysis of how best to achieve the objective of the scheme. If someone is not facing removal, there is no risk of non-compliance with the principle of *non-refoulement* and so there is no need to offer them a PRRA at that time. Further, if the risk assessment is done too early and it is negative, it might need to be done again prior to removal in case country conditions or the person’s circumstances have changed in the meantime. As the Supreme Court of Canada held in *Németh* in a different but closely related context, the relevant time for assessing entitlement to *non-refoulement* protection is the time removal is sought (at paragraph 50). Finally, it is noteworthy that there is a certain redundancy to submitting a PRRA application while other measures prevent the person’s removal from Canada. The statutory stay of removal while a PRRA application is pending serves to ensure that the risk assessment is made before removal from Canada, not after (*Sogi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 108, at paragraph 31; *Solis Perez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 663, 328 F.T.R. 290, at paragraph 25). Such a stay will generally not be necessary to prevent a person’s removal if an ADR for the relevant country is in place.

[45] I acknowledge that this interpretation of when one becomes eligible for a PRRA means that access to this form of protection is more restricted temporarily than the same form of protection provided by the RPD. The present case is a stark illustration of the difference between the two: the applicant cannot obtain refugee protection because of the ADR but the ADR did not prevent his brother or his mother from being recognized as refugees

droit de *nonrefoulement* de la demanderesse dépend de son exécution peu avant le renvoi » (au paragraphe 16, italiques dans l’original). Le juge Zinn est revenu sur ce point dans la décision *Francis*, où il a réitéré que « les décisions relatives aux ERAR doivent être rendues à une date rapprochée de la date de renvoi du demandeur du Canada » (au paragraphe 21).

[44] Le demandeur soutient, à juste titre, qu’aucune de ces décisions ne soulevait le même problème que la présente affaire. Néanmoins, cela n’enlève rien au bien-fondé de leur analyse de la meilleure manière d’atteindre l’objectif du régime. Si une personne ne fait pas face à un renvoi, il n’y a aucun risque de non-respect du principe de non-refoulement et il n’est donc pas nécessaire de lui offrir un ERAR à ce moment-là. En outre, si l’examen des risques est fait trop tôt et qu’il est défavorable, il faudra peut-être le refaire avant le renvoi au cas où les conditions dans le pays ou la situation de la personne auraient changé entre-temps. Comme la Cour suprême du Canada l’a statué dans l’arrêt *Németh*, dans un contexte différent, mais étroitement lié, le moment pertinent pour apprécier le droit à la protection contre le refoulement est le moment où la mesure de renvoi est demandée (au paragraphe 50). Enfin, il convient de souligner qu’il y a une certaine redondance dans la présentation d’une demande d’ERAR alors que d’autres mesures empêchent le renvoi de la personne du Canada. Le sursis à la mesure de renvoi prévu par la loi en attendant une décision sur la demande d’ERAR permet de s’assurer que l’examen des risques est fait avant le renvoi du Canada, et non après (*Sogi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 108, au paragraphe 31; *Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 663, au paragraphe 25). Un tel sursis ne sera généralement pas nécessaire pour empêcher le renvoi d’une personne si un SAR pour le pays concerné est en vigueur.

[45] Je reconnais que cette interprétation du moment où une personne devient admissible à un ERAR signifie que l’accès à cette forme de protection est plus restreint temporairement que la même forme de protection offerte par la SPR. La présente affaire illustre bien la différence entre les deux : le demandeur ne peut obtenir l’asile en raison du SAR, mais ce dernier n’a pas empêché son frère ou sa mère d’être reconnus comme réfugiés par la

by the RPD. Still, it must be recalled that the main reason the applicant cannot obtain refugee protection now is because his claim was ineligible for referral to the RPD under paragraph 101(1)(c) of the IRPA. As a matter of public policy, Canada has established certain barriers to access to the refugee determination process. The applicant has not challenged the barrier that prevented his access to the refugee determination process before the RPD.

[46] Parliament designed the refugee determination process and the PRRA process to perform closely related but distinct functions. The PRRA process was adopted as a safe-guard for ensuring compliance with the principle of *non-refoulement* but it is only necessary to engage it for individuals who have not been granted refugee protection, either because they did not apply for it, because they applied for it but were unsuccessful, or (like the applicant) because they could not apply for it. In short, the purpose of the PRRA is to prevent removal that is contrary to the principle of *non-refoulement* for individuals who, for whatever reason, have not otherwise been able to secure refugee protection. The applicant has not persuaded me that the PRRA process is meant to perform any other function than this critically important one.

[47] Conducting a PRRA reasonably close in time to when the person could be removed from Canada best ensures its effectiveness. This is the best way to protect the rights of the person concerned and the best way to ensure that Canada complies with its domestic and international obligations. I cannot accept the applicant's contention that the PRRA process should function more broadly as an alternative route to refugee status, even though that is one possible outcome of that process and, for some (like the applicant), it is the only route to recognition of that status. In my view, the applicant cannot succeed in modifying the PRRA process to emulate the refugee determination process simply through an exercise in statutory interpretation, as he has attempted to do. The outcome he seeks is contrary to the purpose of the scheme and the clear intention of Parliament in enacting it (*Németh*, at paragraph 26). While the text of paragraph 160(3)(a) of the IRPR is open to the broader interpretation urged by the applicant, it is constrained by the context and

SPR. Néanmoins, il faut rappeler que la principale raison pour laquelle le demandeur ne peut obtenir l'asile à l'heure actuelle est que sa demande était irrecevable pour être déférée à la SPR, aux termes de l'alinéa 101(1)c) de la LIPR. Dans l'intérêt public, le Canada a établi certains obstacles à l'accès au processus de détermination du statut de réfugié. Le demandeur n'a pas contesté l'obstacle qui l'a empêché d'avoir accès au processus de détermination du statut de réfugié devant la SPR.

[46] Le législateur a conçu le processus de détermination du statut de réfugié et le processus d'ERAR de manière à remplir des fonctions étroitement liées, mais distinctes. Le processus d'ERAR a été adopté comme mesure de protection pour assurer le respect du principe de non-refoulement, mais ne peuvent y recourir que les personnes qui n'ont pas obtenu l'asile, soit parce qu'elles n'en ont pas fait la demande, soit parce qu'elles l'ont demandé, mais ont été déboutées, soit (comme le demandeur) qu'elles ne pouvaient le demander. En bref, l'ERAR a pour but d'empêcher le renvoi contraire au principe de non-refoulement pour les personnes qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas été en mesure d'obtenir autrement l'asile. Le demandeur ne m'a pas convaincu que le processus d'ERAR était destiné à remplir une autre fonction que celle-ci, qui est d'une importance critique.

[47] L'exécution d'un ERAR à un moment raisonnablement rapproché du moment où la personne pourrait être renvoyée du Canada est la meilleure façon d'en assurer l'efficacité. C'est la meilleure façon de protéger les droits de la personne concernée, ainsi que la meilleure façon de s'assurer que le Canada respecte ses obligations nationales et internationales. Je ne peux accepter l'affirmation du demandeur selon laquelle le processus d'ERAR devrait fonctionner de façon plus générale comme solution de rechange au statut de réfugié, même s'il s'agit là d'un résultat possible de ce processus et, pour certains (comme le demandeur), c'est la seule façon de faire reconnaître ce statut. À mon avis, le demandeur ne peut pas réussir à modifier le processus d'ERAR pour imiter le processus de détermination du statut de réfugié simplement par un exercice d'interprétation des lois, comme il a tenté de le faire. Le résultat qu'il cherche à obtenir est contraire à l'objet de la loi et à l'intention claire du législateur lorsqu'il l'a adoptée (*Németh*, au paragraphe 26).

purpose of the provision. These considerations support the Minister's interpretation, not the applicant's.

[48] The applicant relies on the Charter in support of his argument for a temporally broader interpretation of paragraph 160(3)(a) of the IRPR and of when the entitlement to have a PRRA application decided arises. It is clear from the statement of purpose quoted above that part of the purpose of the PRRA process is to ensure compliance with the Charter. The applicant has not persuaded me that, under the Minister's interpretation, the PRRA process falls short in protecting Charter rights, as it was designed to do. Moreover, the Charter does not give a positive right to refugee protection (*Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*), at paragraph 68). As for the applicant's attempt to use the Charter to impute a broader function to the PRRA process, when Parliament's intent for a statutory provision is clear and unambiguous, "the Charter cannot be used as an interpretive tool to give the legislation a meaning which Parliament did not intend" (*Febles*, at paragraph 67).

[49] The applicant has also urged me to consider the international law context in which the PRRA scheme in general and subsection 112(1) of the IRPA and subsection 160(3) of the IRPR in particular are enacted when interpreting these provisions. There is no question that this must be done (IRPA, paragraph 3(3)(f); *B010*, at paragraphs 47–50; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paragraph 40). But having done so, I cannot agree that an interpretation of the scheme that triggers the obligation to give notification of the opportunity to submit a PRRA application only when the person concerned is about to be removed from Canada is inconsistent with that context. On the contrary, it helps to ensure that the scheme serves its intended function of promoting compliance with the principle of *non-refoulement*, a cornerstone of refugee protection and one of the foundational principles of international human rights law generally (*Németh*, at paragraphs 1, 18 and 19).

Bien qu'il soit loisible au demandeur de conférer au libellé de l'alinéa 160(3)a) du RIPR l'interprétation large dont il cherche à se prévaloir, il est limité par le contexte et l'objet de la disposition. Ces considérations appuient l'interprétation du ministre, et non celle du demandeur.

[48] Le demandeur invoque la Charte à l'appui de son argument en faveur d'une interprétation temporelle plus large de l'alinéa 160(3)a) du RIPR et du moment où le droit à une demande d'ERAR est reconnu. Il ressort clairement de l'énoncé de l'objet cité ci-dessus qu'une partie de l'objectif du processus d'ERAR est d'assurer le respect de la Charte. Le demandeur ne m'a pas convaincu que, selon l'interprétation du ministre, le processus d'ERAR ne protège pas les droits garantis par la Charte, comme il a été conçu pour le faire. De plus, la Charte n'accorde aucun droit positif à l'égard de l'asile (*Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*), au paragraphe 68). Quant à la tentative du demandeur d'invoquer la Charte pour attribuer une fonction plus large au processus d'ERAR, lorsque l'intention exprimée par le législateur dans une disposition législative est claire et sans ambiguïté, « la Charte ne peut servir d'outil d'interprétation pour donner au texte législatif un sens non voulu par le législateur » (*Febles*, au paragraphe 67).

[49] Le demandeur m'a également exhorté à tenir compte du contexte du droit international dans lequel le régime d'ERAR en général, de même que le paragraphe 112(1) de la LIPR et le paragraphe 160(3) du RIPR en particulier, sont appliqués dans l'interprétation de ces dispositions. Il ne fait aucun doute que cela doit être fait (LIPR, alinéa 3(3)f); *B010*, aux paragraphes 47 à 50; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, au paragraphe 40). Cependant, même en ayant tenu compte, je ne peux accepter qu'une interprétation du régime qui déclenche l'obligation de donner avis de la possibilité de présenter une demande d'ERAR uniquement lorsque la personne concernée est sur le point d'être renvoyée du Canada soit incompatible avec ce contexte. Au contraire, elle contribue à faire en sorte que le système remplisse la fonction pour laquelle il a été conçu, à savoir promouvoir le respect du principe de non-refoulement, la pierre angulaire de la protection des réfugiés et l'un des principes fondamentaux du droit international des droits de la personne en général (*Németh*, aux paragraphes 1, 18 et 19).

[50] In sum, I find that an interpretation of paragraph 160(3)(a) of the IRPR which triggers the obligation to give notification of the opportunity to submit a PRRA application only when the person concerned is facing removal is consistent with the words of the provision, read “harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*B010*, at paragraph 29). I am also satisfied that this interpretation is consistent with the duties imposed on the Minister under the Charter and international law insofar as they are engaged by the PRRA scheme.

[51] The applicant also contends that the Minister is subject to a free-standing duty, grounded in the Charter and international law, to determine his application for refugee protection outside of the PRRA scheme. I will address this submission below in connection with the applicant’s request for declaratory relief.

(3) The decision to cancel the PRRA

[52] On the basis of the foregoing, I have concluded that the Minister did not err in cancelling the applicant’s PRRA application. Enforcement Officer Biscotti made a mistake when she gave the applicant notification of his right to submit an application for a PRRA on August 17, 2017. This is because, with the ADR for Burundi in effect, the applicant was not facing removal from Canada. It would be inconsistent with the objective of the PRRA scheme to proceed with an assessment at that time.

[53] When a given person is facing removal from Canada such as to trigger paragraph 160(3)(a) of the IRPR will depend on a variety of factors. It is not necessary for me to consider this broader question here. It suffices to conclude that, since the applicant cannot be removed from Canada because of the ADR, he was not facing removal when he was offered a PRRA. The only way to undo the officer’s mistake was to cancel the PRRA application. The reason given for doing so—the applicant is currently not facing removal from Canada—is legally sound and fully explains the result. The applicant is subject to a removal order that is in force but that order is not enforceable because it has been stayed by the Minister under

[50] En résumé, je conclus qu’une interprétation de l’alinéa 160(3)a du RIPR qui déclenche l’obligation de donner avis de la possibilité de présenter une demande d’ERAR seulement lorsque la personne concernée fait face à une mesure de renvoi est compatible avec le libellé de la disposition, et « s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*B010*, au paragraphe 29). Je suis également convaincu que cette interprétation est conforme aux obligations imposées au ministre aux termes de la Charte et du droit international, dans la mesure où elles sont visées par le régime d’ERAR.

[51] Le demandeur affirme également que le ministre est assujéti à une obligation indépendante, fondée sur la Charte et le droit international, de statuer sur sa demande d’asile en dehors du régime d’ERAR. J’aborderai cet argument ci-dessous en lien avec la demande de jugement déclaratoire du demandeur.

3) La décision d’annuler l’ERAR

[52] Compte tenu de ce qui précède, j’ai conclu que le ministre n’avait pas commis d’erreur en annulant la demande d’ERAR du demandeur. L’agente d’exécution Biscotti a commis une erreur lorsqu’elle a avisé le demandeur, le 17 août 2017, de son droit de présenter une demande d’ERAR. Cela s’explique par le fait que le SAR pour le Burundi étant en vigueur, le demandeur ne risquait pas d’être renvoyé du Canada. Il serait incompatible avec l’objectif du régime d’ERAR de procéder à une évaluation à ce moment-là.

[53] Divers facteurs entrent en jeu pour donner lieu à l’application de l’alinéa 160(3)a du RIPR lorsqu’une personne fait face à un renvoi du Canada. Il n’est donc pas nécessaire que j’examine cette question plus générale. Il suffit de conclure que, puisque le demandeur ne peut être renvoyé du Canada en raison du SAR, il ne faisait pas face à un renvoi lorsqu’on lui a offert un ERAR. La seule façon de corriger l’erreur de l’agente était d’annuler l’ERAR. La raison invoquée — le demandeur ne fait pas actuellement l’objet d’un renvoi du Canada — est fondée sur le plan juridique et explique pleinement le résultat. Le demandeur fait l’objet d’une mesure de renvoi ayant pris effet, mais cette mesure n’est pas

section 230 of the IRPR (see IRPA, subsection 48(1) and paragraph 50(e)). The fact that the applicant did not need a statutory stay under the PRRA scheme to prevent his removal from Canada is another indication that his PRRA application is not yet ripe for consideration. In such circumstances, the Minister is not required to proceed with a PRRA despite the fact that the applicant was offered one. Indeed, to proceed with the risk assessment while the ADR is in place would be inconsistent with the effective operation of the PRRA scheme.

[54] That being said, I must observe that the timing of the decision to cancel the applicant's PRRA application (nearly a year after he submitted his application and only after he had to take the unusual step of seeking a writ of *mandamus*) and the complete absence of an explanation for the delay in making that decision leave much to be desired.

B. *Is the application for a writ of mandamus moot?*

[55] With the PRRA application having been cancelled, the Minister contends that the application for a writ of *mandamus* should be dismissed as moot.

[56] A mootness analysis proceeds in two stages. The first question is whether a live controversy remains that affects or may affect the rights of the parties. If this question is answered in the negative, the proceeding is moot but the Court must still consider whether it should nonetheless exercise its discretion to decide the matter on the merits (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at pages 353–363; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 195, at paragraph 10).

[57] I am satisfied that there is no longer a live controversy that affects the rights of the parties, at least as far as the PRRA application is concerned. That application has been cancelled for a reason which I have found to be legally sound (indeed, correct). There no longer being a decision to be made on an application, there is nothing

exécutoire, parce que le ministre y a sursis en vertu de l'article 230 du RIPR (voir la LIPR, au paragraphe 48(1) et à l'alinéa 50e)). Le fait que le demandeur n'avait pas besoin d'un sursis d'origine législative dans le cadre du régime d'ERAR pour empêcher son renvoi du Canada est une autre indication que sa demande d'ERAR n'était pas encore prête à être examinée. Dans de telles circonstances, le ministre n'est pas tenu de procéder à un ERAR, malgré le fait que le demandeur s'en est vu offrir un. En effet, procéder à l'examen des risques pendant que la SAR est en vigueur ne serait pas compatible avec le fonctionnement efficace du régime d'ERAR.

[54] Cela dit, je dois faire observer que le moment choisi pour annuler l'ERAR du demandeur (près d'un an après le dépôt de sa demande et seulement après qu'il a dû prendre la mesure inhabituelle de demander un bref de *mandamus*), et l'absence complète d'explication du retard dans la prise de cette décision laissent beaucoup à désirer.

B. *La demande en vue d'obtenir un bref de mandamus est-elle théorique?*

[55] La demande d'ERAR ayant été annulée, le ministre affirme que la demande de bref de *mandamus* devrait être rejetée comme étant théorique.

[56] L'analyse du caractère théorique s'effectue en deux temps. Il convient d'abord de déterminer s'il existe toujours un litige actuel qui affecte ou peut affecter les droits des parties. Si la réponse est négative, la procédure est théorique, mais le tribunal doit tout de même se demander s'il doit, malgré tout, exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire sur le fond (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), aux pages 353 à 363; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 195, au paragraphe 10).

[57] Je suis convaincu qu'il n'y a plus de litige réel qui touche les droits des parties, du moins en ce qui concerne la demande d'ERAR. Cette demande a été annulée pour une raison que j'ai jugée juridiquement fondée (en fait, correcte). Comme il n'y a plus de décision à rendre au sujet d'une demande, je n'ai plus rien en main pour obliger

for me to compel the Minister to do at this time (even assuming all the other pre-conditions for a writ of *mandamus* were satisfied—see *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at paragraph 45). The matter is therefore moot.

[58] In *Borowski*, the Court formulated guidelines for determining whether a court should address the issues raised in a case despite their mootness. Three factors were identified: (1) whether there is an adversarial context; (2) the concern for judicial economy; and (3) whether deciding the case on its merits would be consistent with the court's adjudicative role relative to that of the legislative branch of government (at pages 358–363). The Court emphasized that this is not an exhaustive list: “more than a cogent generalization is probably undesirable because an exhaustive list would unduly fetter the court's discretion in future cases” (at page 358). This discretion is “to be judicially exercised with due regard for established principles” (at page 358). Further, the application of these factors is not a “mechanical process” (at page 363). The factors may not all support the same conclusion in a given case, and the presence of one or two may be overborne by the absence of a third, and vice versa (at page 363).

[59] In my view, only the first of these factors favours deciding this case on its merits. There is no question that an adversarial context is present here. The applicant's refugee status remains undetermined and he clearly has a continuing interest in the matter. The Minister has a continuing interest as well. Both sides have ably advanced their positions on the merits of the application. However, the other two factors weigh heavily against deciding this part of the application on its merits. Judicial economy would not be served by entering into a further discussion of the Minister's duties towards the applicant under the PRRA process when these questions will crystalize later (assuming it becomes necessary to engage the PRRA at some point). To the extent that there are important legal issues to be determined, in my view the foregoing discussion of the PRRA process together with the discussion

le ministre à agir d'une manière donnée pour le moment (même en supposant que toutes les autres conditions préalables à un bref de *mandamus* étaient remplies — voir *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), au paragraphe 45). La question est donc théorique.

[58] Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour a formulé des lignes directrices pour déterminer si un tribunal devrait traiter les questions soulevées dans une affaire malgré leur caractère théorique. Trois facteurs ont été relevés : 1) l'existence ou non d'un contexte contradictoire; 2) l'économie des ressources judiciaires; 3) la question de savoir si trancher l'affaire sur le fond serait compatible avec la fonction juridictionnelle de la Cour par rapport à la fonction législative du gouvernement (aux pages 358 à 363). La Cour a souligné qu'il ne s'agissait pas là d'une liste exhaustive : « il n'est pas souhaitable d'aller au-delà d'une généralisation convaincante parce qu'une liste exhaustive aurait comme conséquence d'entraver indûment, pour l'avenir, le pouvoir discrétionnaire de la Cour » (à la page 358). Ce pouvoir discrétionnaire est « à exercer de façon judiciaire selon les principes établis » (à la page 358). En outre, l'application de ces facteurs n'est pas un « processus mécanique » (à la page 363). Il se peut que les facteurs ne tendent pas tous vers la même conclusion dans une affaire donnée, et l'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement (à la page 363).

[59] À mon avis, seul le premier de ces facteurs justifie l'instruction de la présente affaire sur le fond. Il ne fait aucun doute qu'il existe ici un contexte contradictoire. Le statut de réfugié du demandeur reste indéterminé, et il a clairement un intérêt continu dans l'affaire. Le ministre a également un intérêt continu. Les deux parties ont fait valoir habilement leur position sur le fond de la demande. Toutefois, les deux autres facteurs pèsent lourdement contre l'instruction sur le fond de cette partie de la demande. L'économie des ressources judiciaires ne serait pas servie si l'on entreprenait une analyse plus poussée des obligations du ministre envers le demandeur dans le cadre du processus d'ERAR, alors que ces questions se cristalliseront plus tard (en supposant qu'il devienne nécessaire d'entreprendre l'ERAR à un moment donné). Dans la mesure où il y a d'importantes questions

to follow concerning the applicant's requests for declaratory relief suffice for present purposes. *Mandamus* is already an extraordinary, discretionary remedy (*Farhadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 926, 465 F.T.R. 19, at paragraph 28). Nothing would be gained by further consideration of the now entirely hypothetical request for this relief.

[60] For these reasons, I decline to exercise my discretion to give further consideration to the applicant's moot request for a writ of *mandamus*.

C. The applicant's requests for declaratory relief

[61] A court may, in its discretion, grant a declaration "where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought" (*Ewart v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 81).

[62] The request for declaratory relief was part of the original application for leave and judicial review, which was filed when a decision on the PRRA application was still outstanding. The applicant clearly hoped that, if granted, this remedy would put additional legal pressure on the Minister to make a decision on his PRRA application. While the cancellation of the PRRA application has rendered the request for a writ of *mandamus* moot, it did not have the same impact on the request for declarations. It remains a live controversy between the parties that affects or may affect their rights.

(1) Section 7 of the Charter

[63] The applicant seeks a declaration as a remedy under subsection 24(1) of the Charter.

juridiques à trancher, je suis d'avis que l'analyse qui précède relativement au processus d'ERAR, combinée à l'analyse qui suit concernant les demandes du demandeur en vue d'obtenir un jugement déclaratoire, suffit pour les besoins actuels. Le *mandamus* est déjà une mesure de réparation exceptionnelle et discrétionnaire (*Farhadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 926, au paragraphe 28). Il ne servirait à rien de poursuivre l'examen de la demande de réparation, qui est maintenant tout à fait hypothétique.

[60] Pour ces motifs, je refuse d'exercer mon pouvoir discrétionnaire d'examiner plus à fond la demande théorique du demandeur en vue d'obtenir un bref de *mandamus*.

C. Les demandes de jugement déclaratoire du demandeur

[61] Un tribunal peut, à sa discrétion, prononcer un jugement déclaratoire « lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité » (*Ewart c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 81).

[62] La demande de jugement déclaratoire faisait partie de la demande initiale d'autorisation et de contrôle judiciaire, qui a été déposée alors qu'une décision sur la demande d'ERAR était toujours en suspens. Le demandeur espérait clairement que cette réparation, si elle était accordée, exercerait une pression juridique supplémentaire sur le ministre afin qu'il rende une décision sur sa demande d'ERAR. Si l'annulation de la demande d'ERAR a rendu la demande de bref de *mandamus* théorique, elle n'a pas eu le même impact sur la demande de jugement déclaratoire. Il s'agit toujours d'un litige réel entre les parties qui affecte ou pourrait affecter leurs droits.

1) L'article 7 de la Charte

[63] Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire à titre de réparation au titre du paragraphe 24(1) de la Charte.

[64] A precondition for entitlement to such relief is that the applicant must establish that his Charter rights have been infringed or denied. The applicant contends that the Minister's failure to determine his status as a Convention refugee violates his rights under section 7 of the Charter.

[65] A claim under section 7 must establish two things: first, that there is a deprivation of a right that is protected by section 7 (life, liberty or security of the person); second, that this deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*), at paragraph 12).

[66] In my view, the applicant has failed to establish his entitlement to declaratory relief because he has failed to establish that his current circumstances engage section 7 of the Charter.

[67] There are a variety of ways that the protections of section 7 of the Charter may be engaged but the applicant has not established that they are engaged in his case—at least, not at this time. He is not detained or subject to other serious restrictions on his liberty (*Charkaoui*, at paragraph 13). He is not currently facing removal from Canada to a place where his life or freedom would be threatened or where he could be tortured (*Charkaoui*, at paragraph 14). He has not been labelled by Canada in a way that could cause irreparable harm in his life (*Charkaoui*, at paragraph 14).

[68] The applicant states in his affidavit that the prospect of remaining in Canada indefinitely without any resolution of his claim for refugee protection is “depressing”. He is “saddened” that his case remains unresolved while his brother's and his mother's claims were brought to a successful conclusion. The prospect that he could one day be forced to return to Burundi is a source of anxiety for him. He is unable to feel “entirely secure” in Canada. No other evidence concerning the psychological impact on the applicant of his unresolved status was provided.

[64] Comme condition préalable à l'obtention d'une telle réparation, le demandeur doit établir qu'il y a eu violation ou négation de ses droits garantis par la Charte. Le demandeur affirme que l'omission du ministre de statuer sur son statut de réfugié au sens de la Convention viole les droits que lui confère l'article 7 de la Charte.

[65] Une prétention fondée sur l'article 7 doit établir deux choses : premièrement, qu'il y a atteinte à un droit protégé par l'article 7 (vie, liberté ou sécurité de la personne); deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas les principes de justice fondamentale (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui*), au paragraphe 12).

[66] À mon avis, le demandeur n'a pas réussi à établir son droit à un jugement déclaratoire, parce qu'il n'a pas réussi à établir que sa situation actuelle donne lieu à l'application de l'article 7 de la Charte.

[67] Les protections prévues à l'article 7 de la Charte peuvent trouver application de diverses façons, mais le demandeur n'a pas établi qu'elles trouvent application dans sa situation — du moins, pas pour le moment. Il n'est pas détenu ni assujéti à d'autres restrictions sérieuses à sa liberté (*Charkaoui*, au paragraphe 13). Il ne risque pas actuellement d'être renvoyé du Canada vers un endroit où sa vie ou sa liberté seraient menacées ou vers une destination où il risque la torture (*Charkaoui*, au paragraphe 14). Il n'a pas été étiqueté par le Canada d'une manière qui risque de causer un tort irréparable à sa vie (*Charkaoui*, au paragraphe 14).

[68] Dans son affidavit, le demandeur déclare que la perspective de demeurer au Canada indéfiniment sans que sa demande d'asile soit réglée est [TRADUCTION] « déprimante ». Il est [TRADUCTION] « attristé » par le fait que son cas ne soit toujours pas réglé, alors que les demandes d'asile de son frère et de sa mère ont mené à une conclusion favorable. La perspective qu'il puisse un jour être contraint de retourner au Burundi est une source d'anxiété pour lui. Il ne peut se sentir [TRADUCTION] « entièrement en sécurité » au Canada. Aucune autre preuve n'a été fournie concernant les répercussions psychologiques sur le demandeur que pourrait causer son statut non réglé.

[69] The right to security of the person guaranteed by section 7 of the Charter protects the psychological integrity of an individual (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraphs 55–57). However, to engage section 7 on this basis, the impact of the state action must be greater than ordinary stress and anxiety; it must be serious and profound (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 60). I do not doubt the sincerity of the applicant's evidence about the psychological impact of the Minister's refusal to determine his refugee status in some way. However, it falls well short of the high threshold necessary to engage section 7 of the Charter.

[70] The applicant also states that he has had difficulty moving ahead in his life. He cannot afford to attend school (because he cannot afford foreign student fees) and he has had difficulty obtaining work (because of his temporary status in Canada). The law is clear, however, that the right to life, liberty and security of the person protected by section 7 encompasses essential or fundamental life choices, and not pure economic interests (*Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at paragraph 45). The impact of the applicant's unresolved status on his education or employability does not engage section 7 of the Charter, either.

[71] I must stress that these findings should in no way be taken to suggest that the impact on the applicant of his unresolved status should not entitle him to some other form of relief (e.g. humanitarian and compassionate (H&C) relief under subsection 25(1) of the IRPA). All I have concluded is that the applicant has failed to establish his entitlement to a Charter remedy in this proceeding because he has failed to establish that his current circumstances engage section 7 of the Charter.

[69] Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 de la Charte protège l'intégrité psychologique d'une personne (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, aux paragraphes 55 à 57). Toutefois, pour donner lieu à l'application de l'article 7 sur ce motif, les répercussions de l'acte de l'État doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires; elles doivent être graves et profondes (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au paragraphe 60). Je ne doute pas de la sincérité de la preuve du demandeur quant aux répercussions psychologiques du refus du ministre de statuer sur son statut de réfugié, de quelque façon. Toutefois, elles sont bien en deçà du seuil élevé nécessaire pour mettre en jeu l'article 7 de la Charte.

[70] Le demandeur déclare également qu'il a eu de la difficulté à avancer dans la vie. Il n'a pas les moyens de fréquenter l'école (parce qu'il n'a pas les moyens de payer les frais de scolarité des étudiants étrangers) et il a de la difficulté à trouver du travail (en raison de son statut temporaire au Canada). Toutefois, la jurisprudence révèle clairement que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'article 7 englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques (*Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 45). Les répercussions du statut non réglé du demandeur sur son éducation ou son employabilité ne donnent pas lieu non plus à l'application de l'article 7 de la Charte.

[71] Je dois souligner que ces conclusions ne doivent en aucun cas donner à penser que les répercussions sur le demandeur de son statut non réglé ne devraient pas lui donner droit à une autre forme de réparation (p. ex. une réparation fondée sur des considérations d'ordre humanitaire au titre du paragraphe 25(1) de la LIPR). Tout ce que j'ai conclu, c'est que le demandeur n'a pas réussi à établir son droit à une réparation au titre de la Charte dans la présente instance, parce qu'il n'a pas réussi à établir que sa situation actuelle donnait lieu à l'application de l'article 7 de la Charte.

[72] The applicant states in his affidavit: “For the foreseeable future there is no prospect of the human rights situation in Burundi improving. If the Administrative Deferral continues indefinitely, I will remain indefinitely here without resolution of my status”. Any fair-minded person would empathize with the applicant. However, for reasons I develop in the next section, I am not convinced that the applicant’s situation is as bleak as he may think.

(2) International law

[73] I begin by noting that I have serious doubts about the jurisdiction of this Court to issue a declaration concerning international law. Nevertheless, assuming for the sake of argument that it is appropriate for me to consider the request, I have concluded that the applicant has failed to establish his entitlement to such relief.

[74] As I understand the applicant’s argument, he relies principally on Article 34 of the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] to contend that the Minister has violated international law by refusing to process his claim for refugee protection.

[75] Article 34 provides as follows:

ARTICLE 34

Naturalization

The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings.

[76] The applicant contends that obtaining refugee protection in Canada is a necessary step towards naturalization. By refusing to determine his claim for refugee protection for an indefinite period of time, the Minister has failed to facilitate the applicant’s assimilation and

[72] Dans son affidavit, le demandeur déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans un avenir prévisible, il n’y a aucune perspective d’amélioration de la situation des droits de la personne au Burundi. Si le sursis administratif se poursuit indéfiniment, je resterai indéfiniment ici sans que mon statut soit réglé ». Toute personne à l’esprit juste ferait preuve d’empathie à l’égard du demandeur. Cependant, pour les motifs que j’expose dans la section suivante, je ne suis pas convaincu que la situation du demandeur soit aussi peu réjouissante qu’il le pense.

2) Le droit international

[73] Je tiens tout d’abord à faire remarquer que j’ai de sérieux doutes quant à la compétence de la Cour pour rendre un jugement déclaratoire concernant le droit international. Néanmoins, en supposant, pour les besoins de l’argumentation, qu’il est approprié pour moi d’examiner la demande, j’ai conclu que le demandeur n’a pas réussi à établir qu’il avait droit à une telle réparation.

[74] Si je comprends bien l’argument du demandeur, il invoque principalement l’article 34 de la Convention relative au statut des réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] pour soutenir que le ministre a violé le droit international en refusant de traiter sa demande d’asile.

[75] L’article 34 est ainsi libellé :

ARTICLE 34

NATURALISATION

Les États Contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l’assimilation et la naturalisation des réfugiés. Ils s’efforceront notamment d’accélérer la procédure de naturalisation et de réduire, dans toute la mesure possible, les taxes et les frais de cette procédure.

[76] Le demandeur soutient que l’obtention de l’asile au Canada est une étape nécessaire vers la naturalisation. En refusant de statuer sur sa demande d’asile pour une période indéterminée, le ministre n’a pas facilité « dans toute la mesure du possible » l’assimilation et la naturalisation

naturalization “as far as possible” and has failed to “make every effort to expedite” the applicant’s naturalization.

[77] I cannot agree with the applicant.

[78] The applicant’s argument depends on the premise that obtaining refugee protection is the only effective means for him to become eligible to seek permanent resident status in Canada. I am not convinced that this premise is correct. The applicant argues that the only other option—seeking permanent resident status on H&C grounds under subsection 25(1) of the IRPA—is not as effective a route to naturalization as obtaining refugee status. However, the evidence in this application and the applicant’s submissions fall well short of demonstrating that this is the case.

[79] I acknowledge that decisions on H&C applications are inherently discretionary and that they are based on a wider and different range of considerations than an application for refugee protection. However, there is no reason in principle to think that this is not a suitable and effective route to naturalization for someone in the applicant’s situation. An H&C application is intended to be a flexible solution for exceptional cases where the law operates unfairly or inequitably (*Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraphs 13 and 19). It is at the very least arguable that the applicant’s current circumstances fall squarely within the intended ambit of subsection 25(1) of the IRPA (see my recent discussion of an H&C decision concerning an individual who is subject to an ADR in *Bawazir v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 623).

[80] There is no evidence before me that the applicant has made an H&C application. The applicant’s counsel submits that there are practical considerations that limit the effectiveness of this remedy (e.g. cost and delay) but no evidence concerning these barriers is before me. Even assuming that this is the case, such things do

du demandeur et ne s’est pas efforcé « d’accélérer » sa naturalisation.

[77] Je ne suis pas de cet avis.

[78] L’argument du demandeur repose sur la prémisse que l’obtention de l’asile est le seul moyen efficace pour lui de devenir admissible à demander le statut de résident permanent au Canada. Je ne suis pas convaincu que cette prémisse est exacte. Le demandeur fait valoir que la seule autre option — demander le statut de résident permanent pour des considérations d’ordre humanitaire, aux termes du paragraphe 25(1) de la LIPR — n’est pas une voie de naturalisation aussi efficace que l’obtention du statut de réfugié. Toutefois, les éléments de preuve contenus dans la présente demande ainsi que les observations du demandeur ne suffisent pas à démontrer que tel est le cas.

[79] Je reconnais que les décisions relatives aux demandes fondées sur des considérations d’ordre humanitaire sont intrinsèquement discrétionnaires et qu’elles se basent sur un éventail plus large et différent de considérations qu’une demande d’asile. Toutefois, il n’y a, en principe, aucune raison de penser qu’il ne s’agit pas d’une voie de naturalisation appropriée et efficace pour une personne dans la situation du demandeur. Une demande fondée sur des considérations d’ordre humanitaire se veut une solution souple dans les cas exceptionnels où le droit s’applique de façon injuste ou inéquitable (*Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, aux paragraphes 13 et 19). On peut à tout le moins soutenir que la situation actuelle du demandeur s’inscrit tout à fait dans le cadre visé par le paragraphe 25(1) de la LIPR (voir ma récente analyse relative à une décision fondée sur des considérations d’ordre humanitaire à l’endroit d’une personne faisant l’objet d’un SAR dans la décision *Bawazir c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 623).

[80] Rien dans la preuve dont je dispose n’indique que le demandeur a présenté une demande fondée sur des considérations d’ordre humanitaire. L’avocat du demandeur soutient qu’il existe des considérations pratiques qui limitent l’efficacité de ce recours (p. ex. les coûts et les délais), mais aucune preuve concernant ces obstacles

not necessarily entail that an H&C application is inherently a less effective way to secure naturalization. It is an available option under the law. Its ineffectiveness (if such is the case) can only be established by engaging that process and then seeing how it performs in a given case. Moreover, in my respectful view, the applicant's otherwise sound arguments based on international law mounted here would be better directed to supporting an H&C application or, if necessary, to the judicial review of an adverse H&C decision or unreasonable delay in making a decision. Absent a reason to rule out an H&C application as a suitable and effective route to naturalization for the applicant, there is no basis for finding that the Minister has violated international law by not determining the applicant's status as a refugee, as alleged by the applicant.

D. *Certified question*

[81] The applicant proposes the following question for certification:

Does Canada have a duty under international human rights law to determine a claim for Convention refugee status if removal of the refugee claimant has been deferred, suspended or stayed?

[82] The respondent does not appear to oppose certification of such a question in principle but proposes instead the following, more narrowly framed question:

Does Canada have a duty under international human rights law to determine an application for protection (specifically, the Pre-Removal Risk Assessment) if removal of the foreign national has been deferred, suspended or stayed?

[83] The criteria for certification were stated recently by the Federal Court of Appeal in *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46.

ne m'a été présentée. Même en supposant que ce soit le cas, de telles choses ne supposent pas nécessairement qu'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire soit par sa nature un moyen moins efficace d'obtenir la naturalisation. C'est une option offerte par la loi. Son inefficacité (si tel est le cas) ne peut être établie qu'en engageant ce processus et en examinant ensuite comment il fonctionne dans un cas donné. De plus, à mon humble avis, les arguments par ailleurs solides du demandeur, fondés sur le droit international et avancés en l'espèce, seraient mieux adaptés pour appuyer une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire ou, si nécessaire, le contrôle judiciaire d'une décision défavorable relative aux considérations d'ordre humanitaire ou d'un retard déraisonnable pour rendre la décision. En l'absence d'une raison d'écarter la possibilité qu'une demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire constitue une voie de naturalisation convenable et efficace pour le demandeur, rien ne permet de conclure que le ministre a violé le droit international en ne statuant pas sur le statut de réfugié du demandeur, comme l'allègue celui-ci.

D. *La question à certifier*

[81] Le demandeur propose la question suivante en vue de la certification :

Le Canada a-t-il l'obligation, au titre du droit international relatif aux droits de la personne, de statuer sur une demande de statut de réfugié au sens de la Convention si le renvoi du demandeur d'asile a été reporté, suspendu ou arrêté?

[82] Le défendeur ne semble pas s'opposer en principe à la certification d'une telle question, mais propose plutôt la question suivante, formulée de façon plus étroite :

Le Canada a-t-il l'obligation, au titre du droit international relatif aux droits de la personne, de statuer sur une demande de protection (plus précisément, l'examen des risques avant renvoi) si le renvoi de l'étranger a été reporté, suspendu ou arrêté?

[83] Le critère de certification a récemment été énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, au paragraphe 46.

[84] In my view, while both of the questions posed by the parties are serious, transcend the interests of the parties, and are important, neither would be dispositive of the appeal. As a result, neither question will be certified.

VI. CONCLUSION

[85] For these reasons, the application for judicial review is dismissed. No question of general importance is certified.

JUDGMENT IN IMM-1757-18

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is dismissed.
2. No question of general importance is stated.

ANNEXE A

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

Enforcement of Removal Orders

Enforceable removal order

48 (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

Effect

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

In force

49 (1) A removal order comes into force on the latest of the following dates:

- (a) the day the removal order is made, if there is no right to appeal;
- (b) the day the appeal period expires, if there is a right to appeal and no appeal is made; and
- (c) the day of the final determination of the appeal, if an appeal is made.

[84] À mon avis, bien que les deux questions posées par les parties soient graves, transcendent les intérêts des parties et soient importantes, ni l'une ni l'autre n'aurait pour effet de régler l'appel. Par conséquent, aucune des deux questions ne sera certifiée.

VI. CONCLUSION

[85] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

JUGEMENT dans le dossier IMM-1757-18

LA COUR STATUE :

1. que la demande de contrôle judiciaire est rejetée;
2. qu'aucune question de portée générale n'est énoncée.

ANNEXE A

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

Exécution des mesures de renvoi

Mesure de renvoi

48 (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.

Conséquence

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

Prise d'effet

49 (1) La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure.

In force — claimants

(2) Despite subsection (1), a removal order made with respect to a refugee protection claimant is conditional and comes into force on the latest of the following dates:

- (a) the day the claim is determined to be ineligible only under paragraph 101(1)(e);
- (b) in a case other than that set out in paragraph (a), seven days after the claim is determined to be ineligible;
- (c) if the claim is rejected by the Refugee Protection Division, on the expiry of the time limit referred to in subsection 110(2.1) or, if an appeal is made, 15 days after notification by the Refugee Appeal Division that the claim is rejected;
- (d) 15 days after notification that the claim is declared withdrawn or abandoned; and
- (e) 15 days after proceedings are terminated as a result of notice under paragraph 104(1)(c) or (d).

Stay

50 A removal order is stayed

- (a) if a decision that was made in a judicial proceeding — at which the Minister shall be given the opportunity to make submissions — would be directly contravened by the enforcement of the removal order;
- (b) in the case of a foreign national sentenced to a term of imprisonment in Canada, until the sentence is completed;
- (c) for the duration of a stay imposed by the Immigration Appeal Division or any other court of competent jurisdiction;
- (d) for the duration of a stay under paragraph 114(1)(b); and
- (e) for the duration of a stay imposed by the Minister.

...

Examination of Eligibility to Refer Claim

...

Cas du demandeur d'asile

(2) Toutefois, celle visant le demandeur d'asile est conditionnelle et prend effet :

- a) sur constat d'irrecevabilité au seul titre de l'alinéa 101(1)e);
- b) sept jours après le constat, dans les autres cas d'irrecevabilité prévus au paragraphe 101(1);
- c) en cas de rejet de sa demande par la Section de la protection des réfugiés, à l'expiration du délai visé au paragraphe 110(2.1) ou, en cas d'appel, quinze jours après la notification du rejet de sa demande par la Section d'appel des réfugiés;
- d) quinze jours après la notification de la décision prononçant le désistement ou le retrait de sa demande;
- e) quinze jours après le classement de l'affaire au titre de l'avis visé aux alinéas 104(1)c) ou d).

Sursis

50 Il y a sursis de la mesure de renvoi dans les cas suivants :

- a) une décision judiciaire a pour effet direct d'en empêcher l'exécution, le ministre ayant toutefois le droit de présenter ses observations à l'instance;
- b) tant que n'est pas purgée la peine d'emprisonnement infligée au Canada à l'étranger;
- c) pour la durée prévue par la Section d'appel de l'immigration ou toute autre juridiction compétente;
- d) pour la durée du sursis découlant du paragraphe 114(1);
- e) pour la durée prévue par le ministre.

[...]

Examen de la recevabilité par l'agent

[...]

Ineligibility

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

- (a) refugee protection has been conferred on the claimant under this Act;
- (b) a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board;
- (c) a prior claim by the claimant was determined to be ineligible to be referred to the Refugee Protection Division, or to have been withdrawn or abandoned;
- (d) the claimant has been recognized as a Convention refugee by a country other than Canada and can be sent or returned to that country;
- (e) the claimant came directly or indirectly to Canada from a country designated by the regulations, other than a country of their nationality or their former habitual residence; or
- (f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).

...

DIVISION 1

Refugee Protection, Convention Refugees and Persons in Need of Protection

...

Convention refugee

96 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,

- (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
- (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.

Irrecevabilité

101 (1) La demande est irrecevable dans les cas suivants :

- a) l'asile a été conféré au demandeur au titre de la présente loi;
- b) rejet antérieur de la demande d'asile par la Commission;
- c) décision prononçant l'irrecevabilité, le désistement ou le retrait d'une demande antérieure;
- d) reconnaissance de la qualité de réfugié par un pays vers lequel il peut être renvoyé;
- e) arrivée, directement ou indirectement, d'un pays désigné par règlement autre que celui dont il a la nationalité ou dans lequel il avait sa résidence habituelle;
- f) prononcé d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux — exception faite des personnes interdites de territoire au seul titre de l'alinéa 35(1)c) —, grande criminalité ou criminalité organisée.

[...]

SECTION 1

Notions d'asile, de réfugié et de personne à protéger

[...]

Définition de *réfugié*

96 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 :

- 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) 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

97 (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

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.

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.

...

DIVISION 3**Pre-removal Risk Assessment****Protection****Application for protection**

112 (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the

Personne à protéger

97 (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

Personne à protéger

(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.

Exclusion par application de la Convention sur les réfugiés

98 La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[...]

SECTION 3**Examen des risques avant renvoi****Protection****Demande de protection**

112 (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux

regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

Exception

(2) Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

(a) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(b) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(e) to be ineligible;

(b.1) subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since their claim for refugee protection was last rejected — unless it was deemed to be rejected under subsection 109(3) or was rejected on the basis of section E or F of Article 1 of the Refugee Convention — or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or the Refugee Appeal Division;

(c) subject to subsection (2.1), less than 12 months, or, in the case of a person who is a national of a country that is designated under subsection 109.1(1), less than 36 months, have passed since their last application for protection was rejected or determined to be withdrawn or abandoned by the Refugee Protection Division or the Minister.

(d) [Repealed, 2012, c. 17, s. 38]

Exemption

(2.1) The Minister may exempt from the application of paragraph (2)(b.1) or (c)

(a) the nationals — or, in the case of persons who do not have a country of nationality, the former habitual residents — of a country;

(b) the nationals or former habitual residents of a country who, before they left the country, lived in a given part of that country; and

(c) a class of nationals or former habitual residents of a country.

règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

Exception

(2) Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e);

b.1) sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de trente-six mois se sont écoulés depuis le dernier rejet de sa demande d'asile — sauf s'il s'agit d'un rejet prévu au paragraphe 109(3) ou d'un rejet pour un motif prévu à la section E ou F de l'article premier de la Convention — ou le dernier prononcé du désistement ou du retrait de la demande par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés;

c) sous réserve du paragraphe (2.1), moins de douze mois ou, dans le cas d'un ressortissant d'un pays qui fait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1), moins de 36 mois se sont écoulés depuis le rejet de sa dernière demande de protection ou le prononcé du retrait ou du désistement de cette demande par la Section de la protection des réfugiés ou le ministre.

d) [Abrogé, 2012, ch. 17, art. 38]

Exemption

(2.1) Le ministre peut exempter de l'application des alinéas (2)b.1) ou c) :

a) les ressortissants d'un pays ou, dans le cas de personnes qui n'ont pas de nationalité, celles qui y avaient leur résidence habituelle;

b) ceux de tels ressortissants ou personnes qui, avant leur départ du pays, en habitaient une partie donnée;

c) toute catégorie de ressortissants ou de personnes visés à l'alinéa a).

Application

(2.2) However, an exemption made under subsection (2.1) does not apply to persons in respect of whom, after the day on which the exemption comes into force, a decision is made respecting their claim for refugee protection by the Refugee Protection Division or, if an appeal is made, by the Refugee Appeal Division.

Regulations

(2.3) The regulations may govern any matter relating to the application of subsection (2.1) or (2.2) and may include provisions establishing the criteria to be considered when an exemption is made.

Restriction

(3) Refugee protection may not be conferred on an applicant who

(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 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;

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

Consideration of application

113 Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only 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;

(b) a hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;

Application

(2.2) Toutefois, l'exemption ne s'applique pas aux personnes dont la demande d'asile a fait l'objet d'une décision par la Section de la protection des réfugiés ou, en cas d'appel, par la Section d'appel des réfugiés après l'entrée en vigueur de l'exemption.

Règlements

(2.3) Les règlements régissent l'application des paragraphes (2.1) et (2.2) et prévoient notamment les critères à prendre en compte en vue de l'exemption.

Restriction

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada pour une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix 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) 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) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

Examen de la demande

113 Il est disposé de la demande comme il suit :

a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus 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;

b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3) — other than one described in subparagraph (e)(i) or (ii) — consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada; and

(e) in the case of the following applicants, consideration shall be on the basis of sections 96 to 98 and subparagraph (d)(i) or (ii), as the case may be:

(i) an applicant who is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years for which a term of imprisonment of less than two years — or no term of imprisonment — was imposed, and

(ii) an applicant who is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, unless they are found to be a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention.

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.

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3) — sauf celui visé au sous-alinéa e)(i) ou (ii) —, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part :

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada;

e) s'agissant des demandeurs ci-après, sur la base des articles 96 à 98 et, selon le cas, du sous-alinéa d)(i) ou (ii) :

(i) celui qui est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada pour une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans et pour laquelle soit un emprisonnement de moins de deux ans a été infligé, soit aucune peine d'emprisonnement n'a été imposée,

(ii) celui qui est interdit de territoire pour grande criminalité pour 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, sauf s'il a été conclu qu'il est visé à la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés.

Effet de la décision

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.

Cancellation of stay

(2) If the Minister is of the opinion that the circumstances surrounding a stay of the enforcement of a removal order have changed, the Minister may re-examine, in accordance with paragraph 113(d) and the regulations, the grounds on which the application was allowed and may cancel the stay.

Vacation of determination

(3) If the Minister is of the opinion that a decision to allow an application for protection was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts on a relevant matter, the Minister may vacate the decision.

Effect of vacation

(4) If a decision is vacated under subsection (3), it is nullified and the application for protection is deemed to have been rejected.

Protection

115 (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions

- (2) Subsection (1) does not apply in the case of a person
- (a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or
 - (b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

Removal of refugee

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to

Révocation du sursis

(2) Le ministre peut révoquer le sursis s'il estime, après examen, sur la base de l'alinéa 113d) et conformément aux règlements, des motifs qui l'ont justifié, que les circonstances l'ayant amené ont changé.

Annulation de la décision

(3) Le ministre peut annuler la décision ayant accordé la demande de protection s'il estime qu'elle découle de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Effet de l'annulation

(4) La décision portant annulation emporte nullité de la décision initiale et la demande de protection est réputée avoir été rejetée.

Principe

115 (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

Exclusion

- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :
- a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;
 - b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

Renvoi de réfugié

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays

Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227

Non-application — claimants at land ports of entry

Non-application — demandeurs aux points d'entrée par route

159.5 Paragraph 101(1)(e) of the Act does not apply if a claimant who seeks to enter Canada at a location other than one identified in paragraphs 159.4(1)(a) to (c) establishes, in accordance with subsection 100(4) of the Act, that

159.5 L'alinéa 101(1)(e) de la Loi ne s'applique pas si le demandeur qui cherche à entrer au Canada à un endroit autre que l'un de ceux visés aux alinéas 159.4(1)(a) à (c) démontre, conformément au paragraphe 100(4) de la Loi, qu'il se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

...

[...]

(c) a family member of the claimant who has attained the age of 18 years is in Canada and has made a claim for refugee protection that has been referred to the Board for determination, unless

c) un membre de sa famille âgé d'au moins dix-huit ans est au Canada et a fait une demande d'asile qui a été déferée à la Commission sauf si, selon le cas :

(i) the claim has been withdrawn by the family member,

(i) celui-ci a retiré sa demande,

(ii) the claim has been abandoned by the family member,

(ii) celui-ci s'est désisté de sa demande,

(iii) the claim has been rejected, or

(iii) sa demande a été rejetée,

(iv) any pending proceedings or proceedings respecting the claim have been terminated under subsection 104(2) of the Act or any decision respecting the claim has been nullified under that subsection;

(iv) il a été mis fin à l'affaire en cours ou la décision a été annulée aux termes du paragraphe 104(2) de la Loi;

...

[...]

Pre-Removal Risk Assessment

Examen des risques avant renvoi

Application for protection

Demande de protection

160 (1) Subject to subsection (2) and for the purposes of subsection 112(1) of the Act, a person may apply for protection after they are given notification to that effect by the Department.

160 (1) Sous réserve du paragraphe (2), pour l'application du paragraphe 112(1) de la Loi, toute personne peut faire une demande de protection après avoir reçu du ministère un avis à cet effet.

No notification

Demande sans avis

(2) A person described in section 165 or 166 may apply for protection in accordance with that section without being given notification to that effect by the Department.

(2) La personne visée aux articles 165 ou 166 peut faire une demande de protection conformément à ces articles sans avoir reçu du ministère un avis à cet effet.

Notification**(3)** Notification shall be given

(a) in the case of a person who is subject to a removal order that is in force, before removal from Canada; and

(b) in the case of a person named in a certificate described in subsection 77(1) of the Act, when the summary of information and other evidence is filed under subsection 77(2) of the Act.

When notification is given**(4)** Notification is given

(a) when the person is given the application for protection form by hand; or

(b) if the application for protection form is sent by mail, seven days after the day on which it was sent to the person at the last address provided by them to the Department.

...

Application within 15-day period

162 An application received within 15 days after notification was given under section 160 shall not be decided until at least 30 days after notification was given. The removal order is stayed under section 232 until the earliest of the events referred to in paragraphs 232(c) to (f) occurs.

...

Stay of Removal Orders**Considerations**

230 (1) The Minister may impose a stay on removal orders with respect to a country or a place if the circumstances in that country or place pose a generalized risk to the entire civilian population as a result of

(a) an armed conflict within the country or place;

(b) an environmental disaster resulting in a substantial temporary disruption of living conditions; or

(c) any situation that is temporary and generalized.

Avis**(3)** L'avis est donné :

a) dans le cas de la personne visée par une mesure de renvoi ayant pris effet, avant son renvoi du Canada;

b) dans le cas de la personne nommée dans le certificat visé au paragraphe 77(1) de la Loi, lorsque le résumé de la preuve est déposé en application du paragraphe 77(2) de la Loi.

Délivrance**(4)** L'avis est donné :

a) soit sur remise en personne du formulaire de demande de protection;

b) soit à l'expiration d'un délai de sept jours suivant l'envoi par courrier du formulaire de demande de protection à la dernière adresse fournie au ministère par la personne.

[...]

Demande dans un délai de quinze jours

162 La demande de protection reçue dans les quinze jours suivant la délivrance de l'avis visé à l'article 160 ne peut être tranchée avant l'expiration d'un délai de trente jours suivant la délivrance de l'avis. Le sursis de la mesure de renvoi aux termes de l'article 232 s'applique alors jusqu'au premier en date des événements visés aux alinéas c) à f) de cet article.

[...]

Sursis**Sursis : pays ou lieu en cause**

230 (1) Le ministre peut imposer un sursis aux mesures de renvoi vers un pays ou un lieu donné si la situation dans ce pays ou ce lieu expose l'ensemble de la population civile à un risque généralisé qui découle :

a) soit de l'existence d'un conflit armé dans le pays ou le lieu;

b) soit d'un désastre environnemental qui entraîne la perturbation importante et temporaire des conditions de vie;

c) soit d'une circonstance temporaire et généralisée.

Cancellation

(2) The Minister may cancel the stay if the circumstances referred to in subsection (1) no longer pose a generalized risk to the entire civilian population.

Exceptions

(3) The stay does not apply to a person who

(a) is inadmissible under subsection 34(1) of the Act on security grounds;

(b) is inadmissible under subsection 35(1) of the Act on grounds of violating human or international rights;

(c) is inadmissible under subsection 36(1) of the Act on grounds of serious criminality or under subsection 36(2) of the Act on grounds of criminality;

(d) is inadmissible under subsection 37(1) of the Act on grounds of organized criminality;

(e) is a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(f) informs the Minister in writing that they consent to their removal to a country or place to which a stay of removal applies.

...

Stay of removal — pre-removal risk assessment

232 A removal order is stayed when a person is notified by the Department under subsection 160(3) that they may make an application under subsection 112(1) of the Act, and the stay is effective until the earliest of the following events occurs:

(a) the Department receives confirmation in writing from the person that they do not intend to make an application;

(b) the person does not make an application within the period provided under section 162;

(c) the application for protection is rejected;

(d) [Repealed, SOR/2012-154, s. 12]

(e) if a decision to allow the application for protection is made under paragraph 114(1)(a) of the Act, the

Révocation

(2) Le ministre peut révoquer le sursis si la situation n'expose plus l'ensemble de la population civile à un risque généralisé.

Exception

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas dans les cas suivants :

a) l'intéressé est interdit de territoire pour raison de sécurité au titre du paragraphe 34(1) de la Loi;

b) il est interdit de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux au titre du paragraphe 35(1) de la Loi;

c) il est interdit de territoire pour grande criminalité ou criminalité au titre des paragraphes 36(1) ou (2) de la Loi;

d) il est interdit de territoire pour criminalité organisée au titre du paragraphe 37(1) de la Loi;

e) il est visé à la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

f) il avise par écrit le ministre qu'il accepte d'être renvoyé vers un pays ou un lieu à l'égard duquel le ministre a imposé un sursis.

[...]

Sursis : examen des risques avant renvoi

232 Il est sursis à la mesure de renvoi dès le moment où le ministère avise l'intéressé aux termes du paragraphe 160(3) qu'il peut faire une demande de protection au titre du paragraphe 112(1) de la Loi. Le sursis s'applique jusqu'au premier en date des événements suivants :

a) le ministère reçoit de l'intéressé confirmation écrite qu'il n'a pas l'intention de se prévaloir de son droit;

b) le délai prévu à l'article 162 expire sans que l'intéressé fasse la demande qui y est prévue;

c) la demande de protection est rejetée;

d) [Abrogé, DORS/2012-154, art. 12]

e) s'agissant d'une personne à qui l'asile a été conféré aux termes du paragraphe 114(1) de la Loi, la décision

decision with respect to the person's application to remain in Canada as a permanent resident is made; and

(f) in the case of a person to whom subsection 112(3) of the Act applies, the stay is cancelled under subsection 114(2) of the Act.

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]

Legal Rights

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

ENFORCEMENT

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

quant à sa demande de séjour au Canada à titre de résident permanent;

f) s'agissant d'une personne visée au paragraphe 112(3) de la Loi, la révocation du sursis prévue au paragraphe 114(2) de la Loi.

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]

Garanties juridiques

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

Recours

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

IMM-3484-18
2019 FC 896

IMM-3484-18
2019 CF 896

Sandy Shenna Moffat (*Applicant*)

Sandy Shenna Moffat (*demanderesse*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

INDEXED AS: MOFFAT v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : MOFFAT c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Annis, J.—Toronto, February 14; Ottawa, July 5, 2019.

Cour fédérale, juge Annis—Toronto, 14 février; Ottawa, 5 juillet 2019.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Refugee Protection Division — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision determining that applicant would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to her life or risk of cruel, unusual treatment or punishment if removed to St. Lucia — Applicant born in St. Lucia; fleeing country when 17 after being outed as bisexual — RPD finding that applicant failing to meet onus of presenting credible evidence to support allegations that formed basis of applicant's refugee claim on balance of probabilities — RPD reviewing psychological report (Report) drafted by well-established psychologist who diagnosed applicant with schizoaffective disorder — Giving Report little evidentiary weight — RPD concluding applicant neither Convention refugee nor person in need of protection; consequently dismissing applicant's claim — Whether RPD erring in finding that applicant not credible; whether RPD erring by failing to consider Gender Guidelines (Chairperson Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution (Guidelines)); whether RPD erring in assigning little weight to psychological report mitigating credibility inconsistencies of applicant — Regarding RPD's finding that applicant not credible, no fact-finding process errors arising while negative credibility findings supported by evidence with no error plain to see — No basis to conclude that RPD's factual findings unreasonable or that any other ground existing that would permit Court to interfere with RPD's conclusion that applicant not credible — Regarding Gender Guidelines, no indication that RPD not sensitive to applicant's personal situation during hearing or in assessing evidence — Guidelines not cure for every evidentiary deficiency; not needing to be specifically mentioned when considered — Therefore, no reviewable error arising with respect to Guideline issue — With respect to weight given to expert psychological assessment, Report containing psychologist's opinion about matters of relevance to

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Section de la protection des réfugiés — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que la demanderesse, si elle était renvoyée à Sainte-Lucie, ne serait pas exposée à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie, ou à un risque de peine ou de traitement cruel et inusité — La demanderesse est née à Sainte-Lucie; elle a fui le pays à l'âge de 17 ans, après que l'on eut révélé qu'elle était bisexuelle — La SPR a conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau de présenter une preuve crédible à l'appui des allégations qui constituaient le fondement de sa demande selon la prépondérance des probabilités — La SPR a examiné un rapport psychologique (le Rapport) rédigé par un psychologue de renom, diagnostiquant un trouble schizoaffectif chez la demanderesse — Elle a accordé peu de valeur probante au Rapport — La SPR a conclu que la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger; pour cette raison, elle a rejeté sa demande — Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas crédible; si la SPR a commis une erreur en ne tenant pas compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe (Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe (Directives)) et; si la SPR a commis une erreur en accordant peu de poids au rapport psychologique atténuant les incohérences de crédibilité de la demanderesse — En ce qui concerne la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible, il n'y a pas eu d'erreur dans le processus d'établissement des faits, tandis que les conclusions défavorables en matière de crédibilité étaient étayées par des preuves, sans qu'aucune erreur ne soit évidente — Rien ne permettait de conclure que les conclusions factuelles de la SPR étaient déraisonnables ou qu'il

underlying refugee proceedings — RPD right to conclude that Report should be given little weight — Factors that RPD may apply to assess probative value, reliability of expert medical or psychological report referred to — Permitted for RPD to rule expert report inadmissible in limited circumstances — While not binding on RPD, criteria set forth in R. v. Mohan (S.C.C.), R. v. Abbey (Ont. C.A.) may be useful in allowing RPD to determine whether such circumstances arising — In case at bar, Report's categorical statements that applicant credible, that any inconsistency should not be attributed to intent to mislead constituting impermissible oath-helping — Report providing RPD member with ready-made inference about specific individual, which was impermissible opinion about applicant's credibility — Report also not reliable — Psychologist not providing any meaningful information supporting reliability of his conclusion that applicant suffering from major mental illness — Psychologist's opinions failing regarding expert's independence, impartiality — Report apparently demonstrating adversarial bias, partiality through its apparent advocacy in support of applicant's refugee claim, against any outcome that would see applicant removed from Canada — Excerpts examined in present case representing impermissible overreach by psychologist; constituting advocacy on behalf of applicant — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a Refugee Protection Division (RPD) decision determining that the applicant would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if removed to St. Lucia under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act.) The applicant was born in St. Lucia and, after being outed as bisexual, fled the country when she was 17, fearing that her life was threatened by her boyfriend and the community. The applicant had a secret lesbian relationship while dating her boyfriend.

existait tout autre motif qui permettrait à la Cour de s'opposer à la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible — En ce qui concerne les Directives, rien n'indiquait que la SPR n'avait pas été sensible à la situation personnelle de la demanderesse pendant l'audience ou lors de l'évaluation de la preuve — Les Directives ne sont pas un remède à toutes les lacunes en matière de preuve et il n'est pas nécessaire de les mentionner expressément lorsqu'elles sont prises en compte — Il n'y a donc pas eu d'erreur susceptible de contrôle en ce qui concerne la question des Directives — En ce qui concerne le poids donné à l'évaluation psychologique de l'expert, le Rapport contenait l'opinion du psychologue sur des questions pertinentes à la demande d'asile sous-jacente — La SPR a conclu à juste titre qu'il fallait accorder peu de poids au Rapport — Les facteurs que la SPR peut appliquer pour évaluer la valeur probante et la fiabilité d'un rapport médical ou psychologique d'expert ont été mentionnés — Il est permis à la SPR de déclarer un rapport d'expert irrecevable dans des circonstances limitées — Bien qu'ils ne lient pas la SPR, les critères énoncés dans les arrêts R. c. Mohan (C.S.C.) et R. c. Abbey (C.A. Ont.) peuvent être utiles pour lui permettre de déterminer si de telles circonstances surviennent — Dans la présente affaire, les déclarations catégoriques selon lesquelles la demanderesse était crédible et toute incohérence ne devrait pas être attribuée à une intention d'induire en erreur, constituaient des témoignages justificatifs et n'étaient pas admissibles — Le Rapport a fourni au commissaire de la SPR une déduction toute faite au sujet d'une personne en particulier, ce qui constituait une opinion inadmissible sur la crédibilité de la demanderesse — Le rapport n'était pas fiable non plus — Le psychologue n'a pas fourni de renseignements significatifs à l'appui de la fiabilité de sa conclusion selon laquelle la demanderesse souffre d'une maladie mentale grave — Les opinions du psychologue étaient fausses en ce qui concerne l'exigence d'indépendance et d'impartialité des experts — Le Rapport a démontré apparemment un parti pris accusatoire et a fait preuve de partialité en défendant apparemment la demande d'asile de la demanderesse et en s'opposant à toute décision qui pourrait entraîner son renvoi du Canada — Les extraits examinés dans la présente affaire représentaient des excès inadmissibles de la part du psychologue et étaient des exemples de défense d'intérêts au nom de la demanderesse — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), qui a conclu que la demanderesse, si elle était renvoyée à Sainte-Lucie, ne serait pas exposée à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie, ou à un risque de peine ou de traitement cruel et inusité au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). La demanderesse est née à Sainte-Lucie et, après que l'on eut révélé qu'elle était bisexuelle, elle a fui le pays à l'âge de 17 ans, craignant que sa vie ne soit menacée par

Her difficulties began when the applicant's boyfriend learned of her secret lesbian relationship. The applicant's boyfriend assaulted the applicant on a number of occasions and once she was hospitalized for a few days. Twice the applicant reported the beatings to police but they took no action. As a result of the beatings and fears that her life was at risk, the applicant left St. Lucia. She arrived in Canada when she was a minor but did not claim refugee protection until more than five years later.

The RPD identified a number of issues relating to the applicant's credibility and found that she had not met the onus of presenting credible evidence to support the allegations that formed the basis of her refugee claim on a balance of probabilities. Finally, the RPD reviewed a psychological report drafted by a well-established psychologist who diagnosed the applicant with a schizoaffective disorder (the Report). The RPD gave the Report little evidentiary weight since it was based on a one-hour interview, was five years old, and was not followed up by any psychiatric treatment even though the Report recommended that the applicant undertake treatment. The RPD concluded that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection and consequently dismissed the applicant's claim.

The issues were whether the RPD erred in finding that the applicant was not credible; whether the RPD erred by failing to consider the Gender Guidelines (*Chairperson Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (Guidelines)) and; whether the RPD erred in assigning little weight to the psychological report mitigating credibility inconsistencies of the applicant.

Held, the application should be dismissed.

Regarding the RPD's finding that the applicant was not credible, the applicant advanced a number of submissions that fundamentally asked the Court to reweigh the evidence. No fact-finding process errors arose while the negative credibility findings were supported by evidence with no error plain to see. The Court could not reweigh the evidence. Accordingly, there was no basis to conclude that the RPD's factual findings were unreasonable or that there existed any other ground that would permit the Court to interfere with the RPD's conclusion that the applicant was not credible.

son petit ami et la communauté. La demanderesse a eu une relation homosexuelle secrète tout en sortant avec son petit ami. Ses difficultés ont commencé lorsque son petit ami a appris l'existence de sa relation homosexuelle. Ce dernier a agressé la demanderesse à plusieurs reprises, dont une fois où elle a dû être hospitalisée pendant quelques jours. À deux reprises, la demanderesse a signalé les agressions à la police, mais celle-ci n'a rien fait. En raison de la violence dont elle était victime et de la crainte qu'elle avait pour sa vie, elle a quitté Sainte-Lucie. Elle est arrivée au Canada lorsqu'elle était une mineure, mais elle n'a demandé le statut de réfugié que plus de 5 ans plus tard.

La SPR a relevé un certain nombre de questions en litige liées à la crédibilité de la demanderesse et a conclu que celle-ci ne s'était pas acquittée du fardeau de présenter une preuve crédible à l'appui des allégations qui constituaient le fondement de sa demande selon la prépondérance des probabilités. Enfin, la SPR a examiné un rapport psychologique rédigé par un psychologue de renom, diagnostiquant un trouble schizoaffectif chez la demanderesse (le Rapport). La SPR a accordé peu de valeur probante au Rapport, car celui-ci était fondé sur un entretien d'une heure, remontait à cinq ans et n'avait été suivi d'aucun traitement psychiatrique, même s'il contenait une recommandation voulant que la demanderesse suive un traitement. La SPR a conclu que la demanderesse n'avait ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger. Pour cette raison, elle a rejeté sa demande.

Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas crédible; si la SPR a commis une erreur en ne tenant pas compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe (*Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* (Directives)) et; si la SPR a commis une erreur en accordant peu de poids au rapport psychologique atténuant les incohérences de crédibilité de la demanderesse.

Jugement : la demande doit être rejetée.

En ce qui concerne la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible, cette dernière a avancé un certain nombre d'arguments qui demandaient fondamentalement à la Cour de réexaminer les éléments de preuve. Il n'y a pas eu d'erreur dans le processus d'établissement des faits, tandis que les conclusions défavorables en matière de crédibilité étaient étayées par des preuves, sans qu'aucune erreur ne soit évidente. La Cour ne pouvait pas apprécier à nouveau la preuve. Par conséquent, rien ne permettait de conclure que les conclusions factuelles de la SPR étaient déraisonnables ou qu'il existait tout autre motif qui permettrait à la Cour de s'opposer à la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible.

The applicant argued that there was no indication that the RPD considered the Guidelines. She also argued that the RPD was insensitive with respect to the peculiar circumstances of her case and that it failed to apply specialized knowledge in assessing her claim. The applicant did not refer to specific instances in which the RPD exhibited a lack of sensitivity. Thus, there was no indication that the RPD was not sensitive to the applicant's personal situation during the hearing or in assessing the evidence. The Guidelines are not a cure for every evidentiary deficiency and do not need to be specifically mentioned when they are considered. Therefore, no reviewable error arose with respect to this issue.

With respect to the weight given to the expert psychological assessment, the Report was drafted by an individual who holds a Ph.D. in clinical psychology and is registered as a clinical psychologist. Of note, the Report contained the psychologist's opinion about three matters of relevance to the underlying refugee proceedings, namely: (1) the applicant's psychological disorders and their impact on her competency to testify; (2) the potential misconception of her credibility when testifying as a result of these disorders; and (3) the expected consequences of her removal to St. Lucia. The RPD was right in concluding that the Report should be given little weight for the reasons it provided. Some of the factors that the RPD may apply to assess the probative value and reliability of an expert medical or psychological report were referred to. As well, the issue of whether the RPD may exercise a similar cost/benefit "gate-keeping function" as trial judges do was considered. Because the RPD does not have the psychological expertise to reject the substantive opinions in an expert's report, it could benefit from applying the assessment factors regularly adopted by judges in trials to determine whether the expert has adequately demonstrated that the opinions in his or her report have been sufficiently proven to be reliable before it substantively accepts the report. These factors have been developed by the Supreme Court and the Ontario Court of Appeal in their efforts to ensure that the potential dangers of expert evidence are constrained by requiring such reports to pass a "gate-keeping" process before admitting them as evidence. The factors used in this process can equally be applied to assess the weight of a report's reliability. Federal Court case law examined would permit the RPD to rule an expert report to be inadmissible in the limited circumstances in which there is reason for it to do so. While not binding on the RPD, the criteria set forth in *R. v. Mohan* (S.C.C.) and *R. v. Abbey* (Ont. C.A.) may be useful in allowing the RPD to determine if such reason to refuse admission of expert evidence arises. In other words, an administrative tribunal, like the RPD, is not bound to admit every document tendered by an applicant. Therefore, the RPD may apply the factors described in *Mohan* and *Abbey* on the benefit side of the cost

La demanderesse a soutenu que rien n'indiquait que la SPR avait tenu compte des Directives. Elle a soutenu en outre que la SPR avait fait preuve d'insensibilité à l'égard de sa situation particulière et qu'elle n'avait pas appliqué des connaissances spécialisées pour évaluer sa demande. La demanderesse n'a pas fait référence à des cas précis dans lesquels la SPR a fait preuve d'un manque de sensibilité. Rien n'indiquait donc que la SPR n'avait pas été sensible à la situation personnelle de la demanderesse pendant l'audience ou lors de l'évaluation de la preuve. Les Directives ne sont pas un remède à toutes les lacunes en matière de preuve et il n'est pas nécessaire de les mentionner expressément lorsqu'elles sont prises en compte. Il n'y a donc pas eu d'erreur susceptible de contrôle en ce qui concerne cette question en litige.

En ce qui concerne le poids donné à l'évaluation psychologique de l'expert, le Rapport a été rédigé par un docteur en psychologie clinique qui est psychologue clinicien agréé. Il convient de souligner que le Rapport contenait l'opinion du psychologue sur trois questions pertinentes à la demande d'asile sous-jacente, à savoir : 1) les troubles psychologiques de la demanderesse et leur incidence sur sa capacité de témoigner; 2) l'idée erronée que l'on pouvait se faire de sa crédibilité lorsqu'elle témoignait en raison de ces troubles; 3) les conséquences prévues de son renvoi à Sainte-Lucie. La SPR a conclu à juste titre qu'il fallait accorder peu de poids au Rapport, pour les raisons qu'elle a décrites. Certains des facteurs que la SPR peut appliquer pour évaluer la valeur probante et la fiabilité d'un rapport médical ou psychologique d'expert ont été mentionnés. En outre, la question de savoir si la SPR peut exercer une fonction de contrôle des coûts et des avantages semblable à celle des juges de première instance a été examinée. Étant donné que la SPR n'a pas l'expertise psychologique nécessaire pour rejeter les opinions de fond contenues dans un rapport d'expert, il pourrait être avantageux pour elle d'appliquer les facteurs d'évaluation régulièrement adoptés par les juges dans les procès pour déterminer si l'expert a convenablement démontré que les opinions contenues dans son rapport sont suffisamment fiables avant d'accepter le Rapport quant au fond. Ces facteurs ont été élaborés par la Cour suprême et la Cour d'appel de l'Ontario dans les efforts qu'elles ont faits afin de veiller à ce que les dangers potentiels de la preuve d'expert soient limités en exigeant que ces rapports soient soumis à un processus de contrôle avant d'être admis en preuve. Les facteurs utilisés dans ce processus peuvent également être appliqués pour évaluer le poids de la fiabilité d'un rapport. La jurisprudence de la Cour fédérale qui a été examinée permettrait à la SPR de déclarer un rapport d'expert irrecevable dans les circonstances limitées dans lesquelles il y a lieu de le faire. Bien qu'ils ne lient pas la SPR, les critères énoncés dans les arrêts *R. c. Mohan* (C.S.C.) et *R. c. Abbey* (C.A. Ont.) peuvent être utiles pour lui permettre de déterminer si une telle raison de refuser l'admission d'une preuve d'expert survient.

issue equation to assist in the weight assessment analysis of an expert report.

The rule against oath-helping prohibits the admission of evidence adduced for the purpose of proving that a witness is truthful. The psychologist's prognosis that inconsistencies, etc. that may arise in the applicant's testimony during the refugee hearing would likely be attributable to her mental disorders was clearly evidence relevant to the applicant's credibility rather than evidence generally relevant to the subject matter of credibility at large. Ultimately, the Report's categorical statements that the applicant was credible and that any inconsistency should not be attributed to an intent to mislead was impermissible oath-helping. Furthermore, this conclusion suggested partiality by pegging the degree of reliability of the psychologist's opinion at the probative level of a likelihood and was not supported by any reliable scientific evidence, references, or documents. In this case, the Report provided the RPD member with a ready-made inference about a specific individual, which was an impermissible opinion about the applicant's credibility.

The Report's contents appeared to be entirely based on the information obtained from interviewing the applicant (typically lasting one hour) but without any specific duration mentioned in the Report in particular. In determining whether opinions gained from personal experience are relevant and reliable, the decision in *Abbey* is highly instructive on the approach that a court, or in this case the RPD, should follow. The psychologist's assertions of relevant scholarly work, which were not supported beyond general statements, represented a severe handicap to the psychologist's attempt to demonstrate his expertise in psychological assessment and the reliability of his methodology relied on to prepare the Report. The overriding problem with the Report's reliability was that it was founded entirely on the psychologist's assessment of the applicant's answers to his questions, with some tangible reference to demeanour when responding. The psychologist's claims of the reliability underlying his opinions about the applicant's credibility were premised, to some considerable extent, on his observations during his interview with the applicant. It was difficult to make a case that the psychologist's expertise, in determining the applicant's credibility, based on her demeanour, was superior to that of the RPD. The psychologist also did not provide any meaningful information supporting the reliability of his conclusion that the applicant suffers from major mental illness, an opinion that strongly supported the credibility-mitigating opinion.

Autrement dit, un tribunal administratif, comme la SPR, n'est pas tenu d'admettre tous les documents présentés par un demandeur. Par conséquent, la SPR peut appliquer les facteurs décrits dans les arrêts *Mohan* et *Abbey* du côté des avantages de l'équation de la question des coûts pour aider à l'analyse de la pondération d'un rapport d'expert.

La règle interdisant les témoignages justificatifs interdit l'admission d'éléments de preuve présentés dans le but de prouver qu'un témoin est sincère. Le pronostic du psychologue selon lequel les incohérences, entre autres, qui peuvent survenir dans le témoignage de la demanderesse au cours de l'audience relative à la demande d'asile sont probablement attribuables aux troubles mentaux de celle-ci était clairement pertinent pour la crédibilité de la demanderesse plutôt que pertinent en général pour la question de la crédibilité dans son ensemble. En fin de compte, les déclarations catégoriques du Rapport, selon lesquelles la demanderesse était crédible et toute incohérence ne devrait pas être attribuée à une intention d'induire en erreur, constituaient des témoignages justificatifs et n'étaient pas admissibles. De plus, cette conclusion sous-entendait la partialité en établissant le degré de fiabilité de l'opinion du psychologue au niveau probant d'une probabilité et n'était appuyée par aucun document, preuve scientifique ou référence fiable. Dans ce cas-ci, le Rapport a fourni au commissaire de la SPR une déduction toute faite au sujet d'une personne en particulier, ce qui constituait une opinion inadmissible sur la crédibilité de la demanderesse.

Le contenu du Rapport semblait être entièrement fondé sur l'information obtenue lors de l'entretien avec la demanderesse (qui dure habituellement une heure), mais le Rapport ne faisait état d'aucune durée précise. Pour déterminer si les opinions tirées de l'expérience personnelle sont pertinentes et fiables, l'arrêt *Abbey* est très instructif sur l'approche qu'un tribunal, ou en l'occurrence la SPR, devrait suivre. Le fait que les affirmations par le psychologue de travaux de recherche pertinents n'ont pas été étayées au-delà d'énoncés généraux a représenté un grand obstacle à la tentative du psychologue de démontrer son expertise en évaluation psychologique et la fiabilité de la méthodologie sur laquelle il s'est appuyé pour préparer le Rapport. Le principal problème qu'a posé la fiabilité du Rapport tenait au fait qu'il était entièrement fondé sur l'évaluation faite par le psychologue des réponses de la demanderesse à ses questions, avec une certaine référence tangible au comportement de celle-ci dans ses réponses. Les affirmations du psychologue quant à la fiabilité qui sous-tendait ses opinions sur la crédibilité de la demanderesse étaient fondées, dans une mesure assez importante, sur des observations faites pendant son entretien avec la demanderesse. Il était difficile de démontrer que l'expertise du psychologue pour déterminer la crédibilité de la demanderesse en fonction de son comportement était supérieure à celle de la SPR. Le psychologue n'a pas non plus fourni de renseignements significatifs à l'appui

The psychologist's opinions failed regarding the expert's independence and impartiality. A review of the Report showed that there was much to be concerned about. The Report apparently demonstrated adversarial bias, and to some extent, demonstrated partiality through its apparent advocacy in support of the applicant's refugee claim and against any outcome that would see her removed from Canada. The content of the Report that was most disquieting turned on the unwavering support it provided the applicant in obtaining a positive outcome from the refugee determination process. The excerpts examined in this case represented impermissible overreach by the psychologist and were examples of advocacy on behalf of the applicant. These were not opinions intended to assist the RPD but rather directives with the view to persuading the RPD to implement an obvious strategy in support of the applicant's lawyer's presentation of its case before the RPD.

Finally, comments were made respecting whether a more rigorous approach to the consideration of expert medical reports should be adopted.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, Sch.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27,
 ss. 25(1), 72(1), 96, 97, 170(g).
Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, rr. 20,
 29, 44.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 29(f).

CASES CITED

APPLIED:

White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co., 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, 1994 CanLII 80; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal to S.C.C. dismissed [2010] 2 S.C.R. v, [2010] S.C.C.A. No. 125 (QL).

CONSIDERED:

Cinar Corporation v. Robinson, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Melhi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 CanLII 107568 (I.R.B.); *Trembliuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1264; *Atay v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

de la fiabilité de sa conclusion selon laquelle la demanderesse souffre d'une maladie mentale grave, une opinion qui appuyait fortement l'opinion voulant que la crédibilité soit atténuée.

Les opinions du psychologue étaient fausses en ce qui concerne l'exigence d'indépendance et d'impartialité des experts. L'examen du Rapport a fait naître de nombreuses préoccupations. Le Rapport a démontré apparemment un parti pris accusatoire et, dans une certaine mesure, a fait preuve de partialité en défendant apparemment la demande d'asile de la demanderesse et en s'opposant à toute décision qui pourrait entraîner son renvoi du Canada. Le contenu du Rapport le plus troublant reposait sur l'appui indéfectible qu'il fournissait à la demanderesse pour obtenir une issue positive du processus d'octroi de l'asile. Les extraits examinés dans la présente affaire représentaient des excès inadmissibles de la part du psychologue et étaient des exemples de défense d'intérêts au nom de la demanderesse. Il ne s'agissait pas d'opinions visant à aider la SPR, mais plutôt de directives visant à persuader la SPR de mettre en œuvre une stratégie évidente à l'appui de la présentation du cas de la demanderesse par son avocat devant la SPR.

Enfin, des commentaires ont été formulés sur la question de savoir s'il y avait lieu d'adopter une approche plus rigoureuse dans l'examen des rapports médicaux d'expert.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 72(1), 96, 97, 170(g).
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règles 20, 29, 44.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, ann.
Securities Act, R.S.A. 2000, ch. S-4, s. 29(f).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co., 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 1994 CanLII 80; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel à la C.S.C. rejetée [2010] 2 R.C.S. v, [2010] 2 C.S.C.R. n° 125 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Cinar Corporation c. Robinson, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Melhi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CanLII 107568 (C.I.S.R.); *Trembliuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1264; *Atay c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

2008 FC 201; *Mowloughi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 270; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 309; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405, 493 A.R. 1, [2010] A.J. No. 1468 (QL); *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Drummond v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 33, [1996] F.C.J. No. 477 (QL) (T.D.); *Suchon v. Canada*, 2002 FCA 282, [2002] 3 C.T.C. 547; *R. v. Reid* (2003), 65 O.R. (3d) 723, 177 C.C.C. (3d) 260 (C.A.); *Regina v. Hawke*, (1975), 7 O.R. (2d) 145, 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A.); *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A.); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, (1997), 151 D.L.R. (4th) 193.

REFERRED TO:

Jean Pierre v. Canada (Immigration and Refugee Board), 2018 FCA 97; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Kallab v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 706, [2019] 3 F.C.R. 408; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Moya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 315, [2016] 4 F.C.R. 113; *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453; *Sandhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 CanLII 133401 (I.R.B.); *Khawaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8521, [1999] F.C.J. No. 1213 (QL) (T.D.); *B.C. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 826, 29 Imm. L.R. (3d) 246; *Mendez Santos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1326; *Olalere v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 385; *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Canadian Recording Industry Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 322, 417 N.R. 176; *Beltran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1143; *R. v. Llorenz*, 2000 CanLII 5745, [2000] O.J. No. 1885 (C.A.); *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149; *Carmen Alfano Family Trust (Trustee of) v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Beazley v. Suzuki Motor Corporation*, 2010 BCSC 480.

AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act: Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*. Ottawa: I.R.B., 1996.

2008 CF 201; *Mowloughi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 270; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 309; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405, 493 A.R. 1, [2010] A.J. n° 1468 (QL); *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Drummond c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 477 (QL) (1^{re} inst.); *Suchon c. Canada*, 2002 CAF 282; *R. v. Reid* (2003), 65 O.R. (3d) 723, 177 C.C.C. (3d) 260 (C.A.); *Regina v. Hawke* (1975), 7 O.R. (2d) 145, 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A.); *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A.); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

DÉCISIONS CITÉES :

Jean Pierre c. Canada (Immigration et Statut de réfugié), 2018 CAF 97; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Kallab c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 706, [2019] 3 R.C.F. 408; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Moya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 315, [2016] 4 R.C.F. 113; *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453; *Sandhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CanLII 133401 (C.I.S.R.); *Khawaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8521, [1999] A.C.F. n° 1213 (QL) (1^{re} inst.); *B.C. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 826; *Mendez Santos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1326; *Olalere c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 385; *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 322; *Beltran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1143; *R. v. Llorenz*, 2000 CanLII 5745, [2000] O.J. n° 1885 (C.A.); *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149; *Carmen Alfano Family Trust (Trustee of) v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Beazley v. Suzuki Motor Corporation*, 2010 BCSC 480.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration : Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*. Ottawa : C.I.S.R., 1996.

Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, loose-leaf, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Paciocco, David M. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association, January 31, 1998.

Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2008-09), 34 *Queen's L.J.* 565.

Paciocco, David M. and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2010.

« Principles Governing Communications with Testifying Experts », Toronto: The Advocates' Society, June 2014.

APPLICATION for judicial review of a decision of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision determining that the applicant would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if removed to St. Lucia under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

Dotun Davies for applicant.
Christopher Crighton for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Topmarké Attorneys LLP, Brampton, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

ANNIS J.:

I. Introduction

[1] This is an application for judicial review under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee*

Hill, S. Casey, David M. Tanovich et Louis P. Strezos. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, feuilles mobiles, 4^e éd. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003.

Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

Paciocco, David M. *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* Institute of Continuing Legal Education, Association du Barreau canadien, 31 janvier 1998.

Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2008-09), 34 *Queen's L.J.* 565

Paciocco, David M. et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7^e éd. Toronto : Irwin Law, 2010.

« Principles Governing Communications with Testifying Experts », Toronto : The Advocates' Society, June 2014.

DEMANDE de contrôle judiciaire présentée à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a conclu que la demanderesse, si elle était renvoyée à Sainte-Lucie, ne serait pas exposée à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie, ou à un risque de peine ou de traitement cruel et inusité au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Dotun Davies pour la demanderesse.
Christopher Crighton pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Topmarké Attorneys LLP, Brampton (Ontario), pour la demanderesse.
La sous-procureure-générale du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE ANNIS :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée au titre du paragraphe 72(1) de la *Loi sur*

Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) of a Refugee Protection Division (RPD) decision dated July 3, 2018 (the Decision). The RPD determined that the applicant would not be subject to risk of persecution, danger of torture, risk to her life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if removed to St. Lucia under sections 96 and 97 of the IRPA.

II. Background

[2] The applicant's narrative will be briefly summarized below, though I make no determination as to the truth of its contents.

[3] The applicant was born in St. Lucia in 1989. After being outed as bisexual, the applicant fled the country when she was 17, fearing that her life was threatened by her boyfriend Brian and the community.

[4] The applicant's mother abandoned her at an early age and she lived with her grandmother. At the age of 14, she had a yearlong relationship with a female friend, while also dating boys. The applicant then met Brian who was a few years older and well-off, albeit short-tempered and prone to jealousy. In June 2006, she met a new friend named Erica, with whom she shared a secret romance in January 2007.

[5] The applicant's difficulties began when Brian learned of her relationship with Erica. He did so by surprise when first seeing the couple through a "window door" from outside her grandmother's home where she lived. Brian then created a loud scene and threatened her. Later, Brian told Erica's boyfriend about the lesbian relationship. He in turn assaulted Erica, and spread rumours that the applicant and Erica were lesbians.

[6] Brian also became angry and assaulted the applicant on a number of occasions, once so badly that she was hospitalized for a few days. Twice the applicant reported the beatings to police, but they took no action. As a result of the beatings and fears that her life was at risk, she left St. Lucia.

l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), à l'égard d'une décision (la décision) de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) datée du 3 juillet 2018. La SPR a conclu que la demanderesse, si elle était renvoyée à Sainte-Lucie, ne serait pas exposée à un risque de persécution ou de torture, à une menace à sa vie, ou à un risque de peine ou de traitement cruel et inusité au sens des articles 96 et 97 de la LIPR.

II. Contexte

[2] L'exposé narratif de la demanderesse sera brièvement résumé ci-dessous, bien que je ne me prononce pas sur la véracité de son contenu.

[3] La demanderesse est née à Sainte-Lucie en 1989. Après que l'on eut révélé qu'elle était bisexuelle, la demanderesse a fui le pays à l'âge de 17 ans, craignant que sa vie ne soit menacée par son petit ami Brian et la communauté.

[4] Sa mère l'ayant abandonnée quand elle était toute jeune, la demanderesse a vécu avec sa grand-mère. À l'âge de 14 ans, elle a eu une relation d'un an avec une amie, tout en sortant avec des garçons. La demanderesse a ensuite rencontré Brian, qui était un peu plus âgé et aisé, mais qui avait la mèche courte et avait tendance à être jaloux. En juin 2006, elle a rencontré une nouvelle amie, Erica, avec qui elle a eu une idylle secrète en janvier 2007.

[5] Les difficultés de la demanderesse ont commencé lorsque Brian a appris l'existence de sa relation avec Erica. Il l'a fait par surprise en voyant le couple par une « porte-fenêtre » de l'extérieur de la maison de sa grand-mère, où elle vivait. Brian a alors réagi bruyamment et l'a menacée. Plus tard, Brian a informé le petit ami d'Erica de la relation lesbienne. Celui-ci a à son tour agressé Erica et a répandu des rumeurs selon lesquelles la demanderesse et Erica étaient lesbiennes.

[6] Brian s'est également mis en colère et a agressé la demanderesse à plusieurs reprises, dont une fois si violemment qu'elle a dû être hospitalisée pendant quelques jours. À deux reprises, la demanderesse a signalé les agressions à la police, mais celle-ci n'a rien fait. En raison de la violence dont elle était victime et de la crainte qu'elle avait pour sa vie, elle a quitté Sainte-Lucie.

[7] The RPD identified a number of issues related to the applicant's credibility, and found that she had not met the onus of presenting credible evidence to support the allegations that form the basis of her claim on a balance of probabilities.

[8] The RPD identified several inconsistencies and improbabilities in the applicant's testimony which are summarized as follows:

1. The applicant did not explain the contradictory evidence that she obtained a passport in February 2005 but testified that she obtained the passport due to the threats made against her in 2006;
2. There was contradictory evidence regarding Brian's discovery of the applicant having sex with Erica:
 - i. Whether Brian snuck in through the "window door" or the applicant opened the door for him;
 - ii. Whether Erica took her things and ran out while Brian grabbed and slapped the applicant, or whether Erica left by the front door before the applicant let Brian into the house;
 - iii. In oral evidence, the applicant omitted that Brian had threatened to kill her, as stated in her Personal Information Form (PIF);
 - iv. In oral evidence, the applicant omitted that she called Erica to say that Brian would not tell anyone, but that they could not be together, as stated in the PIF;
 - v. The applicant testified that neighbours heard the shouting, came out of their houses, learned what was happening, and they spread the

[7] La SPR a relevé un certain nombre de questions en litige liées à la crédibilité de la demanderesse et a conclu que celle-ci ne s'était pas acquittée du fardeau de présenter une preuve crédible à l'appui des allégations qui constituent le fondement de sa demande selon la prépondérance des probabilités.

[8] La SPR a relevé plusieurs incohérences et improbabilités dans le témoignage de la demanderesse, qui sont résumées ci-dessous :

1. La demanderesse n'a pas expliqué la preuve contradictoire selon laquelle elle avait obtenu un passeport en février 2005, mais a témoigné qu'elle avait obtenu le passeport en raison des menaces proférées contre elle en 2006;
2. Il y avait des preuves contradictoires concernant la découverte par Brian que la demanderesse avait eu des rapports sexuels avec Erica :
 - i. La question de savoir si Brian s'est faulé par la « porte-fenêtre » ou si la demanderesse lui a ouvert la porte;
 - ii. La question de savoir si Erica a pris ses affaires et s'est enfuie pendant que Brian attrapait et giflait la demanderesse, ou si Erica est partie par la porte d'entrée avant que la demanderesse ne laisse entrer Brian dans la maison;
 - iii. Dans son témoignage, la demanderesse a omis de mentionner que Brian avait menacé de la tuer, comme il est indiqué dans son Formulaire de renseignements personnels (le FRP);
 - iv. Dans son témoignage, la demanderesse a omis de mentionner qu'elle avait appelé Erica pour lui dire que Brian ne le dirait à personne, mais qu'elles ne pouvaient être ensemble, comme il est indiqué dans le FRP;
 - v. La demanderesse a témoigné que les voisins ont entendu les cris, sont sortis de leur maison, ont appris ce qui se passait et ont passé le mot.

- word. However, the PIF stated that it was Erica's boyfriend who spread the word and did not mention the neighbours;
- vi. The applicant did not cover the "window door" of her house as there were no houses in the back, only a road. However, she also stated that Brian would walk to the house from the back road. The applicant did not explain why people walking along the road could not see into the home.
3. The applicant's testimony and PIF were not consistent regarding her reports of the beatings to the police. The applicant testified that she went to the police three times: the first time they turned her away, the second time they would not listen because they do not like bisexual people, and the third time the police said that it was not important and did not give her a chance to tell her story. However, in the PIF the applicant indicated that she reported to the police two times, but that each time, the officer said it was a "love thing" and not police business;
4. There was contradictory evidence regarding the applicant's contact with Erica after they were caught having sex;
5. There was contradictory evidence in the PIF and oral testimony regarding the manner and timing of Brian's approaches to the applicant's grandmother after the applicant arrived in Canada and threats that he would kill the applicant;
6. The applicant's evidence regarding how she came to Canada and who she stayed with was not forthright; and
- Cependant, le FRP ne fait pas mention des voisins et indique plutôt que c'est le petit ami d'Erica qui a fait passer le mot;
- vi. La demanderesse ne couvrait pas la « porte-fenêtre » de sa maison, car il n'y avait pas de maisons à l'arrière, seulement une route. Toutefois, elle a également déclaré que Brian avait l'habitude de se rendre à la maison à pied depuis cette route. La demanderesse n'a pas expliqué pourquoi les personnes qui marchaient le long de la route ne pouvaient pas voir à l'intérieur de la maison.
3. Le témoignage de la demanderesse et le FRP n'étaient pas cohérents en ce qui concerne les agressions signalées à la police par la demanderesse. La demanderesse a témoigné qu'elle s'est adressée à la police à trois reprises : la première fois, les policiers ont refusé de la recevoir; la deuxième fois, ils n'ont pas voulu l'écouter parce qu'ils n'aimaient pas les personnes bisexuelles; et la troisième fois, ils lui ont dit que ce n'était pas important et ne lui ont pas donné la chance de raconter son histoire. Toutefois, dans le FRP, la demanderesse a indiqué qu'elle s'était présentée deux fois à la police, mais qu'à chaque fois, l'agent avait dit que c'était une « question conjugale » et non une affaire relevant de la police;
4. Il y avait des éléments de preuve contradictoires concernant les contacts de la demanderesse avec Erica après qu'elles eurent été surprises en train d'avoir des rapports sexuels;
5. Le FRP et le témoignage oral contenaient des éléments de preuve contradictoires concernant la façon dont Brian s'est adressé à la grand-mère de la demanderesse après que celle-ci fut arrivée au Canada et le moment où il l'a fait, ainsi qu'en ce qui a trait aux menaces de mort qu'il a proférées à l'endroit de la demanderesse;
6. La preuve de la demanderesse concernant la façon dont elle est arrivée au Canada et avec qui elle est restée n'était pas franche;

7. The PIF addendum referred to new threats by Brian made in October 2017 reported to the applicant via her sister. However, this was not supported by a letter or affidavit.

[9] The RPD also considered that the applicant arrived in Canada on June 17, 2007 when she was 17 years old, but did not claim refugee protection until October 26, 2012, more than five years later. The RPD acknowledged that the applicant was a minor when she arrived in Canada, but also noted that she reached the age of majority five months after she arrived. The applicant's mother had successfully claimed refugee protection in Canada. The applicant may not have had contact with her mother, but she had a family friend in Canada and other friends who could have directed her. The applicant has ten years of education and was resourceful enough to get her own passport when she was 15 years old. The applicant could have used the internet to inform herself about the refugee claim process, and she could have consulted a lawyer at any time. The RPD concluded that this delay supported its finding that the applicant lacks subjective fear and was not persecuted in St. Lucia for her alleged sexual orientation.

[10] Finally, the RPD reviewed a psychological report drafted by Dr. Gerald M. Devins, dated June 13, 2013, diagnosing the applicant with a schizoaffective disorder (the Report). The RPD gave the Report little evidentiary weight, as it was based on a one-hour interview, was five years old, and was not followed up by any psychiatric treatment, although the Report recommended that the applicant undertake treatment.

[11] The RPD concluded that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection, and consequently dismissed the applicant's claim. The applicant now seeks judicial review of this decision.

III. Issues

[12] The applicant raises three issues relating to the RPD's factual findings:

7. L'addenda au FRP faisait référence à de nouvelles menaces proférées par Brian en octobre 2017 et signalées à la demanderesse par sa sœur. Toutefois, cela n'a pas été étayé par une lettre ou un affidavit.

[9] La SPR a également tenu compte du fait que la demanderesse est arrivée au Canada le 17 juin 2007 à l'âge de 17 ans, mais qu'elle n'a demandé le statut de réfugié que le 26 octobre 2012, plus de 5 ans plus tard. La SPR a reconnu que la demanderesse était mineure lorsqu'elle est arrivée au Canada, mais a également fait remarquer qu'elle avait atteint l'âge de la majorité cinq mois après son arrivée. La mère de la demanderesse avait obtenu le statut de réfugiée au Canada. La demanderesse n'a peut-être pas eu de contact avec sa mère, mais elle avait un ami de la famille au Canada et d'autres amis qui auraient pu lui indiquer la marche à suivre. La demanderesse compte dix années d'études et a été assez débrouillarde pour obtenir son propre passeport à l'âge de 15 ans. La demanderesse aurait pu utiliser Internet pour se renseigner sur le processus de revendication du statut de réfugié et elle aurait pu consulter un avocat en tout temps. La SPR a conclu que ce retard appuyait sa conclusion selon laquelle la demanderesse n'avait pas de crainte subjective et n'avait pas été persécutée à Sainte-Lucie en raison de son orientation sexuelle alléguée.

[10] Enfin, la SPR a examiné un rapport psychologique rédigé par le Dr Gerald M. Devins, daté du 13 juin 2013, diagnostiquant un trouble schizoaffectif chez la demanderesse (le Rapport). La SPR a accordé peu de valeur probante au Rapport, car celui-ci était fondé sur un entretien d'une heure, remontait à cinq ans et n'avait été suivi d'aucun traitement psychiatrique, même s'il contenait une recommandation voulant que la demanderesse suive un traitement.

[11] La SPR a conclu que la demanderesse n'a ni la qualité de réfugiée au sens de la Convention ni celle de personne à protéger. Pour cette raison, elle a rejeté sa demande. La demanderesse demande maintenant le contrôle judiciaire de cette décision.

III. Questions en litige

[12] La demanderesse soulève trois questions relativement aux conclusions factuelles de la SPR :

- | | |
|---|---|
| (a) Did the RPD err in finding that the applicant was not credible? | a) La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas crédible? |
| (b) Did the RPD err by failing to consider the Gender Guidelines? | b) La SPR a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe? |
| (c) Did the RPD err in assigning little weight to the psychological report mitigating credibility inconsistencies of the applicant? | c) La SPR a-t-elle commis une erreur en accordant peu de poids au rapport psychologique atténuant les incohérences de crédibilité de la demanderesse? |

IV. Standard of review

[13] The first and third issues relate to weight assessment findings of fact, including the assignment of weight to the reliability of medical reports on relevant factors, while the second issue is an alleged fact-finding process error resulting from the failure to consider a relevant factor. The standard of review for the three issues concerning findings of fact is as follows:

1. With respect to the RPD's findings of fact, inferential facts, and the factual component of questions of mixed fact and law where the legal issue is not extricable from the facts, fact-finding process errors are reviewed on a correctness standard, while fact-finding weight assessment errors are reviewed on a reasonableness standard, but accorded the highest deference. The fact can only be set aside if the error is plain to see, without recourse to a reasonableness analysis. The same standard applies to the review of the inference drawing step of an inferred fact: *Jean Pierre v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, 2018 FCA 97, at paragraphs 51–53; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 21–23; *Kallab v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 706, [2019] 3 F.C.R. 408.

IV. Critère de contrôle

[13] Les première et troisième questions en litige ont trait aux conclusions de fait de l'évaluation relative à la valeur probante, y compris l'attribution d'un poids à la fiabilité des rapports médicaux sur les facteurs pertinents, tandis que la deuxième question en litige porte sur une erreur présumée du processus d'établissement des faits résultant de l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent. Le critère de contrôle pour les trois questions en litige concernant les conclusions de fait est le suivant :

1. En ce qui concerne les conclusions de fait de la SPR, les faits inférés et la composante factuelle des questions mixtes de fait et de droit lorsque la question de droit ne peut être extraite des faits, les erreurs du processus d'établissement des faits sont examinées selon la norme de la décision correcte, tandis que les erreurs liées à la valeur probante dans l'établissement des faits sont examinées selon la norme de la décision raisonnable, mais la plus grande déférence doit leur être accordée. Le fait ne peut être écarté que si l'erreur est évidente, sans recours à une analyse du caractère raisonnable. Le même critère s'applique au contrôle de l'étape de la déduction d'un fait inféré : *Jean Pierre c. Canada (Immigration et Statut de réfugié)*, 2018 CAF 97, aux paragraphes 51–53; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 21–23; *Kallab c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 706, [2019] 3 R.C.F. 408.

2. The outcome of the review of the factual issues is thereafter integrated and considered with the remaining issues to determine whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes in respect of the facts and law and justified with transparent and intelligible reasons: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

V. Analysis

A. *Did the RPD err in finding that the applicant was not credible?*

[14] The applicant advances a number of submissions that fundamentally ask this Court to reweigh the evidence, arguing that:

- the RPD identified minor inconsistencies of limited value to assessing the risk of persecution upon her removal to St. Lucia;
- the RPD misapprehended the facts, by focusing on selective portions of her evidence, and that for this reason its decision is unreasonable;
- the RPD undertook a microscopic examination of her testimony, and it expected an encyclopaedic recitation of the evidence from her PIF narrative;
- the RPD put the applicant to a memory test and thereby wrongfully assessed her credibility; and
- the evidence or testimony with respect to whether a claimant travels on false documents, destroys travel documents or lies about them upon arrival is peripheral and of very limited value to a determination of credibility.

[15] I find that no fact-finding process errors arise, while the negative credibility findings are supported by evidence, with no error plain to see. In effect, the applicant is asking the Court to reweigh the evidence which it cannot do. Accordingly, there is no basis to conclude that

2. Le résultat du contrôle des questions de fait est ensuite intégré et examiné avec les autres questions en litige afin de déterminer si la décision s'inscrit dans un éventail de résultats possibles et acceptables en ce qui concerne les faits et le droit, et si elle est justifiée par des motifs transparents et intelligibles : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

V. Analyse

A. *La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas crédible?*

[14] La demanderesse avance un certain nombre d'arguments qui demandent fondamentalement à la Cour de réexaminer les éléments de preuve, en faisant valoir que :

- la SPR a relevé des incohérences mineures d'une valeur limitée dans l'évaluation du risque de persécution lors de son renvoi à Sainte-Lucie;
- la SPR a mal interprété les faits en se concentrant sur certaines parties de son témoignage, et que, pour cette raison, sa décision est déraisonnable;
- la SPR a passé son témoignage à la loupe et s'attendait à une récitation encyclopédique des preuves tirées de l'exposé figurant dans son FRP;
- la SPR a soumis la demanderesse à un test de mémoire et, par conséquent, a mal évalué sa crédibilité;
- la preuve ou le témoignage quant à savoir si un demandeur du statut de réfugié voyage avec de faux documents, détruit des documents de voyage ou ment à leur sujet à son arrivée est périphérique et d'une valeur très limitée pour déterminer sa crédibilité.

[15] Je constate qu'il n'y a pas d'erreur dans le processus d'établissement des faits, tandis que les conclusions défavorables en matière de crédibilité sont étayées par des preuves, sans qu'aucune erreur ne soit évidente. En fait, la demanderesse demande à la Cour d'apprécier

the RPD's factual findings are unreasonable, or that there exists any other ground that would permit this Court to interfere with the RPD's conclusion that the applicant was not credible.

B. Did the RPD err by failing to consider the Gender Guidelines?

[16] The applicant argues that there was no indication that the RPD considered the *Chairperson Guidelines 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* (Guidelines). She argues that the RPD was insensitive with respect to the peculiar circumstances of the applicant as directed by the Guidelines, and that it failed to apply specialized knowledge in assessing the applicant's claim, as someone who had suffered domestic violence and abuse. As such, the applicant maintains that the RPD erred in its assessment of her claim.

[17] The difficulty with the applicant's submissions is that she does not refer to specific instances in which the RPD exhibited a lack of sensitivity. Thus, there is no indication that the RPD was not sensitive to the applicant's personal situation during the hearing or in assessing the evidence. Moreover, there were other problems with the applicant's testimony, particularly the delay of five years in bringing forward her refugee claim while residing in the country without proper immigration status, which was not accounted for and cannot be explained by simply pointing to the Guidelines.

[18] The Guidelines are not a cure for every evidentiary deficiency and do not need to be specifically mentioned when they are considered (*Moya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 315, [2016] 4 F.C.R. 113, at paragraphs 36–38; *Karanja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 574, at paragraphs 5–7). I agree with the respondent that no reviewable error arises with respect to this issue.

à nouveau la preuve, ce qu'elle ne peut pas faire. Par conséquent, rien ne permet de conclure que les conclusions factuelles de la SPR sont déraisonnables ou qu'il existe tout autre motif qui permettrait à la Cour de s'opposer à la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible.

B. La SPR a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte des Directives concernant la persécution fondée sur le sexe?

[16] La demanderesse soutient que rien n'indique que la SPR a tenu compte des *Directives numéro 4 du président : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* (les Directives). Elle soutient que la SPR a fait preuve d'insensibilité à l'égard de sa situation particulière, en contravention des Directives, et qu'elle n'a pas appliqué des connaissances spécialisées pour évaluer sa demande, en tant que personne ayant subi de la violence familiale et des mauvais traitements. À ce titre, la demanderesse soutient que la SPR a commis une erreur dans l'évaluation de sa demande.

[17] La difficulté liée aux observations de la demanderesse tient au fait qu'elle ne fait pas référence à des cas précis dans lesquels la SPR a fait preuve d'un manque de sensibilité. Rien n'indique donc que la SPR n'a pas été sensible à la situation personnelle de la demanderesse pendant l'audience ou lors de l'évaluation de la preuve. De plus, il y avait d'autres problèmes dans le témoignage de la demanderesse, en particulier le délai de cinq ans avant la présentation de sa demande d'asile pendant qu'elle résidait dans le pays sans statut d'immigration approprié, ce qui n'a pas été pris en compte et ne peut être expliqué simplement en se référant aux Directives.

[18] Les Directives ne sont pas un remède à toutes les lacunes en matière de preuve et il n'est pas nécessaire de les mentionner expressément lorsqu'elles sont prises en compte (*Moya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 315, [2016] 4 R.C.F. 113, aux paragraphes 36–38, *Karanja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 574, aux paragraphes 5–7). Je suis d'accord avec le défendeur pour dire qu'il n'y a pas

C. *Did the RPD commit a reviewable error by assigning little weight to the expert psychological assessment and thereby fail to consider the impact of the applicant's mental state on her testimony?*

(1) Introduction: the nature and scope of the Report

[19] The Report was drafted by Dr. Gerald M. Devins, who holds a Ph.D. in Clinical Psychology and is registered as a Clinical Psychologist. Dr. Devins essentially drafted a psychological assessment of the applicant a few days after interviewing her on May 27, 2013. This five-page Report contains a statement of Dr. Devins' qualifications and experience, his approach to the assessment, and sets forth a recitation of the applicant's narrative, including his clinical impressions following their meeting and several recommendations to the RPD member.

[20] Of note, the Report contains Dr. Devins' opinion about three matters of relevance to the underlying refugee proceedings, namely: (1) the applicant's psychological disorders and their impact on her competency to testify; (2) the potential misconception of her credibility when testifying as a result of these disorders; and (3) the expected consequences of her removal to St. Lucia.

[21] While the applicant did not raise the opinions expressed in the Report about risks upon removal to St. Lucia, or the issue of appointing a designated representative before the RPD, I will nevertheless address these remarks, in addition to the other opinions and recommendations contained in the Report in the analysis that follows.

[22] The Report's three opinions, along with specific symptomology references of particular relevance, with my emphasis, are as follows:

(a) Designated representative – competency to testify

d'erreur susceptible de contrôle en ce qui concerne cette question en litige.

C. *La SPR a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en accordant peu de poids à l'évaluation psychologique de l'expert et en omettant ainsi de tenir compte de l'incidence de l'état mental de la demanderesse sur son témoignage?*

1) Introduction : la nature et la portée du Rapport

[19] Le Rapport a été rédigé par le D^r Gerald M. Devins, qui détient un doctorat en psychologie clinique et est psychologue clinicien agréé. Le D^r Devins a essentiellement rédigé une évaluation psychologique de la demanderesse quelques jours après avoir mené un entretien avec elle le 27 mai 2013. Ce rapport de cinq pages contient un énoncé des qualifications et de l'expérience du D^r Devins, son approche de l'évaluation et une récitation de l'exposé de la demanderesse, y compris les impressions cliniques du D^r Devins à la suite de leur rencontre et plusieurs recommandations au commissaire de la SPR.

[20] Il convient de souligner que le Rapport contient l'opinion du D^r Devins sur trois questions pertinentes à la demande d'asile sous-jacente, à savoir : 1) les troubles psychologiques de la demanderesse et leur incidence sur sa capacité de témoigner; 2) l'idée erronée que l'on peut se faire de sa crédibilité lorsqu'elle témoigne en raison de ces troubles; 3) les conséquences prévues de son renvoi à Sainte-Lucie.

[21] Même si la demanderesse n'a pas soulevé les opinions exprimées dans le Rapport au sujet des risques liés au renvoi à Sainte-Lucie ou de la question de la nomination d'un représentant désigné devant la SPR, j'aborderai néanmoins ces remarques, en plus des autres opinions et recommandations contenues dans le Rapport dans l'analyse qui suit.

[22] Les trois opinions du Rapport, ainsi que les références spécifiques de symptomatologie d'une pertinence particulière sont les suivantes (non souligné dans l'original) :

a) Représentant désigné – compétence à témoigner

“Ms. Moffat reported symptoms indicative of major mental illness [later described as schizoaffective disorder, depressive type (29.570) in the American Psychiatric Association’s Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (4th ed., DSM-IV)]

[...] She anticipates that these symptoms will interfere significantly with her ability to testify at the Refugee Hearing. I discussed the notions of a Designated Representative with her and Ms. Moffat indicated receptivity. This should be given consideration.”

(b) Prediction of unclear and inconsistent evidence – misleading credibility assessment

“Ms. Moffat will be nervous and inhibited at the Refugee Hearing. She will be intimidated by people in authority. It will be important to exercise sensitivity during the questioning to avoid re-traumatizing her [...] Symptoms may arise during the Hearing in the form of difficulty understanding questions, requests for questions to be repeated or rephrased, inability to retrieve specific details of the past, or an apparent inability to formulate a coherent response. Stress-related cognitive problems can lead to difficulties in providing clear and consistent testimony. Should such problems become evident, it will be important to understand that they likely reflect the disorganizing effects of major mental illness and/or traumatic stress rather than an effort to evade or obfuscate.”

(c) Treatment interruption and relapse – risk on removal to the country of origin

“She attempted to take her life by ingesting flammable fluid. On another occasion, she attempted to take her life by jumping from a tree.” [In St. Lucia, evidence not found in the record].

[...] The uncertainty of her immigration status is intensely threatening.

Ms. Moffat acknowledged suicidal thoughts while in St. Lucia, but denied current suicidal ideation.

[TRADUCTION]

« Mme Moffat a fait état de symptômes indiquant une maladie mentale grave [décrite plus tard comme un trouble schizoaffectif de type dépressif (295.70) dans le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, 4^e édition (DSM-IV) de l’American Psychiatric Association]

[...] Elle s’attend à ce que ces symptômes nuisent considérablement à sa capacité de témoigner à l’audience relative à la demande d’asile. J’ai discuté des notions d’un représentant désigné avec Mme Moffat et elle m’a fait part de sa réceptivité. Cette possibilité devrait être envisagée. »

b) Prédiction d’éléments de preuve peu clairs et incohérents – évaluation trompeuse de la crédibilité

[TRADUCTION]

« Mme Moffat sera nerveuse et réservée lors de l’audience relative au statut de réfugié. Elle sera intimidée par les personnes en position d’autorité. Il sera important de faire preuve de sensibilité pendant l’interrogatoire pour éviter de la traumatiser à nouveau. [...] Les symptômes peuvent survenir lors de l’audience sous la forme d’une difficulté à saisir les questions posées, de demandes de répétition ou de reformulation de questions, d’une incapacité à se souvenir de détails précis du passé ou d’une incapacité apparente à formuler une réponse cohérente. La personne souffrant de ce genre de problèmes cognitifs liés au stress peut avoir de la difficulté à livrer un témoignage clair et cohérent. Si de tels problèmes deviennent évidents, il est important de comprendre qu’ils reflètent probablement les effets perturbateurs d’une maladie mentale importante ou d’un stress traumatique plutôt qu’un effort d’évitement ou de dissimulation. »

c) Interruption du traitement et rechute – risque en cas de renvoi dans le pays d’origine

[TRADUCTION]

« Elle a tenté de s’enlever la vie en ingérant du liquide inflammable. Une autre fois, elle a tenté de se suicider en sautant d’un arbre. » [À Sainte-Lucie, la preuve n’a pas été trouvée dans le dossier.]

[...] L’incertitude quant à son statut d’immigrante pose des risques énormes.

Mme Moffat a reconnu avoir eu des pensées suicidaires pendant qu’elle vivait à Sainte-Lucie, mais a nié en avoir actuellement.

[...] She is convinced she will be targeted in St. Lucia. The prospect of removal is too threatening to contemplate. When asked about her plans if she cannot stay in Canada, Ms. Moffat averted her gaze slowly and replied helplessly, ‘If they say, ‘No,’ I will cry. I don’t know what I will do.’”

CLINICAL IMPRESSION

Ms. Moffat satisfies diagnostic criteria for schizoaffective disorder, depressive type (295.70) in the American Psychiatric Association’s Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (4th edition, DSM-IV). She presents significant stress-response symptoms and stress-related adjustment problems. She requires psychiatric evaluation and treatment. With her permission, I request that Ms. Moffat’s Counsel assist her in finding a physician who can refer her for psychiatric evaluation and treatment. Such treatment must not be interrupted. Ms. Moffat’s condition can improve with appropriate care and guaranteed freedom from the threat of removal. If refused permission to remain in Canada, her condition will deteriorate (e.g., possible decompensation). As noted, it will be impossible for Ms. Moffat to feel safe anywhere in St. Lucia.

Appointment of a Designated Representative should be considered.

I hope that this report will assist you and the courts in determining the best possible outcome for Ms. Moffat.

[23] At the outset of the Report, Dr. Devins stated that since 1966, he has conducted psychological assessments of more than 4 300 refugee claimants and others seeking permission to stay in Canada. Recall that the Report is dated June 1, 2013. From other more recent decisions in which his reports have been considered, I understand that Dr. Devins continues to regularly provide psychological assessments on behalf of refugee claimants, i.e. 5 200 as of 2017 (*Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 710, [2018] 2 F.C.R. 453, at paragraph 80).

[...] Elle est convaincue qu’elle sera prise pour cible à Sainte-Lucie. La perspective d’un renvoi est trop grave pour être imaginée. Lorsqu’on lui a demandé ce qu’elle prévoyait faire si elle ne pouvait pas rester au Canada, Mme Moffat a détourné son regard lentement et a répondu, impuissante : « S’ils refusent ma demande, je vais pleurer. Je ne sais pas ce que je vais faire. »

IMPRESSION CLINIQUE

[TRADUCTION]

Mme Moffat satisfait aux critères diagnostiques du trouble schizoaffectif de type dépressif (295.70) dans le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, 4e édition (DSM-IV) de l’American Psychiatric Association. Elle présente d’importants symptômes de réaction au stress et des problèmes d’adaptation liés au stress. Elle a besoin d’une évaluation et d’un traitement psychiatriques. Avec sa permission, je demande à l’avocat de Mme Moffat de l’aider à trouver un médecin qui peut l’aiguiller vers un psychiatre pour une évaluation et un traitement. Un tel traitement ne doit pas être interrompu. L’état de Mme Moffat pourra s’améliorer si elle reçoit des soins adéquats et si on lui garantit que la menace de renvoi qui plane sur elle sera écartée. Si on ne lui permet pas de demeurer au Canada, son état se détériorera (p. ex. possibilité de décompensation). Comme il a été mentionné, il sera impossible pour Mme Moffat de se sentir en sécurité où qu’elle soit à Sainte-Lucie.

La nomination d’un représentant désigné devrait être envisagée.

J’espère que ce rapport vous aidera, vous et les tribunaux, à déterminer le meilleur résultat possible pour Mme Moffat.

[23] Au début du Rapport, le Dr Devins déclare que, depuis 1966, il a effectué des évaluations psychologiques pour plus de 4 300 demandeurs du statut de réfugié et autres personnes demandant un permis de séjour au Canada. Rappelons que le Rapport est daté du 1^{er} juin 2013. D’autres décisions plus récentes dans lesquelles ses rapports ont été examinés, je crois savoir que le Dr Devins continue de fournir régulièrement des évaluations psychologiques au nom des demandeurs d’asile; le nombre de ces évaluations s’élevait à 5 200 en 2017 (*Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 710, [2018] 2 R.C.F. 453, au paragraphe 80).

[24] At paragraph 13 of the Decision, the RPD explained why it gave the Report little evidentiary weight:

I have reviewed psychological report from Dr. Devins dated June 13, 2013. The diagnosis was schizo-affective disorder. I give this report little evidentiary weight, as it was based on a one hour interview, is five years old and was not followed up by any psychiatric treatment as recommended. In addition, I have considered the remarks made by Justice Annis in [*Czesak v Canada*, [2013 FC 1149] ... when he stated “... decision-makers should *be wary of reliance* upon forensic expert evidence *obtained for the purpose of litigation, unless it is subject to some form of validation.*” The claimant did not appear to have any problems in testifying. [Italicized passage in RPD Decision.]

[25] I agree with the RPD’s conclusion that the Report should be given little weight, for the reasons described above, among further reasons set forth in greater detail below. I will further supplement my reference to reliability issues facing unchallenged expert reports, while describing the particular difficulties expert reports pose for RPD members, by providing further analysis of the Report at issue here. In so doing, I will refer to some of the factors that the RPD may apply to assess the probative value and reliability of an expert medical or psychological report. These remarks extend to considerations of whether the RPD may declare expert reports inadmissible as opposed to uniquely considering their weight, in addition to considering if the RPD may exercise a similar cost/benefit “gatekeeping function” as trial judges.

(2) The potential dangers of expert evidence

[26] In the recent decision of *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), the Supreme Court of Canada repeated concerns about potential dangers arising from the misuse of expert evidence, which it previously raised in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, 1994 CanLII

[24] Au paragraphe 13 de la décision, la SPR explique pourquoi elle a accordé peu de valeur probante au Rapport :

J’ai examiné le rapport psychologique du Dr Devins daté du 13 juin 2013, dans lequel est posé un diagnostic de trouble schizoaffectif. J’accorde peu de valeur probante à ce rapport, étant donné qu’il se fondait sur un unique entretien d’une heure, qu’il datait de cinq ans et qu’aucun traitement psychiatrique n’a été amorcé suivant sa recommandation. En outre, j’ai pris en considération les observations faites par le juge Annis dans la décision *Czesak c Canada* [2013 CF 1149], dans laquelle il a affirmé que « [...] les décideurs *ne devraient se fier qu’avec prudence* aux éléments de preuve des experts judiciaires *obtenus aux fins du litige, sauf s’ils font l’objet d’une certaine forme de validation* ». La demandeur d’asile n’a pas semblé avoir de difficulté à témoigner. [Passage en italique dans la décision de la SPR.]

[25] Je souscris à la conclusion de la SPR selon laquelle il faut accorder peu de poids au Rapport, pour les raisons décrites ci-dessus, parmi les autres raisons exposées plus en détail ci-dessous. Je compléterai davantage ma référence aux problèmes de fiabilité auxquels font face les rapports d’expert non contestés, tout en décrivant les difficultés particulières que les rapports d’expert posent aux commissaires de la SPR, en fournissant ici une analyse plus approfondie du Rapport. Ce faisant, je ferai référence à certains des facteurs que la SPR peut appliquer pour évaluer la valeur probante et la fiabilité d’un rapport médical ou psychologique d’expert. Ces remarques s’étendent à la question de savoir si la SPR peut déclarer les rapports d’expert irrecevables plutôt que d’examiner uniquement leur valeur, en plus de se demander si la SPR peut exercer une fonction de contrôle des coûts et des avantages semblable à celle des juges de première instance.

2) Les risques éventuels associés à la preuve d’expert.

[26] Dans le récent arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 3 R.C.S. 182 (l’arrêt *White Burgess*), la Cour suprême du Canada a réitéré ses préoccupations au sujet des dangers susceptibles de découler de l’utilisation abusive de la preuve d’expert, qu’elle avait déjà

80 (*Mohan*) and several other decisions. These comments referred to juries as the triers of fact, but they also apply to other triers of fact, namely judges sitting without a jury and arguably to administrative tribunal decision makers (see for example *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paragraph 49 concerning a civil action without a jury; see also *Melhi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 CanLII 107568 (I.R.B.), in which the Immigration Division applied the *Mohan* test (at paragraphs 20–33 to expert testimony while acknowledging as follows at paragraph 25: “[w]hile it may not be completely settled as to whether the *Mohan* test should be applied in the administrative law context, even without applying the *Mohan* criteria strictly, the discretion to admit evidence and/or hear the testimony of a witness rests with the Immigration Division”; see also *Sandhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 CanLII 133401 (I.R.B.), at paragraphs 28–29).

[27] The Supreme Court’s concerns are found at paragraphs 17 and 18 of *White Burgess* as follows, with my emphasis:

We can take as the starting point for these developments the Court’s decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. That case described the potential dangers of expert evidence and established a four-part threshold test for admissibility. The dangers are well known. One is that the trier of fact will inappropriately defer to the expert’s opinion rather than carefully evaluate it. As Sopinka J. observed in *Mohan*:

There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

(See also *D.D.*, at para. 53; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 25-26; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.)

soulevées dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 1994 CanLII 80, (l’arrêt *Mohan*) et plusieurs autres décisions. Ces commentaires faisaient référence aux jurys en tant que juges des faits, mais ils s’appliquent également à d’autres juges des faits, à savoir les juges siégeant sans jury et les décideurs des tribunaux administratifs (voir par exemple *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, au paragraphe 49 concernant une action civile sans jury); voir aussi *Melhi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CanLII 107568 (C.I.S.R.), dans laquelle la Section de l’immigration (SI) a appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Mohan* (aux paragraphes 20 à 33, au témoignage d’expert tout en reconnaissant ce qui suit au paragraphe 25 : « La question de savoir si les critères énoncés dans l’arrêt *Mohan* s’appliquent dans le contexte du droit administratif n’est pas totalement réglée, mais même une application stricte de ces critères, la SI jouit du pouvoir discrétionnaire d’admettre des éléments de preuve ou d’entendre le témoignage d’un témoin. » Voir aussi *Sandhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CanLII 133401 (C.I.S.R.), aux paragraphes 28 et 29).

[27] Les préoccupations de la Cour suprême se trouvent aux paragraphes 17 et 18 de l’arrêt *White Burgess* (non souligné dans l’original) :

Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l’affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d’expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l’admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits s’en remette inconsidérément à l’opinion de l’expert au lieu de l’évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l’arrêt *Mohan* :

La preuve d’expert risque d’être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d’être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu’elle ne le mérite. [p. 21]

(Voir également *D.D.*, par. 53; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25 et 26; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46.)

The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury “will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence”: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its “informed judgment”, not simply decide on the basis of an “act of faith” in the expert’s opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of “attornment to the opinion of the expert” is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert’s reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting “junk science” (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a “contest of experts” distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76.

[28] The potential dangers of expert reports are exacerbated in most refugee proceedings because of their one-sided quasi-adversarial nature. In such cases, only the claimant is in full adversarial mode, with the Minister rarely appearing at the hearing. This provides a distinct advantage in these proceedings, and particularly it would appear in relation to a claimant’s use of expert reports. The respondent Minister rarely participates in these proceedings (despite having the power to do so under rule 29 *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 (RPD Rules)) due to many factors. Most of these barriers relate to the cost and scarcity of valuable legal and related expert resources to respond to the ever-increasing caseload and legal challenges faced in refugee and immigration matters. The Minister must respond to cases arising in a smorgasbord of different decision-making forums, each highly judicialized by the wide number of decisions subject to judicial review and the variability of their context, not to mention that these decisions are often both highly complex and/or controversial. This is unlikely to change.

Il s’agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d’y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d’appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v. Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d’un « acte de confiance » à l’égard de l’opinion de l’expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s’en remettre à l’opinion de l’expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d’expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d’autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d’une opinion d’expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l’objet d’un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d’admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu’un « concours d’experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l’aider (*Mohan*, p. 24). Un autre danger bien connu associé à l’admission de la preuve d’expert est le fait qu’elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76).

[28] Les dangers possibles des rapports d’expert sont exacerbés dans la plupart des demandes d’asile en raison de leur nature quasi-accusatoire et unilatérale. Dans de tels cas, seul le demandeur d’asile est en mode accusatoire complet, et le ministre comparait rarement à l’audience. Il s’agit là d’un avantage distinct dans le cadre de ces procédures, particulièrement en ce qui a trait à l’utilisation des rapports d’expert par le demandeur d’asile. Le ministre intimé participe rarement à ces procédures (même s’il en a le pouvoir en vertu de la règle 29 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 (les RSPR)) en raison de nombreux facteurs. La plupart de ces obstacles sont liés au coût et à la rareté de précieuses ressources juridiques et d’experts connexes pour répondre à la charge de travail et aux défis juridiques sans cesse croissants en ce qui concerne les réfugiés et les immigrants. Le ministre doit répondre aux cas qui se présentent dans une pléiade d’instances très judiciairisées par le grand nombre de décisions sujettes au contrôle judiciaire et la variabilité de leur contexte, sans compter que ces décisions sont souvent à la fois très complexes et controversées. Il est peu probable que cela change.

[29] If the Minister wanted to challenge these reports, it would presumably need to engage experts in the field at issue, with perhaps an opportunity to interview and assess the claimants in a manner somewhat similar to that carried out by the claimants' own experts. This would be followed by drafting a contradictory report. It would also entail procedures to obtain corroborating information, or even relevant information, which is not furnished to the RPD as in this matter. While expert witnesses are permitted to testify before the RPD (see rule 44 of the RPD Rules), I am not aware of circumstances in which physicians or other experts have been called to testify before the RPD and were further subject to cross-examination by lawyers, as is the norm in trial courts and some administrative tribunals. If the parties' expert reports are significantly at odds, it is generally recognized that only cross-examination before the decision maker can allow them to be appropriately weighed.

[30] However, since this is not the ordinary procedure followed before the RPD, it is therefore left to the member to assess and provide reasons explaining the degree of weight attached to an expert report. The member must do so however, without ever being able to respond to the substantive nature of the opinions contained in the expert report. Without the Minister's participation, backed up by an opposing expert report containing opinions challenging those of a claimant's expert, the RPD is not in a position to question the substance of the opinions provided. Indeed, this Court has ruled that the RPD does *not* have the psychological expertise to reject the substantive opinions in an expert's report, such as a diagnosis, see *Trembliuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1264, at paragraphs 11–12 with my emphasis:

The RPD, in its reasons, wrote:

... I do not accept this diagnosis because I find the witness not to be a credible or a trustworthy witness.

While it was open to the RPD to determine the weight, if any, to be given to the assessment provided by the

[29] Si le ministre voulait contester ces rapports, il lui faudrait vraisemblablement retenir les services d'experts dans le domaine en question, qui auraient peut-être l'occasion d'interroger et d'évaluer les demandeurs d'une manière quelque peu semblable à celle utilisée par les experts des demandeurs eux-mêmes. Il s'ensuivrait la rédaction d'un rapport contradictoire. Cela impliquerait également des procédures pour obtenir des renseignements corroborants, ou même des renseignements pertinents, qui ne sont pas fournis à la SPR comme c'est le cas en l'espèce. Bien que les témoins experts soient autorisés à témoigner devant la SPR (voir la règle 44 des RSPR), je ne suis pas au courant de circonstances dans lesquelles des médecins ou d'autres experts ont été appelés à témoigner devant la SPR et ont été soumis à un contre-interrogatoire par des avocats, comme c'est la norme dans les cours de première instance et certains tribunaux administratifs. Si les rapports d'expert des parties sont très divergents, il est généralement reconnu que seul le contre-interrogatoire devant le décideur peut permettre de les pondérer adéquatement.

[30] Toutefois, comme il ne s'agit pas de la procédure ordinaire suivie devant la SPR, il appartient donc au commissaire d'évaluer et de justifier la valeur accordée à un rapport d'expert. Le commissaire doit cependant le faire, sans jamais pouvoir répondre à la nature réelle des opinions contenues dans le rapport d'expert. Sans la participation du ministre, appuyée par un rapport d'expert contradictoire contenant des opinions contestant celles de l'expert du demandeur d'asile, la SPR n'est pas en mesure de remettre en question la substance des opinions fournies. En effet, la Cour a statué que la SPR n'a *pas* l'expertise psychologique nécessaire pour rejeter les opinions de fond contenues dans un rapport d'expert, comme un diagnostic, voir *Trembliuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1264, aux paragraphes 11 et 12 (non souligné dans l'original) :

Dans ses motifs, la SPR a écrit :

[...] Je n'accepte pas ce diagnostic, car je conclus que le témoin n'est ni crédible ni digne de foi.

S'il était loisible à la SPR de décider de la valeur, s'il y en avait une, à donner à l'évaluation faite par la

psychologist, it was not open to the RPD to reject the psychologist's diagnosis. While the RPD is undoubtedly a specialized tribunal as noted by Justice Décary in the quotations from *Aquebor* appearing earlier in these reasons, it is certainly not an expert tribunal in the area of psychological assessment.

[31] The final sentence of this excerpt confirms that the RPD also does not have the expertise to reduce the weight of the substantive opinion. Rather, it can only reduce the weight of a substantive medical or psychological expert opinion by relying on collateral considerations, such as those relied upon by the RPD member in the case at hand to give little weight to Dr. Devins' Report. If the member fails to consider a relevant expert opinion, or to provide appropriate or sufficient reasons for assigning little weight to the expert report, the decision will be set aside and sent back to be heard by another member, who will face the same difficulties.

[32] The decision in *Atay v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 201 (*Atay*) which the applicant relies on is a typical example of this outcome. *Atay* referred to similar expert reports drafted by Dr. Devins and another doctor. Dr. Devins' report contained a similar credibility-related opinion that if problems occurred in the applicant's testimony "it will be important to understand that they likely reflect the disorganizing effects of traumatic stress rather than an effort to evade or obfuscate" (at paragraph 15). In *Atay*, the Court found that "[a]s the contents of the psychological report were relevant to the Board's credibility findings, the Board should have taken the time to consider how the applicant's medical condition affected his behaviour before making its credibility finding" (at paragraph 32).

[33] In *Atay*, the applicant provided an overview of the relevant supporting jurisprudence at the time cited and relied upon by the Court. The description of this jurisprudence, which is still generally relied upon in this Court, can be found at paragraph 16 of *Atay* as follows, with my emphasis:

psychologue, il ne lui était pas loisible de rejeter le diagnostic de la psychologue. Si la SPR est sans aucun doute un tribunal spécialisé, comme l'a fait remarquer le juge Décary dans les extraits de l'arrêt *Aguebor*, précédemment cités dans les présents motifs, elle n'est certainement pas un tribunal spécialisé dans le domaine de l'évaluation psychologique.

[31] La dernière phrase de cet extrait confirme que la SPR ne possède pas non plus l'expertise nécessaire pour réduire le poids de l'avis quant au fond. Elle ne peut plutôt réduire le poids d'une opinion d'expert médicale ou psychologique de fond qu'en s'appuyant sur des considérations accessoires, comme celles sur lesquelles s'est appuyé le commissaire de la SPR dans le cas présent pour accorder peu de poids au rapport du D^r Devins. Si le commissaire omet de tenir compte d'une opinion d'expert pertinente ou de fournir des raisons appropriées ou suffisantes pour accorder peu de poids au rapport d'expert, la décision sera annulée et renvoyée pour être entendue par un autre commissaire, qui sera confronté aux mêmes difficultés.

[32] La décision rendue dans la décision *Atay c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 201 (la décision *Atay*), sur laquelle se fonde la demanderesse, est un exemple type de ce résultat. M. Atay a fait référence à des rapports d'expert similaires rédigés par le D^r Devins et un autre médecin. Le Rapport du D^r Devins contenait une opinion semblable, liée à la crédibilité, selon laquelle si des problèmes surviennent dans le témoignage du demandeur, « il sera important de comprendre qu'ils reflètent probablement les effets désorganisant du stress traumatique plutôt qu'un effort pour éviter ou dissimuler » (au paragraphe 15). Dans la décision *Atay*, la Cour a conclu ce qui suit : « Étant donné que le contenu du rapport psychologique était pertinent à l'égard des conclusions de la Commission quant à la crédibilité, la Commission aurait dû prendre le temps de considérer en quoi l'état de santé du demandeur affectait son comportement avant de tirer sa conclusion en matière de crédibilité » (au paragraphe 32).

[33] Dans la décision *Atay*, le demandeur a donné un aperçu de la jurisprudence pertinente à l'époque citée et invoquée par la Cour. La description de cette jurisprudence, qui est encore généralement invoquée par la Cour, se trouve au paragraphe 16 de la décision *Atay* (non souligné dans l'original) :

The applicant submitted that as the Board accepted that the applicant suffered from chronic posttraumatic stress disorder, it was obliged to consider the impact of this condition on the quality of the applicant's evidence. The applicant relied on a number of authorities including *Min v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1676, for the proposition that where there is medical evidence before the Board that might explain shortcomings in an applicant's testimony, it is incumbent on the Board to consider and give appropriate weight to such evidence. It is an error for the Board to base a decision on a discrepancy between information given at the port of entry and information given later in the process without taking into account the evidence of the applicant's psychological state (*Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 963). Simply referring in its reasons to a psychological report addressing posttraumatic stress disorder is not sufficient; the Board must consider whether the psychological circumstance might help explain an omission, lack of detail, or confusion regarding the events if these are the exact cognitive errors referred to in the psychologist's report (*Rudaragi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 911). The Board cannot merely state that it considered the report, it must provide some meaningful discussion of how the medical condition affects its decision before making a negative credibility finding (*Fidan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003 FC 1190], [2003] F.C.J. No. 1606). The applicant submitted that psychological impairment must be taken into account, even where the main issue is plausibility of testimony (*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1070).

[34] In *Atay*, this Court accepted those arguments, at paragraphs 29–32. In this matter, the applicant has cited several other decisions of this Court essentially standing for the same proposition (*Khawaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 1999 CanLII 8521, [1999] F.C.J. No. 1213 (QL) (T.D.), at paragraph 8; *B.C. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 826, 29 Imm. L.R. (3d) 246, at paragraphs 15–20; *Mendez Santos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1326, at paragraphs 16–19; *Olalere v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 385, at paragraphs 50–60).

D'après le demandeur, comme la Commission a admis qu'il souffrait du syndrome de stress post-traumatique chronique, celle-ci était tenue de considérer l'effet de ce trouble sur la qualité de sa preuve. Il a invoqué un certain nombre de décisions, dont *Min c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1676, au soutien de la thèse selon laquelle, lorsque la Commission est saisie d'une preuve médicale susceptible d'expliquer les lacunes que comporte le témoignage du demandeur, il lui incombe de prendre cette preuve en considération et de lui accorder le poids qu'il convient. La Commission commet une erreur si elle fonde une décision sur une différence entre les renseignements fournis au point d'entrée et les renseignements fournis plus tard dans le processus sans prendre en compte la preuve concernant l'état psychologique du demandeur : *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 963. Il ne suffit pas de faire simplement référence dans les motifs à un rapport psychologique portant sur le syndrome de stress post-traumatique; la Commission doit examiner si les circonstances psychologiques pourraient aider à expliquer une omission, un manque de détails ou une confusion concernant les événements survenus, s'il s'agit des erreurs cognitives exactes qui sont mentionnées dans le rapport du psychologue : *Rudaragi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 911). La Commission ne peut pas déclarer seulement qu'elle a examiné le rapport; elle doit indiquer de façon valable en quoi l'état médical a une incidence sur sa décision avant de tirer une conclusion défavorable quant à la crédibilité : *Fidan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003 CF 1190] [2003] A.C.F. n° 1606. Selon le demandeur, il est nécessaire de tenir compte des problèmes psychologiques, même quand la principale question en litige est la vraisemblance du témoignage : *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1070.

[34] Dans la décision *Atay*, la Cour a accepté ces arguments, aux paragraphes 29 à 32. Dans la présente affaire, la demanderesse a cité plusieurs autres décisions de la Cour qui sont essentiellement en faveur de la même proposition (*Khawaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8521, [1999] A.C.F. n° 1213 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 8; *B.C. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 826, aux paragraphes 15 à 20; *Mendez Santos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1326, aux paragraphes 16 à 19; *Olalere c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 385, aux paragraphes 50 à 60).

[35] Just recently, this Court has made a similar finding with respect to a psychiatric report in *Mowloughi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 270 (*Mowloughi*), at paragraphs 67–70, with my emphasis:

The [PRRA] Officer gives little weight to the psychiatric evidence related to the Applicant’s spouse and his own mental condition on the grounds that such evidence is based upon the Applicant’s statements and the doctors have no first-hand knowledge of the events the Applicant says occurred in Iran.

Once again, the Officer misses the point of this evidence. It is corroborative of the Applicant’s story because the symptoms are consistent with people who have suffered what the Applicant says he and his wife have suffered. For example, Dr. Lisa Andermann finds that the Applicant suffers from Post-Traumatic Stress Disorder symptoms that are “consistent with ... someone who has been beaten and tortured.” And the Iranian doctor indicates that the Applicant’s spouse suffers from anxiety and depression, which is consistent with her evidence of harassment by the authorities.

The Officer gives this evidence little weight because the doctors have no first-hand knowledge of what the Iranian authorities have done to the Applicant and his wife. But the evidence was not produced to prove first-hand knowledge. The medical opinions of these doctors are valid circumstantial evidence which corroborates the Applicant’s account. The Officer seems to be indicating that he will only accept and assess direct evidence which, as the Supreme Court of Canada pointed out in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61 at para 44 (*Kanhasamy*), is unreasonable.

[36] This Court cannot comment with certainty on the influence that such expert reports have had on outcomes in refugee proceedings. That said, refugee claimants regularly rely on them. This may be particularly so after the Supreme Court rejected an immigration officer’s assignment of little weight to a medical report in a humanitarian and compassionate (H&C) application in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 309 (*Kanhasamy*), as followed in the decision in *Mowloughi* above. In *Kanhasamy*, the Court

[35] Tout récemment, la Cour a rendu une conclusion semblable au sujet d’un rapport psychiatrique dans la décision *Mowloughi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 270 (la décision *Mowloughi*), aux paragraphes 67 à 70 (non souligné dans l’original) :

L’agent accorde peu de poids à la preuve psychiatrique concernant l’état de santé mentale du demandeur et de son épouse, au motif que cette preuve repose sur les déclarations du demandeur et que les médecins n’ont aucune connaissance directe des événements qui se seraient produits en Iran selon le demandeur.

Encore une fois, l’agent ne comprend pas l’importance de cette preuve. En effet, cette dernière corrobore la version du demandeur parce que les symptômes correspondent à ceux de personnes qui ont subi les mêmes épreuves que son épouse et lui-même ont subies. Par exemple, la D^{re} Lisa Andermann constate que le demandeur souffre de symptômes de l’état de stress post-traumatique qui sont [TRADUCTION] « typiques d’une personne qui a été battue et torturée ». La médecin iranienne a indiqué que l’épouse du demandeur souffre d’anxiété et de dépression, ce qui corroborerait l’allégation selon laquelle elle aurait été victime de harcèlement de la part des autorités.

L’agent accorde peu de poids à cette preuve parce que les médecins n’ont aucune connaissance directe de ce que les autorités iraniennes ont fait au demandeur et à son épouse. Pourtant, les éléments de preuve n’ont pas été fournis dans le but de prouver que les médecins avaient une connaissance directe des événements. Les avis médicaux de ces médecins constituent une preuve circonstancielle valide, qui corrobore le récit du demandeur. L’agent semble indiquer qu’il n’acceptera et n’évaluera que la preuve directe, ce qui est déraisonnable, comme l’a souligné la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, par. 44 (*Kanhasamy*).

[36] La Cour ne peut commenter avec certitude l’influence que ces rapports d’experts ont eue sur les résultats des demandes d’asile. Cela dit, les demandeurs d’asile comptent régulièrement sur eux. Cela peut être particulièrement vrai depuis que la Cour suprême, dans l’arrêt *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 309 (l’arrêt *Kanhasamy*), a rejeté l’attribution par un agent d’immigration d’un faible poids à un rapport médical dans une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire

commented on the error of the officer in an H&C matter as follows at paragraph 47:

... Once she accepted that he had post-traumatic stress disorder, adjustment disorder, and depression based on his experiences in Sri Lanka, requiring further evidence of the availability of treatment, either in Canada or in Sri Lanka, undermined the diagnosis and had the problematic effect of making it a conditional rather than a significant factor.

[37] From this passage, it is not clear whether the Supreme Court recognized that the officer had no option but to accept the report for admissibility purposes. The officer could not have substantively taken issue with the opinions set forth in the report, lacking both evidence of an opposing expert report, normally found in trials, or the expertise to challenge those opinions. It is also not clear whether the officer's point was that the expert cannot provide evidence which if not entered into the record by the claimant, vitiates the opinion it is based on. It goes without saying that the decision maker's lack of expertise is the tautological reason why parties have recourse to experts in adversarial proceedings in the first place.

[38] It is just this glaring disadvantage faced by most decision-makers in refugee and immigration procedures that they have no option but to accept the substantive opinions of medical experts, which requires them to focus on collateral issues affecting the weight or scope of the opinions.

[39] This is precisely the point I am addressing here. Before the RPD substantively accepts the Report, it could benefit from applying the assessment factors regularly adopted by judges in trials to determine whether the expert has adequately demonstrated that the opinions in his or her report have been sufficiently proven to be reliable.

[40] These factors have been developed by the Supreme Court and Ontario Court of Appeal in their efforts to ensure

comme il est indiqué dans la décision *Mowloughi* ci-dessus. Dans l'arrêt *Kanthasamy*, la Cour a commenté l'erreur de l'agent dans une affaire fondée sur des motifs humanitaires comme suit au paragraphe 47 :

[...] Une fois reconnu qu'il souffre d'un trouble de stress post-traumatique, d'un trouble d'adaptation et de dépression en raison de ce qu'il a vécu au Sri Lanka, exiger en sus la preuve de l'existence de soins au Canada ou au Sri Lanka met à mal le diagnostic et a l'effet discutable d'en faire un facteur conditionnel plutôt qu'important.

[37] De ce passage, il n'est pas clair si la Cour suprême a reconnu que l'agent n'avait d'autre choix que d'accepter le rapport aux fins d'admissibilité. L'agent n'aurait pas pu contester sur le fond les opinions exprimées dans le rapport, faute à la fois de preuve d'un rapport d'expert contradictoire, que l'on trouve normalement dans les procès, et de l'expertise nécessaire pour contester ces opinions. Il n'est pas non plus facile de savoir si le point de vue de l'agent était que l'expert ne peut fournir une preuve qui, si elle n'est pas versée au dossier par le demandeur, entache l'opinion sur laquelle elle est fondée. Il va sans dire que le manque d'expertise du décideur est la raison tautologique pour laquelle les parties ont d'abord recours à des experts en procédure contradictoire.

[38] C'est précisément ce désavantage flagrant auquel sont confrontés la plupart des décideurs dans les procédures en matière de statut de réfugié et d'immigration : ils n'ont d'autre choix que d'accepter les avis de fond des experts médicaux, ce qui les oblige à se concentrer sur les questions collatérales ayant une incidence sur le poids ou la portée de ces avis.

[39] Il s'agit précisément du point que j'aborde ici. Avant que la SPR n'accepte le Rapport quant au fond, il pourrait être avantageux pour elle d'appliquer les facteurs d'évaluation régulièrement adoptés par les juges dans les procès pour déterminer si l'expert a convenablement démontré que les opinions contenues dans son rapport sont suffisamment fiabiles.

[40] Ces facteurs ont été élaborés par la Cour suprême et la Cour d'appel de l'Ontario dans les efforts qu'elles

that the potential dangers of expert evidence are constrained by requiring such reports to pass a “gate-keeping” process before admitting them as evidence. The factors used in this process can equally be applied to assess the weight of a report’s reliability. Reliability requirements are not considered technical evidentiary rules. They are the substance of what decision makers do in assigning weight to evidence. As shall be seen, of particular relevance and utility is a list of reliability-demonstrating questions developed by the Ontario Court of Appeal in the matter of *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal dismissed [2010] 2 S.C.R. v, [2010] S.C.C.A. No. 125 (QL) (*Abbey*). These questions are especially useful when assessing the reliability of the opinions based primarily on the experience of the expert (as opposed to scientifically developed statistical testing) as is often the case in reports considered by the RPD. An obvious advantage of assessing a report’s reliability is that such findings are highly factual and therefore generally not reviewable by the courts so long as there is some evidence to support the finding. The analysis that follows describes these reliability assessment tools and applies them to Dr. Devins’ report.

(3) The test for the admissibility of expert reports

[41] The Supreme Court decision of *Mohan*, as interpreted and reformulated by the Ontario Court of Appeal in *Abbey* describes the principles relied upon to address the admissibility of expert reports.

[42] Unlike lay witnesses of fact, expert opinion evidence is presumptively inadmissible. Expert evidence is given this distinct treatment because it presents the trier of fact with a ready-made opinion as to a factual inference that should be drawn from the information the expert has accumulated from his or her work and experience and has combined with other evidence. For this reason, “[e]xpert evidence has the real potential to swallow whole the fact-finding function of the court” (*Abbey*, at paragraph 71).

ont faits afin de veiller à ce que les dangers potentiels de la preuve d’expert sont limités en exigeant que ces rapports soient soumis à un processus de contrôle avant d’être admis en preuve. Les facteurs utilisés dans ce processus peuvent également être appliqués pour évaluer le poids de la fiabilité d’un rapport. Les exigences de fiabilité ne sont pas réputées être des règles de preuve techniques. Elles sont la substance de ce que font les décideurs pour donner du poids aux données probantes. Comme on le verra, dans l’arrêt *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 (demande d’autorisation d’appel rejetée [2010] 2 R.C.S. v, [2010] C.S.C.R. n° 125 (QL)) (l’arrêt *Abbey*), la Cour d’appel de l’Ontario a dressé une liste de questions particulièrement pertinentes et utiles visant à démontrer la fiabilité. Ces questions sont particulièrement utiles lorsqu’il s’agit d’évaluer la fiabilité des opinions fondées principalement sur l’expérience de l’expert (par opposition aux tests statistiques élaborés scientifiquement), comme c’est souvent le cas dans les rapports examinés par la SPR. Un avantage évident de l’évaluation de la fiabilité d’un rapport est que de telles conclusions sont hautement factuelles et ne peuvent donc généralement pas être examinées par les tribunaux tant qu’il existe des preuves à l’appui des conclusions. L’analyse qui suit décrit ces outils d’évaluation de la fiabilité et les applique au Rapport du D^r Devins.

3) Le critère d’admissibilité des rapports d’expert

[41] La décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mohan*, telle qu’interprétée et reformulée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Abbey*, décrit les principes sur lesquels repose l’admissibilité des rapports d’expert.

[42] Contrairement aux témoins non professionnels, les témoignages d’experts sont présumés irrecevables. La preuve d’expert fait l’objet de ce traitement distinct parce qu’elle présente au juge des faits une opinion toute faite quant à une inférence factuelle qui devrait être tirée de l’information que l’expert a accumulée grâce à son travail et à son expérience et qu’il a combinée à d’autres preuves. Pour cette raison, [TRADUCTION] « [1]es éléments de preuve d’expert ont le potentiel réel d’avaloir toute la fonction d’établissement des faits du tribunal » (*Abbey*, au paragraphe 71).

[43] As such, in trial courts, expert opinion evidence can be admitted *only* if the party calling it satisfies the four preconditions to admissibility, on a balance of probabilities, and further passes the discretionary gatekeeping step that balances the potential costs and benefits of admitting the evidence in order to decide whether those potential benefits justify the costs. In this regard, “benefits” refers to the probative value of the evidence, while “costs” refers to the “distracting and time-consuming thing that expert testimony can become” (*R. v D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275 (*D.D.*), at paragraph 57).

[44] The Supreme Court has recently summarized the law regarding the admissibility of expert opinion evidence in *White Burgess*, at paragraphs 22–24, which read as follows:

Abbey (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or will science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; *Lederman, Bryant and Fuerst*, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J.-L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283 (CanLII), 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611 (CanLII), 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the “reliability versus effect factor” (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about “relevance, reliability and necessity” being “measured against the counterweights of

[43] Ainsi, devant les tribunaux de première instance, la preuve d’opinion d’expert ne peut être admise *que* si la partie qui l’appelle répond aux quatre conditions préalables aux fins d’admissibilité, selon la prépondérance des probabilités, et si elle franchit en outre l’étape du contrôle discrétionnaire qui équilibre les coûts et les bénéfices possibles de l’admission de la preuve afin de décider si ces bénéfices possibles justifient les coûts. À cet égard, le terme « bénéfices » renvoie à la valeur probante de la preuve, tandis que le terme « coûts » renvoie au fait que « le témoignage d’expert peut détourner l’attention et prendre énormément de temps » (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275 (*D.D.*), au paragraphe 57).

[44] La Cour suprême a récemment résumé la loi concernant l’admissibilité des témoignages d’expert dans l’arrêt *White Burgess*, au paragraphes 22 à 24, qui se lisent comme suit :

L’arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d’avis de l’adopter, à peu de choses près.

Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu’il satisfait aux critères d’admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l’absence de toute règle d’exclusion et la qualification suffisante de l’expert. De plus, dans le cas d’une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; *Lederman, Bryant et Fuerst*, p. 788-789 et 800-801). Le critère de la pertinence, à ce stade, s’entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu’à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72).

Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en sopesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l’admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l’arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l’arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à

consumption of time, prejudice and confusion”: para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the “trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence”: para. 76.

(See also: *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170, at paragraphs 15–17.)

[45] With these principles in mind, the current common law test for the admissibility of expert evidence can be distilled as follows:

- (1) The expert evidence must meet the four threshold requirements for admissibility (the *Mohan* factors), that is:
 - (a) The evidence must be logically relevant, i.e. the evidence must have the tendency, as a matter of human experience and logic, to make the existence of a fact in issue more or less likely than it would be without that evidence (not to be confused with legal relevance) (*Abbey*, at paragraphs 82–85);
 - (b) The evidence must be necessary to assist the trier of fact, i.e. the trier of fact cannot form its own conclusions without help (*R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at paragraphs 43–48);
 - (c) Absence of an exclusionary rule;
 - (d) The expert must be properly qualified i.e. the expert has special knowledge and experience beyond that of the trier of fact. Following *White Burgess*, this step also concerns issues regarding the expert’s independence and impartiality and whether or not the expert is willing and able to comply with his or her duty to the Court (at paragraph 53 of *White Burgess*);

« la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l’arrêt *Abbey*, lorsqu’il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d’expert qui satisfait aux conditions préalables à l’admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

(Voir aussi : *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170, aux paragraphes 15 à 17).

[45] En gardant ces principes à l’esprit, le critère actuel de la common law pour l’admissibilité de la preuve d’expert peut être résumé comme suit :

- 1) La preuve d’expert doit répondre aux quatre critères d’admissibilité (les facteurs *Mohan*), c’est-à-dire :
 - a) La preuve doit être logiquement pertinente, c’est-à-dire qu’elle doit avoir tendance, d’après l’expérience et la logique humaines, à rendre l’existence d’un fait en cause plus ou moins probable qu’elle ne le serait sans cette preuve (à ne pas confondre avec la pertinence juridique) (*Abbey*, aux paragraphes 82 à 85);
 - b) La preuve doit être nécessaire pour aider le juge des faits, c’est-à-dire qu’il ne peut tirer ses propres conclusions sans aide (*R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, aux paragraphes 43 à 48);
 - c) L’absence d’une règle d’exclusion;
 - d) L’expert doit être dûment qualifié, c’est-à-dire qu’il doit posséder des connaissances et une expérience spéciales allant au-delà de celles du juge des faits. Après l’arrêt *White Burgess*, cette étape concerne également les questions en litige relatives à l’indépendance et à l’impartialité de l’expert et à sa volonté et sa capacité de s’acquitter de ses obligations envers le tribunal (au paragraphe 53 de l’arrêt *White Burgess*).

- | | |
|--|--|
| (2) <u>Gatekeeping function: Cost/benefit assessment step</u> (including assessment of reliability); | 2) <u>Fonction de contrôle : Étape de l'évaluation coûts-avantages</u> (y compris l'évaluation de la fiabilité); |
| (3) Assuming the evidence is admitted, the trier of fact can weigh it among the other evidence. | 3) En supposant que la preuve soit admise, le juge des faits peut l'évaluer parmi les autres éléments de preuve. |

[46] Having set forth the common law test for the admissibility of expert evidence, I would now turn to the application of these principles in the administrative law context.

[46] Après avoir énoncé le critère de la common law pour l'admissibilité de la preuve d'expert, j'en viens maintenant à l'application de ces principes dans le contexte du droit administratif.

- (4) Do the principles of *Mohan* apply in proceedings before administrative tribunals?

- 4) Les principes de l'arrêt *Mohan* s'appliquent-ils dans les procédures devant les tribunaux administratifs?

[47] There remains an issue as to whether the above test may be applied by administrative tribunals dealing with expert evidence. In particular, there is a discussion as to whether administrative tribunals must confine their comments to the weight given to such expert opinions, as opposed to permitting the tribunal to declare a given report, or parts of it, inadmissible.

[47] Reste la question de savoir si le critère susmentionné peut être appliqué par les tribunaux administratifs traitant de la preuve d'expert. En particulier, on se demande si les tribunaux administratifs doivent limiter leurs commentaires au poids accordé à ces opinions d'experts, ou s'il faut plutôt leur permettre de déclarer un rapport donné, ou des parties de celui-ci, irrecevables.

[48] In *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405, 493 A.R. 1, [2010] A.J. No. 1468 (QL) (*Workum*), the Alberta Court of Appeal concluded that the *Mohan* criteria for admissibility do not apply in hearings before the Alberta Securities Commission (at paragraph 82: citing paragraph 29(f) of the *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, which provides that: “[f]or the purpose of a hearing before the Commission ... the following applies: [...] (f) the laws of evidence applicable to judicial proceedings do not apply”). However, the Court further held that consideration of the *Mohan* criteria may lead a tribunal to accord more or less weight to the evidence (at paragraphs 82–84, citing the text of David Jones and Anne de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at page 306). However, given that the standard of review under Alberta law did not permit that court to intervene in questions of weight, the Court dismissed that ground of appeal (at paragraph 84). Instead, the matter was decided on the basis of fairness principles, namely whether or not there was a reasonable apprehension that the decision maker was biased.

[48] Dans l'arrêt *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405, 493 A.R. 1, [2010] A.J. n° 1468 (QL) (l'arrêt *Workum*), la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que les critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* en matière d'admissibilité ne s'appliquent pas aux audiences devant la Commission des valeurs mobilières de l'Alberta (au paragraphe 82 : citant l'alinéa 29(f) de la *Securities Act*, R.S.A. 2000, ch. S-4, qui prévoit que : [TRADUCTION] « [a]ux fins d'une audience devant la Commission [...] ce qui suit s'applique : [...] (f) le droit de la preuve applicable aux procédures judiciaires ne s'applique pas »). Toutefois, la Cour a également jugé que l'examen des critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* peut amener un tribunal à accorder plus ou moins de poids à la preuve (aux paragraphes 82 à 84, citant le texte de David Jones et Anne de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5^e édition (Toronto : Carswell, 2009), à la page 306). Toutefois, étant donné que la norme de contrôle prévue par la loi albertaine ne permettait pas à cette cour d'intervenir sur les questions de poids, la Cour a rejeté ce motif d'appel (au paragraphe 84). La question a plutôt été tranchée en fonction des principes d'équité, à savoir s'il y avait ou non une crainte raisonnable que le décideur soit partial.

[49] The authors of the text Paciocco & Stuesser, *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015 (Paciocco Text) do not cite *Workum*. However, they appear to agree as they state, with my emphasis, that “[t]he Mohan standards apply in civil litigation, administrative cases where rules of evidence are applied, and in criminal cases”. In support of this proposition the authors refer to the decision of *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97 (*Deemar*), at paragraph 20, which itself refers to the matter of *Drummond v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 112 F.T.R. 33, [1996] F.C.J. No. 477 (QL) (T.D.) (*Drummond*), at paragraph 9.

[50] Neither of these cases explicitly refers to *Mohan*, although both decisions upheld rulings by an administrative tribunal finding expert reports to be inadmissible.

[51] In *Deemar*, the Ontario Court of Appeal upheld a decision of the College of Veterinarians of Ontario Disciplinary Committee. Essentially, the Court held that the respondent veterinarian’s right to file expert evidence is qualified by the Committee’s jurisdiction to rule on the admissibility of evidence (at paragraph 18). Ultimately, the Court upheld the Commission’s decision refusing to admit an expert report because the author lacked independence, it was largely advocacy, and the author had a recent relationship with the College of Veterinarians (at paragraphs 19–23). The Court further upheld the Commission’s decision refusing to admit a second expert report because it lacked logical relevance (at paragraph 29).

[52] Of particular interest, in *Deemar*, the Court referred to the decision of *Drummond* at paragraphs 27–28. In *Drummond*, Justice Rothstein, addressed an application for judicial review of a decision rendered by the Immigration Appeal Division (IAD) dismissing an application to reopen an appeal of the applicant’s deportation order. While granting the judicial review on the merits of the reopening issue, Justice Rothstein upheld

[49] Dans Paciocco & Stuesser, *The Law of Evidence*, 7^e édition, Toronto : Irwin Law, 2015 (texte de Paciocco), les auteurs ne citent pas l’arrêt *Workum*. Cependant, ils semblent être d’accord avec moi pour dire que [TRADUCTION] « les critères énoncés dans l’arrêt *Mohan* s’appliquent aux litiges civils, aux affaires administratives où les règles de la preuve sont appliquées et aux affaires pénales » (non souligné dans l’original). À l’appui de cette affirmation, les auteurs se reportent à l’arrêt *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97 (l’arrêt *Deemar*), au paragraphe 20, qui renvoie elle-même à la décision *Drummond c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 477 (QL) (1^{re} inst.) (la décision *Drummond*), au paragraphe 9.

[50] Ni l’une ni l’autre de ces affaires ne fait explicitement référence à l’arrêt *Mohan*, bien que les deux décisions aient confirmé les décisions d’un tribunal administratif qui a jugé les rapports d’expert irrecevables.

[51] Dans l’arrêt *Deemar*, la Cour d’appel de l’Ontario a confirmé une décision du comité de discipline de l’Ordre des vétérinaires de l’Ontario. Essentiellement, la Cour a statué que le droit du vétérinaire intimé de déposer une preuve d’expert est limité par la compétence du comité pour statuer sur l’admissibilité de la preuve (au paragraphe 18). En fin de compte, la Cour a confirmé la décision de la Commission de refuser d’admettre un rapport d’expert parce que l’auteur manquait d’indépendance, parce qu’il s’agissait essentiellement d’une action de plaider et parce que l’auteur avait récemment eu des relations avec l’Ordre des vétérinaires (aux paragraphes 19 à 23). La Cour a en outre confirmé la décision de la Commission de refuser d’admettre un deuxième rapport d’expert parce qu’il manquait de pertinence logique (au paragraphe 29).

[52] Fait particulièrement intéressant, dans l’arrêt *Deemar*, la Cour s’est référée à la décision *Drummond*, aux paragraphes 27 et 28. Dans la décision *Drummond*, le juge Rothstein a examiné une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par la Section d’appel de l’immigration (SAI) rejetant une demande de réouverture d’un appel de la mesure d’expulsion de la demanderesse. Tout en accueillant le contrôle judiciaire sur le

the IAD's decision to exclude an affidavit tendered as expert evidence, regarding the incompetence of her counsel during a hearing before the IAD, because the deponent had acted as a member of the IAD three months before the reopening hearing and therefore the expert did not appear to be independent. In this regard, Justice Rothstein held that "[w]hile as a general rule a tribunal must not reject evidence, in this case, I think it had reason to do so" (at paragraph 9).

[53] Accordingly, I conclude that the jurisprudence of this Court would permit the RPD to rule an expert report to be inadmissible in the limited circumstances in which there is reason for it to do so.

[54] However, there is no apparent jurisprudence permitting administrative tribunals to apply the gatekeeping cost/benefit rules to refuse admission of an expert report, absent permissive statutory language. Nonetheless, in respect of the RPD, it remains a live issue if, as the Paciocco Text suggests, a tribunal's jurisdiction to rule on admissibility depends on whether or not it has the jurisdiction to apply the rules of evidence. This question would be determined by interpreting the RPD's governing statute. In this respect, paragraph 170(g) of the IRPA states that the RPD "is not bound by any legal or technical rules of evidence".

[55] In my view, this provision must be interpreted to mean that the RPD is not required to follow technical rules of evidence, such as the *Mohan/Abbey* test to determine the admissibility of expert evidence. In other words, administrative tribunals such as the RPD, which are not "bound by technical or legal rules of evidence" are permitted to admit evidence that would normally be inadmissible before a civil court (see the discussion in *Canadian Recording Industry Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 322, 413 N.R. 176 (CRIA), at paragraphs 13–22, citing *Suchon v. Canada*, 2002 FCA 282, [2002] 3 C.T.C. 547 (*Suchon*), at paragraphs 31–32). In this regard, the discussion of the Federal Court of Appeal in

fond de la question de la réouverture, le juge Rothstein a confirmé la décision de la SAI d'exclure un affidavit présenté comme preuve d'expert concernant l'incompétence de l'avocat de la demanderesse lors d'une audience devant la SAI, car la déposante avait agi comme membre de la SAI trois mois avant l'audience sur la réouverture et l'expert ne semblait donc pas être indépendant. À cet égard, le juge Rothstein a statué que [TRADUCTION] « même si, en règle générale, un tribunal ne doit pas rejeter d'éléments de preuve, en l'espèce, je crois qu'il avait raison de le faire » (par. 9).

[53] Par conséquent, je conclus que la jurisprudence de la Cour permettrait à la SPR de déclarer un rapport d'expert irrecevable dans les circonstances limitées dans lesquelles il y a lieu de le faire.

[54] Toutefois, il n'existe aucune jurisprudence apparente permettant aux tribunaux administratifs d'appliquer les règles de contrôle coût-avantages pour refuser l'admission d'un rapport d'expert, en l'absence d'un langage législatif permissif. Néanmoins, en ce qui concerne la SPR, la question de savoir si, comme le donne à penser le texte de Paciocco, la compétence d'un tribunal pour statuer sur l'admissibilité dépend de sa compétence pour appliquer ou non les règles de la preuve, demeure une question brûlante. Cette question serait tranchée en interprétant la loi applicable de la SPR. Par ailleurs, la LIPR stipule à l'alinéa 170g) que la SPR « n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve ».

[55] À mon avis, cette disposition doit être interprétée comme signifiant que la SPR n'est pas tenue de suivre des règles techniques de présentation de la preuve, comme le critère énoncé dans les arrêts *Mohan* et *Abbey* pour déterminer l'admissibilité de la preuve d'expert. Autrement dit, les tribunaux administratifs comme la SPR, qui ne sont pas « liés par des règles techniques ou légales de présentation de la preuve », sont autorisés à admettre des éléments de preuve qui seraient normalement irrecevables devant un tribunal civil (voir la discussion dans l'arrêt *Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 322 (l'arrêt *AICE*), au paragraphe 13–22, citant l'arrêt *Suchon c. Canada*, 2002 CAF 282 (l'arrêt *Suchon*),

Suchon, referred to in *CRIA* (at paragraph 18) is of interest and reads as follows with my emphasis:

Finally, contrary to the view expressed by the Tax Court Judge, subsection 18.15(4) of the *Tax Court of Canada Act* may¹ require the Tax Court Judge in an informal proceeding to ignore the technical and legal rules of evidence, including the provisions of the *Canada Evidence Act* ... if to do so would facilitate an expeditious and fair hearing of the merits of the appeal. Evidence tendered in an informal proceeding cannot be excluded simply because it would be inadmissible in an ordinary court proceeding.

That is not to say that a Tax Court Judge in an informal proceeding is obliged to accept all evidence that is tendered. There is no such requirement. However, it is an error for a Tax Court Judge in an informal proceeding to reject evidence on technical legal grounds without considering whether, despite the ordinary rules of evidence or the provisions of the *Canada Evidence Act*, the evidence is sufficiently reliable and probative to justify its admission. In considering that question, the Tax Court Judge should consider a number of factors, including the amount of money at stake in the case and the probable cost to the parties of obtaining more formal proof of the facts in issue.

[56] Again, I take from this that the RPD may refuse to admit expert evidence when “it has reason to do so” (*Drummond*, at paragraph 9). While not binding on the RPD, the criteria set forth in *Mohan/Abbey* may be useful in allowing it to determine if such reason to refuse admission of expert evidence arises. In other words, an administrative tribunal, like the RPD, is not bound to admit every document tendered by an applicant (*Suchon*, at paragraphs 31–32; *CRIA*, at paragraph 18; *Beltran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1143, at paragraphs 10–20). From these cases, “reason to do so” seems to relate to expert evidence that lacks logical relevance (step 1(a) above), or suggests that the expert is not qualified in the sense that he or she lacks in independence or partiality (step 1(d) above). That said, following the principle of *Suchon* and *CRIA*, “necessity” and

¹ Emphasis in original.

aux paragraphes 31 et 32). À cet égard, la discussion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Suchon*, dont il est question dans l’arrêt *AICE* (au paragraphe 18), est intéressante et se lit comme suit (non souligné dans l’original) :

Enfin, contrairement à l’opinion exprimée par le juge de la Cour de l’impôt, le paragraphe 18.15(4) de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt* peut¹ imposer au juge de la Cour de l’impôt, sous la procédure informelle, de faire fi des règles de preuve, y compris des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, si cela peut permettre le déroulement expéditif et équitable de l’audition sur le fond de l’appel. La preuve présentée sous le régime de la procédure informelle ne peut être exclue du simple fait qu’elle serait inadmissible dans une procédure ordinaire.

Cela ne veut pas dire qu’un juge de la Cour de l’impôt, procédant suivant la procédure informelle, soit tenu d’accepter toute la preuve qui est présentée. Rien de tel n’est exigé. Cependant, ce serait une erreur de la part d’un juge de la Cour de l’impôt, dans le cadre de cette procédure, de rejeter un élément de preuve pour des motifs techniques sans examiner si, malgré les règles de preuve ordinaires ou les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*, cet élément est suffisamment fiable et probant pour justifier son admission. En examinant cette question, le juge de la Cour de l’impôt devrait tenir compte d’un certain nombre de facteurs, y compris la somme en jeu dans l’affaire et le coût probable pour les parties de l’obtention d’une preuve plus formelle des faits.

[56] Encore une fois, j’en déduis que la SPR peut refuser d’admettre la preuve d’expert [TRADUCTION] « lorsqu’elle a des raisons de le faire » (décision *Drummond*, au paragraphe 9). Bien qu’ils ne lient pas la SPR, les critères énoncés dans les arrêts *Mohan* et *Abbey* peuvent être utiles pour lui permettre de déterminer si une telle raison de refuser l’admission d’une preuve d’expert survient. Autrement dit, un tribunal administratif, comme la SPR, n’est pas tenu d’admettre tous les documents présentés par un demandeur (arrêt *Suchon*, au paragraphes 31 et 32; arrêt *AICE*, au paragraphe 18; *Beltran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1143, aux paragraphes 10 à 20). Dans ces cas, la « raison de le faire » semble se rapporter à une preuve d’expert qui manque de pertinence logique (étape 1a) ci-dessus), ou donne à penser que l’expert n’est pas qualifié en ce sens qu’il ou

¹ Souligné dans l’original.

the gatekeeping step, normally considered at the admissibility stage by trial finders of fact, appear to be better reserved at the weight assessment stage for administrative tribunals.

[57] As I conclude that the RPD may apply the factors described in *Mohan* and *Abbey* on the benefit side of the cost issue equation to assist in the weight assessment analysis of an expert report, I will complete this analysis and briefly consider whether the RPD has jurisdiction to apply cost/benefit gatekeeping principles and how the reliability of its decisions could be enhanced by it assuming this jurisdiction.

(5) Reliability factors

[58] The decision of *Abbey*, which followed the *Mohan* approach's substance while reformulating it, describes the reliability factors that a trier of fact, such as the RPD, might employ to assess the weight of an expert report as follows: (1) necessity; (2) the subject matter of the evidence in terms of the significance of the issue to which it is directed; (3) the methodology used by the proposed expert in arriving at his or her opinion; (4) the expert's expertise; and (5) the extent to which the expert is shown to be impartial and objective (*Abbey*, at paragraph 87).

[59] In *D.D.*, the Supreme Court of Canada adopted the necessity factor principles described in D. Paciocco, *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), at pages 16–17, under the heading “Summary of General Approach to Necessity”, I cite the excerpt distilling the conclusion, with my emphasis, as follows (at paragraph 57):

... When should we place the legal system and the truth at such risk by allowing expert evidence? Only when lay persons are apt to come to a wrong conclusion without expert assistance, or where access to important information will be lost unless we borrow from the learning of experts. As *Mohan* tells us, it is not enough that the expert evidence be helpful before we will be prepared to

elle manque d'indépendance ou d'impartialité (étape 1d ci-dessus). Cela dit, selon le principe évoqué dans les arrêts *Suchon* et *AICE*, la « nécessité » et l'étape du contrôle d'accès, normalement examinées au stade de l'admissibilité par les juges de première instance, semblent être mieux réservées à l'étape de l'évaluation du poids pour les tribunaux administratifs.

[57] Comme je conclus que la SPR peut appliquer les facteurs décrits dans les arrêts *Mohan* et *Abbey* du côté des avantages de l'équation de la question des coûts pour aider à l'analyse de la pondération d'un rapport d'expert, je vais achever cette analyse et examiner brièvement si la SPR a compétence pour appliquer les principes de contrôle des coûts et des avantages et comment la fiabilité de ses décisions pourrait être améliorée en exerçant cette compétence.

5) Facteurs de fiabilité

[58] La décision dans l'affaire *Abbey*, qui a suivi la substance de l'approche de l'arrêt *Mohan* tout en la reformulant, décrit comme suit les facteurs de fiabilité qu'un juge des faits, comme la SPR, pourrait utiliser pour évaluer le poids d'un rapport d'expert : [TRADUCTION] 1) la nécessité; 2) l'objet de la preuve en fonction de l'importance de la question en litige visée; 3) la méthodologie utilisée par l'expert proposé pour en arriver à son opinion; 4) l'expertise de l'expert; (5) la mesure dans laquelle l'expert est impartial et objectif (*Abbey*, au paragraphe 87).

[59] Dans l'arrêt *D.D.*, la Cour suprême du Canada a adopté les principes du facteur de nécessité décrits dans l'ouvrage de D. Paciocco intitulé *Expert Evidence: Where Are We Now? Where Are We Going?* (1998), aux pages 16 et 17, sous le titre « Résumé de l'analyse générale de l'exigence de nécessité »; je cite l'extrait qui distille la conclusion (au paragraphe 57) comme suit (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] [...] Quand devons-nous faire courir un tel risque au système juridique et à la vérité en permettant la preuve d'expert? Seulement quand les profanes sont susceptibles d'en venir à une conclusion erronée sans l'aide d'experts ou qu'ils seront privés de renseignements importants s'ils ne peuvent recourir aux connaissances d'experts. Comme l'arrêt *Mohan* nous l'indique, il ne suffit

run these risks. That sets too low a standard. It must be necessary.

[60] The second of three expert opinions contained in the Report relating to (1) the applicant's competency and need of a designated representative; (2) the credibility of her testimony before the RPD; and (3) risk of harm upon her removal to St. Lucia due to her mental disorders, can be considered *prima facie* necessary, in the sense that without consideration of these factors, the RPD might come to the wrong conclusion. For the same reason, the first factor described above concerning the significance of the subject matter to the outcome would also be met if the applicant had sought a designated representative. The third opinion might be relevant to an officer's assessment of hardship under subsection 25(1) of the IRPA, though it likely would not be relevant to the issue of determining if the applicant meets the criteria of sections 96 and 97 of the IRPA.

[61] However, there remains one area of analysis that the Paciocco Text considers a standalone issue as a basis for inadmissibility, but in a weight assessment determination, I conclude bears on the issue of necessity. I refer to Dr. Devins' prognosis that apparent credibility problems in the applicant's testimony will "likely" be caused by the "disorganizing effects of major mental illness and/or traumatic stress". I consider this opinion to be a form of impermissible "oath-helping". Even if the RPD is not authorized to make rulings on the admissibility of evidence on this basis alone, such conclusions in a report should nevertheless influence an assessment of the opinion's weight. This issue will be considered below, in addition to the remaining relevant issues described above (consideration of Dr. Devins' methodology, his expertise and the extent to which he is shown to be impartial and objective in the circumstances).

[62] In offering the opinions that follow, I am critical of the Report. However, there should be no misunderstanding that I attribute primary responsibility to the lawyers

pas que la preuve d'expert soit utile pour que nous soyons prêts à courir ces risques. C'est un critère trop faible. Elle doit être nécessaire.

[60] La deuxième des trois opinions d'expert contenues dans le Rapport concernant 1) la compétence de la demanderesse et le besoin d'un représentant désigné, 2) la crédibilité de son témoignage devant la SPR, 3) le risque de préjudice lors de son renvoi à Sainte-Lucie en raison de ses troubles mentaux, peut être jugée *prima facie* nécessaire, en ce sens que sans considération de ces facteurs, la SPR pourrait arriver à la mauvaise conclusion. Pour la même raison, le premier facteur décrit ci-dessus concernant l'importance de l'objet du litige pour le résultat serait également respecté si la demanderesse avait demandé un représentant désigné. La troisième opinion pourrait être pertinente pour l'évaluation des difficultés effectuée par un agent en vertu du paragraphe 25(1) de la LIPR, mais elle ne serait probablement pas pertinente pour déterminer si la demanderesse répond aux critères des articles 96 et 97 de la LIPR.

[61] Toutefois, il reste un domaine d'analyse que le texte de Paciocco traite comme une question autonome pour établir l'inadmissibilité, mais dans le cadre d'une détermination de la pondération, je conclus que cette question porte sur la nécessité. Je fais référence au pronostic du D^r Devins selon lequel les problèmes apparents de crédibilité dans le témoignage de la demanderesse seront « probablement » causés par les [TRADUCTION] « effets perturbateurs de la maladie mentale grave ou du stress traumatique ». J'estime que cette opinion constitue une forme de « témoignage-justificatif » inadmissible. Même si la SPR n'est pas autorisée à se prononcer sur l'admissibilité des éléments de preuve sur cette seule base, de telles conclusions dans un rapport devraient néanmoins influencer l'évaluation du poids de l'opinion. Cette question sera examinée ci-dessous, en plus des autres questions pertinentes décrites ci-dessus (examen de la méthodologie du D^r Devins, de son expertise et de la mesure dans laquelle il s'est montré impartial et objectif dans les circonstances).

[62] En exprimant les opinions qui suivent, je suis critique à l'égard du Rapport. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur le fait que j'attribue la responsabilité première

who Dr. Devins has relied upon to advise on what may appropriately be included in an expert's report. To the extent that practices have developed of which I am critical and are reflected in the Report, they are matters that retaining counsel should have prevented, though I instead suspect they have encouraged these practices over the years.

[63] Moreover, so many reports appear to have evaded challenges that some may mistakenly assume that in refugee law, the normal principles upholding the *reliability* of evidence in the assessment of weight, and the cases setting forth those principles, somehow do not apply. If nothing else, this decision serves to hopefully disabuse future assumptions that expert reports are not required to meet the basic rules of law that apply to all judicial and quasi-judicial procedures in Canada, even those in which the decision maker is not bound to follow the "technical or legal" rules of evidence.

(6) The rule against oath-helping

[64] In the Paciocco Text, under the title "The Ultimate Issue Rule", the authors consider the "rule against oath-helping". In that section, the authors state that the ultimate issue of witnesses providing accurate testimony is an area in which decision makers do not need assistance. An excerpt to that effect reads as follows (at page 202, item 3.3):

...Triers of fact can discharge their central function of deciding the ultimate issue of whether witnesses are providing accurate testimony without the need for the opinions of others about whether those witnesses are being truthful. It is not just that such opinions are superfluous or unnecessary. Even though laypeople are capable of assessing credibility, determinations of credibility are notoriously difficult. There is a fear that if experts, or even laypersons familiar with witnesses, are permitted to express their opinions as to whether witnesses are telling the truth or furnishing accurate information, triers of fact might simply defer to those opinions rather than assessing credibility and reliability themselves.

aux avocats qui ont conseillé le D^r Devins sur ce qu'il convenait d'inclure dans un rapport d'expert. Dans la mesure où ont été élaborées des pratiques dont je suis critique et qui sont reflétées dans le Rapport, elles auraient dû être relevées et signalées comme inappropriées par les avocats retenus, même si je soupçonne plutôt qu'elles aient été encouragées au fil des ans.

[63] De plus, tant de rapports semblent avoir échappé à des contestations que certains peuvent supposer à tort qu'en droit des réfugiés, les principes normaux qui soutiennent *la fiabilité* de la preuve dans l'évaluation du poids, et les causes dans lesquelles ces principes sont énoncés, ne s'appliquent pas d'une certaine façon. À tout le moins, cette décision sert à désavantager, espérons-le, les hypothèses futures selon lesquelles les rapports d'expert ne sont pas tenus de respecter les règles de droit fondamentales qui s'appliquent à toutes les procédures judiciaires et quasi judiciaires au Canada, même celles dans lesquelles le décideur n'est pas tenu de respecter les règles « légales ou techniques » de présentation de la preuve.

6) La règle interdisant les témoignages justificatifs

[64] Dans le texte de Paciocco, sous le titre [TRADUCTION] « La règle de l'ultime question », les auteurs se penchent sur la règle interdisant les témoignages justificatifs. Dans cette section, les auteurs affirment que la question ultime de l'exactitude du témoignage des témoins est un domaine dans lequel les décideurs n'ont pas besoin d'aide. Un extrait à cet effet se lit comme suit (à la page 202, point 3.3) :

[TRADUCTION] [...] Les juges des faits peuvent s'acquitter de leur fonction centrale qui consiste à déterminer en définitive si les témoins fournissent des témoignages exacts sans avoir besoin de l'opinion d'autres personnes sur la véracité des témoignages en question. Ce n'est pas seulement que de tels avis sont superflus ou inutiles. Même si les profanes sont capables d'évaluer la crédibilité, il est incontestable que cela est difficile. On craint que si des experts, ou même des profanes qui connaissent bien les témoins, sont autorisés à exprimer leur opinion sur la véracité ou l'exactitude des renseignements fournis par les témoins, les juges des faits ne s'en remettent simplement à ces opinions plutôt que d'évaluer eux-mêmes la crédibilité et la fiabilité de l'information.

[65] The rule against oath-helping prohibits the admission of evidence adduced for the purpose of proving that a witness is truthful. As described in the above passage, the right question is whether “[t]riers of fact can discharge their central function of deciding the ultimate issue of whether witnesses are providing accurate testimony without the need for opinions of others about whether those witnesses are being truthful.”

[66] Permissible oath-helping is evidence proven to be necessary to assist the trier of fact in properly evaluating the credibility of witnesses. As indicated in the Paciocco Text, “the law therefore draws a distinction between opinion evidence ‘*about credibility*’ (which is inadmissible because of the rule against oath-helping) and opinion evidence ‘*relevant to credibility*’” (at page 204 [emphasis in original]). For clarity purposes “about credibility” in the above-quoted passage refers to the credibility of the witness testifying, i.e. does the opinion address the witness’s credibility? If so, it is impermissible.

[67] In *R. v. Reid* (2003), 65 O.R. (3d) 723, 177 C.C.C. (3d) 260, the Ontario Court of Appeal stated that the evidence’s purpose was to educate the trier of fact about an issue (in that matter being the nature of battered women’s syndrome), and its possible effects on disclosure patterns (evidence generally relevant to credibility), instead of expressing an opinion with a conservative degree of possibility that inconsistencies in a given witness’ evidence could possibly be (“possible effects”) discounted on that basis [at paragraph 46]:

In my view, Dr. Jaffe’s evidence was admissible but only for a limited purpose. It should have been restricted to a brief description of the nature and root causes of the conditions known as Battered Women’s Syndrome and Post-traumatic Stress Disorder and their possible effects on disclosure patterns. Had the evidence been so limited, it could have been given in brief compass. [Emphasis added.]

[65] La règle interdisant les témoignages justificatifs interdit l’admission d’éléments de preuve présentés dans le but de prouver qu’un témoin est sincère. Comme il est décrit dans le passage ci-dessus, la bonne question consiste à savoir si « [l]es juges des faits peuvent s’acquitter de leur fonction centrale qui consiste à déterminer en définitive si les témoins fournissent des témoignages exacts sans avoir besoin de l’opinion d’autres personnes sur la véracité des témoignages en question ».

[66] Le témoignage justificatif admissible est une preuve qui s’avère nécessaire pour aider le juge des faits à évaluer correctement la crédibilité des témoins. Comme l’indique le texte de Paciocco, [TRADUCTION] « la loi établit donc une distinction entre les témoignages d’opinion “*sur la crédibilité*” (ce qui est inadmissible en raison de la règle interdisant les témoignages justificatifs) et les témoignages d’opinion “*pertinents pour la crédibilité*” (à la page 204 [italiques dans l’original]) ». Par souci de clarté, dans le passage cité ci-dessus, « sur la crédibilité » fait référence à la crédibilité du témoin qui témoigne, c.-à-d. l’opinion porte-t-elle sur la crédibilité du témoin? Si c’est le cas, c’est inadmissible.

[67] Dans l’arrêt *R. v. Reid* (2003), 65 O.R. (3d) 723, 177 C.C.C. (3d) 260, la Cour d’appel de l’Ontario a déclaré que le but de la preuve était de renseigner le juge des faits sur une question (en l’occurrence la nature du syndrome de la femme battue) et ses effets possibles sur les modèles de divulgation (preuve généralement pertinente pour la crédibilité), au lieu de formuler une opinion avec un degré prudent de possibilité que les contradictions dans un témoignage donné puissent être (« effets possibles ») écartées en se fondant là-dessus [au paragraphe 46] :

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve du Dr Jaffe était admissible, mais seulement dans un but limité. Il aurait dû se limiter à une brève description de la nature et des causes profondes des problèmes appelés « syndrome de la femme battue » et « trouble de stress post-traumatique » et de leurs effets possibles sur les modèles de divulgation de la preuve. Si la preuve avait été limitée de cette façon, elle aurait pu être donnée en résumé. [Non souligné dans l’original.]

[68] The expert's evidence will be rejected if it is cast in a fashion that has more impact in revealing the expert's belief of the complainant, or a specific witness, than in educating the trier of fact about the behaviours and characteristics of the type of conduct (*R. v. Llorenz*, 2000 CanLII 5745, [2000] O.J. No. 1885 (QL) (C.A.); *D.D.* at paragraphs 19–20).

[69] Additionally, in terms of reliability, the Paciocco Text notes that the permissible instances of oath-helping tend to be recognized examples of witness testimony problems that regularly occur, such as that of the battered women syndrome or recantations of allegations of sexual abuse by children (at page 204). In other words, the applicant's psychological circumstances can be validated in the profession by other self-situated subjects. There does not appear to be a case in which the stress of testifying, even objectively demonstrated by testing (not the situation here) and/or interview, has been sufficient to affect a decision-maker's credibility finding. Certainly, there is nothing supporting the notion that such a prognosis could be greater than a conservative possibility at best.

[70] Applying these precepts to the Report, I find that Dr. Devins' prognosis that inconsistencies, etc. that may arise in the applicant's testimony during the refugee hearing will likely be attributable to her mental disorders, rather than attempts to evade or obfuscate, is clearly evidence relevant to the applicant's credibility, rather than evidence generally relevant to the subject matter of credibility at large.

[71] Ultimately, the Report's categorical statements that the applicant is credible and that any inconsistency should not be attributed to an intent to mislead is impermissible oath-helping. Furthermore, as discussed below, this conclusion suggests partiality by pegging the degree of reliability of Dr. Devins' opinion at the probative level of a likelihood and is not supported by any reliable scientific evidence, references, or documents. These opinions are very far removed from permissible oath-helping, where an expert would provide information *relevant to*

[68] Le témoignage de l'expert sera rejeté s'il est présenté d'une manière qui a plus d'impact en révélant que l'expert croit en la crédibilité du plaignant, ou d'un témoin en particulier, qu'en renseignant le juge des faits sur les comportements et les caractéristiques associés au type de conduite en cause (*R. v. Llorenz*, 2000 CanLII 5745, [2000] O.J. n° 1885 (QL) (C.A.); *D.D.*, aux paragraphes 19 et 20).

[69] En outre, sur le plan de la fiabilité, le texte de Paciocco indique que les cas admissibles de témoignage justificatifs tendent à être des exemples reconnus de problèmes de témoignage qui surviennent régulièrement, tels que le syndrome de la femme battue ou les rétractations d'allégations d'abus sexuels par des enfants (à la page 204). Autrement dit, la situation psychologique de la demanderesse peut être validée dans la profession par d'autres sujets en situation semblable. Il ne semble pas y avoir de cas où le stress du témoignage, même démontré objectivement par des tests (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) ou un entretien, a été suffisant pour influencer sur la conclusion du décideur concernant la crédibilité. Certes, rien n'appuie la notion selon laquelle un tel pronostic pourrait être plus grand qu'une possibilité modérée, au mieux.

[70] En appliquant ces préceptes au Rapport, je conclus que le pronostic du D^r Devins selon lequel les incohérences, entre autres, qui peuvent survenir dans le témoignage de la demanderesse au cours de l'audience relative à la demande d'asile sont probablement attribuables aux troubles mentaux de celle-ci plutôt qu'à des tentatives d'éviter ou de dissimuler, est clairement pertinent pour la crédibilité de la demanderesse plutôt que pertinent en général pour la question de la crédibilité dans son ensemble.

[71] En fin de compte, les déclarations catégoriques du Rapport, selon lesquelles la demanderesse est crédible et toute incohérence ne devrait pas être attribuée à une intention d'induire en erreur, constituent des témoignages justificatifs et ne sont pas admissibles. De plus, comme nous le verrons plus loin, cette conclusion sous-entend la partialité en établissant le degré de fiabilité de l'opinion du D^r Devins au niveau probant d'une probabilité et n'est appuyée par aucune preuve scientifique, référence ou document fiable. Ces opinions sont très éloignées du

credibility, through adequately explained scientific methodology. In this case, however, the Report provides the RPD member with a ready-made inference about a specific individual, which is an impermissible opinion about *the applicant's credibility*.

- (7) Reliability assessment of expertise and methodology to provide opinions

[72] The “benefit” factors described in *Abbey*, as a component of the cost/benefit analysis carried out in the gatekeeping admissibility exercise, may serve to assess the reliability and probative weight of expert reports filed in RPD proceedings.

[73] In *Abbey*, the Court stressed the significance of testing the expert’s methodologies against those accepted in the field, with my emphasis (at paragraph 120):

The significance of testing the expert’s methodologies against those accepted in the field was highlighted in *Kumho Tire Co. [v. Carmichael]*, 526 U.S. 137, 119 S. Ct. 1167, 143 L. Ed. 2d 238 (1999), at p. 152 U.S.

[74] The objective of the gatekeeper function is to ensure the reliability and legal relevance of expert testimony. It is also to ensure that in the courtroom, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, an expert employs the same level of intellectual rigour characterizing the practice of experts in their field.

[75] Ensuring that expert testimony is reliable and legally relevant can therefore be achieved by referring to scientific professional studies in the field at issue, or alternatively, by the expert’s personal experience. However, one should not hold an expert to a lower standard of requisite intellectual rigour in RPD proceedings if the opinions are to have meaningful probative value.

témoignage justificatif admissible, où un expert fournirait des renseignements *pertinents pour la crédibilité* grâce à une méthodologie scientifique bien expliquée. Dans ce cas-ci, toutefois, le Rapport fournit au commissaire de la SPR une déduction toute faite au sujet d’une personne en particulier, ce qui constitue une opinion inadmissible sur la crédibilité de la demanderesse.

- 7) Évaluation de la fiabilité de l’expertise et de la méthodologie pour fournir des avis

[72] Les facteurs liés aux avantages décrits dans l’arrêt *Abbey*, en tant que composante de l’analyse coûts-avantages effectuée dans le cadre de l’exercice de contrôle de l’admissibilité, peuvent servir à évaluer la fiabilité et la force probante des rapports d’expert déposés dans les procédures de la SPR.

[73] Dans l’arrêt *Abbey* (au paragraphe 120), la Cour a souligné l’importance de mettre à l’épreuve les méthodes de l’expert par rapport à celles qui sont acceptées dans le domaine (non souligné dans l’original) :

[TRADUCTION] L’importance de mettre à l’épreuve les méthodes de l’expert par rapport à celles qui sont acceptées dans le domaine a été soulignée dans *Kumho Tire Co. [v. Carmichael]*, 526 U.S. 137, 119 S. Ct. 1167, 143 L. Ed. 2d 238 (1999), p. 152 U.S.

[74] L’objectif de la fonction de contrôle est d’assurer la fiabilité et la pertinence juridique des témoignages d’expert. Elle vise aussi à veiller à ce que, dans la salle d’audience, qu’il s’agisse de témoignages fondés sur des études professionnelles ou sur son expérience personnelle, un expert fasse preuve de la même rigueur intellectuelle qui caractérise la pratique des experts dans leur domaine.

[75] Il est donc possible de s’assurer que le témoignage d’un expert est fiable et pertinent sur le plan juridique en se référant à des études professionnelles scientifiques dans le domaine en question, ou encore à l’expérience personnelle de l’expert. Toutefois, on ne devrait pas tenir un expert à un niveau inférieur de rigueur intellectuelle requise dans les procédures de la SPR si l’on veut que ses opinions aient une valeur probante significative.

[76] On my reading of the Report, Dr. Devins does not appear to significantly rely on scientific professional tests, as one would expect a psychological expert to do. Rather, under the title “Approach to Psychological Assessment” he states that “interview data are supplemented by standard psychological tests”. According to the Report, he administered the Minnesota Multiphasic Personality Inventory F-PTSD Scale (MMPI) on the applicant. However, Dr. Devins provided neither an indication of what the MMPI was designed to establish, nor the results of the MMPI after administering it on the applicant. Thus, the Report’s contents appear to be entirely based on the information obtained from interviewing the applicant, typically said to last one hour, but without any specific duration mentioned in the Report and without specific reference to the outcomes or findings of the MMPI that had apparently been administered.

[77] In determining whether opinions gained from personal experience are relevant and reliable, *Abbey* is again highly instructive on the approach that a court, or in this case the RPD, should follow. The methodology assessed in *Abbey* was that employed by an expert sociologist. His opinions were described as being “based on knowledge he acquired about a particular culture through years of academic study, interaction in various ways with members of that culture and review of the relevant literature” (at paragraph 116). The Ontario Court of Appeal remarked that the expert’s evidence could not be regarded as “scientific theory”; rather, it was the expert’s understanding, from his knowledge and research, of the meaning of certain symbols within gang culture.

[78] The Court described a series of questions that may be relevant when addressing the reliability of an opinion that was based upon research and experiences of the expert alleging a specialized knowledge, which are as follows (at paragraph 119):

[76] D’après ma lecture du Rapport, le D^r Devins ne semble pas se fier beaucoup aux tests scientifiques professionnels, comme on pourrait s’attendre à ce qu’un expert en psychologie le fasse. Sous le titre [TRADUCTION] « Approche de l’évaluation psychologique », il déclare plutôt que [TRADUCTION] « les données recueillies lors de l’entretien sont complétées par des tests psychologiques standard ». Selon le Rapport, il a utilisé l’échelle Fptsd de l’Inventaire multiphasique de personnalité du Minnesota – M.M.P.I. pour évaluer le trouble de stress post-traumatique de la demanderesse. Cependant, le D^r Devins n’a fourni aucune indication de ce que l’échelle M.M.P.I. est censée établir, ni les résultats obtenus après l’avoir administrée à la demanderesse. Par conséquent, le contenu du Rapport semble être entièrement fondé sur l’information obtenue lors de l’entretien avec la demanderesse; on dit habituellement que cet entretien dure une heure, mais dans ce cas-ci, le Rapport ne fait état d’aucune durée précise et ne renferme aucune conclusion ou résultat obtenu suite à l’administration de l’échelle.

[77] Pour déterminer si les opinions tirées de l’expérience personnelle sont pertinentes et fiables, l’arrêt *Abbey* est encore une fois très instructif sur l’approche qu’un tribunal, ou en l’occurrence la SPR, devrait suivre. La méthodologie évaluée dans l’arrêt *Abbey* était celle employée par un sociologue expert. Ses opinions ont été décrites comme étant [TRADUCTION] « fondées sur les connaissances qu’il a acquises au sujet d’une culture particulière grâce à des années d’études universitaires, à diverses formes d’interaction avec les membres de cette culture et à un examen de la documentation pertinente » (au paragraphe 116). La Cour d’appel de l’Ontario a fait remarquer que le témoignage de l’expert ne pouvait pas être jugé comme une « théorie scientifique »; c’était plutôt la compréhension de l’expert, d’après ses connaissances et ses recherches, de la signification de certains symboles dans la culture des gangs.

[78] La Cour a décrit une série de questions qui peuvent être pertinentes lorsqu’il s’agit de déterminer la fiabilité d’une opinion fondée sur la recherche et l’expérience de l’expert alléguant des connaissances spécialisées. Les voici (au paragraphe 119) :

[TRADUCTION]

- To what extent is the field in which the opinion is offered a recognized discipline, profession or area of specialized training?
 - To what extent is the work within that field subject to quality assurance measures and appropriate independent review by others in the field?
 - What are the particular expert's qualifications within that discipline, profession or area of specialized training?
 - To the extent that the opinion rests on data accumulated through various means such as interviews, is the data accurately recorded, stored and available?
 - To what extent are the reasoning processes underlying the opinion and the methods used to gather the relevant information clearly explained by the witness and susceptible to critical examination by a jury?
 - To what extent has the expert arrived at his or her opinion using methodologies accepted by those working in the particular field in which the opinion is advanced?
 - To what extent do the accepted methodologies promote and enhance the reliability of the information gathered and relied on by the expert?
 - To what extent has the witness, in advancing the opinion, honoured the boundaries and limits of the discipline from which his or her expertise arises?
 - To what extent is the proffered opinion based on data and other information gathered independently of the specific case or, more broadly, the litigation process?
- Dans quelle mesure le domaine dans lequel l'opinion est offerte est-il une discipline, une profession ou un domaine de formation spécialisée reconnu?
 - Dans quelle mesure les travaux dans ce domaine sont-ils soumis à des mesures d'assurance qualité et à un examen indépendant approprié par d'autres intervenants du domaine?
 - Quelles sont les qualifications particulières de l'expert dans cette discipline, cette profession ou ce domaine de formation spécialisée?
 - Dans la mesure où l'opinion repose sur des données recueillies par divers moyens comme des entretiens, les données sont-elles enregistrées avec exactitude, stockées et disponibles?
 - Dans quelle mesure les processus de raisonnement qui sous-tendent l'opinion et les méthodes utilisées pour recueillir l'information pertinente sont-ils clairement expliqués par le témoin et se prêtent-ils à un examen critique par un jury?
 - Dans quelle mesure l'expert est-il arrivé à son opinion en utilisant des méthodologies acceptées par ceux qui travaillent dans le domaine particulier dans lequel l'opinion est avancée?
 - Dans quelle mesure les méthodes acceptées favorisent-elles et améliorent-elles la fiabilité de l'information recueillie et utilisée par l'expert?
 - Dans quelle mesure le témoin, en avançant son opinion, a-t-il respecté les frontières et les limites de la discipline d'où provient son expertise?
 - Dans quelle mesure l'opinion offerte est-elle fondée sur des données et d'autres renseignements recueillis indépendamment du cas particulier ou, de façon plus générale, du processus judiciaire?

[79] The Court then briefly described the evidence presented by the sociologist, that it considered satisfied the reliability requirements as follows, with my emphasis [at paragraph 122]:

Dr. Totten testified at length about the techniques and methods he used in his research to assemble and verify the information he ultimately drew on to advance his opinion. While acknowledging that he could not ensure

[79] La Cour a ensuite brièvement décrit la preuve présentée par le sociologue, qu'elle a jugée conforme aux exigences de fiabilité comme suit [au paragraphe 122] (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] Le D^r Totten a longuement témoigné sur les techniques et les méthodes qu'il a utilisées dans sa recherche pour rassembler et vérifier l'information qu'il a finalement utilisée pour faire avancer son opinion. Tout

that all the information he received from gang members was accurate, he explained the various methods used in an attempt to maximize the veracity of the information received. Dr. Totten testified that the methodology he followed was well established within his field of study and was entirely consistent with the methods used by others conducting the same kind of research. For example, Dr. Totten explained several ways in which the concept of peer review was used in his field. His studies were all peer reviewed using those techniques.

[80] This foregoing list of pertinent reliability-proving questions, in addition to the example of how they were applied by the expert in *Abbey*, demonstrate just how little cogent supporting evidence Dr. Devins provided to prove his specific qualifications or to validate the methodologies underlying his opinions.

[81] At first blush, his credentials appear highly pertinent to the issues in question. He has spent a lifetime practicing clinical psychology in Ontario since 1966. He has conducted innumerable psychological assessments of refugee claimants and others seeking permission to stay in Canada. In addition to his qualifications as a psychologist, he is also a professor of psychiatry at the University of Toronto and head of the Psychosocial Oncology and Palliative Care Research Institute at the University Health Network. He also holds senior positions with a number of different scientific and health organizations. He has also received a number of awards honouring his significant contributions to psychological and medical research and his other work.

[82] Of more particular relevance to his expertise in this matter are his credentials as associate editor of *Assessment*, a scholarly journal devoted to psychological measurement and assessment, and his appointments to other editorial boards. He states that his scholarly work focuses on stress, coping and cultural factors as they shape the psychological impact of disease.

en reconnaissant qu'il ne pouvait pas s'assurer que tous les renseignements qu'il recevait des membres de gangs étaient exacts, il a expliqué les diverses méthodes utilisées pour tenter de maximiser la véracité des renseignements reçus. Le Dr Totten a témoigné que la méthodologie qu'il a suivie était bien établie dans son domaine d'étude et qu'elle était entièrement conforme aux méthodes utilisées par d'autres experts menant le même genre de recherches. À titre d'exemple, le Dr Totten a expliqué plusieurs façons d'utiliser le concept de l'examen par les pairs dans son domaine. Ses études ont toutes été évaluées par des pairs à l'aide de ces techniques.

[80] Cette liste de questions pertinentes pour prouver la fiabilité, en plus de l'exemple de la façon dont elles ont été appliquées par l'expert dans l'arrêt *Abbey*, montre à quel point le Dr Devins a fourni peu de preuves convaincantes pour prouver ses qualifications spécifiques ou pour valider les méthodes qui sous-tendent ses opinions.

[81] À première vue, ses titres de compétence semblent très pertinents par rapport aux questions en litige. Il pratique la psychologie clinique en Ontario depuis 1966. Il a effectué d'innombrables évaluations psychologiques de demandeurs d'asile et d'autres personnes cherchant à obtenir un permis de séjour au Canada. En plus de ses qualifications de psychologue, il est professeur de psychiatrie à l'Université de Toronto et directeur du Psychosocial Oncology and Palliative Care Research Institute (Institut de recherche en oncologie psychosociale et en soins palliatifs) du Réseau universitaire de santé. Il occupe également des postes de direction au sein d'un certain nombre d'organismes scientifiques et de santé. Il a aussi reçu un certain nombre de prix en reconnaissance de sa contribution importante à la recherche en psychologie et en médecine, ainsi que de ses autres travaux.

[82] Ses titres de compétences en tant que rédacteur en chef adjoint d'*Assessment*, une revue savante consacrée à la mesure et à l'évaluation psychologiques, et ses nominations à d'autres comités de rédaction sont plus particulièrement pertinents quant à son expertise dans la présente affaire. Le Dr Devins mentionne que ses travaux de recherche portent principalement sur le stress, les mécanismes d'adaptation et les facteurs culturels qui façonnent l'impact psychologique de la maladie.

[83] However, the problems start with the fact that these assertions of relevant scholarly work are not supported beyond the general statements just described. This is a severe handicap to Dr. Devins' attempt to demonstrate his expertise in psychological assessment and the reliability of his methodology relied on to prepare the Report.

[84] Dr. Devins' initial statement said to support the reliability of his psychological assessments is found under the title of "Approach to Psychological Assessment". He states as follows:

Reliability and validity of interview data are evaluated by a number of means, including but not limited to: internal consistency; nonverbal behaviors and its congruence with self-report; the number of extremely-low-frequency symptoms reported; and congruence between reported symptoms and known patterns of distress.

[85] This brief statement is clearly inadequate to meaningfully inform the RPD, or to shore up the reliability of his opinions, which appear to be based solely upon information that the applicant provided him. The relatively esoteric and unfamiliar language he uses is somewhat reminiscent of Justice Sopinka's warning in *Mohan* regarding opinions "[d]ressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents" (at page 21). Even so, it is not much of an interpretive exercise to infer that these terms express the same factors that the RPD would consider if the applicant were to provide testimony confirming the evidence relied upon by Dr. Devins, which she is required to do in some form, without which his opinion loses most of its probative value.

[86] Under the same title, Dr. Devins further states as follows concerning the reliability of his methodology, with my emphasis:

This approach to assessment is well-established and anchored in the philosophy that a standard format provides a valid, reliable, and comprehensive delineation of psychological strengths and weaknesses.

[83] Cependant, les problèmes commencent par le fait que ces affirmations de travaux de recherche pertinents ne sont pas étayées au-delà des énoncés généraux qui viennent d'être décrits. Il s'agit d'un grand obstacle à la tentative du D^r Devins de démontrer son expertise en évaluation psychologique et la fiabilité de la méthodologie sur laquelle il s'est appuyé pour préparer le Rapport.

[84] La déclaration initiale du D^r Devins, qui est censée appuyer la fiabilité de ses évaluations psychologiques, se trouve sous le titre [TRADUCTION] « Approche de l'évaluation psychologique ». Il déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] La fiabilité et la validité des données recueillies lors des entretiens sont évaluées par un certain nombre de moyens, dont : la cohérence interne; les comportements non verbaux et leur congruence avec l'auto-déclaration; le nombre de symptômes extrêmement peu fréquents signalés; et la congruence entre les symptômes signalés et les tendances connues de la détresse.

[85] Ce bref énoncé est manifestement insuffisant pour informer de façon significative la SPR ou pour étayer la fiabilité de ses opinions, qui semblent fondées uniquement sur les renseignements fournis par la demanderesse. Le langage relativement ésotérique et inhabituel qu'il utilise rappelle quelque peu la mise en garde du juge Sopinka dans l'arrêt *Mohan* au sujet des opinions « [e]xprimées en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes » (à la page 21). Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas d'un exercice d'interprétation compliqué de déduire que ces termes expriment les mêmes facteurs que ceux dont la SPR tiendrait compte si la demanderesse fournissait une preuve pour confirmer les preuves sur lesquelles le D^r Devins a fondé son témoignage, ce qu'elle doit faire sous une certaine forme sans quoi l'avis d'expert perd beaucoup de sa valeur probante.

[86] Sous le même titre, le D^r Devins déclare en outre ce qui suit au sujet de la fiabilité de sa méthodologie (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] Cette approche de l'évaluation est bien établie et ancrée dans la philosophie selon laquelle un format standard fournit une délimitation valide, fiable et complète des forces et faiblesses psychologiques.

[87] The statement is similar to some extent to that quoted in *Abbey*, at paragraph 122 above, that the methodology the sociologist followed was “well-established within his field of study and was entirely consistent with the methods used by others conducting the same kind of research.” The difference is that the Court in *Abbey* noted that the expert “explained several ways in which the concept of peer review was used in his field [and the] studies were all peer-reviewed using those techniques.” There is no supporting information to demonstrate that Dr. Devins’ approach is well-established, that it is based on some form of philosophy whatever that may be, or that he is following a standard format that has been validated by his research and has been peer-reviewed. It is not sufficient for an expert to simply make statements of this nature. They must be supported by evidence.

[88] In my view, the overriding problem with the Report’s reliability is that it is founded entirely on Dr. Devins’ assessment of the applicant’s answers to his questions, with some tangible reference to demeanour when responding. While I find that this observation applies throughout the Report, it is probably best evidenced in the section held out to demonstrate the reliability of his opinions as described under the title, “Test Behaviour and Reliability of the Interview Data”. The short passage reads as follows, with my emphasis:

Test Behaviour and Validity of the Interview Data

Ms. Moffat cooperated fully. She established eye contact and responded directly to the questions. Bags appeared beneath her eyes. The interview was stressful for Ms. Moffat. Almost immediately, she cast her gaze downward, indicative of shame. She wrung her hands. She experienced flashbacks and distress (e.g., “I feel pain. I feel I want to cry right now”). She experienced depersonalization (i.e., an unconscious psychological defence in which emotions are “split off” from associated threat-related thoughts, memories, or other experiences, resulting in

[87] L’affirmation est semblable dans une certaine mesure à celle citée dans l’arrêt *Abbey*, au paragraphe 122 (ci-dessus), à savoir que la méthodologie suivie par le sociologue était [TRADUCTION] « bien établie dans son domaine d’étude et entièrement conforme aux méthodes utilisées par d’autres experts menant le même genre de recherches ». La différence est que, dans l’arrêt *Abbey*, la Cour a souligné que l’expert [TRADUCTION] « a expliqué plusieurs façons dont le concept d’examen par les pairs était utilisé dans son domaine et indiqué que les études étaient toutes examinées par les pairs en utilisant ces techniques ». Il n’y a pas d’information à l’appui pour démontrer que l’approche du D^r Devins est bien établie et fondée sur une certaine forme de philosophie, quelle qu’elle soit, ou que le D^r Devins suit un format standard qui a été validé par sa recherche et examiné par des pairs. Il ne suffit pas qu’un expert fasse simplement des déclarations de cette nature. Ses déclarations doivent être étayées par des éléments probants.

[88] À mon avis, le principal problème que pose la fiabilité du Rapport est qu’il est entièrement fondé sur l’évaluation faite par le D^r Devins des réponses de la demanderesse à ses questions, avec une certaine référence tangible au comportement de celle-ci dans ses réponses. Bien que je trouve que cette observation s’applique à l’ensemble du Rapport, elle est probablement mieux mise en évidence dans la section consacrée à démontrer la fiabilité de ses opinions, telle que décrite sous le titre [TRADUCTION] « Comportement lors des tests et fiabilité des données recueillies lors de l’entretien ». Le court passage se lit comme suit (non souligné dans l’original) :

[TRADUCTION]

Comportement lors des tests et fiabilité des données recueillies lors de l’entretien

M^{me} Moffat a coopéré sans réserve. Elle a établi un contact visuel et a répondu directement aux questions. Des poches sont apparues sous ses yeux. L’entretien a été stressant pour M^{me} Moffat. Presque immédiatement, elle a jeté son regard vers le bas, indiquant la honte. Elle s’est tordu les mains. Elle a éprouvé des flashbacks et de la détresse (p. ex. « je ressens de la douleur; j’ai envie de pleurer »). Elle a connu la dépersonnalisation (c’est-à-dire une défense psychologique inconsciente dans laquelle les émotions sont « séparées » des pensées, souvenirs ou autres

a feeling of unreality, as if one were in the dream or a movie). Concentration problems rendered it difficult to focus. Responses were credible and internally consistent. Nonverbal behaviors and emotional display were congruent with the themes presented in response to the questions. Psychological testing indicated a social-desirability bias, but I do not believe this threatens the validity of the self-report. I believe Ms. Moffat did her best to present valid and reliable information. The events to which she was exposed in St. Lucia were traumatic. Deleterious psychological after-effects persist. Her distress has begun to subside because Ms. Moffat feels safe in Canada.

[89] This paragraph is somewhat confusing. The last three sentences are irrelevant to the issue of the interview data's reliability. Like the rest of the Report, which mainly chronicles information obtained from the applicant, it mixes information she provides with his observations (stressful interview, depersonalization, concentration problems). Dr. Devins then provides two opinions intended to buttress the reliability of her statements: "responses were credible and internally consistent. Nonverbal behaviors and emotional display were congruent with the themes presented in response to the questions." The language is unnecessarily esoteric to assist the RPD either as to what these statements refer to, or the observations said to support the interview data's reliability. With respect, it is not apparent how the premises or logic of this methodology based on finding her credible in response to his questions, supports the reliability of his opinions. The reliability of his opinions is based on the reliability of her answers, yet she is not mentally well and her answers at the hearing may not appear credible. In any case, the exercise of commenting on the applicant's credibility is impermissible oath-helping.

[90] Dr. Devins also references "[p]sychological testing" that indicated a "social-desirability bias". This

expériences associées à la menace, ce qui donne un sentiment d'irréalité, comme si l'on était dans un rêve ou un film). Ses problèmes de concentration l'empêchaient de fixer son attention. Ses réponses étaient crédibles et cohérentes les unes avec les autres. Son comportement non verbal et les émotions qu'elle manifestait concordaient avec les thèmes présentés en réponse aux questions. Un test psychologique a révélé un biais de désirabilité sociale, mais je ne crois pas que cela menace la validité de l'auto-évaluation. Je crois que M^{me} Moffat a fait de son mieux pour présenter des renseignements valides et fiables. Elle a vécu des événements traumatisants à Sainte-Lucie. Des séquelles psychologiques néfastes persistent. Sa détresse a commencé à s'atténuer parce que M^{me} Moffat se sent en sécurité au Canada.

[89] Ce paragraphe porte quelque peu à confusion. Les trois dernières phrases n'ont rien à voir avec la question de la fiabilité des données recueillies lors de l'entretien. À l'instar du reste du Rapport, qui décrit principalement l'information obtenue de la demanderesse, ce paragraphe mélange les renseignements fournis par celle-ci avec les observations du D^r Devins (entretien stressant, dépersonnalisation, problèmes de concentration). Le D^r Devins donne ensuite deux opinions destinées à étayer la fiabilité des déclarations de la demanderesse : [TRADUCTION] « Les réponses étaient crédibles et cohérentes les unes avec les autres. Son comportement non verbal et les émotions qu'elle manifestait concordaient avec les thèmes présentés en réponse aux questions. » Le langage est inutilement ésotérique pour aider la SPR, soit en ce qui a trait à ce à quoi ces déclarations font référence, soit en ce qui a trait aux observations censées appuyer la fiabilité des données recueillies lors de l'entretien. Avec tout le respect que je dois au D^r Devins, je me demande comment les prémisses ou la logique de cette méthodologie, fondée sur le fait de trouver la demanderesse crédible en réponse à ses questions, appuient la fiabilité de ses opinions. La fiabilité de ses opinions repose sur la fiabilité des réponses de la demanderesse, mais elle n'est pas en bonne santé mentale et ses réponses à l'audience peuvent sembler peu crédibles. Quoi qu'il en soit, l'exercice qui consiste à faire des commentaires sur la crédibilité du demandeur (la demanderesse dans ce cas-ci) constitue un témoignage justificatif inadmissible.

[90] Le D^r Devins fait également référence à un [TRADUCTION] « test psychologique » qui a indiqué un [TRADUCTION]

testing can only refer to the MMPI assessment. Again, the Report neither indicates what the test was designed to establish nor the results of the applicant's MMPI assessment, or what "social-desirability bias" is or why it might be relevant. Presumably, the test is relevant to issue of PTSD. It is difficult to discern if the testing even confirmed his later conclusion that the applicant suffers from "stress-related cognitive problems". At the outset of the Report, he stated that if the test would support his conclusions, he would use the results to supplement his findings from the interview. As near as I can figure, this was not done.

[91] In short, Dr. Devins' claims of the reliability underlying his opinions about the applicant's credibility are premised, to some considerable extent, on references to her demeanour from observations during the interview. It is difficult to make a case that his expertise, in determining the applicant's credibility in what he describes as a stressful situation, based on her demeanour is superior to that of the RPD.

[92] Dr. Devins has also not provided any meaningful information supporting the reliability of his conclusion that the applicant suffers from major mental illness. While not specifically relied upon by the applicant, this opinion strongly supports the credibility mitigating opinion. If an adult claimant is so mentally disabled as to require a designated representative, anything she says cannot be relied upon.

[93] Dr. Devins' Report is based upon her statements to him that she has symptoms of what would be a serious mental illness (hallucinations, voices advising self-harm, sensations of insects crawling on her skin, racing thoughts, and delusions that someone has control of her mind). However, there are no examples in the interview itself of conduct representing major mental illness. Furthermore, nothing points to the reliability of statements other than Dr. Devins' opinion that she is credible, despite her major mental illness. There is no previous

« biais de désirabilité sociale ». Lorsqu'il parle de ce test, il ne peut faire référence qu'à l'échelle M.M.P.I. Encore une fois, le Rapport n'indique ni ce que le test a été conçu pour établir, ni les résultats de l'évaluation de la demanderesse par rapport à l'échelle M.M.P.I., ni ce qu'est un « biais de désirabilité sociale » ou la raison pour laquelle cela pourrait être pertinent. Vraisemblablement, le test est pertinent en ce qui a trait à la question du trouble de stress post-traumatique. Il est difficile de déterminer si le test a même confirmé la conclusion ultérieure du D^r Devins, selon laquelle la demanderesse souffre de [TRADUCTION] « troubles cognitifs liés au stress ». Au début du Rapport, il a déclaré que si le test pouvait appuyer ses conclusions, il utiliserait les résultats pour compléter ses constatations à la suite de l'entretien. Autant que je sache, cela n'a pas été fait.

[91] Bref, les affirmations du D^r Devins quant à la fiabilité qui sous-tend ses opinions sur la crédibilité de la demanderesse sont fondées, dans une mesure assez importante, sur des références à son comportement à partir d'observations faites pendant l'entretien. Le D^r Devins a du mal à démontrer que son expertise pour déterminer la crédibilité de la demanderesse dans ce qu'il décrit comme une situation stressante, en fonction de son comportement, est supérieure à celle de la SPR.

[92] Le D^r Devins n'a pas non plus fourni de renseignements significatifs à l'appui de la fiabilité de sa conclusion selon laquelle la demanderesse souffre d'une maladie mentale grave. Bien que la demanderesse ne s'y soit pas spécifiquement référée, cette opinion appuie fortement l'opinion voulant que la crédibilité soit atténuée. Si un demandeur adulte est atteint d'une déficience mentale telle qu'il a besoin d'un représentant désigné, on ne peut pas se fier à ce qu'il dit.

[93] Le rapport du D^r Devins est fondé sur les déclarations que la demanderesse lui a faites selon lesquelles elle présente des symptômes de ce qui pourrait être une maladie mentale grave (hallucinations, voix conseillant l'automutilation, sensations d'insectes rampant sur sa peau, pensées rapides (tachypsychie) et illusions que quelqu'un a le contrôle de son esprit). Cependant, l'entretien lui-même ne renferme aucun exemple de conduite représentant une maladie mentale grave. De plus, rien n'indique que les déclarations sont fiables, si ce n'est

corroborating historical evidence of mental illness. Self-reported symptoms of such severe mental illness favourable to legal procedures coincidentally arising at the last moment require substantiation to possess any degree of probative value.

[94] In the last paragraph of the Report, in which Dr. Devins expresses his clinical impressions, he states that “Ms. Moffat satisfies diagnostic criteria for schizoaffective disorder, depressive type (295.70) in the American Psychiatric Association’s *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (4th edition, DSM-IV)”. This is insufficient to provide scientific or other well-established psychological teachings, demonstrating a reliable interview methodology providing a nexus between her statements and his opinion of a major mental illness. Again, this is just a statement, without any explanation as to how her evidence is sufficiently reliable to establish what her schizoaffective disorder is, in relation to a statistical manual, when neither the disorder is explained, nor is there evidence of “statistics” playing any role in his opinions or the factors used to make this determination.

[95] The opinion that the applicant suffers from a major mental illness is used to support an opinion that the RPD should consider appointing a designated representative to act on her behalf during the hearing. In effect, he is suggesting that she is not competent to testify due to her mental condition.

[96] However, in *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178, the Supreme Court of Canada held that competency is not a matter outside the experience and knowledge of a judge, rather: “It is the very meat and potatoes of the trial court’s existence” (at paragraph 57). The same would apply to the RPD member whose daily functions entail assessment of the capability and proficiency of

l’opinion du D^r Devins selon laquelle la demanderesse est crédible, malgré sa maladie mentale grave. Il n’existe aucune preuve historique antérieure corroborant la maladie mentale. Les symptômes auto-déclarés d’une maladie mentale aussi grave, favorables pour le demandeur dans le cadre de procédures judiciaires survenant par coïncidence au dernier moment, doivent être corroborés pour avoir une quelconque valeur probante.

[94] Dans le dernier paragraphe du Rapport, dans lequel le D^r Devins exprime ses impressions cliniques, il déclare que [TRADUCTION] « M^{me} Moffat satisfait aux critères diagnostiques du trouble schizo-affectif de type dépressif (295.70) dans le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 4^e édition (DSM-IV) de l’American Psychiatric Association ». Cela est insuffisant pour fournir des enseignements scientifiques ou d’autres enseignements psychologiques bien établis qui démontrent une méthodologie d’entrevue fiable fournissant un lien entre les déclarations de la demanderesse et l’opinion du D^r Devins selon laquelle celle-ci est atteinte d’une maladie mentale grave. Encore une fois, il ne s’agit que d’une déclaration, sans aucune explication sur la façon dont la preuve de la demanderesse est suffisamment fiable pour établir la nature de son trouble schizo-affectif, par rapport à un manuel statistique, lorsque le trouble n’est pas expliqué et qu’il n’y a pas de preuves de « statistiques » qui jouent un rôle dans les opinions de l’expert ou les facteurs utilisés pour prendre cette décision.

[95] L’opinion selon laquelle la demanderesse souffre d’une maladie mentale grave sert à appuyer l’opinion voulant que la SPR devrait envisager de nommer un représentant désigné pour agir au nom de celle-ci pendant l’audience. En fait, le D^r Devins semble indiquer qu’elle n’est pas compétente pour témoigner en raison de son trouble mental.

[96] Toutefois, dans l’arrêt *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178, la Cour suprême du Canada a statué que la compétence n’est pas un sujet qui dépasse l’expérience et la connaissance d’un juge, mais plutôt qu’il s’agit d’une « tâche essentielle du tribunal de première instance » (au paragraphe 57). Il en va de même pour le commissaire de la SPR, dont les fonctions quotidiennes

witnesses to testify in refugee proceedings. Moreover, the RPD expressly disagreed with Dr. Devins' opinion in finding that "[t]he claimant did not appear to have any problems in testifying". Admittedly, the RPD made this finding five years after the Report was drafted; however, this settles the issue as a finding of fact that can only be overturned if the error is plain to see, or was not supported by some evidence, which was clearly not the case here.

[97] Proof of incompetency is also a high threshold (*R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149). An example of this can be found in the decision of *Regina v. Hawke*, (1975), 7 O.R. (2d) 145 (C.A.), in which the evidence disclosed a lengthy history of serious mental illness, including treatment at psychiatric facilities, which illness resulted in the misconception of reality, diminution of judgment and ability to recount, and active hallucination under stress. In any case, notice under rule 20 of the RPD Rules was not provided to the RPD and so the issue as to whether a designated representative ought to be appointed was not before the RPD.

[98] As a final exercise in considering the reliability of Dr. Devins' opinion, it is useful to compare his evidence to support his expertise and methodology with the nine relevant considerations to establish the reliability of an expert opinion suggested at paragraph 119 of *Abbey*.

[99] In my view, only the first question would receive a positive conclusion: whether the opinion is offered in a recognized discipline, profession or area of specialized training.

[100] The second question, "[t]o what extent is the work within that field subject to quality assurance measures" appears positive. However, it becomes a negative factor when one remarks that Dr. Devins did not refer to quality assurance measures applied to his research or methodology that would support opinions, which appear to be solely based on the subject's answers to his questions.

consistent notamment à évaluer la capacité et la compétence des témoins à témoigner dans le cadre des demandes d'asile. De plus, la SPR a expressément exprimé son désaccord avec l'opinion du D^r Devins en concluant que « [l]a demandeur d'asile n'a pas semblé avoir de difficulté à témoigner ». Certes, la SPR a fait cette constatation cinq ans après la rédaction du Rapport; cependant, cela règle la question comme une conclusion de fait qui ne peut être renversée que si l'erreur est évidente ou si elle n'était pas appuyée par des éléments de preuve, ce qui n'était manifestement pas le cas en l'espèce.

[97] La preuve de l'incompétence est également un seuil élevé (*R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149). On en trouve un exemple dans l'arrêt *Regina c Hawke*, (1975), 7 O.R. (2d) 145 (C.A.), dans lequel la preuve a révélé de longs antécédents de maladie mentale grave, y compris des traitements dans des établissements psychiatriques, et a indiqué que la maladie a entraîné une mauvaise perception de la réalité, une diminution du jugement et de la capacité de raconter, et une hallucination active en situation de stress. Quoi qu'il en soit, l'avis prévu à la règle 20 des Règles de la SPR n'a pas été donné à la SPR et la question de savoir si un représentant désigné devrait être nommé n'a donc pas été soumise à la SPR.

[98] En dernier lieu, lorsque l'on examine la fiabilité de l'opinion du D^r Devins, il est utile de comparer les éléments de preuve à l'appui de son expertise et de sa méthodologie avec les neuf considérations pertinentes pour établir la fiabilité de l'opinion d'un expert proposées au paragraphe 119 de l'arrêt *Abbey*.

[99] À mon avis, seule la première question permettrait de tirer une conclusion positive : Dans quelle mesure le domaine dans lequel l'opinion est offerte est-il une discipline, une profession ou un domaine de formation spécialisée reconnu?

[100] La deuxième question (« Dans quelle mesure les travaux dans ce domaine sont-ils soumis à des mesures d'assurance de la qualité et à un examen indépendant approprié par d'autres acteurs du domaine? ») semble positive. Cependant, cela devient un facteur négatif lorsque l'on constate que le D^r Devins n'a pas fait référence à des mesures d'assurance de la qualité appliquées à sa

recherche ou à sa méthodologie qui appuieraient des opinions, lesquelles semblent uniquement fondées sur les réponses du sujet à ses questions.

[101] The answer to the remaining questions asking to what extent the evidence of reliability is provided is little or none at all, i.e.:

3. the particular expert's qualifications within the field of specialized training claimed;
4. the extent to which the opinion rests on data accumulated through various means is the data accurately recorded, stored and available;
5. the extent to which the reasoning processes underlying the opinion and methods to gather relevant information are clearly explained and susceptible to critical examination by the RPD;
6. the extent the methodologies used to support the opinion have been accepted by those working in the particular field;
7. the extent to which the accepted methodologies promote and enhance the reliability of information gathered and relied upon;
8. the extent to which the opinion honors the boundaries and limits of the discipline; and finally;
9. the extent to which the opinion is based on data and information gathered independently of the specific case, or more broadly of the litigation process.

[102] Information supporting the reliability of Dr. Devins' opinions from answers to these questions is not apparent, such that these questions remain unanswered and the Report is therefore unreliable.

[101] La réponse aux autres questions visant à déterminer la mesure dans laquelle la preuve de fiabilité est fournie est faible ou inexistante, c.-à-d. :

3. Quelles sont les qualifications particulières de l'expert dans cette discipline, cette profession ou ce domaine de formation spécialisée?
4. Dans la mesure où l'opinion repose sur des données accumulées par divers moyens comme les entretiens, les données sont-elles enregistrées, stockées et disponibles avec précision?
5. Dans quelle mesure les processus de raisonnement qui sous-tendent l'opinion et les méthodes utilisées pour recueillir les renseignements pertinents sont-ils clairement expliqués par le témoin et peuvent-ils faire l'objet d'un examen critique par la SPR?
6. Dans quelle mesure l'expert est-il parvenu à son opinion à l'aide de méthodologies acceptées par les intervenants du domaine particulier sur lequel porte l'opinion avancée?
7. Dans quelle mesure les méthodologies acceptées favorisent-elles et améliorent-elles la fiabilité de l'information recueillie et sur laquelle l'expert s'est fondé?
8. Dans quelle mesure le témoin, en avançant son opinion, a-t-il respecté les frontières et les limites de la discipline d'où provient son expertise?
9. Dans quelle mesure l'opinion exprimée est-elle fondée sur des données et d'autres renseignements recueillis indépendamment de l'affaire en question ou, de façon plus générale, du processus de litige?

[102] L'information appuyant la fiabilité des opinions du Dr Devins à partir des réponses à ces questions n'est pas apparente, de sorte que ces questions demeurent sans réponse et que le Rapport n'est donc pas fiable.

[103] I would draw particular attention to these last two questions. With respect to honouring the boundaries and limits of his discipline, there is no mention anywhere in the Report of dissenting factors or concerns of a possibility that the applicant could be exaggerating or even misstating her symptoms. Dr Devins' opinions are wholly unqualified.

[104] With respect to the final question, the Report is entirely dependent on the specific case and is focused on the refugee determination process and its outcome of possible removal to her country of origin. These questions are aimed at issues of self-interest and bias. On both counts, I conclude that Dr. Devins' opinions fail, as discussed in the next section regarding the expert's independence and impartiality.

(8) The requirement that experts be independent and impartial

[105] As noted in the Paciocco Text, “[e]xperts are a unique class of witnesses. Because they are brought in to instruct the trier of fact, their primary duty is to the court and not to the party that called them” (at page 223). As discussed above, evidence therefore can be excluded on the inadmissibility precondition of the expert not being properly qualified for lack of independence and/or impartiality. However, in most cases, these issues go to the weight of the evidence (*Carmen Alfano Family Trust (Trustee of) v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *White Burgess*).

[106] “Independence” relates to the connexion between the expert and the case, usually in relation to the party, the case or its outcome, as opposed to institutional links (*Beazley v. Suzuki Motor Corporation*, 2010 BCSC 480, at paragraph 21). “Impartiality” relates to the expert's state of mind, whether the expert is biased and favours the party calling the expert (Paciocco text, at page 224).

[103] J'attire particulièrement l'attention sur les deux dernières questions. En ce qui concerne le respect des frontières et des limites de sa discipline, il n'y a aucune mention dans le Rapport de facteurs dissidents ou de préoccupations quant à la possibilité que la demanderesse exagère ou même fausse ses symptômes. Les opinions du D^r Devins sont entièrement favorables.

[104] En ce qui concerne la dernière question, le Rapport dépend entièrement du cas particulier, et est axé sur le processus de détermination du statut de réfugié et sur le résultat d'un éventuel renvoi de la demanderesse vers son pays d'origine. Ces questions ont pour but de déterminer si l'expert a un intérêt personnel ou fait preuve de partialité. Sur ces deux points, je conclus que les opinions du D^r Devins sont fausses, comme nous le verrons dans la section suivante concernant l'indépendance et l'impartialité de l'expert.

(8) L'exigence d'indépendance et d'impartialité des experts

[105] Comme l'indique le texte de Paciocco, [TRADUCTION] « [L]es experts constituent une catégorie particulière de témoins. Étant donné qu'ils sont appelés à donner des directives au juge des faits, leur principal devoir est envers le tribunal et non envers la partie qui les a appelés » (à la page 223). Comme nous l'avons vu plus haut, des éléments de preuve peuvent donc être exclus sur la condition préalable d'inadmissibilité selon laquelle l'expert n'est pas dûment qualifié en raison de son manque d'indépendance et/ou d'impartialité. Toutefois, dans la plupart des cas, ces questions sont liées au poids de la preuve (*Carmen Alfano Family Trust (Trustee of) v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *White Burgess*).

[106] L'« indépendance » se rapporte au lien entre l'expert et l'affaire, habituellement en relation avec la partie, l'affaire ou son issue, par opposition aux liens institutionnels (*Beazley v. Suzuki Motor Corporation*, 2010 BCSC 480, au paragraphe 21). L'« impartialité » se rapporte à l'état d'esprit de l'expert et à la question qui consiste à savoir si celui-ci a un parti pris et favorise la partie qui l'appelle (texte de Paciocco, à la page 224).

[107] The terms bias and partiality are sometimes used interchangeably. However, there is a difference in their meaning. Bias, usually used in relation to appearances and independence, refers to apparent attitudes from associations; whereas partiality speaks to conduct, usually in relation to acting on an apparent bias. The distinction was noted by Doherty J.A., in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A.), and cited with approval by Cory J. in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, as follows (at paragraph 107):

[107] ...

Partiality has both an attitudinal and behavioural component. It refers to one who has certain preconceived biases, and who will allow those biases to affect his or her verdict despite the trial safeguards designed to prevent reliance on those biases.

In demonstrating partiality, it is therefore not enough to show that a particular juror has certain beliefs, opinions or even biases. It must be demonstrated that those beliefs, opinions or biases prevent the juror (or, I would add, any other decision-maker) from setting aside any preconceptions and coming to a decision on the basis of the evidence: *Parks, supra*, at pp. 336-37.

[108] Descriptions of different forms of biases are found in *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4th ed. looseleaf (Aurora (Ont.): Canada Long Book, 2010, at paragraph 12:30.20.50, footnotes 398b–398g). A comprehensive description of these different biases is also presented in Paciocco, “Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts” (2008-09), 34 *Queen's L.J.* 565.). These biases, with my emphasis are as follows:

Bias or partiality, an approach or attitude at odds with objectivity, neutrality and uninfluenced search for the truth, can range from unconscious circumstances to the rare instance of patent partisanship or corruption.

[107] Les termes « parti pris » et « partialité » sont parfois employés de façon interchangeable. Cependant, il y a une différence dans leur signification. « Parti pris », habituellement utilisé en ce qui concerne les apparences et l'indépendance, renvoie à des attitudes apparentes qui émanent des associations, tandis que le terme « partialité » désigne la conduite, habituellement en relation avec le fait d'agir avec un parti pris apparent. La distinction a été soulignée par le juge Doherty, dans l'arrêt *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A.), et citée avec l'approbation du juge Cory dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, comme suit (au paragraphe 107) :

[107] [...]

[TRADUCTION] La partialité se dégage à la fois de l'état d'esprit et du comportement. Elle évoque la personne qui a certaines idées préconçues et qui, malgré les mesures de protection destinées à contrer leur présence au procès, laissera ces préjugés influencer son verdict.

Pour établir la partialité, il ne suffit donc pas de démontrer qu'un juré en particulier a certaines croyances, certaines opinions, voire même certains préjugés. Il faut établir que ces croyances, opinions ou préjugés empêchent le juré (ou, ajouterais-je, tout autre décideur) de mettre de côté toute idée préconçue et de parvenir à une décision fondée sur la preuve : *Parks, précité*, aux pp. 336 et 337.

[108] On trouve des descriptions de différentes formes de partis pris dans l'ouvrage intitulé *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. à feuilles mobiles (Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 2010, au paragraphe 12:30.20.50, notes de bas de page 398b–398g). Une description complète de ces différents partis pris est également présentée dans l'ouvrage de Paciocco intitulé « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2008-2009), 34 *Queen's L.J.* 565). Ces partis pris sont les suivants (non souligné dans l'original) :

[TRADUCTION]

Le parti pris ou la partialité s'entend d'une approche ou d'une attitude qui va à l'encontre de l'objectivité, de la neutralité et de la recherche sans influence de la vérité, et peut aller des circonstances inconscientes aux rares cas de partisanerie ou de corruption manifeste.

Adversarial bias includes “all pressures that are inherent in the adversarial model” including selection and association bias.

Selection bias is the term often used to describe the process of parties selecting expert witnesses predicted to favourably advance their positions.

Association bias, linked as well to considerations of independence, relates to an alignment posture motivated by a desire on the part of the expert to please the retaining employer or under pressure to do so, the existence of a personal relationship, shared ideological objectives, or the influence of communications and information upon the expert’s analysis and conclusions.

The latter circumstance, frequently described as “confirmation bias”, involves a tendency to collect, interpret, analyze and form opinions in a fashion supporting the belief or expectation of the retaining party while diminishing the significance of, or altogether ignoring, or contra-interpreting, contradictory facts pointing in a different direction.

[109] In reviewing the Report, I find much to be concerned about. The Report apparently demonstrates adversarial bias, which includes all three subcategories of bias, i.e. selection, association and confirmation biases. To some extent, I also find the Report demonstrates partiality through its apparent advocacy in support of the applicant’s refugee claim, and against any outcome that would see her removed from Canada.

[110] While I have already noted that issues with an expert’s independence or impartiality may appropriately form a basis for declaring their evidence to be inadmissible before an administrative tribunal (such as the RPD) in exceptional cases (*Drummond*; *Deemar*; *White Burgess*), the following comments relate to considerations which may affect the weight that the RPD affords such expert evidence.

[111] Concerns about Dr. Devins’ adversarial bias in all three forms are predicated on the mere fact that he has

Le parti pris accusatoire comprend « toutes les pressions inhérentes au modèle accusatoire », y compris le parti pris de sélection et d’association.

« Parti pris de sélection » est le terme utilisé pour décrire le processus dans lequel les parties sélectionnent des témoins experts qui devraient, estiment-elles, être favorables à leur position.

Le parti pris d’association, qui est lié également à des considérations d’indépendance, constitue une posture d’alignement motivée par le désir de l’expert de plaire à l’employeur qui le retient ou exerce de la pression sur lui, l’existence d’une relation personnelle, des objectifs idéologiques partagés ou l’influence de communications et de renseignements sur l’analyse et les conclusions de l’expert.

Cette dernière circonstance, souvent décrite comme un « parti pris de confirmation », implique une tendance à recueillir, interpréter, analyser et former des opinions d’une manière qui appuie la croyance ou les attentes de la partie qui retient les services tout en diminuant l’importance des faits contradictoires qui vont dans une autre direction, voire en les ignorant ou en les interprétant de façon contraire.

[109] L’examen du Rapport a fait naître chez moi de nombreuses préoccupations. Le Rapport démontre apparemment un parti pris accusatoire, qui comprend les trois sous-catégories de partis pris, c’est-à-dire les partis pris de sélection, d’association et de confirmation. Dans une certaine mesure, je trouve également que le Rapport fait preuve de partialité en défendant apparemment la demande d’asile de la demanderesse et en s’opposant à toute décision qui pourrait entraîner son renvoi du Canada.

[110] Bien que j’aie déjà indiqué que les questions relatives à l’indépendance ou à l’impartialité d’un expert peuvent constituer un fondement approprié pour déclarer son témoignage inadmissible devant un tribunal administratif (comme la SPR) dans des cas exceptionnels (jugements *Drummond*, *Deemar* et *White Burgess*), les commentaires qui suivent portent sur des considérations susceptibles de modifier le poids que la SPR accorde à ce témoignage.

[111] Les préoccupations au sujet du parti pris accusatoire (comprenant les trois sous-catégories) du Dr Devins

provided an unheard of number of expert reports in support of refugee claimants. The highly favourable report in terms of its evidentiary impact is fed by an apprehension of bias from his long association with members of the immigration bar who retain him with such frequency, which are indicia of the strongest possible selection bias. This is compounded by what I would describe as a remuneration bias in terms of the significant revenue these reports would have generated over the years such that they appear to comprise a significant source of continuing income for Dr. Devins (see also question 9 of the reliability factors set forth in *Abbey*, at paragraph 119). This supports a strong association bias in view of pleasing the retaining lawyers with highly favourable reports that assist in providing clients with favourable outcomes as an incentive to continue retaining him.

[112] The content of the Report that I find most disquieting turns on the unwavering support it provides the applicant in obtaining a positive outcome from the refugee determination process. This is best demonstrated by repeating some of his opinions. They are, above all else, directions to the RPD, mostly imperative in tone, based upon categorical conclusions, as demonstrated in the following examples, with my emphasis:

Ms. Moffat will be nervous and inhibited at the Refugee Hearing. She will be intimidated by people in authority. It will be important to exercise sensitivity during the questioning to avoid re-traumatizing her.”

I discussed the notions of a Designated Representative with her and Ms. Moffat[t] indicated receptivity. This should be given consideration.

Symptoms may arise during the Hearing ... Should such problems become evident, it will be important to understand that they likely reflect that disorganizing effects of major mental illness and/or traumatic stress rather than an effort to evade or obfuscate.

sont fondées sur le simple fait qu’il a fourni un nombre inouï de rapports d’expert à l’appui des demandeurs d’asile. Le rapport très favorable sur le plan de l’impact de la preuve est alimenté par une crainte de parti pris attribuable à sa longue association avec les avocats spécialistes de l’immigration qui retiennent très fréquemment ses services, ce qui indique le parti pris de sélection le plus important qui soit. Cette situation est aggravée par ce que je qualifierais de parti pris de rémunération en raison des revenus importants que ces rapports auraient générés au fil des ans, de sorte qu’ils semblent constituer une source importante de revenu continu pour le D^r Devins (voir aussi la question 9 des facteurs de fiabilité énoncés dans l’arrêt *Abbey*, au paragraphe 119). Cela appuie un fort parti pris d’association, car il semble vouloir plaire aux avocats qui retiennent ses services en leur fournissant des rapports très favorables qui les aident à obtenir des résultats favorables pour leurs clients, dans le but d’inciter ces avocats à continuer à faire appel à lui.

[112] Le contenu du Rapport que je trouve le plus troublant repose sur l’appui indéfectible qu’il fournit à la demanderesse pour obtenir une issue positive du processus d’octroi de l’asile. La meilleure façon de le démontrer consiste à répéter certaines de ses opinions. Il s’agit avant tout d’orientations à l’intention de la SPR, dont le ton est surtout impératif et qui sont fondées sur des conclusions catégoriques, comme le démontrent les exemples suivants (non souligné dans l’original) :

[TRADUCTION]

M^{me} Moffat sera nerveuse et réservée lors de l’audience relative au statut de réfugié. Elle sera intimidée par les personnes en position d’autorité. Il sera important de faire preuve de sensibilité pendant l’interrogatoire pour éviter de la traumatiser à nouveau.

J’ai discuté des notions d’un représentant désigné avec M^{me} Moffat et elle m’a fait part de sa réceptivité. Cette possibilité devrait être envisagée.

Les symptômes peuvent survenir lors de l’audience... Si de tels problèmes deviennent évidents, il est important de comprendre qu’ils reflètent probablement les effets désorganisant d’une maladie mentale importante ou d’un stress traumatique plutôt qu’un effort d’évitement ou de dissimulation.

Such treatment must not be interrupted. Ms. Moffat’s condition can improve with appropriate care and guaranteed freedom from the threat of removal. If refused permission to remain in Canada, her condition will deteriorate (e.g., possible decompensation [a suicidal ideation]). As noted, it will be impossible for Ms. Moffat to feel safe anywhere in St. Lucia.

Appointment of a Designated Representative should be considered.

I hope that this report will assist you and the courts in determining the best possible outcome for Ms. Moffat.

[113] All of the above excerpts represent impermissible overreach by Dr. Devins and are examples of advocacy on behalf of the applicant. These are not opinions intended to assist the RPD to better understand the influence of mental disorders in some form that are relevant to issues before the RPD. Rather, they are directives, and in many cases categorical, with the view to persuading the RPD to implement an obvious strategy in support of her lawyer’s presentation of its case before the RPD.

[114] Regarding the opinion that the appointment of a designated representative *should be considered*, that would likely dispense the applicant from testifying before the RPD; moreover, the opinion is directive as to how the RPD should conduct itself in this regard on two occasions, the second being a repetition as the departing opinion of a “Clinical Impression”. They are directives in that Dr. Devins is advising the RPD that it should consider appointing a representative. Not to be forgotten is the fact that this opinion is based solely on the statements and information supplied by the applicant and is otherwise unsubstantiated by any documents or statements describing objective psychological methodologies used.

[115] I have already described the patent nature of Dr. Devins’ oath-helping directions. The advocacy aspect categorically directs the RPD to exercise sensitivity, etc. (“it will be important to understand”). This is a secondary limitation on the RPD’s capacity to assess credibility.

Un tel traitement ne doit pas être interrompu. L’état de M^{me} Moffat pourra s’améliorer si elle reçoit des soins adéquats et si on lui garantit que la menace de renvoi qui plane sur elle sera écartée. Si on ne lui permet pas de demeurer au Canada, son état *se détériorera* (p. ex. possibilité de décompensation [une pensée suicidaire]). Comme il a été mentionné, *il sera impossible* pour M^{me} Moffat de se sentir en sécurité où qu’elle soit à Sainte-Lucie.

La nomination d’un représentant désigné devrait être envisagée.

J’espère que ce rapport vous aidera, vous et les tribunaux, à déterminer le meilleur résultat possible pour M^{me} Moffat.

[113] Tous les extraits qui précèdent représentent des excès inadmissibles de la part du D^r Devins et sont des exemples de défense d’intérêts au nom de la demanderesse. Il ne s’agit pas d’opinions visant à aider la SPR à mieux comprendre l’influence des troubles mentaux sous une forme ou une autre qui sont pertinents relativement aux questions dont la SPR est saisie. Il s’agit plutôt de directives, souvent catégoriques, visant à persuader la SPR de mettre en œuvre une stratégie évidente à l’appui de la présentation du cas de la demanderesse par son avocat devant la SPR.

[114] En ce qui concerne l’opinion selon laquelle la nomination d’un représentant désigné *devrait être envisagée*, cela dispenserait probablement la demanderesse d’avoir à témoigner devant la SPR; de plus, l’opinion est directive quant à la façon dont la SPR devrait se comporter à cet égard à deux reprises, la seconde étant une répétition de l’opinion de départ d’une « impression clinique ». Il s’agit de directives en ce sens que le D^r Devins conseille à la SPR d’envisager la nomination d’un représentant. Il ne faut pas oublier que cette opinion est fondée uniquement sur les déclarations et les renseignements fournis par la demanderesse et qu’elle n’est par ailleurs étayée par aucun document ou déclaration décrivant les méthodes psychologiques objectives utilisées.

[115] J’ai déjà décrit la nature manifeste des directives du D^r Devins qui constituent un témoignage justificatif. L’aspect de la défense des intérêts incite catégoriquement la SPR à faire preuve de sensibilité, entre autres (« il est important de comprendre »). Il s’agit là d’une limite

First, the applicant should not be forced to testify, instead allow her case to be heard through a designated representative. But if she must testify, credibility issues should be anticipated and it is important to understand that they will likely be caused by her mental illness or stress-related disorders. In addition, the advice to the RPD is legalistically framed to provide a successful outcome by use of the term “likely”: the legal threshold for a finding of fact, in this case the applicant being a credible witness, as he found her to be during the interview.

[116] If framing a prognosis at this degree of probability, strongly corroborating scientific or peer-reviewed substantiation is required with reference to all the variables that would affect such a prediction, Dr. Devins has assumed the authority to determine the outcome of the decision on behalf of the RPD.

[117] Third, the Report’s partiality and advocacy on behalf of the applicant is apparent when Dr. Devins categorically states that she should not be removed to St. Lucia, and that it will be “impossible” for her to feel safe there, which is the ultimate outcome that she seeks from any refugee or related process. Without any need to refer to the traumatic events alleged to have been suffered by the applicant, Dr. Devins has expressed her fear for her safety on removal to her home country based on ostensibly scientific grounds. Immediately after opining on the need to continue to receive treatment for her safety, he adopts her fear of returning anywhere in St. Lucia. Without any foundation related to his expertise, this opinion describes the legal test of a “well-founded fear” required to establish persecution under section 96 of the IRPA.

[118] In summary, Dr. Devins could not have provided a more advantageous report in support of his lawyer’s implied instructions for “a psychological assessment to accompany her request to remain in Canada”.

secondaire à la capacité de la SPR d’évaluer la crédibilité. Premièrement, la demanderesse ne devrait pas être forcée de témoigner, on devrait plutôt permettre que sa cause soit entendue par l’entremise d’un représentant désigné. Mais si elle doit témoigner, il faut s’attendre à des problèmes de crédibilité et il est important de comprendre qu’ils seront probablement causés par sa maladie mentale ou par des troubles liés au stress. De plus, les conseils à la SPR sont formulés de façon legaliste afin de favoriser un dénouement favorable; le D^r Devins utilise le terme « probable », soit le seuil légal pour une conclusion de fait, en l’espèce la demanderesse étant un témoin crédible, comme il l’a estimée pendant l’entrevue.

[116] Lorsque l’on veut établir un pronostic à ce degré de probabilité, il faut une solide corroboration scientifique ou une justification examinée par des pairs en ce qui concerne toutes les variables qui pourraient influencer sur une telle prévision; dans ce cas-ci, le D^r Devins a pris l’initiative de déterminer le résultat de la décision au nom de la SPR.

[117] Troisièmement, la partialité du Rapport et sa défense des droits de la demanderesse sont évidentes lorsque le D^r Devins affirme catégoriquement que celle-ci ne devrait pas être renvoyée à Sainte-Lucie et qu’il lui sera « impossible » de se sentir en sécurité là-bas, ce qui est le résultat final qu’elle cherche à obtenir de toute demande d’asile ou processus connexe. Même s’il n’était pas nécessaire de mentionner les événements traumatisants que la demanderesse aurait subis, le D^r Devins a exprimé la crainte ressentie par celle-ci quant à sa sécurité lors de son renvoi dans son pays d’origine pour des motifs prétendument scientifiques. Immédiatement après s’être prononcé sur la nécessité pour la demanderesse de continuer à recevoir un traitement pour sa sécurité, il se dit préoccupé par la crainte de cette dernière à l’idée de revenir n’importe où à Sainte-Lucie. Sans aucun fondement lié à son expertise, cette opinion décrit le critère juridique d’une « crainte fondée » nécessaire pour établir la persécution au sens de l’article 96 de la LIPR.

[118] En résumé, le D^r Devins n’aurait pas pu fournir un rapport plus avantageux à l’appui des instructions implicites de son avocat concernant [TRADUCTION] « une évaluation psychologique pour accompagner sa demande de séjour au Canada ».

[119] It is not my desire to single out a psychologist who appears to have contributed meaningfully to his profession over many years. Indeed, he may have developed some form of validated personal ability to predict with some degree of reliability to make his prognoses, but doubtfully however, as a likelihood, and not explained in his report. It is best in such matters to be guided by the extensive jurisprudence warning of the dangers caused by overreaching experts unsupportedly contending to possess reliable diagnostic and prognostic capabilities. Nor do I think it plausible that evidence is forthcoming to demonstrate that the science of psychology or psychiatry has advanced to the point of displacing experienced decision makers in assessing the credibility and trustworthiness of persons testifying in front of them when issues of mental competency supposedly arise unless corroborated by an independently reliable historical medical file.

[120] In any event, credibility problems described by the RPD in this case tend to belie Dr. Devins' conclusions. It appears that the applicant got along just fine in the five years after receipt of an opinion that she was suffering a major mental illness and significant stress disorder, without any form of psychiatric or psychological treatment. Such is the confidence that lawyers attach to the unassailable character of expert medical reports that even in such challenging circumstances they argue that giving the Report little weight was unreasonable.

- (9) A more rigorous approach to consideration of expert medical reports

[121] It is fair to conclude that medical experts retained by counsel have had their way with little constraint in the content and nature of the medical and psychological reports filed in refugee matters. It is perhaps time to consider whether rules or practices of counsel and their experts might not be adopted.

[119] Ce n'est pas mon intention de cibler un psychologue qui semble avoir contribué de façon significative à sa profession pendant de nombreuses années. En effet, il se peut qu'il ait développé une certaine forme de capacité personnelle validée de prédire avec un certain degré de fiabilité pour faire ses pronostics, mais cela est toutefois peu probable et ce n'est pas expliqué dans son rapport. Il vaut mieux, dans de tels cas, s'inspirer de la jurisprudence abondante qui met en garde contre les dangers causés par des experts qui commettent des excès en prétendant, sans fondement, posséder des capacités fiables pour établir des diagnostics et des pronostics. Je ne pense pas non plus qu'il soit plausible que des preuves soient fournies pour démontrer que la science de la psychologie ou de la psychiatrie a progressé au point de supplanter les décideurs chevronnés dans l'évaluation de la crédibilité et de la fiabilité des personnes qui témoignent devant eux lorsque des questions de compétence mentale sont censées survenir, à moins que ces données soient corroborées par un dossier médical fiable et indépendant.

[120] Quoi qu'il en soit, les problèmes de crédibilité décrits par la SPR dans cette affaire tendent à démentir les conclusions du D^r Devins. Il semble que la demanderesse se soit portée très bien au cours des cinq années suivant la réception d'un avis selon lequel elle souffrait d'une maladie mentale grave et d'un trouble de stress important, sans aucune forme de traitement psychiatrique ou psychologique. La confiance que les avocats attachent au caractère inattaquable des rapports médicaux d'expert est telle que, même dans des circonstances aussi difficiles, ils soutiennent qu'il n'était pas raisonnable d'accorder peu de poids au Rapport.

- (9) Une approche plus rigoureuse dans l'examen des rapports médicaux d'expert

[121] Il est juste de conclure que les experts médicaux retenus par les avocats ont fait leur travail avec peu de contraintes quant au contenu et quant à la nature des rapports médicaux et psychologiques déposés dans les affaires touchant les réfugiés. Le temps est peut-être venu de se demander si des règles ou des pratiques pourraient être adoptées pour les avocats et leurs experts.

[122] As a starter, one could consider the Code of Conduct for Expert Witnesses which is a Schedule to the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. It provides a statement on the “General duty to the Court[s]” and a standard format to be followed for the presentation of expert reports. A copy of the relevant Code provisions is attached as Appendix 1 to this decision. Affirming the expert’s duty to the decision-maker and adopting the structure of the report outlined in the Code serves the purpose of enhancing the probative value of the report.

[123] In addition, aspects of the content of an expert’s report at paragraph 3 of the Code, are relevant to describe its preferred structure that best conveys the information necessary to buttress the reliability of the report.

[124] Otherwise, such rules or practice directives might call upon representatives to provide available corroborative materials with an expert report or an explanation for the absence of those materials. This could include relevant supporting historical medical records, including those from the country of origin, information on the client’s medical history available from provincial insurance programs, i.e. in Ontario, the Ontario Hospital Insurance Program, lists of medications purchased by the claimant from pharmacies, the expert’s notes, including interview notes or a video of the interview of the claimant, test documents, and the results of tests. Alternatively, the RPD could consider the absence of normal supporting documentation and information corroborating the expert report as a matter affecting its weight.

[125] Similarly, rules and practice directives could include stipulations of appropriate counsel conduct. This could include cautioning parties not to use the request for expert reports as a “fishing expedition” in the hopes of searching out and providing psychological evidence to support the client’s case, as appears to be the circumstance in this case. Counsel should understand not to communicate with an expert witness in any manner likely to interfere with the expert’s duties of independence and objectivity, as stated in the “Principles Governing Communications with Testifying Experts”, (Toronto: The

[122] Tout d’abord, on pourrait consulter le Code de déontologie régissant les témoins experts, qui est une annexe aux *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Il fournit une déclaration sur le « Devoir général envers la Cour » et un format standard à suivre pour la présentation des rapports d’expert. Une copie des dispositions applicables du Code est jointe à la présente décision (annexe 1). L’affirmation du devoir de l’expert envers le décideur et l’adoption de la structure du rapport décrite dans le Code ont pour but d’améliorer la valeur probante du rapport.

[123] En outre, certains aspects du contenu d’un rapport d’expert au paragraphe 3 du Code sont pertinents pour décrire la structure privilégiée qui transmet le mieux l’information nécessaire pour étayer la fiabilité du rapport.

[124] Dans le cas contraire, ces règles ou directives de pratique pourraient exiger des représentants qu’ils fournissent des documents justificatifs disponibles avec un rapport d’expert ou une explication motivant l’absence de tels documents. Il peut s’agir de dossiers médicaux pertinents à l’appui, y compris ceux du pays d’origine, de renseignements sur les antécédents médicaux du client fournis par les régimes d’assurance provinciaux (c.-à-d. en Ontario, l’Assurance-santé de l’Ontario), de listes des médicaments achetés par le demandeur dans les pharmacies, des notes de l’expert (qu’il s’agisse des notes prises lors de l’entretien ou d’une vidéo de celui-ci), des documents des examens et des résultats des examens. Par ailleurs, la SPR pourrait juger que l’absence de pièces justificatives normales et de renseignements corroborant le rapport de l’expert a une incidence sur le poids à accorder à celui-ci.

[125] Dans le même ordre d’idées, les règles et les directives de pratique pourraient englober des stipulations sur la conduite appropriée des avocats. Il pourrait s’agir notamment d’avertir les parties de ne pas utiliser la demande d’expertise comme une « recherche à l’aveuglette » dans l’espoir de trouver et de fournir des preuves psychologiques à l’appui du cas du client, comme cela semble être le cas en l’espèce. Les avocats doivent comprendre qu’ils ne doivent pas communiquer avec un témoin expert d’une manière susceptible de porter atteinte aux devoirs d’indépendance et d’objectivité de l’expert,

Advocates' Society, June 2014). "Woodshedding" the client in preparation for an interview with the expert would fall in this category of impermissible counsel interference with the expert's functions.

[126] But even without these rules or practices, the factors discussed above should assist refugee and immigration decision-makers and counsel in more comprehensively addressing the reliability of expert reports for the assignment of evidentiary weight they deserve. They can also be considered a form of guidelines that medical experts should seek to adhere to if their reports are to receive any meaningful evidentiary weight by refugee and immigration decision-makers.

VI. Conclusion

[127] The application is dismissed. No questions are certified for appeal.

JUDGMENT in IMM-3483-18

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed and no questions are certified for appeal.

APPENDIX 1

Federal Courts Rules, SOR/98-106

SCHEDULE

(Rule 52.2)

CODE OF CONDUCT FOR EXPERT WITNESSES

General Duty of the Court

1 An expert witness named to provide a report for use as evidence, or to testify in a proceeding, has an overriding duty to assist the Court impartially on matters relevant to his or her area of expertise.

comme il est énoncé dans l'ouvrage intitulé « *Principles Governing Communications with Testifying Experts* » (Toronto : The Advocates' Society, June 2014). Le fait de « faire répéter » le client pour le préparer à un entretien avec l'expert relèverait de cette catégorie d'ingérence inadmissible de l'avocat dans les fonctions de l'expert.

[126] Mais même en l'absence de ces règles ou pratiques, les facteurs susmentionnés devraient aider les décideurs et les avocats dans les dossiers en matière d'asile et d'immigration à examiner de façon plus approfondie la fiabilité des rapports d'expert afin de leur attribuer la valeur probante qu'ils méritent. Ils peuvent également être interprétés de la même manière que des lignes directrices que les experts médicaux devraient s'efforcer de respecter pour veiller à ce que leurs rapports se voient accorder une valeur probante significative de la part des décideurs en matière d'asile et d'immigration.

VI. Conclusion

[127] La demande est rejetée. Aucune question n'est certifiée en vue d'un appel.

JUGEMENT dans le dossier IMM-3483-18

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire est rejetée et qu'aucune question n'est certifiée en vue d'un appel.

ANNEXE 1

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106

ANNEXE

(règle 52.2)

CODE DE DÉONTOLOGIE RÉGISSANT LES TÉMOINS EXPERTS

Devoir général envers la Cour

1 Le témoin expert désigné pour produire un rapport qui sera présenté en preuve ou pour témoigner dans une instance a l'obligation primordiale d'aider la Cour avec impartialité quant aux questions qui relèvent de son domaine de compétence.

2 This duty overrides any duty to a party to the proceeding, including the person retaining the expert witness. An expert is to be independent and objective. An expert is not an advocate for a party.

Experts' Reports

3 An expert's report submitted as an affidavit or statement referred to in rule 52.2 of the *Federal Courts Rules* shall include

- (a) a statement of the issues addressed in the report;
- (b) a description of the qualifications of the expert on the issues addressed in the report;
- (c) the expert's current curriculum vitae attached to the report as a schedule;
- (d) the facts and assumptions on which the opinions in the report are based; in that regard, a letter of instructions, if any, may be attached to the report as a schedule;
- (e) a summary of the opinions expressed;
- (f) in the case of a report that is provided in response to another expert's report, an indication of the points of agreement and of disagreement with the other expert's opinions;
- (g) the reasons for each opinion expressed;
- (h) any literature or other materials specifically relied on in support of the opinions;
- (i) a summary of the methodology used, including any examinations, tests or other investigations on which the expert has relied, including details of the qualifications of the person who carried them out, and whether a representative of any other party was present;
- (j) any caveats or qualifications necessary to render the report complete and accurate, including those relating to any insufficiency of data or research and an indication of any matters that fall outside the expert's field of expertise; and
- (k) particulars of any aspect of the expert's relationship with a party to the proceeding or the subject matter of his or her proposed evidence that might affect his or her duty to the Court.

2 Cette obligation l'emporte sur toute autre qu'il a envers une partie à l'instance notamment envers la personne qui retient ses services. Le témoin expert se doit d'être indépendant et objectif. Il ne doit pas plaider le point vue d'une partie.

Les rapports d'expert

3 Le rapport d'expert, déposé sous forme d'un affidavit ou d'une déclaration visé à la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales*, comprend :

- a) un énoncé des questions traitées;
- b) une description des compétences de l'expert quant aux questions traitées;
- c) un *curriculum vitae* récent du témoin expert en annexe;
- d) les faits et les hypothèses sur lesquels les opinions sont fondées, et à cet égard, une lettre d'instruction peut être annexée;
- e) un résumé des opinions exprimées;
- f) dans le cas du rapport qui est produit en réponse au rapport d'un autre expert, une mention des points sur lesquels les deux experts sont en accord et en désaccord;
- g) les motifs de chacune des opinions exprimées;
- h) les ouvrages ou les documents expressément invoqués à l'appui des opinions;
- i) un résumé de la méthode utilisée, notamment des examens, des vérifications ou autres enquêtes sur lesquels l'expert se fonde, des détails sur les qualifications de la personne qui les a effectués et une mention quant à savoir si un représentant des autres parties était présent;
- j) les mises en garde ou réserves nécessaires pour rendre le rapport complet et précis, notamment celles qui ont trait à une insuffisance de données ou de recherches et la mention des questions qui ne relèvent pas du domaine de compétence de l'expert;
- k) tout élément portant sur la relation de l'expert avec les parties à l'instance ou le domaine de son expertise qui pourrait influencer sur son devoir envers la Cour.

	2019 FC 766 T-940-18	2019 CF 766 T-940-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette (<i>Plaintiffs</i>)		Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Attorney General of Canada (<i>Defendant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>défendeur</i>)
	T-1251-18	T-1251-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Annette McComb (<i>Plaintiff</i>)		Annette McComb (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
Her Majesty the Queen (<i>Defendant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>défenderesse</i>)
	T-1904-18	T-1904-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Randy Darren Ouellette (<i>Plaintiff</i>)		Randy Darren Ouellette (<i>demanderesse</i>)
v.		c.
Her Majesty the Queen (<i>Defendant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>défenderesse</i>)
	T-2166-18	T-2166-18
Proposed Class Proceeding		Recours collectif envisagé
Brian Day (<i>Plaintiff</i>)		Brian Day (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Attorney General of Canada (<i>Defendant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: LALIBERTE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)		RÉPERTORIÉ : LALIBERTE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
Federal Court, Phelan J.—Vancouver, March 6 and 7; Ottawa, May 31, 2019.		Cour fédérale, juge Phelan—Vancouver, 6 et 7 mars; Ottawa, 31 mai 2019.

Practice — Class Proceedings — Motions for carriage of proposed class proceeding on behalf of Métis, non-status Indians (NSI) affected by “Sixties Scoop” — Cases involving persons not included in litigation, settlement in Riddle v. Canada, Brown v. Canada (Attorney General) — “Carriage motions” seeking determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed — One carriage motion brought in respect of Day v. Canada (Attorney General) (T-2166-18) action (Day action) — Other carriage motion brought by plaintiffs in three actions sought to be consolidated (LMO action) — Issue which case should be advanced on behalf of class — Federal Courts Act, s. 50, Federal Courts Rules, r. 105(b) sufficient authority to permit Court to decide carriage motions — Best interests of class paramount — Representative quality of proposed plaintiff weighing in favour of Day action because of experience, focus Day action counsel having toward NSI community — Focus, attention paid to NSI experience, community important — Quality, expertise, conduct of counsel also weighing in favour of Day action — Carriage of proposed class proceeding granted to Day action.

These were two motions for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians (NSI) affected by the “Sixties Scoop”.

The Sixties Scoop was a federal program whereby status Indian, Métis and NSI children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption. The motions related to cases initiated on behalf of persons who were not included in the Sixties Scoop litigation and settlement in *Riddle v. Canada* and in *Brown v. Canada (Attorney General)*. The “carriage motions” at issue sought a determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed as represented by their group of law firms while the other class actions are stayed. One carriage motion was brought in respect of the *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action (the Day action) and it asked to grant carriage of the Day action to its counsel Koskie Minsky LLP (KM) and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (KM/PR group). The other carriage motion was brought by the plaintiffs in three actions that were sought to be consolidated: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada* and *Ouellette v. Canada* (the LMO action). Counsel in that action formed a consortium consisting of five law firms.

Pratique — Recours collectifs — Requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par la « rafle des années soixante » — Les affaires concernaient des personnes qui ne faisaient pas partie de l’instance et du règlement intervenu dans les affaires Riddle c. Canada et Brown c. Canada (Procureur général) — Les « requêtes en conduite de l’instance » visaient à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs devrait être retenu pour la poursuite de l’instance — L’une des requêtes en conduite de l’instance a été présentée relativement à l’affaire Day c. Canada (Procureur général) (T-2166-18) (l’action de M. Day) — L’autre requête en conduite de l’instance a été présentée par les demandeurs relativement à trois instances, dont on a demandé la réunion (l’action des demandeurs LMO) — Il s’agissait de savoir quelle instance il y aurait lieu de poursuivre pour le compte du groupe — L’art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales et l’art. 105b) des Règles des Cours fédérales suffisent pour permettre à la Cour de trancher les requêtes en conduite de l’instance — L’intérêt supérieur du groupe était primordial — La qualité des représentants du demandeur envisagé militait en faveur de l’action de M. Day en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats ont démontré envers la collectivité des INI — L’intérêt et l’attention démontrés envers les INI et leur collectivité étaient importants — La qualité, les compétences et la conduite des avocats ont joué en faveur de l’action de M. Day — La conduite de l’instance relative au recours collectif envisagé a été confiée au demandeur dans l’action de M. Day.

Il s’agissait de deux requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par la « rafle des années soixante ».

La rafle des années soixante était un programme fédéral dans le cadre duquel les enfants indiens inscrits, métis et ceux qui étaient des INI ont été enlevés à leurs parents et placés dans des foyers d’accueil non autochtones ou donnés en adoption. Les requêtes visaient des poursuites intentées pour le compte de personnes qui ne faisaient pas partie de l’instance relative à la rafle des années soixante et du règlement intervenu dans les affaires *Riddle c. Canada* et *Brown c. Canada (Procureur général)*. Les « requêtes en conduite de l’instance » en cause visaient à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs, désignés par leur propre groupe de cabinets d’avocats, serait retenu pour la poursuite de l’instance, et lesquels seraient suspendus. L’une des requêtes en conduite de l’instance a été présentée relativement à l’instance visée dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (T-2166-18) (l’action de M. Day), et on y demandait de confier la conduite de l’action de M. Day aux avocats de ce dernier, les cabinets Koskie Minsky LLP (KM) et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectivement, les cabinets KM/PR).

At issue was which case should be advanced on behalf of the class.

Held, carriage of the proposed class proceeding is granted to the Day action.

The Federal Court class action rules have no specific provision for carriage contests. However, section 50 of the *Federal Courts Act*, giving the power to stay a matter and, most particularly, paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules* (Rules), giving the power to stay one proceeding until another proceeding is determined, are sufficient authority read in the context of rule 3 to permit the Court to decide carriage motions. Consistent with *VitaPharm Canada Ltd v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd*, the best interests of the class were determined to be paramount. Those interests focus on the best representative plaintiff, the qualities of the case, and the knowledge and experience of counsel. Among the factors examined, the representative quality of the proposed plaintiff weighed in favour of the Day action because of the experience and focus the Day action counsel have toward the NSI community. The LMO representative plaintiffs had not advanced a case for their representation of the NSI component of the litigation. The focus and attention paid to the NSI experience and community was important in this case. The preparation and readiness of the action favoured the LMO action in that it conducted archival studies and prepared at least one expert report. Both the class definition and the scope of causes of action factors were essentially neutral. The quality, expertise and conduct of counsel weighed in favour of the Day action. The importance of this factor depends on the circumstances. Here, both law firm groups had extensive class action experience. They also both had experience acting for Métis people, although members of the KM/PR group had experience on behalf of NSI people as well. The consortium advanced no details of its organization, division of labour, or management which established that it was materially better able to act for Métis and NSI across the country. The Court was left with a history of past performance and a few assumptions that were the basis for a qualitative distinction between the two groups. There was no established qualitative difference between the competing groups on the point of geography. Allegations of adverse conduct against several members of the consortium were not grounds to deny the consortium carriage of the case.

L'autre requête en conduite de l'instance a été présentée par les demandeurs relativement à trois instances, dont on a demandé la réunion : *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada* (l'action des demandeurs LMO). Les avocats dans cette action ont constitué un consortium formé de cinq cabinets.

Il s'agissait de savoir quelle instance il y avait lieu de poursuivre pour le compte du groupe.

Jugement : la conduite de l'instance relative au recours collectif envisagé est confiée à l'action de M. Day.

Les règles des Cours fédérales relatives aux recours collectifs ne comportent aucune disposition particulière applicable aux contestations concernant la conduite d'une instance. Toutefois, l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère le pouvoir de suspendre une affaire et, plus particulièrement, l'alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), qui confère le pouvoir de suspendre une instance jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard d'une autre instance, suffisent pour permettre à la Cour, conformément à la règle 3, de trancher les requêtes en conduite de l'instance. Conformément à la décision *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, l'intérêt supérieur du groupe a été jugé primordial. Cet intérêt porte plus particulièrement sur le meilleur représentant demandeur, les qualités de l'affaire ainsi que les connaissances et l'expérience des avocats. Parmi les facteurs examinés, la qualité des représentants du demandeur envisagé militait en faveur de l'action de M. Day en raison de l'expérience et de l'intérêt que ses avocats ont démontré envers la collectivité des INI. Les représentants demandeurs LMO n'ont pas présenté d'éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les INI. L'intérêt et l'attention démontrés envers les INI et leur collectivité étaient importants en l'espèce. Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement ont favorisé l'action des demandeurs LMO parce que les avocats ont examiné des documents d'archives et ont au moins un rapport d'expert. Les facteurs de la définition du groupe et de l'étendue des causes d'action étaient en grande partie neutres. La qualité, les compétences et la conduite des avocats ont joué en faveur de l'action de M. Day. L'importance de ce facteur dépend des circonstances. Dans le contexte des présentes actions, les deux groupes de cabinets d'avocats possédaient une vaste expérience des recours collectifs. Les deux cabinets avaient également déjà agi pour le compte des Métis, bien que les membres des cabinets KM/PR aient aussi également agi pour le compte des INI. Le consortium a été avare de détails sur son organisation, sa division du travail ou sa direction, éléments qui lui permettraient d'établir qu'il était beaucoup plus en mesure de représenter les Métis et les INI partout au pays. La Cour n'a pu compter que sur un historique de résultats antérieurs et sur quelques hypothèses pour établir une distinction qualitative entre les deux groupes. Aucune

Carriage of the proposed class proceeding was granted to the Day action. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* were stayed *sine die*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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. 91(24).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 105(b), 334.1–334.4.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 September 2007, G.A. Res. A/61/295.

CASES CITED

APPLIED:

VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd., [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (Sup. Ct.); *David v. Loblaw*; *Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253.

CONSIDERED:

Heyder v. Canada (Attorney General), 2018 FC 432, 295 A.C.W.S. (3d) 250; *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519; *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30.

REFERRED TO:

Riddle v. Canada, 2018 FC 641, [2018] 4 F.C.R. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, aff'd 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016

différence qualitative n'existait entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique. Les allégations faites contre plusieurs membres du consortium relativement à un comportement préjudiciable ne constituaient pas un motif pour refuser de confier la conduite de l'instance au consortium.

La conduite de l'instance relative au recours collectif envisagé a été confiée au demandeur dans l'action de M. Day. Il a été sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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. 91(24).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 105b), 334.1–334.4.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, Rés. A.G. A/61/295.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd., [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (C.S.); *David v. Loblaw*; *Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Heyder c. Canada (Procureur général), 2018 CF 432; *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519; *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699; *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30.

DÉCISIONS CITÉES :

Riddle c. Canada, 2018 CF 641, [2018] 4 R.C.F. 491; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296; *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, conf. par 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S.

FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, affd 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. No. 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (Sup. Ct.); *Duzan v. Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108; *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, supplementary reasons 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. No. 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (Sup. Ct.); *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035; *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35; *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24; *Hardy v. Canada (Attorney General)* (June 1, 2018), T-143-18 (F.C.); *Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958, 257 A.C.W.S. (3d) 529; *Manuge v. Canada*, 2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416; *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729; *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

AUTHORS CITED

The Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia*, January 1, 2013.

MOTIONS for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians affected by the “Sixties Scoop”. Carriage granted to *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action.

APPEARANCES

Ken McEwan, Q.C., Eileen M. Patel and *David Klein* for plaintiffs *Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette; Annette McComb; and Randy Darren Ouellette. Michael A. Eizenga, LSM* and *Harnimrit Sian* for plaintiff *Brian Day. Catharine Moore* and *David Culleton* for defendant.

par 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. n° 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (C.S.); *Duzan v. Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108; *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, motifs supplémentaires 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677; *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. n° 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (C.S.); *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035; *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35; *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24; *Hardy c. Canada (Procureur général)* (1^{er} juin 2018), T-143-18 (C.F.); *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958; *Manuge c. Canada*, 2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416; *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729; *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

DOCTRINE CITÉE

The Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia*, 1^{er} janvier 2013.

REQUÊTES en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits touchés par la « raffle des années soixante ». La conduite de l’instance a été confiée au demandeur dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (T-2166-18).

ONT COMPARU :

Ken McEwan, c.r., Eileen M. Patel et *David Klein* pour les demandeurs *Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte* et *Robert Doucette; Annette McComb; et Randy Darren Ouellette. Michael A. Eizenga, LSM* et *Harnimrit Sian* pour le demandeur *Brian Day. Catharine Moore* et *David Culleton* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Aboriginal Law Group, Saskatoon, *Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, and *DD West LLP*, Calgary and Winnipeg, for plaintiffs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette.

Klein Lawyers LLP, Vancouver, for plaintiff Annette McComb.

Merchant Law Group LLP, Regina, for plaintiff Randy Darren Ouellette.

McEwan Cooper Dennis LLP, Vancouver, for plaintiffs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte, and Robert Doucette; Annette McComb; and Randy Darren Ouellette, on the application.

Koskie Minsky LLP and *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for plaintiff Brian Day.

Bennett Jones LLP, Toronto, for plaintiff Brian Day, on the application.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

PHELAN J.:

I. Introduction

[1] The matter to be decided is two motions for carriage of a proposed class proceeding on behalf of Métis and non-status Indians (NSI) affected by the “Sixties Scoop” (also the “Scoop”)—as it is generally called. The Sixties Scoop, a federal program whereby status Indian, Métis and NSI children were taken from their parents and placed in non-Indigenous foster homes or put up for adoption, is described in *Riddle v. Canada*, 2018 FC 641, [2018] 4 F.C.R. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36 (*Riddle*).

[2] The class members in *Riddle* were status Indians. The present motions relate to several cases initiated on behalf of persons who were not included in the Sixties

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aboriginal Law Group, Saskatoon, *Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, et *DD West LLP*, Calgary et Winnipeg, pour les demandeurs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette.

Klein Lawyers LLP, Vancouver, pour la demanderesse Annette McComb.

Merchant Law Group LLP, Régina, pour le demandeur Randy Darren Ouellette.

McEwan Cooper Dennis LLP, Vancouver, pour les demandeurs Geraldine Shier LaLiberte, Eileen Rheindel LaLiberte et Robert Doucette; Annette McComb; et Randy Darren Ouellette, dans la demande.

Koskie Minsky LLP et *Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour le demandeur Brian Day.

Bennett Jones LLP, Toronto, pour le demandeur Brian Day, dans la demande.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE PHELAN :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de deux requêtes en conduite de l’instance relativement à un recours collectif envisagé pour le compte des Métis et des Indiens non-inscrits (INI) touchés par ce qu’on appelle généralement la « raffle des années soixante » (ou simplement, la « raffle »). La raffle des années soixante est un programme fédéral dans le cadre duquel les enfants indiens inscrits, métis et ceux qui sont des INI ont été enlevés à leurs parents et placés dans des foyers d’accueil non autochtones ou donnés en adoption. On en donne une description dans la décision *Riddle c. Canada*, 2018 CF 641, [2018] 4 R.C.F. 491, 296 A.C.W.S. (3d) 36 (*Riddle*).

[2] Les membres du groupe visé dans l’affaire *Riddle* étaient des Indiens inscrits. Les présentes requêtes visent plusieurs poursuites intentées pour le compte de personnes

Scoop litigation and settlement in *Riddle* in this Court and in *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296 (*Brown*), in the Ontario Superior Court of Justice.

[3] The “carriage motions” at issue seek a determination as to which representative plaintiffs’ class action should proceed as represented by their group of law firms while the other class actions are stayed.

II. Background

[4] The proposed class actions at issue claim for loss of identity and mental, emotional, spiritual and physical suffering inflicted on Métis and NSI children by the Sixties Scoop program.

[5] One carriage motion is brought in respect of the *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18) action (Day action) and it asks to grant carriage of the Day action to its counsel Koskie Minsky LLP (KM) and Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectively the KM/PR group).

[6] The other carriage motion is brought by the plaintiffs in three actions that also seek to be consolidated: *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* (T-940-18) (*LaLiberte*); *McComb v. Canada* (T-1251-18) (*McComb*); and *Ouellette v. Canada* (T-1904-18) (*Ouellette*) (collectively the LMO action). Counsel in the LMO action have formed a consortium consisting of five law firms—Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP (Klein), Aboriginal Law Group (ALG), DD West LLP (DDW) and Merchant Law Group (MLG) and hereafter referred to as the consortium.

qui ne faisaient pas partie de l’instance relative à la rafle des années soixante et du règlement intervenu, tant dans l’affaire *Riddle* portée devant notre Cour que dans l’affaire *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 5637, 233 A.C.W.S. (3d) 296 (*Brown*), portée devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

[3] Les « requêtes en conduite de l’instance » que la Cour est appelée à examiner visent à faire déterminer lequel des recours collectifs intentés par les représentants demandeurs, désignés par leur propre groupe de cabinets d’avocats qui agissent pour leur compte, sera retenu pour la poursuite de l’instance, et lesquels seront suspendus.

II. Le contexte

[4] Les demandeurs des recours collectifs envisagés en cause cherchent à obtenir une réparation pour la perte d’identité et les souffrances morales, émotionnelles, spirituelles et physiques infligées aux enfants métis et à ceux qui sont des INI dans le cadre du programme de la rafle des années soixante.

[5] L’une des requêtes en conduite de l’instance est présentée relativement à l’instance visée dans l’affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-2166-18) (l’action de M. Day). On y demande de confier la conduite de l’instance aux avocats de M. Day, les cabinets Koskie Minsky LLP (KM) et Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP (PR) (collectivement, les cabinets KM/PR) et de suspendre quatre autres instances, qui se chevauchent, actuellement devant la Cour.

[6] L’autre requête en conduite de l’instance est présentée par les demandeurs relativement aux trois instances, dont on demande aussi la réunion, visées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-940-18) (*LaLiberte*), *McComb c. Canada* (dossier n° T-1251-18) (*McComb*), et *Ouellette c. Canada* (dossier n° T-1904-18) (*Ouellette*) (collectivement, l’action des demandeurs LMO). Issus de cinq cabinets, les avocats qui représentent les demandeurs LMO ont constitué un consortium : Strosberg Sasso Sutts LLP, Klein Lawyers LLP (Klein), Aboriginal Law Group (ALG), DD West LLP (DDW) et Merchant Law Group (MLG), appelés ci-après le consortium.

[7] There is a fifth similar action, *Chief v. Canada (Attorney General)* (T-1616-18) (*Chief*), but there has been no indication that counsel in that case seeks carriage in terms of advancing its action and staying related actions. The *Chief* action has not been certified and any further steps on that case will be dealt with in case management.

[8] All five class actions were commenced relatively close to each other: *LaLiberte* on May 18, 2018, *McComb* on June 27, 2018 (*Chief* on September 4, 2018), *Ouellette* on October 30, 2018, and *Day* on December 20, 2018.

[9] The KM/PR group agreed to a request by Canada that this Court's decision on carriage would govern the law firms in similar provincial superior court cases, but the consortium did not. This is the "undertaking" issue discussed later.

[10] The Court ordered on January 24, 2019, that no additional proposed class actions pleading the same cause of action and facts could be commenced in the Federal Court without leave of this Court.

III. Summary of Actions

A. *LMO Action*

[11] There are three proposed representative plaintiffs for the LMO action, Robert Doucette, Annette McComb and Randy Ouellette, all survivors of the Sixties Scoop program.

[12] Doucette is a Métis man who was placed in foster care and made a permanent ward when he was about six months old. He has subsequently worked to educate people on the Sixties Scoop, and held leadership positions within Métis organizations.

[7] La Cour est saisie d'une cinquième instance semblable, dans l'affaire *Chief c. Canada (Procureur général)* (dossier n° T-1616-18) (*Chief*); toutefois, rien n'indique que le cabinet d'avocats agissant dans cette affaire demande à la Cour de lui conférer la conduite de l'instance et de suspendre les instances connexes. L'action de M. Chief n'a pas été autorisée comme recours collectif et toute autre mesure prise dans cette affaire sera traitée dans le cadre de la gestion des instances.

[8] Les cinq recours collectifs ont été introduits à des dates relativement rapprochées : dans l'affaire *LaLiberte*, le 18 mai 2018; dans l'affaire *McComb*, le 27 juin 2018; (dans l'affaire *Chief*, le 4 septembre 2018); dans l'affaire *Ouellette*, le 30 octobre 2018; et dans l'affaire *Day*, le 20 décembre 2018.

[9] Les cabinets KM/PR ont consenti à la demande du Canada portant que la décision de notre Cour relativement à la conduite de l'instance s'appliquerait aux cabinets d'avocats dans des poursuites intentées devant les cours supérieures provinciales, contrairement au consortium. Nous aborderons plus loin ce point qui concerne l'« engagement ».

[10] Le 24 janvier 2019, la Cour a ordonné qu'aucun autre recours collectif envisagé dans lequel seront allégués la même cause d'action et les mêmes faits ne pourra être intenté devant la Cour fédérale sans son autorisation.

III. Résumé des instances

A. *L'action des demandeurs LMO*

[11] Trois représentants demandeurs sont proposés pour l'action des demandeurs LMO : Robert Doucette, Annette McComb et Randy Ouellette, tous des survivants du programme de la rafle des années soixante.

[12] Monsieur Doucette est un Métis qui a été placé en famille d'accueil; il est devenu un pupille permanent à l'âge d'environ six mois. Par la suite, il a entrepris d'informer les gens sur la rafle des années soixante et a occupé des postes de direction au sein d'organisations métisses.

[13] McComb is a Métis woman who was placed with a non-Indigenous adoptive family when she was about six months old. She discovered her Métis roots later in life. She works with Indigenous and at risk youth, and has served in Indigenous and Métis-specific organizations.

[14] Ouellette is also a Métis man, placed with a non-Indigenous family, which he left when he was 13. He turned to alcohol but has since turned his life around. He is connected to Indigenous communities and attends Métis meetings. He favours the consortium because Métis are in the West and he felt it would be strange to be represented by Toronto law firms.

[15] Each of the LMO representatives exhibit knowledge of, and commitment to, the duties of representative plaintiffs and have deep roots into their Métis communities. They advance no particular connection to the NSI communities.

B. *Day Action*

[16] Brian Day is also a Métis man. He did not file an affidavit and information concerning him comes from his amended statement of claim and affidavit evidence from KM lawyers. This is a flaw in the Day counsel's material and while it weighs against this proposed representative, as argued by the LMO plaintiffs, those materials are sufficient for purposes of this Court's decision and establish that he can act as a representative plaintiff.

[17] Like the LMO proposed representatives, Day was taken from his family and placed in a non-Indigenous family. He was unaware of his Métis roots, culture or customs. He was removed from his adoptive parents and became a Crown ward. As pleaded, Day lost his Métis cultural identity and is not involved in Métis events. He is emotionally, spiritually and culturally disconnected and has lost contact with his Métis family, community, language and culture.

[13] Madame McComb est une Métisse qui a été placée dans une famille adoptive non autochtone lorsqu'elle avait environ six mois. Elle n'a découvert ses origines métisses que plus tard au cours de sa vie. Elle travaille auprès de jeunes Autochtones à risque et a œuvré au sein d'organisations autochtones et métisses.

[14] Monsieur Ouellette est également un Métis qui a été placé dans une famille non autochtone, qu'il a quittée à l'âge de 13 ans. Il a d'abord sombré dans l'alcool, mais a ensuite repris sa vie en main. Il entretient des liens avec les collectivités autochtones et assiste aux réunions des Métis. Il favorise le consortium parce qu'à son avis, comme les Métis habitent dans l'Ouest canadien, il serait bizarre que des cabinets d'avocats de Toronto les représentent.

[15] Chacun des représentants de l'action des demandeurs LMO a démontré sa connaissance des fonctions de représentant demandeur et son engagement à cet égard. En outre, tous sont profondément enracinés dans leur collectivité métisse. Ils n'ont fait part d'aucun lien particulier avec les collectivités d'INI.

B. *L'action de M. Day*

[16] Brian Day est aussi un Métis. Il n'a pas déposé d'affidavit et les renseignements le concernant proviennent de sa déclaration modifiée et de la preuve par affidavit produite par les avocats du cabinet KM. Il s'agit d'une lacune dans la documentation produite par les avocats de M. Day, et bien qu'elle joue contre ce représentant proposé, comme le soutiennent les demandeurs LMO, ces documents permettent à la Cour de rendre sa décision et établissent qu'il peut agir à titre de représentant demandeur.

[17] Tout comme les représentants proposés dans l'action des demandeurs LMO, M. Day a été enlevé à sa famille et placé dans une famille non autochtone. Il ignore ses origines, sa culture et ses coutumes métisses. Il a été retiré de son foyer adoptif et est devenu pupille de la Couronne. Monsieur Day allègue qu'il a perdu son identité culturelle métisse et qu'il ne participe pas aux activités des Métis. Il n'a aucun lien d'appartenance sur les plans émotif, spirituel et culturel, et il a perdu ses liens avec sa famille, sa collectivité, sa langue et sa culture métisses.

[18] In summary, unlike the LMO representative plaintiffs who have through adversity struggled and succeeded in re-establishing connections and involvement in the Métis community, Day's experience speaks to some of the worst consequences of alienation arising from the Scoop and tracks the very issues raised by the litigation concerning Métis and NSI victims of the Scoop.

[19] What is striking in respect of each of the statements of claim is the focus on the Métis connections or lack thereof with little or nothing said about the NSI communities (except the knowledge and expertise of KM/PR, particularly with respect to PR). It is striking because the NSI community has been acknowledged judicially (see *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, at paragraph 108, aff'd 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99 (*Daniels*)) as a community that is approximately double the size of the Métis community and more widely dispersed across the country. It will presumably be a more complex community to communicate with as it is less organized than the Métis community. The consortium has all but ignored the NSI until recently.

C. Counsel and Steps Taken in Litigation

[20] The consortium consists of five firms with offices that spread from Montréal to Vancouver. Each firm is summarized briefly below:

- ALG's principal counsel on the action is Doug Racine of Saskatoon and a Métis man. He has represented Métis and other Indigenous residential school survivors as well as represented Métis individuals in other matters.
- DDW's team is led by Paul Chartrand, also a Métis man. He is a professor and author on Aboriginal

[18] En résumé, contrairement aux représentants demandeurs LMO qui ont réussi à rétablir des liens dans la collectivité métisse et s'y faire une place au prix de maints efforts et en défiant l'adversité, M. Day a un vécu qui témoigne des conséquences parmi les pires de l'aliénation produite par la rafle et qui est à l'origine même des questions soulevées dans le cadre des poursuites auxquelles prennent part les victimes de la rafle qui sont des Métis et des INI.

[19] Il est frappant de constater que dans chacune des déclarations, il est fait état soit des liens entretenus avec les Métis soit de l'absence de ces liens, alors qu'on y traite à peu près pas, voire pas du tout, des collectivités des INI (sauf pour ce qui est des connaissances et des compétences des avocats des cabinets KM/PR en la matière, particulièrement celles des avocats du cabinet PR). On s'en étonne parce que les tribunaux ont reconnu que la collectivité des INI (voir *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, au paragraphe 108, conf. par 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99 (*Daniels*)) avait une taille pratiquement deux fois plus importante que celle de la collectivité métisse et qu'elle était établie un peu partout sur l'ensemble du territoire canadien. On peut s'attendre à ce que les communications avec cette collectivité soient plus difficiles, étant donné qu'elle est moins organisée que la collectivité métisse. Le consortium a pratiquement ignoré les INI jusqu'à tout récemment.

C. Les avocats et les moyens qu'ils ont pris pour faire avancer l'instance

[20] Le consortium est formé de cinq cabinets d'avocats dont les bureaux sont situés de Montréal à Vancouver. Voici une présentation résumée de chaque cabinet :

- Doug Racine, un Métis de Saskatoon, est l'avocat principal d'ALG responsable de l'instance. Il a agi pour le compte de survivants — métis et issus d'autres collectivités autochtones — des pensionnats indiens, et pour le compte de particuliers métis dans d'autres affaires.
- L'équipe DDW est dirigée par Paul Chartrand, également Métis. Il est professeur et a rédigé des

legal issues. He served as a commissioner on the Royal Commission on Aboriginal Peoples and was Métis ambassador to the United Nations.

- SS's team is led by Harvey Strosberg and who in this field of class actions needs no introduction. The firm and Strosberg have been involved in numerous class actions and are leaders in this field.
- Klein has been involved in several class actions and was co-counsel in *Riddle* (Sixties Scoop).
- MLG has class action and Aboriginal law experiences having been counsel for thousands of clients in the individual claims process of the residential school settlement and co-counsel on *Riddle*. The firm and its lead counsel Tony Merchant has had a "strained" relationship with varying law societies and courts. Counsel for the consortium described Merchant's activities more elegantly as "colourful".

[21] The consortium has clarified its proposed class definition in its amended statement of claim as:

... Métis and Non-Status Indian persons who were removed from their homes in Canada during the Class Period and placed in the care of non-Indigenous foster or adoptive parents.

In this regard there is no meaningful difference between the competing firms' class definitions, but the Consortium's definition reflects an amendment following the filing of the Day Action.

[22] The consortium has advanced the case by obtaining an expert report (Stevenson Report), which is focused on the experience of Métis children during the Sixties

ouvrages sur des questions de droit autochtone. Il a été commissaire à la Commission royale sur les peuples autochtones et ambassadeur des Métis aux Nations-Unies.

- L'équipe SS est dirigée par Harvey Strosberg, bien connu en matière de recours collectifs dans ce domaine. Maître Strosberg et son cabinet ont participé à de nombreux recours collectifs et sont des chefs de file en la matière.
- Maître Klein a participé à plusieurs recours collectifs et il était l'un des avocats agissant dans l'affaire *Riddle* (concernant la rafle des années soixante).
- MLG possède de l'expérience en matière de recours collectifs et de droit autochtone, ayant représenté des milliers de clients dans le processus de règlement relatif aux pensionnats applicable aux demandes individuelles, et il était l'un des cabinets d'avocats inscrits au dossier dans l'affaire *Riddle*. Le cabinet et son avocat principal, Tony Merchant, ont eu des rapports « tendus » avec divers barreaux et tribunaux. Les avocats du consortium ont utilisé un euphémisme pour décrire les agissements de M^e Merchant, les qualifiant de « colorés ».

[21] Le consortium a précisé comme suit sa définition du groupe visé par le recours collectif envisagé dans sa déclaration modifiée :

[TRADUCTION] [...] Les Métis et les Indiens non inscrits qui ont été retirés de leur foyer au Canada pendant la période visée par les recours collectifs et placés sous la garde de parents adoptifs ou de parents de familles d'accueil non autochtones.

À cet égard, les différences entre les définitions du groupe proposées par les cabinets concurrents ne sont pas significatives; toutefois, la définition du consortium présente une modification depuis le dépôt de l'action de M. Day.

[22] Le consortium a fait avancer l'affaire en obtenant un rapport d'expert (le rapport Stevenson), qui porte sur le vécu des enfants métis pendant la rafle des années soixante

Scoop in Saskatchewan. In addition, other archival research has been prepared.

[23] The Day counsel are briefly summarized as follows:

- KM is a firm with class action experience on a variety of topics. Germane to this litigation, KM acted on behalf of Indigenous people in both the residential school class actions and as co-counsel in the *Riddle Sixties Scoop* case. It has also acted for Inuit and non-Status Indians in *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251.
- PR is known as a leading firm in public law with broad class action experience. Relevant to this litigation is their involvement in *Daniels* at all levels which involved Métis and NSI persons. PR has had experience in dealing with NSI issues and communities for some time and the constitutional issue of whether these two groups were “Indians” under the Constitution.

[24] The proposed class definition for the Day action class is similar to the LMO action and reads:

... [A]ll Métis and Non-Status Indian persons in Canada who were taken and placed in the care of non-Aboriginal foster or adoptive parents who did not raise the children in accordance with the Aboriginal person’s customs, traditions and practices.

[25] KM/PR has retained Gwynneth Jones and Dr. Raven Sinclair as experts. Jones was a crucial witness in *Daniels* and *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207. Sinclair was retained for her expertise in the Sixties Scoop. KM/PR has also retained an actuarial consultant.

en Saskatchewan. En outre, il a mené d’autres recherches de documents d’archives.

[23] Voici une brève présentation des avocats de M. Day :

- Le cabinet KM possède de l’expérience en matière de recours collectifs relativement à des domaines variés. Le fait qu’il ait agi pour le compte des peuples autochtones dans les recours collectifs relatifs aux pensionnats et qu’il ait été l’un des cabinets d’avocats agissant dans l’affaire *Riddle* relative à la rafle des années soixante est pertinent pour la présente instance. Il a également agi pour le compte des Inuits et des Indiens non inscrits dans l’affaire *Anderson v. Canada (Attorney General)*, 2016 NLTD(G) 179, 273 A.C.W.S. (3d) 251.
- Le cabinet PR est reconnu comme un cabinet de premier plan en droit public ayant une vaste expérience des recours collectifs. Sa participation à l’affaire *Daniels* à tous les niveaux, dans lesquelles étaient concernés des Métis et des INI, est pertinente pour la présente instance. Il a déjà eu l’occasion de s’intéresser aux questions relatives aux INI et aux collectivités d’INI ainsi qu’à la question constitutionnelle consistant à savoir si ces deux groupes étaient des « Indiens » visés par la Constitution.

[24] La définition du groupe visé par le recours collectif envisagé relativement à l’action de M. Day est semblable à celle qui concerne l’action des demandeurs LMO. La voici :

[TRADUCTION] [...] [T]ous les Métis et les Indiens non inscrits au Canada qui ont été pris en charge et placés sous la garde de parents de familles d’accueil ou adoptifs non autochtones qui n’ont pas élevé les enfants conformément aux coutumes, traditions et pratiques autochtones.

[25] Les cabinets KM/PR ont retenu les services de Gwynneth Jones et de Raven Sinclair à titre d’experts. Madame Jones a été un témoin important dans l’affaire *Daniels* ainsi que dans l’affaire *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207. Ses services ont été retenus en raison de ses connaissances relatives à la rafle

[26] In addition, KM has spoken to dozens of Métis and NSI survivors of the Sixties Scoop about this current action to educate themselves and encourage participation in this litigation.

D. *Consortium and KM/PR Relationship*

[27] At the Federal Court, this motion is unusual. The usual practice is for all plaintiffs' counsel to work out some form of joint venture on the lead class action they consider best to advance.

[28] The falling out between these law firms and their coming together in the present forms appears to have stemmed from the first Sixties Scoop litigation and their experiences with each other. There is no question that there is some "bad blood" remaining. KM/PR has also raised concerns about adverse comments by the courts of particularly the conduct of MLG.

[29] This "bad blood" is of little relevance to this Court presently. The concern for MLG's role, however, has some significance. The concerns expressed by courts with respect to MLG's conduct are recorded in at least the following cases referred to in KM/PR's materials:

- *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. No. 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (Sup. Ct.) (*Whiting*), at paragraph 17;
- *Duzan v Glaxosmithkline, Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108, at paragraphs 36–37;

des années soixante. Les cabinets KM/PR ont également retenu les services d'un actuaire-conseil.

[26] En outre, les avocats des cabinets KM se sont entretenus avec des dizaines de Métis et INI survivants de la rafle des années soixante au sujet de la présente instance afin d'élargir leurs propres connaissances et pour inciter les survivants à y participer.

D. *Les rapports entre le consortium et les cabinets KM/PR*

[27] La Cour fédérale n'est pas habituellement saisie d'une requête comme celle de l'espèce. La pratique habituelle veut que tous les avocats des demandeurs s'entendent sur une forme quelconque d'entreprise commune pour mener à bien le recours collectif principal qui à leur avis permet le mieux de faire avancer l'affaire.

[28] La brouille survenue entre ces cabinets d'avocats et le fait qu'ils aient constitué les regroupements actuels semble découler du premier litige relatif à la rafle des années soixante et de leurs rapports mutuels. Il ne fait aucun doute que du « ressentiment » demeure à la suite de ces événements. Les cabinets KM/PR ont également soulevé des préoccupations au sujet des commentaires défavorables faits par les tribunaux, en particulier au sujet de la conduite de MLG.

[29] Ce « ressentiment » est peu pertinent pour la Cour à l'heure actuelle. Toutefois, la crainte quant au rôle de MLG revêt une certaine importance. Les préoccupations exprimées par les tribunaux au sujet de la conduite de MLG sont consignées dans au moins les affaires suivantes citées dans les documents provenant des cabinets KM/PR :

- *Whiting v. Menu Foods Operating Limited Partnership*, [2007] O.J. n° 3996 (QL), 160 A.C.W.S. (3d) 947 (C.S.) (*Whiting*), au paragraphe 17;
- *Duzan v GlaxoSmithKline Inc.*, 2011 SKQB 118, 372 Sask. R. 108, aux paragraphes 36 et 37;

- *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, at paragraphs 17, 99–100, supplementary reasons 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677, at paragraph 10;
- *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. No. 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (Sup. Ct.), at paragraphs 25–26;
- *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035, at paragraphs 2 and 8;
- *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35, at paragraph 62; and
- *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24, at paragraphs 12–13.

IV. Issue

[30] The issue for the Court is which case should be advanced on behalf of the class. Modern jurisprudence has taught away from the “beauty contest” approach in which the competing law firms touted their wares and services to the present and more direct approach of which case is in the best interests of the proposed class to advance. Counsel’s experience and expertise are but one part of that approach.

[31] While each side eschewed the “beauty contest”, they spent a great deal of time and effort on self-promotion. Those submissions did have some bearing on the Court’s decision, but it did require the Court to separate “the wheat from the chaff”.

V. Analysis

[32] In this Court, Justices Fothergill and Favel have discussed carriage awards but only in the context of consent orders precluding the filing of other class actions on the

- *Chudy v. Merchant Law Group*, 2008 BCCA 484, 171 A.C.W.S. (3d) 953, aux paragraphes 17, 99 et 100, motifs supplémentaires 2009 BCCA 93, 175 A.C.W.S. (3d) 677, au paragraphe 10;
- *Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2006] O.J. n° 376 (QL), 145 A.C.W.S. (3d) 566 (C.S.), aux paragraphes 25 et 26;
- *Grasby v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2007 MBQB 42, 155 A.C.W.S. (3d) 1035, aux paragraphes 2 et 8;
- *Drover v. BCE Inc.*, 2013 BCSC 50, 225 A.C.W.S. (3d) 35, au paragraphe 62;
- *McCallum-Boxe v. Sony Corp.*, 2015 ONSC 6896, 260 A.C.W.S. (3d) 24, aux paragraphes 12 et 13.

IV. La question en litige

[30] La question que la Cour doit trancher est celle de savoir quelle instance il y a lieu de poursuivre pour le compte du groupe. S’ éloignant de l’approche par laquelle les cabinets d’avocats concurrents cherchent en vantant leurs produits et services à se montrer sous leur meilleur jour, la jurisprudence moderne a plutôt retenu l’approche plus directe consistant à découvrir quel recours collectif envisagé permet le mieux d’avancer l’affaire et de servir l’intérêt supérieur des parties. L’expérience et les compétences des avocats ne constituent qu’une partie de cette approche.

[31] Bien que les deux camps aient évité de présenter des observations ne servant qu’à faire ressortir leur meilleur jour, ils ont consacré beaucoup de temps et d’efforts à se mettre en valeur. Ces observations ont eu une certaine incidence sur la décision de la Cour, mais elles ont également nécessité que la Cour sépare « le bon grain de l’ivraie ».

V. L’analyse

[32] Le juge Fothergill et le juge Favel de notre Cour ont eu à examiner des situations où ils devaient choisir de confier à un camp la conduite d’une instance, mais

same matter in this Court (see *Heyder v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 432, 295 A.C.W.S. (3d) 250 (*Heyder*), at paragraphs 7–8 and *Hardy v. Canada (Attorney General)* (1 June 2018) Ottawa, T-143-18 (F.C.)).

[33] This motion is the first contested carriage motion in this Court. Therefore, the considerations are somewhat different in this contested context. Despite the Scoop settlement in *Riddle* and *Brown*, for purposes of the motion, the Court must assess the matter based on the assumption that the case will be litigated.

[34] The Day plaintiff relies on the four elements adopted by Justice Fothergill in *Heyder*:

- Whether the order is in the best interest of the plaintiffs, the class members and the defendant;
- Whether the order furthers the Federal Court's commitment to robust case management;
- Whether the order reflects the Federal Court's unique national jurisdiction; and
- Whether the order promotes the objectives of judicial economy and a multiplicity of proceedings.

[35] These elements have not been considered as contested issues in this carriage motion except the first element, which is the general test for carriage in most common law jurisdictions. Justice Fothergill was never asked to consider which of two actions should proceed and take precedence over the other. The Day plaintiff's reliance on this authority is misplaced and it is unfair to read into that decision more than that for which it stands on its facts.

seulement dans le contexte d'ordonnances sur consentement comportant une interdiction d'intenter d'autres recours collectifs relativement au même objet (voir *Heyder c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 432 (*Heyder*), aux paragraphes 7 et 8, et *Hardy c. Canada (Procureur général)* (1^{er} juin 2018), Ottawa, dossier n° T-143-18 (C.F.)).

[33] C'est la première fois que la Cour est saisie d'une requête contestée en conduite de l'instance. Par conséquent, les éléments dont elle doit tenir compte sont quelque peu différents dans ce contexte de contestation. Malgré le règlement afférent à la rafle dans les affaires *Riddle* et *Brown*, la Cour doit, aux fins de la requête, évaluer l'affaire en tenant pour acquis que l'affaire sera instruite.

[34] Le demandeur Day s'appuie sur les quatre éléments examinés par le juge Fothergill dans la décision *Heyder* :

- L'ordonnance est-elle dans l'intérêt supérieur des demandeurs, des membres du groupe et du défendeur?
- L'ordonnance va-t-elle dans le sens de l'engagement pris par la Cour fédérale d'assurer une gestion solide de l'instance?
- L'ordonnance est-elle le reflet de la compétence nationale unique de la Cour fédérale?
- L'ordonnance favorise-t-elle la réalisation des objectifs d'économie des ressources judiciaires et permet-elle d'éviter la multiplicité des instances?

[35] À l'exception du premier élément, qui est le critère général que les tribunaux appliquent pour décider à qui ils confient la conduite de l'instance dans la plupart des juridictions de common law, ces éléments n'ont pas fait l'objet de débats dans le cadre de la présente requête. Le juge Fothergill n'a jamais été appelé à déterminer laquelle des deux instances devait être poursuivie et avoir préséance sur l'autre. Le fait que le demandeur Day se soit appuyé sur cette décision n'est pas pertinent et il n'est pas équitable de l'appliquer à des faits différents de ceux qui ont été pris en compte dans la décision du juge Fothergill.

[36] The Federal Court class action rules have no specific provision for carriage contests. However, section 50 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, giving the power to stay a matter and, most particularly, paragraph 105(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), giving the power to stay one proceeding until another proceeding is determined, are sufficient authority read in the context of rule 3 to permit this Court to decide carriage motions. The objectives of class proceedings, including those governed by Part 5.1 [rules 334.1–334.4] of the Rules, are judicial economy, access to justice, and behaviour modification (*Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958, 257 A.C.W.S. (3d) 529, at paragraph 34). These objectives further support the authority of the Court to decide carriage motions.

[37] Although the parties have described this motion as the Court directly determining which law firm can continue its claim, the Court is not actually doing that in a carriage motion. Instead, the Court is allowing one case to proceed while another is stayed, which has the effect of determining which counsel will act on behalf of the proposed class.

[38] In fairness to counsel in the Day action, they urge for the Court to adopt the multi-factor test drawn from Ontario jurisprudence in addition to considering the elements in *Heyder*—as did counsel for the LMO action.

[39] Courts in Ontario have developed a non-exhaustive list of factors to be considered for carriage motions. In *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519, at paragraph 143, the Court summarized this non-exhaustive list of 16 factors:

[36] Les règles des Cours fédérales relatives aux recours collectifs ne comportent aucune disposition particulière applicable aux contestations concernant la conduite d'une instance. Toutefois, l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui confère à la Cour le pouvoir de suspendre une affaire et, plus particulièrement, l'alinéa 105b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), qui lui confère le pouvoir de suspendre une instance jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard d'une autre instance, suffisent pour permettre à la Cour, conformément à la règle 3, de trancher les requêtes en conduite de l'instance. Les objectifs qui sous-tendent les recours collectifs, notamment ceux régis par la partie 5.1 [règles 334.1 à 334.4] des Règles, sont l'économie des ressources judiciaires, un meilleur accès à la justice et la modification du comportement (voir *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958, au paragraphe 34. Ces objectifs étaient davantage le pouvoir de la Cour de trancher les requêtes en conduite de l'instance.

[37] Bien que, selon les parties, la présente requête constitue le moyen par lequel la Cour décide directement à quel cabinet d'avocats il permet de poursuivre son recours, ce n'est pas réellement ce que la Cour fait dans le cadre d'une requête en conduite de l'instance. La Cour autorise plutôt l'instruction d'une affaire et ordonne la suspension d'une autre, ce qui a pour effet d'arrêter le choix des avocats qui agiront pour le compte du groupe visé par le recours collectif envisagé.

[38] Par souci d'équité envers les avocats qui représentent M. Day, je dois préciser que ceux-ci invitent la Cour à adopter le critère multifactoriel énoncé par les tribunaux ontariens, en plus de tenir compte des éléments énoncés dans la décision *Heyder*, comme l'ont fait les avocats des demandeurs LMO.

[39] Les tribunaux de l'Ontario ont élaboré une liste non exhaustive de facteurs à prendre en considération dans le cas des requêtes en conduite de l'instance. Dans la décision *Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2016 ONSC 3819, 268 A.C.W.S. (3d) 519, au paragraphe 143, le tribunal a résumé comme suit la liste non exhaustive comportant 16 facteurs :

(1) The Quality of the Proposed Representative Plaintiffs	1) la qualité des représentants demandeurs proposés
(2) Funding	2) le financement
(3) Fee and Consortium Agreements	3) les ententes d'honoraires et les ententes conclues par les consortiums
(4) The Quality of Proposed Class Counsel	4) la qualité des avocats proposés du recours collectif
(5) Disqualifying Conflicts of Interest	5) les conflits d'intérêt entraînant inhabilité
(6) Preparation and Readiness of the Action	6) les mesures préparatoires au recours collectif et son état d'avancement
(7) Relative Priority of Commencement of the Action	7) la priorité relative en fonction de la date où le recours collectif a été intenté
(8) Case Theory	8) la théorie de la cause
(9) Scope of Causes of Action	9) l'étendue des causes d'action
(10) Selection of Defendants	10) la sélection des défendeurs
(11) Correlation of Plaintiffs and Defendants	11) la corrélation entre les demandeurs et les défendeurs
(12) Class Definition	12) la définition du groupe
(13) Class Period	13) la période visée par le recours collectif
(14) Prospect of Success: (Leave and) Certification	14) les chances que l'instance soit autorisée comme recours collectif
(15) Prospect of Success against the Defendants	15) les chances que l'action soit accueillie (et les défendeurs condamnés)
(16) Interrelationship of Class Actions in More than one Jurisdiction	16) l'interrelation des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal

[40] The Court has looked to common law cases (see *Manuge v. Canada*, 2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416, at paragraph 24) because historically Quebec has had a unique “first-to-file” rule where carriage was awarded to whichever action had filed first. Although this presumptively continues to be the rule in Quebec, the Quebec

[40] La Cour s'est penchée sur la jurisprudence de common law (voir *Manuge c. Canada*, 2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416, au paragraphe 24) étant donné qu'historiquement, le Québec a appliqué la règle singulière dite du « premier qui dépose » selon laquelle la conduite de l'instance est confiée au déposant du recours collectif

courts have more recently indicated that carriage will not be awarded to the first action if it is shown to not be in the best interests of the class (see e.g. *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560, at paragraphs 14–16). Under the multi-factor approach adopted in common law provinces, the timing of the filed actions is only one factor in the analysis.

[41] In my view and consistent with *VitaPharm Canada Ltd v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd*, [2000] O.J. No. 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (Sup. Ct.), at paragraph 48, the best interests of the class are paramount. A multi-factor analysis allows for the flexibility necessary for the Court to determine the best interests of the class. That will often focus on the best representative plaintiff, the qualities of the case, and the knowledge and experience of counsel—although this last consideration must be examined carefully so not to exclude new counsel into the class action field and thereby creating an informal “club”.

[42] Consistent with the issues argued, the most relevant factors in this case are:

- the representative quality of the proposed plaintiff – a critical factor;
- the preparation and readiness of the action;
- the class definition;
- scope of causes of action;
- timing of filing of action;
- quality, expertise and conduct of counsel; and
- relevance of class actions in more than one jurisdiction.

intenté en premier. Bien que cette règle soit vraisemblablement encore en pratique au Québec, les tribunaux du Québec ont indiqué dernièrement que la conduite de l’instance ne sera pas confiée au déposant de l’instance intentée en premier s’il est démontré que cela n’est pas dans l’intérêt supérieur du groupe (voir, p. ex., *Moscowitz v. Attorney General of Quebec*, 2017 QCCS 3961, 2017 CarswellQue 7560, aux paragraphes 14 à 16). Suivant l’approche multifactorielle adoptée dans les provinces de common law, le moment où les actions sont déposées ne représente qu’un facteur parmi d’autres dont on tient compte lors de l’analyse.

[41] À mon avis, et conformément à la décision *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2000] O.J. n° 4594, 101 A.C.W.S. (3d) 472 (C.S.), au paragraphe 48, l’intérêt supérieur du groupe est primordial. L’analyse multifactorielle accordée à la Cour la souplesse nécessaire lui permettant de déterminer l’intérêt supérieur du groupe. Cette analyse portera plus particulièrement sur le meilleur représentant demandeur, les qualités de l’affaire ainsi que les connaissances et l’expérience des avocats — ce dernier élément devant être soigneusement examiné afin de ne pas exclure les nouveaux avocats du domaine visé par le recours collectif et ainsi donner lieu à la création d’un « club » officieux.

[42] Les facteurs suivants, qui concordent avec les questions débattues, sont les plus pertinents en l’espèce :

- la qualité des représentants demandeurs proposés – facteur déterminant;
- les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement;
- la définition du groupe;
- l’étendue des causes d’action;
- le moment du dépôt du recours collectif;
- la qualité, la compétence et la conduite des avocats;
- la pertinence des recours collectifs déposés devant plus d’un tribunal.

[43] Not all factors have the same weight and these are not exhaustive of potential issues in other cases. Justice Morgan in *David v. Loblaw; Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253, at paragraph 4, said it well:

As my colleague Perell, J. pointed out ..., “Although the determination of a carriage motion will decide which counsel will represent the plaintiff, the task of the court is not to choose between different counsel according to their relative resources and expertise.” Certainly in a case such as this one, where some of the most highly qualified class action counsel in the country are competing for carriage, the point of the exercise is to take the measure not of the lawyers or law firms themselves, but the cases they have prepared — i.e. to engage in a “qualitative analysis of all of the factors” in the competing actions and the advantages of the steps taken in each.... [Citation omitted.]

[44] In my view, that is the correct approach for this Court. The relevant factors are case specific and the analysis is not based on competence or experience generally but what can be brought to bear for the specific case. In the end, this is not a mathematical tally of specific points awarded by factor but a more global assessment and an exercise of judicial judgment as best one can foresee the case developing.

A. Representative Plaintiffs

[45] This factor is close between the sides, but weighs in favour of the Day action because of the experience and focus the Day action counsel have toward the NSI community.

[46] The LMO representative plaintiffs are suitable class representatives in terms of commitment and experience. They have connections into the Métis community which will facilitate their obligations as representative plaintiffs. They represent an experience which is Métis focused. However, they have not advanced a case for their representation of the NSI component of the litigation.

[43] Ces facteurs n’ont pas tous le même poids et ne constituent pas une liste exhaustive qui permettrait de trancher les questions qui pourraient se poser dans d’autres affaires. Le juge Morgan l’a bien exprimé dans la décision *David v. Loblaw; Breckon v. Loblaw*, 2018 ONSC 1298, 289 A.C.W.S. (3d) 253, au paragraphe 4 :

[TRADUCTION] Comme l’a indiqué mon collègue, le juge Perell [...]: « Bien que l’issue d’une requête en conduite de l’instance tranche la question de savoir quel avocat représentera le demandeur, la tâche du tribunal ne consiste pas à choisir entre différents avocats, en fonction de leurs ressources et de leurs compétences relatives. » Il est certain qu’en l’espèce, où certains des avocats les plus qualifiés en matière de recours collectif au pays se disputent la conduite de l’instance, le but de l’exercice consiste non pas à évaluer les avocats ou les cabinets d’avocats eux-mêmes, mais les dossiers qu’ils ont montés — c.-à-d. à procéder à une « analyse qualitative de tous les facteurs » des actions concurrentes et des avantages que présentent les mesures prises dans le cadre de chacune d’entre elles [...]. [Renvois omis.]

[44] À mon avis, cette approche est celle qu’il convient d’appliquer devant la Cour. Les facteurs pertinents sont propres à chaque affaire et l’analyse n’est pas fondée sur la compétence ou l’expérience en général, mais sur ce qui être plus significatif pour l’affaire en question. En définitive, il ne s’agit pas de l’application mathématique de points attribués spécifiquement à chaque facteur, mais plutôt d’une évaluation plus globale et d’un exercice du jugement judiciaire visant à prévoir le mieux possible comment l’affaire évoluera.

A. Les représentants demandeurs

[45] Ce facteur pèse de façon presque équivalente pour chacun des camps, mais il milite en faveur de l’action de M. Day en raison de l’expérience et de l’intérêt que ses avocats démontrent envers la collectivité des INI.

[46] Les représentants demandeurs LMO représentent convenablement le groupe en termes d’engagement et d’expérience. Ils entretiennent des liens avec la collectivité métisse, ce qui facilitera leurs obligations en tant que représentants demandeurs. Leur expérience est axée sur les Métis. Toutefois, ils n’ont pas présenté d’éléments au soutien de leur représentation du volet du litige qui touchent les INI.

[47] Day, on the other hand, does not have these community connections. He does, however, reflect the type of circumstances and damage that is common to both the Métis and NSI group at the more severe end of the damage spectrum. He is a textbook claimant and a mirror for both indigenous components of the litigation.

[48] What Day personally may lack in connection into the Métis and NSI community due to his experience is ameliorated by the efforts of counsel to interact with both Métis and NSI people and the relevant practical experience of PR counsel in both communities. The focus and attention paid to the NSI experience and community is important in this case.

B. *Preparation and Readiness for Action*

[49] This factor slightly favours the LMO action in that it has conducted archival studies and prepared at least one expert report. In the Day action, established experts have been retained and counsel have spoken to dozens of Métis and NSI Scoop survivors. Knowledge gained from the *Daniels* litigation, while relevant to the conduct of the litigation, is not evidence of preparation or readiness.

[50] However, in this case, the parties are at a very early stage in the litigation process and the gap in preparation between the two actions is not significant. There is no reason to conclude that the gap cannot be readily made up and will have no material impact on the conduct of the action.

C. *Class Definition*

[51] This factor is largely neutral and if anything, it slightly favours the Day action. The parties have generally conceded that there is little substantive difference between them on this point and that any alterations in the class definition are a matter of “tweaking” the respective definitions.

[47] Par contre, M. Day n’entretient pas de tels liens avec les collectivités. Il symbolise toutefois le type de circonstances et de préjudices communément vécus par les Métis et les INI, à l’extrémité la plus grave de la fourchette des préjudices. Il est théoriquement le demandeur parfait et il reflète les deux volets autochtones du litige.

[48] Les efforts déployés par les avocats pour interagir avec les Métis et les INI ainsi que l’expérience pratique pertinente des avocats RP à l’égard des deux collectivités compensent l’absence de liens existant entre M. Day et la collectivité des Métis et des INI attribuable à son vécu. L’intérêt et l’attention démontrés envers les INI et leur collectivité sont importants en l’espèce.

B. *Les mesures préparatoires au recours collectif et son état d’avancement*

[49] Ce facteur favorise légèrement l’action des demandeurs LMO parce que les avocats ont examiné des documents d’archives et ont au moins un rapport d’expert. Dans l’action de M. Day, des experts renommés ont été retenus et les avocats ont parlé à des dizaines de Métis et d’INI, survivants de la rafle. Les connaissances acquises dans le cadre de la décision *Daniels*, bien qu’elles soient pertinentes pour le déroulement l’instance, ne constituent pas une preuve des mesures préparatoires et de l’état d’avancement du dossier.

[50] Toutefois, en l’espèce, les parties en sont à un stade très précoce dans les étapes de l’instance. L’écart dans la préparation démontrée dans les deux actions n’est donc pas important. Il n’existe aucune raison de conclure que l’écart ne peut pas être comblé facilement et qu’il n’aura pas d’incidence importante sur la conduite de l’instance.

C. *La définition du groupe*

[51] Ce facteur est en grande partie neutre, sinon il favorise légèrement l’action de M. Day. Les parties ont généralement reconnu qu’il existe peu de différence de fond entre elles sur ce point et que toute modification de la définition du groupe s’inscrit dans le « peaufinage » des définitions respectives.

[52] While the class definition in the LMO action is more objective than the Day action (which is consistent with the *Brown* definition), the LMO action initially did not include NSI—a significant omission given the purported attempt to include in the LMO action those Indigenous parties omitted in the *Brown/Riddle* settlement. This omission is consistent with the LMO action’s focus on the Métis community principally.

[53] The LMO omission is also consistent with its lack of involvement with the NSI community. That omission has been corrected in its proposed consolidated statement of claim on February 6, 2019. However, the Court cannot ignore what appears to be “leap-frogging” by the LMO action when a carriage motion is pending. Such leap-frogging is to be discouraged in carriage action motions as discussed in *Whiting*, at paragraphs 21–26; *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729, at paragraph 61.

[54] Both actions will require amendments to better define the relevant class periods but this is a minor technical matter and gives neither party an advantage.

D. *Scope of Causes of Action*

[55] This factor is essentially neutral as both actions are based primarily on breach of fiduciary duty and common law duties owed by the defendant. Each group advances other claims such as the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 13 September 2007, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49 Vol. III, UN Doc. A/61/49 (2007) (UNDRIP) and honour of the Crown.

[56] However, in the case of the LMO action’s advancing the UNDRIP claim, as a declaration not yet

[52] Bien que la définition du groupe qui figure dans l’action des demandeurs LMO soit plus objective que celle dans l’action de M. Day (ce qui est conforme à la définition énoncée dans la décision *Brown*), l’action des demandeurs LMO n’incluait pas au départ les INI — une omission importante étant donné que l’action des demandeurs LMO était censée inclure les parties autochtones qui ne faisaient pas partie du règlement *Brown/Riddle*. Cette omission confirme la prépondérance de la collectivité métisse dans l’action des demandeurs LMO.

[53] L’omission des demandeurs LMO concorde avec le peu d’intérêt qu’ils démontrent envers la collectivité des INI. Cette omission a été corrigée le 6 février 2019 dans la déclaration déposée par leur camp pour la réunion d’actions proposée. Toutefois, la Cour ne peut ignorer ce qui semble être une [TRADUCTION] « surenchère » de la part des demandeurs LMO avant que la Cour ait pu statuer sur la requête en conduite de l’instance. Le recours à une telle surenchère est déconseillé dans le cadre de requêtes en conduite de l’instance, suivant la décision *Whiting*, aux paragraphes 21 à 26; et l’arrêt *Mancinelli v. Barrick Gold Corp.*, 2016 ONCA 571, 268 A.C.W.S. (3d) 729, au paragraphe 61.

[54] Les deux actions nécessiteront des modifications afin qu’y soient mieux définies les périodes pertinentes visées par le recours collectif; il s’agit toutefois d’une modeste formalité qui n’avantage ni l’une ni l’autre des parties.

D. *L’étendue des causes d’action*

[55] Ce facteur est essentiellement neutre, car les deux actions sont fondées principalement sur un manquement à l’obligation fiduciaire de la part du défendeur et aux obligations que la common law lui impose. Chacun des groupes invoque d’autres arguments fondés, par exemple, sur la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, Rés. G.A. 61/295, Doc. off., 61^e session, Suppl. n^o 49, vol. III, Doc. de l’ONU A/61/49 (2007) (DNUDPA), et l’honneur de la Couronne.

[56] Toutefois, en ce qui concerne la DNUDPA invoquée par les demandeurs LMO, il s’agit d’une déclaration

implemented in domestic statute, the UNDRIP may aid in the interpretation of Canadian law but it does not create obligations for Canada (*Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226, at paragraphs 303–307). It is an uncertain basis for a claim of this nature.

[57] In the Day action, counsel advance the honour of the Crown principle in respect of the Crown’s fiduciary obligations to potential claimants. However, the honour of the Crown is not a separate cause of action but a principle describing how Canada must fulfil its obligations to Indigenous people (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraph 73). The Day action has simply pleaded that the honour of the Crown is at stake without further specifics, which is not particularly helpful.

[58] In the same vein, the LMO action refers to the Saskatchewan AIM [Adopt Indian and Metis] Program but provides no details on how Canada’s alleged breach of obligations under this program was materially different from the broad claims in the Day action.

[59] None of these additional grounds of claim gives either group an advantage in respect of carriage.

E. *Priority of Commencement of Action*

[60] This factor must be examined qualitatively. In the LMO action, the three claims were filed before the Day action and thus the factor slightly favours the LMO action.

[61] However, as discussed earlier, it is of no great importance in the overall scheme of the litigation as the gap in timing does not appear to materially affect the progress of the respective actions.

qui n’est pas encore incorporée dans le droit interne canadien, et bien qu’elle puisse éclairer le droit canadien, la DNUDPA n’entraîne aucune obligation pour le Canada (voir *Ross River Dena Council v. Canada (Attorney General)*, 2017 YKSC 59, 285 A.C.W.S. (3d) 226, aux paragraphes 303 à 307). Ce fondement est douteux pour un argument de cette nature.

[57] Dans l’action de M. Day, les avocats invoquent le principe de l’honneur de la Couronne quant aux obligations de fiduciaire de la Couronne envers les demandeurs potentiels. Toutefois, l’honneur de la Couronne n’est pas une cause d’action distincte, mais un principe décrivant la façon dont le Canada doit s’acquitter de ses obligations envers les peuples autochtones (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, au paragraphe 73). Les avocats de M. Day ont simplement fait valoir que l’honneur de la Couronne est en jeu, sans plus de détails, ce qui n’est pas particulièrement utile.

[58] Dans le même ordre d’idées, on fait référence, dans l’action des demandeurs LMO, au programme AIM [Adopt Indian Metis] de la Saskatchewan, sans toutefois fournir de détails expliquant si la façon dont le Canada aurait manqué aux obligations que lui impose ce programme différerait sensiblement des allégations générales exposées dans l’action de M. Day.

[59] Aucun des arguments supplémentaires qu’invoque une partie ne confère à l’un ou l’autre groupe un avantage sur la conduite de l’instance.

E. *La priorité en fonction de la date où le recours collectif a été intenté*

[60] Ce facteur doit être examiné d’un point de vue qualitatif. Les trois demandes réunies dans l’action des demandeurs LMO ont été déposées avant le dépôt de l’action de M. Day; par conséquent, ce facteur favorise légèrement l’action des demandeurs LMO.

[61] Toutefois, comme nous l’avons vu précédemment, il ne revêt pas une grande importance dans le cadre global du litige, car le l’écart temporel ne semble pas avoir d’incidence importante sur l’état d’avancement des instances respectives.

[62] It is important to note that while the Day action is later, it was more inclusive in that it always included NSI class members, unlike the LMO action. There is no suggestion that the Day action tried to “leap-frog” the LMO action by including NSI class members. The NSI component would have involved some further research to develop this aspect of the claim, and thus appears to have required additional time to crystallize the claims breadth.

F. *Quality, Expertise and Conduct of Counsel*

[63] Considerable time and effort was spent on this factor even though each side claimed this carriage motion was not a “beauty contest”. In any event, it is a relevant factor but not as overwhelmingly determinative as some may have thought.

[64] This factor favours the KM/PR group for a number of reasons especially expertise on one aspect of the litigation—the unresolved issues in *Daniels* as to the rights flowing to the Métis and NSI groups and their composition.

[65] As held in *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699 (*Strohmaier*), at paragraphs 55–58, the Court must assess the quality of class counsel to protect absent class members. Courts have repeatedly warned against undue reliance on this factor in order to avoid the “beauty contest” atmosphere. As recently held in *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30, at paragraphs 78–83, the quality of counsel should not be a significant factor as usually any law firm could represent class members. Courts should generally avoid emphasis on this factor to avoid the prospect of creating a “club” referred to earlier in these reasons.

[62] Il est important de souligner que, bien que l’action de M. Day ait été intentée à une date plus tardive, elle est plus inclusive, en ce sens qu’elle a toujours inclus les INI, contrairement à l’action des demandeurs LMO. Rien ne laisse croire que les avocats de M. Day aient tenté de faire [TRADUCTION] « surenchère » par rapport à l’action des demandeurs LMO en incluant les INI. D’autres recherches devaient être nécessaires pour élaborer la composante concernant les INI, et il semble donc qu’il ait fallu plus de temps pour adapter adéquatement les allégations.

F. *La qualité, la compétence et la conduite des avocats*

[63] Beaucoup de temps et d’efforts ont été consacrés à ce facteur, même si chaque camp a affirmé qu’ils ne cherchaient pas à se montrer sur leur meilleur jour dans le cadre de la présente requête en conduite de l’instance. Quoi qu’il en soit, il s’agit d’un facteur pertinent, mais pas aussi déterminant que certains auraient pu le croire.

[64] Ce facteur favorise les cabinets KM/PR pour un certain nombre de raisons, en particulier en ce qui a trait à la compétence sur un aspect du litige, à savoir les questions non résolues dans la décision *Daniels* concernant les droits accordés aux Métis et aux INI et la question de savoir qui ils sont exactement.

[65] Conformément à la décision *Strohmaier v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCSC 1613, 296 A.C.W.S. (3d) 699 (*Strohmaier*), aux paragraphes 55 à 58, la Cour doit évaluer la qualité des avocats du groupe pour veiller à la protection des membres absents. Les tribunaux ont maintes fois mis en garde contre le recours abusif à cet élément afin d’éviter les effets pervers de camps qui se disputent « leur meilleur jour ». Suivant la décision *Quenneville v. Audi AG*, 2018 ONSC 1530, 290 A.C.W.S. (3d) 30, aux paragraphes 78 à 83, la qualité des avocats ne devrait pas être un facteur important, car normalement, n’importe quel cabinet d’avocats peut représenter des membres du groupe. Les tribunaux devraient généralement accorder une importance moindre à ce facteur afin d’éviter de donner lieu à la création d’un « club », comme nous l’avons souligné plus haut.

[66] Therefore, the Day action’s argument that the Court should primarily consider this factor cannot be accepted. It is but one factor and its importance depends on the circumstances.

[67] In the context of these actions both law firm groups have extensive class action experience. The lead counsel in each group are experienced and respected counsel in this field. Members of both law firm groups have experience in the Sixties Scoop and residential school class actions. They also both have experience acting for Métis people, although members of KM/PR have experience on behalf of NSI people as well.

[68] KM/PR bring important experience in respect of Métis and NSI, particularly PR, in terms of the claimant group and some of the unresolved issues in *Daniels* which will likely arise in this action.

[69] In *Daniels*, the Supreme Court of Canada left certain definitional issues of who is Métis and who is NSI under 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], subsection 91(24), to a later date—this may be the time at which those definitions (or some others) are addressed. There are duties said to flow from the constitution determination that Métis and NSI are “Indian” for constitutional purposes. PR has unique background and experience in this aspect of the litigation. It is a positive factor favouring carriage by KM/PR.

[70] The consortium has a geographic scope advantage over KM/PR in that the consortium is western based (apart from its Ontario lead) and some members (MLG and Klein) have offices in both the west and the east.

[66] Par conséquent, je ne puis souscrire à l’argument invoqué de M. Day selon lequel la Cour devrait principalement tenir compte de ce facteur. Ce n’est qu’un facteur parmi d’autres et son importance dépend des circonstances.

[67] Dans le contexte des présentes actions, les deux groupes de cabinets d’avocats possèdent une vaste expérience des recours collectifs. L’avocat principal de chaque groupe est un avocat expérimenté et respecté dans ce domaine. Les membres des deux groupes de cabinets d’avocats possèdent de l’expérience par rapport à la raffe des années soixante et aux recours collectifs contre les pensionnats. Les deux cabinets ont également déjà agi pour le compte des Métis, bien que les membres des cabinets KM/PR aient aussi également agi pour le compte des INI.

[68] Les cabinets KM/PR (le cabinet PR plus particulièrement) comptent une grande expérience de la question des Métis et des INI en ce qui a trait à la situation du groupe des demandeurs et certaines des questions non résolues de la décision *Daniels*, qui seront probablement soulevées dans la présente instance.

[69] S’agissant de la décision *Daniels*, la Cour suprême du Canada a laissé en suspens certaines questions relatives à la définition des Métis et des INI visés par le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], afin qu’elles soient reprises à une date ultérieure; peut-être le moment est-il venu d’aborder ces définitions (ou certaines autres). Certaines obligations découleraient de la réponse à la question de savoir, du point de vue constitutionnel, si les Métis et les INI sont des « Indiens » visés par la Constitution. PR possède des antécédents et une expérience uniques en ce qui concerne cet aspect du litige. Il s’agit d’un facteur favorisant la conduite de l’instance par les cabinets KM/PR.

[70] Le consortium possède un avantage géographique par rapport aux cabinets KM/PR, en ce sens que le consortium a ses quartiers dans l’Ouest canadien (sauf pour ses bureaux principaux, situés en Ontario) et que

[71] However, with this apparent advantage, the consortium advanced no details of its organization, division of labour, or management which establishes that it is materially better able to act for Métis and NSI across the country. The fact that there are more firms in the consortium is not assurance that it can better manage the litigation than KM/PR which at least numerically has a simpler structure.

[72] The Court is cognizant that there may be limits on what a group of firms can publicly disclose of its plans for handling litigation. No counsel wants to disclose their “battle plan” but at least some better information should be available. Neither side was forthcoming on this matter.

[73] In essence, the Court is left with a history of past performance and a few assumptions that are the basis for a qualitative distinction between the two groups. Given that KM/PR have also handled national class actions successfully, there is no established qualitative difference between the competing groups on this point of geography.

[74] KM/PR have alleged a pattern of adverse conduct against several members of the consortium, particularly MLG. The involvement of MLG in various actions has been troubling for several courts and recently in *Strohmaier*, MLG was denied carriage because of these concerns. In that case MLG was acting alone without the discipline of a consortium, as may be the case here.

[75] In my view, the involvement of MLG is not grounds to deny the consortium carriage of the case. However, MLG’s reputation does not advantage the consortium in any qualitative assessment of counsel’s “quality, expertise and conduct”. The consortium must be examined as a

certains de ses membres (MLG et Klein) ont des bureaux à la fois dans l’Ouest canadien et dans l’Est canadien.

[71] Or, malgré cet avantage apparent, le consortium a été avare de détails sur son organisation, sa division du travail ou sa direction, éléments qui lui permettraient d’établir qu’il est beaucoup plus en mesure de représenter les Métis et les INI partout au pays. Le fait que le consortium compte davantage de cabinets ne garantit pas qu’il peut gérer l’affaire mieux que les cabinets KM/PR, qui présentent une structure plus simple, du moins en termes de nombre de bureaux.

[72] La Cour est bien consciente qu’il peut y avoir des limites sur ce qu’un groupe de cabinets peut divulguer publiquement quant à ses plans qu’il élabore pour la gestion des litiges. Aucun avocat ne veut divulguer son « plan de match »; toutefois, il devrait à tout le moins fournir des renseignements de qualité. Ni l’une ni l’autre des parties n’a fait preuve de transparence en ce sens.

[73] Bref, la Cour ne peut compter que sur un historique de résultats antérieurs et sur quelques hypothèses pour établir une distinction qualitative entre les deux groupes. Étant donné que les cabinets KM/PR ont également eu gain de cause dans des recours collectifs nationaux, aucune différence qualitative n’existe entre les groupes concurrents en ce qui a trait à la question de la représentation géographique.

[74] Selon les cabinets KM/PR, plusieurs membres du consortium, en particulier MLG, auraient tendance à adopter des comportements préjudiciables. La participation de MLG à diverses actions a donné du fil à retordre à plusieurs tribunaux. Dernièrement, dans la décision *Strohmaier*, MLG s’est vu refuser la conduite de l’instance en raison de ces préoccupations. Dans cette affaire, MLG agissait seul sans être assujéti à la discipline d’un consortium, comme c’est peut-être le cas en l’espèce.

[75] À mon avis, la participation de MLG ne constitue pas un motif pour refuser de confier la conduite de l’instance au consortium. Cependant, la réputation de MLG n’avantage pas le consortium relativement à l’évaluation de la « qualité, des compétences et de la conduite » des

whole including the expertise and experience of some of its most prominent members.

[76] For other reasons, this factor weighs in favour of KM/PR.

G. Interrelationship of the Class Action in Other Jurisdictions

[77] The issue here is Canada's request that the parties to this motion undertake to not advance similar proceedings in other courts whether the Court's determination on carriage is favourable or not. Canada's concern is a reflection of the unresolved problem of multi-jurisdictional class actions—that this one defendant may be defending the same case in numerous jurisdictions.

[78] KM/PR is prepared to give such an undertaking, the consortium is not. The consortium's objection is that such an undertaking runs counter to the *Code of Professional Conduct for British Columbia* and the "right to practice".

[79] The consortium has advanced no compelling facts or argument that the undertaking would have that effect. There is no clear statement from the Law Society that the Code would be violated if a law firm committed not to file duplicative overlapping class actions following a favourable carriage decision on a national class action. Moreover, it does not address how filing duplicative claims would not be an abuse of process.

[80] The undertaking is an assurance to the Court that the class action will be prosecuted with vigour and determination in this Court and not simply be used as a pawn on a chess board of class actions.

avocats. Le consortium doit être évalué dans son ensemble, notamment en ce qui a trait aux compétences et à l'expérience de certains de ses membres les plus en vue.

[76] Pour d'autres motifs, ce facteur joue en faveur des cabinets KM/PR.

G. L'interrelation des recours collectifs déposés devant plus d'un tribunal

[77] La Cour examine maintenant la demande du Canada exigeant que les parties à la présente requête s'engagent à ne pas intenter devant d'autres tribunaux de recours semblables, peu importe si l'issue de la présente requête en conduite de l'instance leur est favorable ou non. Cette préoccupation du Canada survient en raison du problème non résolu des recours collectifs multijuridictionnels, nécessitant qu'un même défendeur soit tenu de présenter une défense dans la même instance devant de nombreux tribunaux.

[78] Les cabinets KM/PR sont prêts à prendre un tel engagement, le consortium ne l'est pas. Le consortium s'y oppose parce qu'un tel engagement va à l'encontre du Code de déontologie de la Colombie-Britannique [*Code of Professional Conduct for British Columbia*] et du [TRADUCTION] « droit d'exercer ».

[79] Le consortium n'a présenté aucun fait ou argument convaincant selon lequel l'engagement aurait un tel effet. Le barreau n'a jamais déclaré de façon précise qu'il y aurait manquement au Code de déontologie de la part d'un cabinet d'avocats si celui-ci s'engageait à ne pas intenter à répétition des recours collectifs qui se chevauchent après qu'un tribunal se prononce sur la conduite de l'instance relativement à un recours collectif national. En outre, la question de savoir comment la répétition d'instances ne constituerait pas un abus de procédure n'est pas abordée.

[80] L'engagement est une garantie donnée à la Cour que la conduite de l'instance, dans le cadre du recours collectif qu'elle est appelée à trancher, sera menée avec vigueur et détermination plutôt que d'être un simple pion sur l'échiquier des recours collectifs.

[81] It is a matter that is reassuring but is not a requirement in the present circumstances. Class actions in this Court are case managed in an atmosphere of vigorous case management. The Court can, with the input from the defendant, ensure that the purposes of class actions and this class action in particular are fulfilled by court intervention up to and including decertification of the action.

[82] Therefore, the Court will not determine the issue of carriage on the basis of the giving of this undertaking.

[83] The more systemic problem of multi-jurisdiction claims in national class actions, the concerns for abuse of process and the potential for “forum playing” are broader issues that this carriage motion cannot resolve.

[84] In the present case, the issue is academic since the Court is not granting carriage to the consortium. KM/PR, having committed to the Court to give such an undertaking, will be required to honour that commitment.

VI. Conclusion

[85] For all these reasons, carriage of the proposed class proceeding is granted to the Day action. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)*, *McComb v. Canada*, and *Ouellette v. Canada* will be stayed *sine die*.

[86] The previous order of January 24, 2019, precludes any further similar class actions from being filed in the Federal Court without leave.

[87] There will be no costs of this motion as costs were not sought and each firm was pursuing its own commercial interest.

[81] Bien qu’il soit rassurant, l’engagement ne constitue pas une exigence dans les circonstances actuelles. Les recours collectifs intentés devant notre Cour font l’objet d’une gestion de l’instance serrée. La Cour peut, avec l’apport du défendeur, veiller à l’atteinte des objectifs des recours collectifs, et du présent recours collectif en particulier, en intervenant dans l’instance et même en retirant l’autorisation, si elle l’estime nécessaire, par laquelle elle a reconnu le recours collectif.

[82] Par conséquent, la Cour ne fondera pas sa décision sur la conduite de l’instance sur la prise de cet engagement.

[83] Les questions touchant aux problèmes de nature plus systémique que posent les instances multijuridictionnelles dans les recours collectifs nationaux, aux craintes d’abus de procédure et au risque que les demandeurs jouent sur tous les fronts judiciaires ne peuvent être résolues dans la cadre de la présente requête en conduite de l’instance.

[84] En l’espèce, la question est théorique puisque la Cour ne confie pas la conduite de l’instance au consortium. Les cabinets KM/PR seront tenus de respecter l’engagement qu’ils ont pris envers la Cour.

VI. Conclusion

[85] Pour les motifs qui précèdent, la conduite de l’instance relative au recours collectif envisagé est confiée au demandeur dans l’action de M. Day. Il sera sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)*, *McComb c. Canada* et *Ouellette c. Canada*.

[86] L’ordonnance précédente du 24 janvier 2019 empêche le dépôt de tout autre recours collectif semblable devant la Cour fédérale sans autorisation.

[87] Aucuns dépens ne seront adjugés pour la présente requête, les dépens n’ayant pas été demandés et chaque cabinet faisant valoir ses propres intérêts commerciaux.

ORDER in T-940-18, T-1251-18, T-1904-18 and T-2166-18

THIS COURT ORDERS that:

1. Carriage of the proposed class proceeding is granted to the plaintiff in *Day v. Canada (Attorney General)* (T-2166-18);
2. The actions of *LaLiberte v. Canada (Attorney General)* (T-940-18); *McComb v. Canada* (T-1251-18); and *Ouellette v. Canada* (T-1904-18) are stayed *sine die*; and
3. There are no costs of this motion.

ORDONNANCE dans les dossiers n^{os} T-940-18, T-1251-18, T-1904-18 et T-2166-18

LA COUR ORDONNE :

1. La conduite de l'instance dans le cadre du recours collectif envisagé est confiée au demandeur dans l'affaire *Day c. Canada (Procureur général)* (dossier n^o T-2166-18).
2. Il sera sursis *sine die* aux actions intentées dans les affaires *LaLiberte c. Canada (Procureur général)* (dossier n^o T-940-18), *McComb c. Canada* (dossier n^o T-1251-18) et *Ouellette c. Canada* (dossier n^o T-1904-18).
3. Aucuns dépens ne sont adjugés relativement à la présente requête.

T-1596-17
2019 FC 734

T-1596-17
2019 CF 734

Alexion Pharmaceuticals Inc. (*Applicant*)

Alexion Pharmaceuticals Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

The Minister of Health for the Province of British Columbia (*Intervenor*)

Le ministre de la Santé de la Colombie-Britannique (*intervenant*)

INDEXED AS: ALEXION PHARMACEUTICALS INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ: ALEXION PHARMACEUTICALS INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Gleeson J.—Toronto, November 15, 2018; Ottawa, May 23 and June 12, 2019.

Cour fédérale, juge Gleeson—Toronto, 15 novembre 2018; Ottawa, 23 mai et 12 juin 2019.

Patents — Practice — Judicial review of 2017 decision of Patented Medicine Prices Review Board Panel concluding that price of drug Soliris in Canada exceeding lowest price in seven comparator countries — On this basis, Panel finding price to be “excessive” under Patent Act, ss. 83, 85(1); ordering applicant to lower price of drug, make payment to federal Crown to offset past excess revenues resulting from excessive pricing — Applicant developing, manufacturing, marketing drug Soliris used to treat two life-threatening blood-related disorders — Soliris initially approved by Health Canada in January 2009 — Price for Soliris based on Median International Price Comparison — Found to be within Board’s Guidelines (Compendium of Policies, Guidelines and Procedures) initially but in 2012, applicant advised that price exceeded High International Price Comparison (HIPC test) — Applicant paying rebates to provinces under Product Listing Agreements — In decision, Panel finding in particular that Lowest International Price Comparison (LIPC test) correct benchmark for determining whether price of Soliris excessive — Applicant submitting that Panel erring by departing from longstanding tests for assessing excessive pricing, that Panel’s decision inconsistent with plain language of Patent Act, Patented Medicines Regulations, that decision not supported by adequate reasons — Whether Panel’s adoption of LIPC test inconsistent with Act, therefore unreasonable; whether Panel’s refusal to give weight to Consumer Price Index (CPI) changes unreasonable; whether Panel’s refusal to consider provincial rebates unreasonable; whether unreasonable for Panel to order past “excess revenues” to be forfeited based on HIPC test after conceding there was insufficient evidence on which to establish liability based on that test — Panel’s conclusion on excessive

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire d’une décision rendue en 2017 par une formation du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, qui a conclu que le prix du Soliris au Canada dépassait le prix le plus bas dans sept pays de comparaison — Pour ce motif, la formation a conclu que le prix était « excessif » conformément aux art. 83 et 85(1) de la Loi sur les brevets; elle a ordonné à la demanderesse de réduire le prix du médicament et elle a ordonné le versement à la Couronne fédérale d’une somme pour compenser l’excédent qu’aurait procuré la vente au prix excessif — La demanderesse a mis au point, fabrique et met en marché le médicament Soliris, qui sert à traiter deux troubles sanguins potentiellement mortels — Le Soliris a été initialement approuvé par Santé Canada en janvier 2009 — Le prix du Soliris était fondé sur la médiane des prix internationaux — Il a été conclu qu’il respectait les lignes directrices du Conseil (Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures) au départ, mais en 2012, la demanderesse a été avisée du fait que le prix dépassait le prix international le plus élevé — La demanderesse consentait des rabais aux provinces conformément aux ententes relatives à l’inscription d’un produit — Dans sa décision, la formation du Conseil a estimé plus particulièrement que le prix international le plus bas était le bon point de référence qui permettait de juger du caractère excessif du prix du Soliris — La demanderesse a soutenu que la formation du Conseil a dérogé à tort aux critères appliqués depuis longtemps pour juger du caractère excessif des prix, que la décision de la formation du Conseil n’était pas compatible avec le texte clair de la Loi sur les brevets et du Règlement sur les médicaments brevetés, et qu’elle ne reposait pas sur

pricing not inconsistent with Act; reflecting discretion provided to Board in Act, s. 83 to form opinion on excessive pricing after considering factors set out at s. 85 — Panel not required to apply any defined test on this issue — In considering question of excessive pricing in present matter; adoption of LIPC test not inconsistent with Act, Regulations — Panel also properly considering Guidelines, providing substantial, compelling reasons to support decision to depart from Guidelines; not erring on this point — Also, Panel's conclusion that applicant's conduct irrelevant to determination of excessive pricing question reasonably available to Panel — Panel's refusal to give weight to CPI changes also not unreasonable — Concerning provincial rebates, having reasonably concluded that discounts to provinces not to be considered in determining price of Soliris, Panel not erring in excluding these discounts in assessing quantum of excess revenue order under Act, s. 83(2) — With respect to excess revenue order, in estimating excess revenues, nothing in logic or law preventing panel from adopting more conservative test where warranted by facts, circumstances, which is exactly what Panel doing in present case — Application dismissed.

This was an application for judicial review of a 2017 decision of a panel of the Patented Medicine Prices Review Board (Panel) concluding that the price of the drug Soliris in Canada exceeded the lowest price in seven comparator countries. On this basis, the Panel found the price to be “excessive” under section 83 and subsection 85(1) of the *Patent Act*. The Panel ordered the applicant to lower the price of the drug and ordered a payment to the federal Crown to offset past excess revenues resulting from the excessive pricing. The applicant developed,

des motifs suffisants — Il s'agissait de savoir si la décision de la formation du Conseil de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas était incompatible avec la Loi et donc déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des variations de l'Indice des prix à la consommation (IPC) était déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des rabais provinciaux était déraisonnable; et s'il était déraisonnable de la part de la formation du Conseil d'ordonner la remise de l'« excédent » calculé à partir du prix international le plus élevé, après avoir concédé que les éléments de preuve ne permettaient pas de le faire intervenir pour établir le montant à payer — La conclusion de la formation du Conseil sur le caractère excessif du prix n'était pas incompatible avec la Loi; elle était l'expression du pouvoir discrétionnaire que l'art. 83 de la Loi confère au Conseil pour lui permettre de se former une opinion sur le caractère excessif d'un prix après avoir tenu compte des facteurs énoncés à l'art. 85 — La formation du Conseil n'avait pas l'obligation d'appliquer un critère particulier relativement à cette question — Dans l'examen de la question du caractère excessif du prix dans la présente affaire, la décision de retenir le critère faisant intervenir le prix international le plus bas n'était pas incompatible avec la Loi et le Règlement — En outre, la formation du Conseil a tenu dûment compte des lignes directrices et a appuyé sa décision de déroger aux lignes directrices sur des raisons sérieuses et impérieuses; elle n'a pas commis d'erreur à cet égard — En outre, la formation du Conseil pouvait raisonnablement conclure que la conduite de la demanderesse n'était pas pertinente pour répondre à la question du prix excessif — Le refus de la formation du Conseil d'accorder du poids aux variations de l'IPC n'était pas déraisonnable — En ce qui concerne les rabais provinciaux, comme elle a raisonnablement conclu que les escomptes consentis aux provinces ne devaient pas être pris en considération dans la détermination du prix du Soliris, la formation du Conseil n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu ces escomptes de l'évaluation du montant de l'excédent visé par l'ordonnance au titre de l'art. 83(2) de la Loi — En ce qui concerne l'ordonnance relative à l'excédent, pour déterminer le montant de l'excédent, rien, logiquement ou en droit, n'empêche une formation du Conseil de retenir un critère plus prudent que celui que d'autres faits et circonstances lui permettraient d'appliquer; et c'est exactement ce qu'a fait la formation en l'espèce — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue en 2017 par une formation du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (la formation), qui a conclu que le prix du Soliris au Canada dépassait le prix le plus bas dans sept pays de comparaison. Pour ce motif, la formation a conclu que le prix était « excessif » conformément à l'article 83 et au paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets*. La formation a ordonné à la demanderesse de réduire le prix du médicament et elle a ordonné le versement à la Couronne fédérale d'une

manufactures, and markets the drug Soliris. It is used to treat two rare and life-threatening blood-related disorders and was initially approved by Health Canada in January 2009. The applicant submitted that the Panel erred by departing from longstanding tests for assessing excessive pricing, that the Panel's decision was inconsistent with the plain language of the *Patent Act* and *Patented Medicines Regulations*, and that the decision was not supported by adequate reasons.

Soliris is the first and only treatment for two rare and life-threatening blood disorders, paroxysmal nocturnal hemoglobinuria (PNH) and atypical hemolytic uremic syndrome (aHUS). Soliris was first sold in Canada in June 2009. Its package price for a 300 mg vial was \$6 742 and its unit price, 10 mg/ml, was \$224.7333. This price was based on a Median International Price Comparison. The price of Soliris was found to be within the Board's Guidelines (*Compendium of Policies, Guidelines and Procedures*) in 2010 and 2011; however, in August 2012, the applicant was advised that the price had exceeded the High International Price Comparison (HIPC test). In January 2014, the applicant filed amended data for 2011 to 2013 to include rebates paid to the provinces under Product Listing Agreements. In January 2015, Board staff filed a statement of allegations alleging that the price of Soliris was excessive between 2012 and 2014 and sought an order that would require the applicant to reduce the price to one not exceeding the international highest price among comparator countries. The Board subsequently issued a Notice of Hearing. In May 2016, Board staff moved to amend its allegations seeking an order requiring the applicant to reduce the price of Soliris to a price not exceeding the Lowest International Price Comparison (LIPC test) instead of the HIPC test initially relied upon, which motion was granted.

In its decision, the Panel found, in particular, that the LIPC test was the correct benchmark for determining whether the price of Soliris was excessive and that, when making a determination under section 85 of the Act, the Panel had to consider its consumer protection mandate. In addressing the excess revenue question, the Panel found it had the discretion to calculate excess revenues under subsection 83(2) of the Act on a different basis than the price of Soliris going forward under subsection 83(1). It ordered the applicant, in particular, to reduce the price of Soliris to no higher than the price in the

somme pour compenser l'excédent qu'aurait procuré la vente au prix excessif. La demanderesse a mis au point, fabrique et met en marché le médicament Soliris. Il sert à traiter deux troubles sanguins rares et potentiellement mortels, et il a été initialement approuvé par Santé Canada en janvier 2009. La demanderesse a soutenu que la formation du Conseil a dérogé à tort aux critères appliqués depuis longtemps pour juger du caractère excessif des prix, que la décision de la formation du Conseil n'était pas compatible avec le texte clair de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement sur les médicaments brevetés*, et qu'elle ne reposait pas sur des motifs suffisants.

Le Soliris est le premier et le seul traitement pour deux troubles sanguins rares et potentiellement mortels, soit l'hémoglobinurie paroxystique nocturne (HPN) et le syndrome hémolytique et urémique atypique (SHUa). Le Soliris a été vendu pour la première fois au Canada en juin 2009. Le prix d'un flacon de 300 mg s'établissait à 6 742 \$, et son prix à l'unité (10 mg/ml) était de 224,7333 \$. Ce prix était fondé sur la médiane des prix internationaux. Il a été conclu que le prix du Soliris respectait les lignes directrices du Conseil (*Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures*) en 2010 et 2011; toutefois, en août 2012, la demanderesse a été avisée du fait que le prix dépassait le prix international le plus élevé. En janvier 2014, la demanderesse a produit des données modifiées pour les années 2011 à 2013 pour faire état des rabais consentis aux provinces conformément aux ententes relatives à l'inscription d'un produit. En janvier 2015, le personnel du Conseil a produit un exposé de ses allégations dans lequel il indiquait que le prix du Soliris avait été excessif de 2012 à 2014 et sollicitait une ordonnance obligeant la demanderesse à baisser le prix à un taux ne dépassant pas le prix international le plus élevé parmi les pays de comparaison. Le Conseil a ensuite donné un avis d'audience. En mai 2016, le personnel du Conseil a présenté une requête par laquelle il sollicitait une ordonnance l'autorisant à présenter des allégations modifiées. Celles-ci visaient l'obtention d'une ordonnance obligeant la demanderesse à baisser le prix du Soliris à un taux n'excédant pas le prix international le plus bas, écartant ainsi la comparaison avec le prix international le plus élevé qu'il avait appliqué au départ. La requête a été accueillie.

Dans sa décision, la formation du Conseil a estimé plus particulièrement que le prix international le plus bas était le bon point de référence qui permettait de juger du caractère excessif du prix du Soliris, et qu'elle doit, lorsqu'elle rend une décision visée à l'article 85 de la Loi, tenir compte de son mandat de protection des consommateurs. Dans son examen de la question de l'excédent, la formation du Conseil a conclu que son pouvoir discrétionnaire lui permettait de calculer l'excédent en application du paragraphe 83(2) de la Loi sur une base autre que celle du prix du Soliris après la période de lancement aux

lowest priced comparator country and to pay for past excess revenues based on the HIPC test.

The issues were whether the Panel's adoption of the LIPC test was inconsistent with the Act and therefore unreasonable; whether the Panel's refusal to give weight to Consumer Price Index (CPI) changes was unreasonable; whether the Panel's refusal to consider provincial rebates was unreasonable; and whether it was unreasonable for the Panel to order past "excess revenues" to be forfeited based on the HIPC test after conceding there was insufficient evidence on which to establish liability based on that test.

Held, the application should be dismissed.

In adopting the LIPC test, the Panel concluded that Parliament had contemplated different tests and approaches for different patented medicines and that the Panel had broad discretion in determining the question of excessive pricing. This conclusion was not inconsistent with the Act; it reflected the discretion provided to the Board in section 83 of the Act to form an opinion on excessive pricing after considering the factors set out at section 85. In forming an opinion as to whether a medicine is selling at an excessive price, a panel is not required to apply any defined test. A panel is required to consider drug pricing on a case-by-case basis and to consider the statutorily prescribed factors in light of the circumstances of the drug before it. The adoption of the LIPC test was not, on its face, inconsistent with the Act and the Regulations. Moreover, in considering the benchmark against which to assess the issue of excessive pricing, the Panel gave due consideration to the Guidelines and provided substantial and compelling reasons in support of its decision to depart from the Guidelines. The Panel did not err in this respect. Also, the Board did not seek to determine a reasonable price for Soliris; instead, it sought and established a non-excessive price benchmarked against the comparator countries. Having done so, it then observed that the evidence had failed to disclose any justification for a higher price in Canada and noted the impact of the high cost of Soliris on provincial budgets. These observations did not undermine the reasonableness of the Panel's conclusion that the LIPC test was the appropriate excessive pricing benchmark in this case. In addition, the Panel's conclusion that the applicant's conduct in these circumstances was irrelevant to the determination of the excessive pricing question was reasonably available to it.

fin du paragraphe 83(1). La formation a ordonné à la demanderesse de réduire le prix du médicament à un montant ne dépassant pas le prix dans le pays de comparaison où il était le plus bas et de payer l'excédent calculé à partir du prix international le plus élevé.

Il s'agissait de savoir si la décision de la formation du Conseil de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas était incompatible avec la Loi et donc déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des variations de l'IPC était déraisonnable; si le refus de la formation du Conseil de tenir compte des rabais provinciaux était déraisonnable; et s'il était déraisonnable de la part de la formation du Conseil d'ordonner la remise de l'« excédent » calculé à partir du prix international le plus élevé, après avoir concédé que les éléments de preuve ne permettaient pas de le faire intervenir pour établir le montant à payer.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Avant de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas, la formation du Conseil a conclu que le législateur avait envisagé que différents critères et approches puissent s'appliquer à différents médicaments brevetés, et qu'elle jouissait d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour trancher la question des prix excessifs. Cette conclusion n'était pas incompatible avec la Loi; elle était l'expression du pouvoir discrétionnaire que l'article 83 de la Loi confère au Conseil pour lui permettre de se former une opinion sur le caractère excessif d'un prix après avoir tenu compte des facteurs énoncés à l'article 85. Pour se former une opinion sur la question de savoir si un médicament est vendu à un prix excessif, la formation du Conseil n'a pas l'obligation d'appliquer un critère particulier. La formation du Conseil est tenue d'examiner le prix du médicament selon les circonstances qui lui sont propres et de tenir compte des facteurs prévus par la loi à la lumière de ces circonstances. La décision de retenir le critère n'était pas, à première vue, incompatible avec la Loi et le Règlement. En outre, pour retenir le point de référence qui lui permettrait de juger du caractère excessif du prix, la formation du Conseil a tenu dûment compte des lignes directrices et elle a appuyé sa décision de déroger aux lignes directrices sur des raisons sérieuses et impérieuses. La formation n'a pas commis d'erreur à cet égard. De plus, la formation du Conseil n'a pas cherché à déterminer un prix raisonnable pour le Soliris; elle a plutôt cherché à arrêter un prix de référence non excessif pour faire les rapprochements nécessaires avec les pays de comparaison. C'est seulement ensuite qu'elle a fait remarquer que les éléments de preuve ne justifiaient pas un prix plus élevé au Canada et qu'elle a souligné l'incidence du coût élevé du Soliris sur les budgets provinciaux. Ces observations ne minaient pas le caractère raisonnable de la conclusion de la formation du Conseil, selon laquelle le prix international le plus bas était le point de référence qui convenait pour juger du caractère excessif du prix en l'espèce. En outre, la formation du

The Panel's refusal to give weight to CPI changes was not unreasonable. Paragraph 85(1)(d) of the Act requires a panel to consider changes in the CPI. In addressing paragraph 85(1)(d), the Panel acknowledged the applicant's position as it related to the CPI, noted that the price of Soliris had not changed since introduction, and referred to expert evidence on this matter. It concluded on this basis that the evidence was unhelpful. Thus, the Panel undertook a serious analysis of the CPI factor. It also did not conflate the international price comparison analysis under paragraph 85(1)(c) and the CPI analysis under paragraph 85(1)(d). The Panel understood that the paragraphs 85(1)(c) and 85(1)(d) factors were distinct and that the paragraph 85(1)(d) factor was to be considered in respect of Canadian prices, not prices in the comparator countries.

Concerning provincial rebates, the Panel declined to consider discount payments to the provinces for the purposes of offsetting any excess revenues, relying on its reasons for excluding these discounts in determining the price of Soliris. Paragraph 83(2)(c) of the Act allows a panel to order payment to the federal Crown of excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price. Having reasonably concluded that discounts to the provinces were not to be considered in determining the price of Soliris, the Panel did not err in excluding these discounts in assessing the quantum of the excess revenue order under subsection 83(2).

Regarding the excess revenue order, subsection 83(2) of the Act provides significant discretion to a panel; however, that subsection is not intended to impose a penalty or sanction. In estimating excess revenues, nothing in logic or law prevents the panel from adopting a more conservative test than it might otherwise be entitled to pursue where warranted by the facts and the circumstances. This is exactly what the Panel did in this case. In adopting the HIPC test for the purposes of calculating the excessive pricing order, the Panel recognized that the LIPC test was not proposed as an appropriate benchmark until 2015 and that Board staff had consistently applied the HIPC test in accordance with the Guidelines. The Panel sought to be fair and equitable in dealing with the applicant. This was neither unfair nor unreasonable.

Conseil pouvait raisonnablement conclure que la conduite de la demanderesse dans ces circonstances n'était pas pertinente pour répondre à la question du prix excessif.

Le refus de la formation du Conseil d'accorder du poids aux variations de l'IPC n'était pas déraisonnable. L'alinéa 85(1)d) de la Loi exige qu'une formation du Conseil tienne compte des variations de l'IPC. Lors de son examen fondé sur l'alinéa 85(1)d), la formation a reconnu que la position de la demanderesse était juste en ce qui a trait à l'IPC, elle a pris acte du fait que le prix du Solaris n'avait pas changé depuis son lancement et elle a renvoyé aux témoignages d'expert sur la question. Elle a conclu qu'en conséquence, ces témoignages étaient inutiles. La formation du Conseil s'est donc livrée à une analyse sérieuse du facteur lié à l'IPC. En outre, elle n'a pas combiné l'analyse fondée sur la comparaison du prix international prévue à l'alinéa 85(1)c) et celle fondée sur l'IPC prévue à l'alinéa 85(1)d). La formation du Conseil comprenait que les facteurs prévus aux alinéas 85(1)c) et 85(1)d) était distincts et que le facteur prévu à l'alinéa 85(1)d) devait être pris en compte relativement aux prix au Canada, et non à ceux dans les pays de comparaison.

En ce qui concerne les rabais provinciaux, la formation du Conseil a refusé de prendre en considération les escomptes consentis aux provinces aux fins de la compensation d'un excédent en s'appuyant sur les raisons pour lesquelles elle avait décidé d'exclure les escomptes pour la détermination du prix du Soliris. L'alinéa 83(2)c) de la Loi permet à une formation du Conseil d'ordonner le versement à la Couronne fédérale de l'excédent qu'aurait selon elle procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif. Comme elle a raisonnablement conclu que les escomptes consentis aux provinces ne devaient pas être pris en considération dans la détermination du prix du Soliris, la formation du Conseil n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu ces escomptes de l'évaluation du montant de l'excédent visé par l'ordonnance au titre du paragraphe 83(2).

En ce qui concerne l'ordonnance relative à l'excédent, le paragraphe 83(2) de la Loi confère à une formation du Conseil un vaste pouvoir discrétionnaire; toutefois, cette disposition n'a pas pour but d'imposer une pénalité ou une sanction. Pour déterminer le montant de l'excédent, rien, logiquement ou en droit, n'empêche une formation du Conseil de retenir un critère plus prudent que celui que d'autres faits et circonstances lui permettraient d'appliquer. C'est exactement ce qu'a fait la formation en l'espèce. En se fondant sur le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé pour calculer le prix excessif visé par l'ordonnance, la formation du Conseil a reconnu que le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas n'était pas un point de référence valable avant 2015 et que le personnel du Conseil avait en tout temps appliqué le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé conformément aux lignes directrices. La formation du Conseil a cherché à être juste et équitable envers la demanderesse. Ce n'était ni injuste ni déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 80–82, 83, 85, 86(2), 91, 93(2), 94(1), 96(4), 101, 79–103.
Patented Medicine Prices Review Board Rules of Practice and Procedure, SOR/2012-247, ss. 1, 13, 15.
Patented Medicines Regulations, SOR/94-688, ss. 3, 4, 5.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135.

CONSIDERED:

Celgene Corp. v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Whyte v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2013 BCCA 454, 51 B.C.L.R. (5th) 93; *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174; *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board*, 1996 CanLII 11903, 119 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); *Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1155, 69 C.P.R. (3d) 129; *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249, 390 D.L.R. (4th) 691.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *In the matter of the Patent Act R.S.C. 1985, c. P-4, as amended and in the matter of Leo Pharma Inc. (the “Respondent”) and the medicine “Dovobet”* (19 April 2006), PMPRB-04-D2-DOVOBET (P.M.P.R.B.); *In the matter of the Patent Act R.S.C. 1985, c. P-4, as amended and in the matter of Shire BioChem Inc. (the “Respondent”) and the medicine “Adderall XR”* (10 April 2008), PMPRB-06-D3-ADDERALL XR (P.M.P.R.B.); *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, ch. 44.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 80–82, 83, 85, 86(2), 91, 93(2), 94(1), 96(4), 101, 79–103.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1).
Règlement sur les médicaments brevetés, DORS/94-688, art. 3, 4, 5.
Règles de pratique et de procédure du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, DORS/2012-247, art. 1, 13, 15.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 719.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Celgene Corp. c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Whyte v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2013 BCCA 454, 51 B.C.L.R. (5th) 93; *Leo Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306; *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés*, 1996 CanLII 11903, [1996] A.C.F. n° 1112 (QL) (1^{re} inst.); *Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1155; *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Dans l’affaire de la Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version modifiée et dans l’affaire de LEO Pharma Inc. (l’« intimée ») et son médicament « Dovobet »* (19 avril 2006), CEPMB-04-D2DOVOBET (C.E.P.M.B.); *Dans l’affaire de la Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version modifiée et dans l’affaire de Shire BioChem Inc. (l’« intimée ») et son médicament « Adderall XR »* (10 avril 2008), CEPMB-06-D3-ADDERALL XR (C.E.P.M.B.); *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador*

Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Zhan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 822, [2011] 4 F.C.R. 267.

(*Conseil du Trésor*), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Zhan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 822, [2011] 4 R.C.F. 267.

AUTHORS CITED

Merriam-Webster Dictionary, “reasonable”, online: <www.merriam-webster.com>.
 Patented Medicine Prices Review Board Canada. *Compendium of Policies, Guidelines and Procedures*, October 2003, January 2010.
 Patented Medicine Prices Review Board Canada. *Compendium of Policies, Guidelines and Procedures*, updated February 2017.
 United Kingdom. National Institute for Health and Care Excellence. *Eculizumab for treating atypical haemolytic uraemic syndrome: Highly specialised technologies guidance*, 28 January 2015.

APPLICATION for judicial review of a decision (*In the Matter of the Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended and in the Matter of Alexion Pharmaceuticals Inc. and the medicine “Soliris”*, Decision – Board Order: September 27, 2017) of the Patented Medicine Prices Review Board Panel concluding that the price of the drug Soliris in Canada exceeded the lowest price in seven comparator countries and, on this basis, that this price was “excessive” under section 83 and subsection 85(1) of the *Patent Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

D. Geoffrey Cowper, Q.C. and *Stanley Martin* for applicant.
Christine Mohr, Joseph Cheng and *Jon Bricker* for respondent.
David Cowie for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Deputy Attorney General of British Columbia for intervenor.

DOCTRINE CITÉE

Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés Canada. *Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures*, octobre 2003, janvier 2010.
 Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés Canada. *Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures*, Mise à jour : février 2017.
Merriam-Webster Dictionary, « reasonable », en ligne : <www.merriam-webster.com>.
 Royaume-Uni. National Institute for Health and Care Excellence. *Eculizumab for treating atypical haemolytic uraemic syndrome: Highly specialised technologies guidance*, 28 janvier 2015.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision (*In the Matter of the Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended and in the Matter of Alexion Pharmaceuticals Inc. and the medicine “Soliris”*, Décision – ordonnance du Conseil : 27 septembre 2017) rendue par une formation du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, qui a conclu que le prix du Soliris au Canada dépassait le prix le plus bas dans sept pays de comparaison et que, pour ce motif, le prix était « excessif » conformément à l’article 83 et au paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

D. Geoffrey Cowper, c.r. et *Stanley Martin* pour la demanderesse.
Christine Mohr, Joseph Cheng et *Jon Bricker* pour le défendeur.
David Cowie pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Vancouver, pour la demanderesse.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.
Le sous-procureur général de la Colombie-Britannique pour l’intervenant.

The following are the public reasons for judgment and judgment¹ rendered in English by

GLEESON J.:

I. Overview

[1] The applicant, Alexion Pharmaceuticals Inc. (Alexion), developed, manufactures, and markets the drug Soliris. It is used to treat two rare and life-threatening blood-related disorders and was initially approved by Health Canada in January 2009.

[2] In September 2017, a panel of the Patented Medicine Prices Review Board (Panel) [*In the Matter of the Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended and in the Matter of Alexion Pharmaceuticals Inc. and the medicine “Soliris”*] concluded that the price of Soliris in Canada exceeded the lowest price in seven comparator countries. On this basis, the Panel found the price to be “excessive” under section 83 and subsection 85(1) of the *Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4 (Act)*; ordered Alexion to lower the price of the drug; and ordered a payment to the federal Crown to offset past excess revenues resulting from the excessive pricing.

[3] Alexion now seeks judicial review of that decision under subsection 18(1) of the *Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7*. Alexion submits that the Panel erred by departing from longstanding tests for assessing excessive pricing, that the Panel’s decision is inconsistent with the plain language of the *Patent Act* and *Patented Medicines Regulations, SOR/94-688 (Regulations)*, and that the decision is not supported by adequate reasons.

[4] The British Columbia Minister of Health, who appeared before the Panel, sought to intervene in this application. The parties did not oppose this request, and an order granting intervenor status issued. The British Columbia Minister of Health made both written and oral submissions.

¹ Identical to the confidential judgment and reasons issued on May 23, 2019.

Ce qui suit est la version française des motifs publics du jugement et du jugement¹ rendus par

LE JUGE GLEESON :

I. Aperçu

[1] La demanderesse, Alexion Pharmaceuticals Inc. (Alexion), a mis au point, fabrique et met en marché le médicament Soliris. Il sert à traiter deux troubles sanguins rares et potentiellement mortels, et il a été initialement approuvé par Santé Canada en janvier 2009.

[2] En septembre 2017, après avoir conclu que le prix du Soliris au Canada dépassait le prix le plus bas dans sept pays de comparaison, une formation du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (la formation du Conseil ou la formation) [*In the Matter of the Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended and in the Matter of Alexion Pharmaceuticals Inc. and the medicine “Soliris”*] a conclu que le prix était « excessif » conformément à l’article 83 et au paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi)*; il a ordonné à Alexion de réduire le prix du médicament; et il a ordonné le versement à la Couronne fédérale d’une somme pour compenser l’excédent qu’aurait procuré la vente au prix excessif.

[3] Alexion sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision sur le fondement du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7*. Elle soutient que la formation du Conseil a dérogé à tort aux critères appliqués depuis longtemps pour juger du caractère excessif des prix, et que la décision de la formation du Conseil n’est pas compatible avec le texte clair de la *Loi sur les brevets* et du *Règlement sur les médicaments brevetés, DORS/94-688 (le Règlement)*, et qu’elle ne repose pas sur des motifs suffisants.

[4] Le ministre de la Santé de la Colombie-Britannique, qui a comparu devant la formation du Conseil, a demandé l’autorisation d’intervenir dans la présente instance. Les parties ne se sont pas opposées à sa demande, et une ordonnance l’autorisant à intervenir a été rendue. Le ministre

¹ Identiques au jugement et aux motifs confidentiels rendus le 23 mai 2019.

[5] The respondent and the intervenor submit that the decision was reasonable and that the Panel committed no error warranting the Court's intervention on judicial review.

[6] For the reasons that follow, the application is dismissed.

II. Legislation, Regulations, and Guidelines

[7] The price of patented medicines in Canada is regulated under the *Patent Act*.

[8] Sections 79 to 103 of the Act set out a comprehensive scheme for the regulation of the price of patented medicines.

[9] The Act establishes the Patented Medicine Prices Review Board (Board) and confers upon it responsibility for monitoring and regulating the prices of patented medicines. The Board also has the authority to determine if a patented medicine is being sold at an excessive price. Where a panel of the Board is of the opinion that a patented pharmaceutical is being sold at an excessive price, it may direct measures to address the excessive pricing and offset excess revenues (*Patent Act*, sections 83, 91).

[10] To assist the Board in carrying out its mandate, the Regulations set out the information and documentation that patentees are required to provide to the Board (*Patent Act*, section 101). The Act also provides for the Board to issue guidelines with respect to any matter within its jurisdiction. Guidelines are not binding on the Board or any patentee (*Patent Act*, subsection 96(4)).

[11] The Act provides for the appointment of staff to assist the Board in the administration of the excessive pricing scheme (*Patent Act*, subsection 94(1)). Where the Chairperson determines that a hearing is warranted, he or she appoints a panel of Board members that presides over

de la Santé de la Colombie-Britannique a présenté des observations écrites et de vive voix.

[5] Le défendeur et l'intervenant soutiennent que la décision était raisonnable et que la formation du Conseil n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

[6] Pour les motifs qui suivent, la demande est rejetée.

II. Les lois, règlements et lignes directrices

[7] Le prix des médicaments brevetés au Canada est assujéti à la *Loi sur les brevets*.

[8] Les articles 79 à 103 de la Loi établissent un régime complet pour la réglementation du prix des médicaments brevetés.

[9] Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) est constitué en vertu de la Loi, laquelle lui confère la responsabilité de surveiller et de réglementer le prix des médicaments brevetés. Le Conseil a également le pouvoir de décider si un médicament breveté est vendu à un prix excessif. Si une formation du Conseil est d'avis qu'un produit pharmaceutique breveté est vendu à un prix excessif, il peut ordonner la prise de mesures visant à corriger le prix excessif et à compenser l'excédent perçu (articles 83 et 91 de la *Loi sur les brevets*).

[10] Pour permettre au Conseil à remplir son mandat, le Règlement précise les renseignements et les documents que les brevetés sont tenus de fournir au Conseil (article 101 de la *Loi sur les brevets*). La Loi confère également au Conseil le pouvoir de formuler des directives sur toutes questions relevant de sa compétence. Ni le Conseil ni les brevetés ne sont liés par ces directives (paragraphe 96(4) de la *Loi sur les brevets*).

[11] La Loi prévoit la nomination de membres du personnel chargés d'aider le Conseil dans l'application du régime relatif aux prix excessifs (paragraphe 94(1) de la *Loi sur les brevets*). Si le président décide qu'une audience est justifiée, il constitue une formation de conseillers qui

an oral hearing, where the patentee is provided an opportunity to be heard (*Patent Act*, subsections 83(6), 93(2)). The panel is charged with making statutory determinations and issuing appropriate remedial orders. In accordance with the *Patented Medicine Prices Review Board Rules of Practice and Procedure*, SOR/2012-247 (Rules), Board staff, which operates independently of the panel, is tasked with presenting the case to the panel (Rules, sections 1, 15). Patentees are represented by their own counsel (Rules, section 13). Notice of the hearing must be given to the Minister of Industry and the provincial ministers of health, who are entitled to appear and make representations to the panel (*Patent Act*, subsection 86(2)).

[12] The Board has the authority to determine whether a price is excessive and to direct the patentee to sell the medicine at a price that the Board considers not to be excessive. In addition to ordering reductions in price, the Board is also empowered to order payment to the federal Crown for the purposes of offsetting excess revenues (*Patent Act*, subsection 83(1), paragraph (2)(c)).

[13] In determining whether a price is excessive, the Board is required under subsection 85(1) to take into account a number of factors to the extent the information is available:

Factors to be considered

85 (1) In determining under section 83 whether a medicine is being or has been sold at an excessive price in any market in Canada, the Board shall take into consideration the following factors, to the extent that information on the factors is available to the Board:

- (a) the prices at which the medicine has been sold in the relevant market;
- (b) the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market;
- (c) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada;

présideront une audience, où le breveté aura la possibilité de présenter des observations (paragraphe 83(6) et 93(2) de la *Loi sur les brevets*). Exerçant un pouvoir décisionnel établi par la loi, une formation du Conseil est chargée de rendre les ordonnances correctives appropriées. Conformément aux *Règles de pratique et de procédure du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés*, DORS/2012-247 (les Règles), le personnel du Conseil, qui agit indépendamment du Conseil, a pour tâche de lui présenter l'affaire (articles 1 et 15 des Règles). Les brevets sont représentés par leurs propres conseillers juridiques (article 13 des Règles). L'avis d'audience doit être donné au ministre de l'Industrie et aux ministres provinciaux responsables de la santé, qui ont le droit de comparaître et de présenter des observations à une formation du Conseil (paragraphe 86(2) de la *Loi sur les brevets*).

[12] Le Conseil a le pouvoir de décider si le prix d'un médicament est excessif et d'enjoindre au breveté de le vendre à un prix moindre de façon qu'il ne puisse pas être excessif. En plus de pouvoir ordonner des baisses de prix, le Conseil est habilité à ordonner le versement d'une somme à la Couronne fédérale dans le but de compenser l'excédent perçu (paragraphe 83(1) et alinéa 83(2)c) de la *Loi sur les brevets*).

[13] Le paragraphe 85(1) exige qu'au moment de décider si le prix d'un médicament est excessif, le Conseil tienne compte d'un certain nombre de facteurs dans la mesure où les renseignements sont disponibles :

Facteurs de fixation du prix

85 (1) Pour décider si le prix d'un médicament vendu sur un marché canadien est excessif, le Conseil tient compte des facteurs suivants, dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles :

- a) le prix de vente du médicament sur un tel marché;
- b) le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché;
- c) le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger;

(d) changes in the Consumer Price Index; and

(e) such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection.

[14] If the Board is unable to determine if a price is excessive after having considered the factors identified in subsection 85(1), it may also consider the costs of making and marketing the pharmaceutical and any other factors it considers relevant (*Patent Act*, subsection 85(2)).

[15] The Board's guidelines are intended to assist Board staff and patentees in complying with their duties and obligations under the Act and the Regulations (*Compendium of Policies, Guidelines and Procedures* (Patented Medicine Prices Review Board Canada, updated February 2017 (Guidelines)). The Guidelines provide the patentee with guidance on how price information will be reviewed and in what circumstances Board staff will recommend that an excessive pricing hearing be held. In the conduct of an excessive price hearing, a panel may consider the Guidelines; however, the Guidelines do not address the application of the factors identified at section 85 of the Act, and, as noted above, they are not binding on either patentees or the Board:

96 ...

Guidelines

(4) Subject to subsection (5), the Board may issue guidelines with respect to any matter within its jurisdiction but such guidelines are not binding on the Board or any patentee.

[16] In furtherance of the objectives of the legislation, sections 80 to 82 of the Act and sections 3 to 5 of the Regulations impose reporting obligations on patentees with respect to the pricing and costs of medicines and authorize the Board to compel production of information and documents. All patentees must provide information to the Board on a variety of matters, including the identity of the patented medicine sold or intended to be sold in Canada; the average transaction price for sales

d) les variations de l'indice des prix à la consommation;

e) tous les autres facteurs précisés par les règlements d'application du présent paragraphe.

[14] Si, après avoir tenu compte des facteurs énoncés au paragraphe 85(1), le Conseil est incapable de décider si le prix est excessif, il peut également tenir compte des coûts de réalisation et de mise en marché du produit pharmaceutique et de tout autre facteur qu'il estime pertinent (paragraphe 85(2) de la *Loi sur les brevets*).

[15] Les lignes directrices du Conseil ont pour but d'aider le personnel du Conseil et les brevetés à s'acquiescer des devoirs et obligations que leur imposent la Loi et le Règlement (*Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures — Mise à jour : février 2017, Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés Canada, (les lignes directrices)*). Les lignes directrices servent à informer les brevetés du processus d'examen du prix et expliquent dans quelles situations le personnel du Conseil recommandera la tenue d'une audience quant à son caractère excessif. Dans le cadre d'une telle audience, une formation du Conseil pourrait tenir compte des lignes directrices, mais celles-ci ne comportent aucune indication sur l'application des facteurs énoncés à l'article 85 de la Loi et, comme il a été mentionné plus haut, ni les brevetés ni le Conseil ne sont liés par elles :

96 [...]

Directives

(4) Sous réserve du paragraphe (5), le Conseil peut formuler des directives — sans que lui ou les brevetés ne soient liés par celles-ci — sur toutes questions relevant de sa compétence.

[16] Pour favoriser l'atteinte des objectifs de la loi, les articles 80 à 82 de la Loi et les articles 3 à 5 du Règlement imposent aux brevetés l'obligation de fournir des renseignements concernant le prix et les coûts des médicaments, et ils autorisent le Conseil à exiger la production de renseignements et de documents. Tous les brevetés doivent fournir au Conseil des renseignements sur des points variés, dont l'identification du médicament breveté vendu ou dont la vente est prévue au Canada; le prix de

in Canada; and the ex-factory prices for the medicine in Canada and in the seven comparator countries listed in the schedule to the Regulations (*Patent Act*, subsection 80(1); Regulations, section 4). It is this information that is assessed by Board staff to identify instances of excessive pricing and upon which a recommendation is made to the Chairperson on whether an excessive pricing hearing is warranted (Guidelines, C.13.6).

III. Background—Soliris and its Pricing History

[17] Soliris is the first and only treatment for two rare and life-threatening blood disorders, paroxysmal nocturnal hemoglobinuria (PNH) and atypical hemolytic uremic syndrome (aHUS).

[18] Alexion obtained approval from Health Canada to market Soliris for the treatment of PNH in January 2009. In May 2009, the Human Drug Advisory Panel recommended that Soliris be classified as a Category 2 new drug product or “breakthrough drug” on the basis that it “provides significant therapeutic improvements over supportive therapies for the management of patients with PNH”.

[19] Soliris was first sold in Canada in June 2009. Its package price for a 300 mg vial was \$6 742 and its unit price, 10 mg/ml, was \$224,7333. This price was based on a Median International Price Comparison (MIPC test), which in turn reflected the guidance in the Guidelines. The Guidelines provided that the maximum price for a breakthrough drug on introduction was to be based upon the median international price arrived at based on pricing in seven comparator countries (*Compendium of Policies, Guidelines and Procedures* (Patented Medicine Prices Review Board Canada, October 2003); *Compendium of Policies, Guidelines and Procedures* (Patented Medicine Prices Review Board Canada, January 2010)). The respondent notes that the annual cost of Soliris per patient is \$520 000 to \$700 000, making it one of the most expensive medicines in Canada.

transaction moyen au Canada; et le prix départ usine du médicament au Canada et dans les sept pays de comparaison énoncés à l’annexe du Règlement (paragraphe 80(1) de la *Loi sur les brevets*; et article 4 du Règlement). Le personnel du Conseil évalue ces renseignements afin de détecter les cas de prix excessif pour lesquels il présentera au président sa recommandation sur la question de savoir si la tenue d’une audience quant à leur caractère excessif est justifiée (lignes directrices, C. 13.6).

III. Les faits — Le Soliris et l’historique de son prix

[17] Le Soliris est le premier et le seul traitement pour deux troubles sanguins rares et potentiellement mortels, soit l’hémoglobinurie paroxystique nocturne (HPN) et le syndrome hémolytique et urémique atypique (SHUa).

[18] Alexion a obtenu de Santé Canada l’autorisation de mettre en marché le Soliris pour le traitement de l’HPN en janvier 2009. Au mois de mai de la même année, le Groupe consultatif sur les médicaments pour usage humain a recommandé que le Soliris soit traité comme un médicament appartenant aux nouveaux produits de catégorie 2 ou un « médicament constituant une découverte », au motif qu’il [TRADUCTION] « présente des améliorations thérapeutiques importantes par rapport aux traitements de soutien pour la prise en charge des patients atteints d’HPN ».

[19] Le Soliris a été vendu pour la première fois au Canada en juin 2009. Le prix d’un flacon de 300 mg s’établissait à 6 742 \$, et son prix à l’unité (10 mg/ml) était de 224,7333 \$. Ce prix était fondé sur la médiane des prix internationaux (la MPI), conformément aux lignes directrices. Selon les lignes directrices, le prix maximal d’un médicament constituant une découverte applicable à la période de lancement devait être fondé sur la médiane des prix observés dans les sept pays de comparaison (*Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures* (Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, octobre 2003); *Compendium des politiques, des Lignes directrices et des procédures* (Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, janvier 2010)). Le défendeur souligne que le coût annuel du Soliris, par patient, se situe entre 520 000 \$ et 700 000 \$, ce qui en fait l’un des médicaments les plus chers au Canada.

[20] The Canadian Expert Drug Advisory Committee, a body that recommends drugs for inclusion in publicly funded drug plans based on the clinical therapeutic value of a drug in relation to its cost, recommended that Soliris not be listed for the treatment of either PNH or aHUS due to its cost and potential impact on healthcare system sustainability. However, a number of provinces undertook joint listing negotiations with Alexion, and Soliris was listed for treatment of PNH in four provinces and for aHUS in two.

[21] In June 2010, Board staff began an investigation into the introductory price of Soliris as it had determined that the price exceeded the maximum allowable price between July and December 2009 and had generated excess revenues in the amount of \$78 322.71. In response, Alexion did not lower the price of Soliris but instead provided further information relating to the price of the drug in the seven comparator countries. On the basis of this further information, Board staff determined that the price of Soliris no longer triggered its investigation criteria and that the cumulative excess revenue between July and December 2009 was \$16 946.37, not the originally calculated amount of \$78 322.71. Alexion subsequently offset the excess revenue.

[22] The price of Soliris was found to be within the Guidelines in 2010 and 2011; however, in August 2012, Alexion was advised that the price had exceeded the High International Price Comparison (HIPC test). Again Alexion did not reduce the price but rather advised Board staff that appreciation in the Canadian dollar created the appearance of a higher price than that in the comparator countries when in fact the price of Soliris in Canada had been constant.

[23] Board staff acknowledged this to be the case but advised Alexion that this did not justify a deviation from the Guidelines. In February 2013, Board staff told Alexion that its filings had triggered the Board's investigation criteria in 2012 and requested that Alexion lower its price by the end of the year. Alexion met with Board staff in

[20] Le Comité consultatif canadien d'expertise sur les médicaments, organisme qui recommande des médicaments aux fins d'inclusion dans des régimes publics d'assurance-médicaments en se fondant sur leur valeur thérapeutique clinique par rapport à leur coût, a recommandé que le Soliris ne figure pas sur la liste des médicaments pour le traitement de l'HPN et du SHUa en raison de son coût et de son incidence potentielle sur la viabilité du système de santé. Toutefois, un certain nombre de provinces ont procédé à des négociations conjointes avec Alexion, et le Soliris a été inscrit sur la liste des médicaments dans quatre provinces pour le traitement de l'HPN et dans deux pour le traitement du SHUa.

[21] En juin 2010, le personnel du Conseil a amorcé une enquête sur le prix de lancement du Soliris après avoir conclu qu'il dépassait le prix maximal permis entre les mois de juillet et de décembre 2009 et qu'il avait généré un excédent s'élevant à 78 322, 71 \$. Alexion a donné suite à l'enquête non pas en réduisant le prix du Soliris, mais en fournissant d'autres renseignements sur le prix du médicament dans les sept pays de comparaison. À la lumière de ces autres renseignements, le personnel du Conseil a décidé que le prix du Soliris ne justifiait plus la tenue d'une enquête et que l'excédent cumulatif touché entre les mois de juillet et de décembre 2009 s'élevait à 16 946, 37 \$, et non à la somme du calcul initial (78 322, 71 \$). Alexion a plus tard compensé l'excédent.

[22] En 2010 et en 2011, il a été conclu que le prix du Soliris respectait les lignes directrices; toutefois, en août 2012, Alexion a été avisée du fait que le prix dépassait le prix international le plus élevé. Alexion n'a pas baissé le prix cette fois non plus, mais a plutôt avisé le personnel du Conseil que la valeur exprimée en dollars canadiens donnait l'impression d'un prix plus élevé que celui des pays de comparaison, alors qu'en fait, au Canada, le prix du Soliris était constant.

[23] Le personnel du Conseil a reconnu que c'était le cas, mais a avisé Alexion que ce fait ne justifiait pas une dérogation aux lignes directrices. En février 2013, le personnel du Conseil a dit à Alexion que les renseignements qu'elle avait produits avaient justifié la tenue d'une enquête du Conseil en 2012 et lui a demandé de baisser

December 2012 and December 2013 to discuss the exchange rate issue but did not lower the price of Soliris.

[24] In January 2014, Alexion filed amended data for 2011 to 2013 to include rebates paid to the provinces under Product Listing Agreements (PLAs). Board staff requested more information on the rebates. Alexion declined, citing confidentiality concerns, but offered to meet with Board staff to show them the agreements. The meeting did not take place. In April 2014, Board staff advised Alexion that it would not accept the data revisions relating to the PLAs and asked Alexion to refile its data removing the rebates. Board staff also invited Alexion to undertake to voluntarily reduce the price of Soliris by approximately 5 percent and to pay \$4 097 670.81 in excess revenues to the federal Crown. Alexion refiled its data removing the rebates but did not lower the price of Soliris.

[25] In January 2015, Board staff filed a statement of allegations alleging that the price of Soliris was excessive between 2012 and 2014 and sought an order that would require Alexion to reduce the price to one not exceeding the international highest price among comparator countries. The Board subsequently issued a Notice of Hearing. The Minister of Health for British Columbia appeared before the Panel on its own behalf and on behalf of the Ministers of Health for Manitoba, Ontario, and Newfoundland and Labrador.

[26] The Panel was confronted with a series of interlocutory motions seeking particulars, alleging conflicts of interest and bias on the part of individuals involved in the proceeding, and seeking to strike certain evidence. Alexion sought judicial review of one of these interlocutory decisions (Court Docket T-1855-15), which was initially set to be heard with this application. However, Alexion discontinued that application on August 29, 2018.

son prix au plus tard à la fin de l'année. Alexion s'est réunie avec le personnel du Conseil en décembre 2012 et en décembre 2013 afin d'aborder le problème du taux de change, mais elle n'a pas réduit le prix du Soliris.

[24] En janvier 2014, Alexion a produit des données modifiées pour les années 2011 à 2013 pour faire état des rabais consentis aux provinces conformément aux ententes relatives à l'inscription d'un produit (EIP). Le personnel du Conseil a demandé plus de renseignements au sujet des rabais. Alexion a refusé de les fournir pour des raisons de confidentialité, mais a offert de tenir une séance avec le personnel du Conseil afin de lui montrer les ententes. La séance n'a pas eu lieu. En avril 2014, le personnel du Conseil a prévenu Alexion du fait qu'il n'accepterait pas les révisions de données relativement aux EIP et lui a demandé de produire à nouveau ses données après avoir supprimé les rabais. Il a également invité l'entreprise à baisser volontairement le prix du Soliris d'environ 5 p. 100 et à verser un excédent de 4 097 670, 81 \$ à la Couronne fédérale. Alexion a de nouveau produit ses données après avoir supprimé les rabais, mais n'a pas réduit le prix du Soliris.

[25] En janvier 2015, le personnel du Conseil a produit un exposé de ses allégations dans lequel il indiquait que le prix du Soliris avait été excessif de 2012 à 2014 et sollicitait une ordonnance obligeant Alexion à baisser le prix à un taux ne dépassant pas le prix international le plus élevé parmi les pays de comparaison. Le Conseil a ensuite donné un avis d'audience. Le ministre de la Santé de la Colombie-Britannique a comparu devant la formation du Conseil en son propre nom et en celui des ministres de la Santé du Manitoba, de l'Ontario et de Terre-Neuve-et-Labrador.

[26] La formation du Conseil a été appelé à trancher plusieurs requêtes interlocutoires dans lesquelles des précisions étaient sollicitées, des personnes ayant participé à l'instance étaient visées par des allégations de conflits d'intérêts et de partialité et la radiation de certains éléments de preuve était demandée. Alexion a demandé le contrôle judiciaire de l'une de ces décisions interlocutoires (dossier de la Cour n° T-1855-15), laquelle devait au départ être instruite avec la présente demande, mais elle s'est désistée de cette demande le 29 août 2018.

[27] In May 2016, Board staff brought a motion seeking, among other things, an order allowing it to file amended allegations. The amended allegations sought an order requiring Alexion to reduce the price of Soliris to a price not exceeding the Lowest International Price Comparison (LIPC test) instead of the HIPC test initially relied upon. The motion to amend the statement of allegations was granted, and the hearing adjourned for several months to allow Alexion to respond to the amendment.

[28] The hearing was conducted intermittently between January and April 2017, and the Panel's decision was rendered on September 20, 2017.

IV. The Decision Under Review

[29] The Panel reviewed the uses of Soliris and the history of the excessive price proceedings. The Panel accepted the evidence of four fact witnesses. It also heard from a series of witnesses proffered by Board staff and Alexion. The Panel noted that the expert evidence was not particularly helpful as much of it did not focus on the core issue of whether the price of Soliris was excessive.

[30] The Panel identified two issues: (1) is or was the price of Soliris excessive under sections 83 and 85 of the Act, and (2) if so, what order should the Panel make?

[31] The Panel found the LIPC test was the correct benchmark for determining whether the price of Soliris was excessive. It found that, when making a determination under section 85, the Panel must consider its consumer protection mandate identified in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), noting [at paragraph 108] “specifically, the Board’s role in ensuring that all Canadians are able to obtain patented medicines at ‘reasonable prices’ and that prices of patented medicines do not rise to ‘unacceptable levels.’” It found Alexion’s conduct was irrelevant to whether the price of Soliris was excessive.

[27] En mai 2016, le personnel du Conseil a présenté une requête par laquelle il sollicitait, entre autres choses, une ordonnance l’autorisant à présenter des allégations modifiées. Celles-ci visaient l’obtention d’une ordonnance obligeant Alexion à baisser le prix du Soliris à un taux n’excédant pas le prix international le plus bas, écartant ainsi la comparaison avec le prix international le plus élevé qu’il avait appliqué au départ. La requête visant à modifier l’exposé des allégations a été accueillie, et l’audience a été ajournée pendant plusieurs mois afin de permettre à Alexion de donner suite à la modification.

[28] L’audience a été tenue par intermittence entre les mois de janvier et d’avril 2017, et la formation du Conseil a rendu sa décision le 20 septembre 2017.

IV. La décision faisant l’objet du contrôle

[29] La formation du Conseil a examiné les usages du Soliris et l’historique des procédures relatives au prix excessif. Il a admis le témoignage de quatre témoins des faits. Il a également entendu celui de plusieurs témoins assignés par le personnel du Conseil et par Alexion. La formation du Conseil a souligné que le témoignage des experts n’a pas été d’une utilité particulière, car une grande partie de ces témoignages ne portait pas sur la question fondamentale de savoir si le prix du Soliris est excessif.

[30] La formation du Conseil a posé les deux questions suivantes : 1) Le prix du Soliris est-il ou était-il excessif au sens des articles 83 et 85 de la Loi? 2) Le cas échéant, quelle ordonnance le Conseil devrait-il rendre?

[31] La formation du Conseil a estimé que le prix international le plus bas était le bon point de référence qui permettait de juger du caractère excessif du prix du Soliris. Elle a conclu qu’elle doit, lorsqu’elle rend une décision visée à l’article 85, tenir compte de son mandat de protection des consommateurs précisé dans l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*), et elle a souligné ce qui suit [au paragraphe 108] : [TRADUCTION] « [P]lus précisément, le Conseil a pour rôle de s’assurer que tous les Canadiens peuvent se procurer des médicaments brevetés à des “prix raisonnables” et que le prix de ces médicaments n’atteint

[32] The Panel found that the Guidelines, which adopt the MIPC test, were of assistance when applying the factors in section 85 but noted they are advisory only and are not binding. The Panel then concluded the Guidelines should be applied with one modification: the LIPC test was the appropriate benchmark in this case. While it acknowledged that stakeholders rely on the Guidelines, the Panel found it had to deviate from them as they did not result in a reasonable implementation of the factors in subsection 85(1). It rejected various arguments of Alexion and BIOTECanada, an intervenor on behalf of the biotechnology industry that it was not open to the Panel to deviate from the Guidelines.

[33] The Panel then explained its approach to subsection 85(1). It noted the *Patent Act* does not define “excessive” nor provide tests or a methodology for determining whether a price is excessive. This showed Parliament contemplated that different tests and approaches may be appropriate in different situations, giving the Board discretion to determine what is appropriate in each case. The Panel found it had discretion to determine the relevance and weight of each factor, but it had to provide sufficient reasons for its determinations and limit itself to the subsection 85(1) factors.

[34] Considering paragraph 85(1)(a), the Panel rejected the contextual analysis put forward by Board staff and the Ministers, instead looking to the information filed by Alexion, which showed the price of Soliris had consistently been \$224,7333 per unit.

[35] The Panel found that paragraph 85(1)(b) was not applicable as there were no other medicines in the same therapeutic class.

pas des “niveaux inacceptables” ». Elle a estimé que la conduite d’Alexion n’était pas pertinente pour juger du caractère excessif du prix du Soliris.

[32] Selon la formation du Conseil, les lignes directrices, qui retiennent la MPI comme point de comparaison, sont utiles pour appliquer les facteurs prévus à l’article 85, mais elle a fait remarquer qu’elles n’ont qu’une valeur indicative et non contraignante. La formation du Conseil a ensuite conclu qu’il y avait lieu d’appliquer les lignes directrices, à une modification près : le prix international le plus bas était le point de référence approprié en l’espèce. Bien que la formation du Conseil ait reconnu que les intervenants se fient aux lignes directrices, elle a estimé qu’elle devait s’en écarter, car elles n’entraînaient pas une mise en œuvre raisonnable des facteurs énoncés au paragraphe 85(1). Elle a rejeté les divers arguments, formulés par Alexion et par BIOTECanada — un intervenant qui a comparu au nom de l’industrie de la biotechnologie —, selon lesquels la formation du Conseil ne pouvait déroger aux lignes directrices.

[33] La formation du Conseil a ensuite expliqué comment il entendait appliquer le paragraphe 85(1). Elle a souligné que la *Loi sur les brevets* ne définit pas le terme « excessif » ni n’énonce de critères ou de méthode permettant de juger du caractère excessif du prix, ce qui indique que le législateur avait envisagé que différents critères et approches puissent convenir selon les différentes situations, et conféré au Conseil le pouvoir discrétionnaire de déterminer ce qui est convenable dans chaque cas. La formation du Conseil a conclu qu’elle avait le pouvoir discrétionnaire de décider de la pertinence et du poids de chaque facteur, mais qu’elle devait faire reposer ses décisions sur des motifs suffisants et se limiter aux facteurs prévus au paragraphe 85(1).

[34] S’agissant de l’alinéa 85(1)a), la formation du Conseil a rejeté l’analyse contextuelle proposée par le personnel du Conseil et les ministres; elle s’en est plutôt tenu à l’examen des renseignements soumis par Alexion, lesquels montraient que le prix du Soliris s’était élevé invariablement à 224,7333 \$ l’unité.

[35] La formation du Conseil a conclu que l’alinéa 85(1)b) ne s’appliquait pas, puisqu’il n’y avait aucun autre médicament dans la même catégorie thérapeutique.

[36] Turning to paragraph 85(1)(c), the Panel explained that, since there were no other medications in the same therapeutic class, it could only consider the price of Soliris in other countries. It noted the price of Soliris had been under scrutiny in other countries. It explained the question was whether the relevant sections of the Guidelines, including the MIPC and HIPC tests, were an appropriate implementation of the Act's requirement that the Board consider the international prices of Soliris. The Panel acknowledged that it was limited to comparing the price to publicly available ex-factory prices in the comparator countries specified in the Regulations and noted that no evidence regarding rebates or discounts in the comparator countries was filed. Using the ex-factory prices allowed the Panel to conduct an apples-to-apples comparison as the Canadian price of \$224,7333 did not include any discounts or rebates. The Panel noted that this external referencing pricing (ERP) method was consistent with Parliament's will, as Parliament was presumed to be aware of the difficulties in comparing prices across borders but still required it, and was fair and reasonable.

[37] The Panel acknowledged that the ERP comparison may fail to properly consider different supply and demand factors across countries; however, most developed countries used such a method. It found the ERP method was appropriate; however, in this case, the LIPC test should be applied rather than the HIPC test as the LIPC test would more accurately implement the Act. The Panel noted that even the lowest price for Soliris in comparator countries had been under attack for being unreasonable and that the evidence showed patented medicines were generally more expensive internationally, especially in the United States (U.S.). It commented that one would expect the price of Soliris in Canada to be lower than the U.S. price, which it was not.

[36] S'agissant de l'alinéa 85(1)c), la formation du Conseil a expliqué que, comme aucun autre médicament n'appartenait à la même catégorie thérapeutique, elle pouvait seulement tenir compte du prix du Soliris dans d'autres pays. Elle a fait remarquer que le prix de ce médicament avait soigneusement été examiné dans d'autres pays. Elle a expliqué qu'elle devait se demander si les parties pertinentes des lignes directrices, dont celles qui traitent de la MPI et du prix international le plus élevé, constituaient une mise en œuvre appropriée de l'exigence prévue dans la Loi selon laquelle la formation du Conseil doit tenir compte des prix internationaux du Soliris. La formation du Conseil a reconnu qu'il devait se limiter à comparer le prix au Canada aux prix départ usine accessibles au public dans les pays de comparaison prévus dans le Règlement et a souligné qu'aucun élément de preuve concernant les rabais ou les escomptes dans les pays de comparaison n'avait été produit. L'utilisation des prix départ usine a permis à la formation du Conseil de tenir compte d'aspects comparables, car le prix canadien (224,7333 \$) ne comprenait aucun escompte ni rabais. La formation a fait remarquer que cette méthode fondée sur un prix de référence extérieur (PRE) respectait la volonté du législateur qui, malgré qu'il soit censé être au courant des difficultés associées à la comparaison de prix entre les pays, exigeait tout de même qu'elle soit retenue, et qu'elle était juste et raisonnable.

[37] La formation du Conseil a reconnu que la comparaison avec le PRE pouvait ne pas tenir adéquatement compte de différences entre les pays liées à divers facteurs relatifs à l'offre et à la demande; toutefois, la plupart des pays développés utilisent cette méthode. Elle a conclu que la méthode fondée sur un PRE était appropriée, mais qu'en l'espèce il était opportun d'appliquer le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas au lieu du critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé, car il constitue une mise en œuvre plus adéquate de la Loi. La formation a fait remarquer que même le prix le plus bas pour le Soliris dans les pays de comparaison avait fait l'objet de critiques parce qu'il était déraisonnable et que les éléments de preuve montraient que les médicaments brevetés coûtaient généralement plus cher à l'échelle internationale, surtout aux États-Unis (É.-U.). Elle a expliqué qu'il serait normal de s'attendre à ce que le prix du Soliris soit plus bas au Canada qu'aux États-Unis, ce qui n'est pas le cas.

[38] The Panel [at paragraph 166] noted its mandate included ensuring that “all Canadians are able to obtain patented medicines at reasonable prices”. It found the reasonable price for Soliris in Canada was one that did not exceed the lowest international price (LIP) in the comparator countries. It noted that the LIP was in the United Kingdom (U.K.) and that Alexion was presumably “covering its costs and earning a normal rate of return. No explanation or justification was provided to the Panel as to why Canadians should be paying significantly more for Soliris than comparable developed countries”. The Panel stated [at paragraph 167] it could “see no justification why Canadians should not have the benefit of the lowest price being paid in any of the comparator countries”. As Soliris had been priced above the lowest price in the comparator countries since its first sale, the Panel concluded its price was, and since 2009 had been, excessive under sections 83 and 85 of the Act.

[39] The Panel then addressed arguments regarding the use of foreign exchange rates to compare the prices of Soliris. Alexion had argued the only reason for its non-compliance was exchange rate fluctuations, which were outside its control. The Panel noted fluctuating exchange rates were explicitly contemplated in the Guidelines, and Alexion knew they were a consideration. While they were outside Alexion’s control, that was not relevant to the analysis under subsection 85(1). The Panel noted Alexion had chosen not to comply with the Guidelines to address the fluctuations. Instead, it had sought to negotiate a resolution with Board staff with full knowledge of its non-compliance with the Guidelines. Alexion was aware of the risk that a panel would conclude the Guidelines’ treatment of the fluctuations was an appropriate implementation of paragraph 85(1)(c).

[40] The Panel rejected Alexion’s argument that it should not convert international prices into Canadian

[38] Selon la formation du Conseil [au paragraphe 166], le fait de s’assurer que [TRADUCTION] « tous les Canadiens peuvent se procurer des médicaments brevetés à des prix raisonnables » fait partie de son mandat. Elle a conclu que le prix raisonnable pour le Soliris au Canada ne dépassait pas le prix international le plus bas dans les pays de comparaison. Elle a souligné que le prix international le plus bas se trouvait au Royaume-Uni (R.-U.) et qu’il était probable qu’Alexion [TRADUCTION] « couvrait ses frais et touchait un taux de rendement normal. Aucune explication ni justification n’a été fournie à la formation quant à la raison pour laquelle les Canadiens devraient payer beaucoup plus cher pour le Soliris que les consommateurs des pays développés comparables. » Selon la formation du Conseil [au paragraphe 167], [TRADUCTION] « rien ne justifie que les Canadiens ne profitent pas du prix le plus bas parmi les pays de comparaison ». Comme le prix du Soliris avait été fixé au-dessus du prix le plus bas dans les pays de comparaison depuis sa première vente, la formation a conclu que le prix était excessif au sens des articles 83 et 85 de la Loi et ce, depuis 2009.

[39] La formation du Conseil a ensuite répondu aux arguments concernant l’utilisation de taux de change étrangers pour comparer les prix du Soliris. Alexion avait fait valoir que seules les fluctuations du taux de change expliquaient sa non-conformité, lesquelles étaient indépendantes de sa volonté. La formation du Conseil a fait remarquer que les fluctuations du taux de change étaient explicitement prises en compte dans les lignes directrices et qu’Alexion savait qu’elles étaient prises en considération. Le fait que ces fluctuations soient indépendantes de la volonté d’Alexion n’était pas pertinent aux fins de l’analyse fondée sur le paragraphe 85(1). La formation du Conseil a souligné qu’Alexion avait choisi de ne pas se conformer aux lignes directrices pour tenir compte des fluctuations. Elle avait plutôt cherché à négocier un règlement avec le personnel du Conseil en étant pleinement consciente de sa non-conformité aux lignes directrices. Alexion était consciente du risque que la formation du Conseil conclue que le traitement des fluctuations dans les lignes directrices constituait une mise en œuvre appropriée de l’alinéa 85(1)c).

[40] La formation du Conseil a rejeté l’argument d’Alexion selon lequel il ne devrait pas convertir les prix

dollars under paragraph 85(1)(c), finding it had to do so. It found that conversion using the market exchange rates in the Guidelines, rather than purchase price parity rates, was appropriate.

[41] The Panel agreed with Alexion that Board staff had failed to clearly explain its calculations of excess revenues and to establish that the data it relied on was an appropriate source of foreign price verification. However, none of the disputed sources would alter the fact that Soliris would fail the LIPC test. Any concerns Alexion may have had with the information relied on by Board staff were completely resolved by the requirement that the parties only use the information provided by Alexion when calculating excess revenues. The Panel found no breach of procedural fairness, as Board staff had complied with its disclosure obligations and Alexion had been given sufficient time to review and respond to the Board's allegations.

[42] Turning to paragraph 85(1)(d), the Panel found the methodology in the Guidelines was appropriate except that, going forward, a price increase based on the Consumer Price Index (CPI) could not exceed the LIPC test. The Panel [at paragraph 203] noted the evidence of one expert, Mr. Soriano, that the price of Soliris in "real dollars" had decreased due to inflation. However, it found that Mr. Soriano's evidence was not based on an appropriate comparison, as his calculations disregarded the effect of inflation in comparator countries. The Panel rejected Mr. Soriano's analysis of additional revenues Alexion could have realized had it increased its price by the CPI factor each year as the Act did not guarantee a yearly CPI increase.

[43] The Panel [at paragraph 205] also rejected the approach of converting the nominal price of Canadian

internationaux en dollars canadiens lorsqu'il applique l'alinéa 85(1)c), estimant plutôt qu'il devait le faire. Elle a conclu que la conversion à l'aide des taux de change du marché prévue dans les lignes directrices (plutôt que les taux de change à parité du prix d'achat) était appropriée.

[41] La formation du Conseil a convenu avec Alexion que le personnel du Conseil avait omis d'expliquer clairement ses calculs de l'excédent et d'établir que les données sur lesquelles elle s'était fondé constituaient une source adéquate pour la vérification du prix à l'étranger. Toutefois, aucune des sources contestées ne changeait le fait que le Soliris ne satisfaisait pas au critère de comparaison avec le prix international le plus bas. Les craintes qu'Alexion avait pu avoir quant aux renseignements sur lesquels le personnel du Conseil s'était fondé ont été complètement dissipées par l'obligation imposée aux parties d'utiliser uniquement les renseignements fournis par Alexion pour calculer l'excédent. La formation du Conseil n'a constaté aucun manquement à l'équité procédurale, car le personnel du Conseil avait respecté ses obligations en matière de communication de la preuve, et Alexion s'était vu accorder assez de temps pour examiner les allégations du Conseil et y répondre.

[42] S'agissant de l'alinéa 85(1)d), la formation du Conseil a estimé que la méthode indiquée dans les lignes directrices était appropriée, à l'exception du fait que, après la période de lancement, le prix rajusté à la hausse selon l'indice des prix à la consommation (IPC) ne pouvait pas dépasser le prix international le plus bas. La formation [au paragraphe 203] a souligné le témoignage d'un expert, M. Soriano, selon lequel le prix du Soliris en [TRADUCTION] « dollars courants » avait diminué en raison de l'inflation. Toutefois, elle a conclu que ce témoignage n'était pas fondé sur une comparaison appropriée, car les calculs de ce témoin ne tenaient pas compte de l'effet de l'inflation dans les pays de comparaison. La formation du Conseil a rejeté l'analyse de M. Soriano concernant les recettes supplémentaires qu'aurait pu toucher Alexion si elle avait haussé son prix en fonction de l'IPC chaque année, car la Loi ne garantissait pas une hausse annuelle fondée sur l'IPC.

[43] La formation du Conseil [au paragraphe 205] a également rejeté l'approche consistant à convertir le prix

Soliris and international Soliris to its “real price” by applying CPI adjustments and then comparing the CPI-adjusted price. This was inconsistent with the wording of paragraph 85(1)(d) and conflated the factors in paragraphs 85(1)(c) and (d).

[44] The Panel concluded that paragraph 85(1)(d) only required it to consider changes in the CPI. It noted the price of Soliris had not changed despite a positive rate of inflation; however, the U.K. price had not changed either, despite inflation, and the U.K. had a higher CPI factor than Canada.

[45] The Panel found that paragraph 85(1)(e) was not applicable as no regulations had been passed pursuant to that section. It then concluded that the price of Soliris in Canada had been, since its introduction, excessive.

[46] In addressing the excess revenue question, the Panel found it had the discretion to calculate excess revenues under subsection 83(2) on a different basis than the price of Soliris going forward under subsection 83(1). It ordered Alexion to reduce the price of Soliris to no higher than the price in the lowest priced comparator country. However, it ordered Alexion to pay for past excess revenues based on the HIPC test, finding this remedy would be appropriate, fair, and consistent with the Panel’s mandate given that Board staff had applied the HIPC test to Soliris until 2015.

[47] The Panel held that the rebates Alexion provided to the provinces and others did not justify a reduction or an offset of excess revenues. It also rejected the argument that the cost of administering the drug through infusion should be taken into account as Alexion had failed to show those costs were in fact covered by it or the amount of costs covered. Finally, the Panel found that the failure to take into account inflation did not justify any offset of excess revenues as such an approach incorrectly assumed

nominal du Soliris au Canada et à l’étranger pour l’exprimer en termes [TRADUCTION] « réels » en apportant des rajustements en fonction de l’IPC puis en comparant ces prix rajustés. Cette approche ne correspondait pas au libellé de l’alinéa 85(1)(d) et combinait les facteurs énoncés aux alinéas 85(1)(c) et (d).

[44] La formation du Conseil a conclu que l’alinéa 85(1)(d) l’obligeait seulement à tenir compte des variations de l’IPC. Elle a fait remarquer que le prix du Soliris n’avait pas changé, malgré un taux d’inflation positif; toutefois, le prix au R.-U. n’avait pas changé non plus, malgré l’inflation, et l’IPC était plus élevé dans ce pays qu’au Canada.

[45] La formation Conseil a estimé que l’alinéa 85(1)(e) n’était pas applicable, car aucun règlement n’avait été pris en vertu de cette disposition. Elle a ensuite conclu que le prix du Soliris au Canada était excessif depuis le lancement du médicament.

[46] Dans son examen de la question de l’excédent, la formation du Conseil a conclu que son pouvoir discrétionnaire lui permettait de calculer l’excédent en application du paragraphe 83(2) sur une base autre que celle du prix du Soliris après la période de lancement aux fins du paragraphe 83(1). La formation a ordonné à Alexion de réduire le prix du médicament à un montant ne dépassant pas le prix dans le pays de comparaison où il était le plus bas. Toutefois, elle a aussi ordonné à Alexion de payer l’excédent calculé à partir du prix international le plus élevé, car elle estimait que cette réparation serait appropriée, équitable et conforme au mandat de la formation du Conseil, étant donné que le personnel du Conseil avait appliqué ce critère au Soliris jusque’en 2015.

[47] Selon la formation du Conseil, les rabais qu’Alexion avait fournis aux provinces et à d’autres parties ne justifiaient pas une réduction de l’excédent ou une compensation à cet égard. Elle a également rejeté l’argument selon lequel le coût lié à l’administration du médicament par injection devrait être pris en compte, car Alexion n’avait pas démontré que son prix englobait réellement ces coûts ni fait la preuve des coûts inclus dans le prix. Enfin, la formation du Conseil a estimé que le fait de ne

Alexion would have been permitted to take yearly CPI increases.

[48] The Panel concluded that the provisions of the Guidelines dealing with permitted offsets were appropriate. It rejected Alexion's arguments based on the law of expropriation, the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of United Mexican States and the Government of the United States of America*, December, 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2 (entered into force 1 January 1994), and the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, to the effect that the Panel could not interpret the *Patent Act* as allowing it to make an order based on methodology not in the Guidelines.

[49] The Panel emphasized that the Guidelines did not address remedies for excessive pricing and did not limit the Panel's available remedies.

[50] In a short subsequent decision, the Panel ordered Alexion to pay to Her Majesty the Queen in Right of Canada the amount of \$4 245 329.60 on or before December 8, 2017.

V. Issues

[51] The applicant has identified the following issues:

- A. Was the Panel's adoption of the LIPC test inconsistent with the *Patent Act* and therefore unreasonable?
- B. Was the Panel's refusal to give weight to CPI changes unreasonable?
- C. Was the Panel's refusal to consider provincial rebates unreasonable?

pas avoir tenu compte de l'inflation ne justifiait aucune compensation relativement à l'excédent, car cette approche supposait à tort qu'Alexion aurait été autorisée à hausser annuellement son prix en fonction de l'IPC.

[48] La formation du Conseil a conclu que les dispositions des lignes directrices portant sur les compensations permises étaient appropriées. Elle a rejeté les arguments d'Alexion qui étaient fondés sur le droit en matière d'expropriation, sur l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), et la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44, selon lesquels la formation ne pouvait pas interpréter la *Loi sur les brevets* de manière à ce qu'elle lui permette de rendre une ordonnance en se fondant sur une méthode qui n'était pas précisée dans les lignes directrices.

[49] La formation du Conseil a insisté sur le fait que les lignes directrices ne donnaient pas d'indications quant aux mesures de réparations applicables aux prix excessifs et qu'elles ne limitaient pas les réparations qu'il pouvait ordonner.

[50] Dans une courte décision subséquente, la formation du Conseil a ordonné à Alexion de verser à Sa Majesté la Reine du Canada la somme de 4 245 329, 60 \$ au plus tard le 8 décembre 2017.

V. Les questions en litige

[51] La demanderesse a soulevé les questions suivantes :

- A. La décision de la formation du Conseil de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas était-elle incompatible avec la *Loi sur les brevets* et donc déraisonnable?
- B. Le refus de la formation du Conseil de tenir compte des variations de l'IPC était-il déraisonnable?
- C. Le refus de la formation du Conseil de tenir compte des rabais provinciaux était-il déraisonnable?

D. Was it unreasonable for the Panel to order past “excess revenues” to be forfeited based on the HIPC test after conceding there was insufficient evidence on which to establish liability based on that test?

VI. Standard of Review

[52] A specialized tribunal’s decisions, including its interpretation and application of its home statute, will, subject to limited exceptions, be reviewed against a standard of reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 54–62). The parties agree that none of the exceptions identified in *Dunsmuir* arise here and that the Board is entitled to deference (*Celgene*, at paragraph 34).

[53] In conducting a reasonableness review, a reviewing court is required to consider whether the decision-making process reflects the elements of “justification, transparency and intelligibility” and whether the decision “falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at paragraph 47). It is not the court’s role to finely parse a decision for error. However, a reviewing court may intervene where the “decision is demonstrably unreasonable, even where the ultimate findings might be capable of being supported by the record” (*Whyte v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2013 BCCA 454, 51 B.C.L.R. (5th) 93, at paragraph 11).

VII. Analysis

A. *Was the Panel’s adoption of the LIPC test inconsistent with the Patent Act and therefore unreasonable?*

[54] Alexion submits that the Panel was required to consider and reach a determination on the question of excessive pricing by considering only the factors set out at subsection 85(1) of the Act. Of the factors identified at subsection 85(1), it was agreed by the parties and the Panel that only three factors were applicable: (1) the prices

D. Était-il déraisonnable de la part de la formation du Conseil d’ordonner la remise de l’« excédent » calculé à partir du prix international le plus élevé, après avoir concédé que les éléments de preuve ne permettaient pas de le faire intervenir pour établir le montant à payer?

VI. La norme de contrôle

[52] Les décisions d’un tribunal spécialisé, notamment sur l’interprétation ou l’application de sa propre loi constitutive, sont, sous réserve de rares exceptions, susceptibles de contrôle selon norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 54 à 62). Les parties conviennent qu’aucune des exceptions énoncées dans l’arrêt *Dunsmuir* ne s’applique en l’espèce et que le Conseil a droit à la déférence (*Celgene*, au paragraphe 34).

[53] Lorsqu’elle se livre à un tel contrôle, la cour de révision s’attache « à la justification [...], à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Le rôle de la cour ne consiste pas à passer la décision au peigne fin à la recherche d’une erreur. Toutefois, la cour de révision peut intervenir si la [TRADUCTION] « décision est manifestement déraisonnable, même lorsque les conclusions finales pourraient être appuyées par le dossier » (*Whyte v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2013 BCCA 454, 51 B.C.L.R. (5th) 93, au paragraphe 11).

VII. Analyse

A. *La décision de la formation du Conseil de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas était-elle incompatible avec la Loi sur les brevets et donc déraisonnable?*

[54] Alexion soutient que la formation du Conseil devait, pour répondre à la question de savoir si le prix était excessif, faire porter son examen uniquement sur les facteurs énoncés au paragraphe 85(1) de la Loi. Les parties et la formation du Conseil ont convenu du fait que, parmi ces facteurs, seuls trois étaient applicables : 1) le

at which the medicine has been sold in the relevant market; (2) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada; and (3) changes in the CPI (*Patent Act*, paragraphs 85(1)(a), (c), (d)). Alexion submits that in conducting the international price comparison, the Panel was limited to a consideration of the prices contained in Alexion's filings of the price of Soliris in the seven comparator countries identified in the Regulations. Alexion further notes that during the relevant period, the Guidelines provided that a presumption of excessive pricing would only arise where the Canadian price exceeded the MIPC on introduction or the HIPC thereafter.

[55] Alexion argues that, in adopting and applying the LIPC test to conclude that the price of Soliris was excessive, the Panel erred by: (1) adopting a test that was inconsistent with the Act and the Regulations; (2) failing to give due consideration to the Guidelines; and (3) generating reasons that fail the transparency, intelligibility, and justification standard. I will address each of these alleged errors.

- (1) Did the Panel err by adopting a test that was inconsistent with the Act and the Regulations?

[56] Alexion argues that the LIPC test is plainly inconsistent with the language of the Act and the Board's statutory mandate. In advancing this argument, Alexion relies on the ordinary dictionary meaning of "excessive"—something that "exceeds 'what is usual, proper necessary or normal'"—to submit that the LIPC, a price that is lower than every single comparator except one, cannot, on the basis of common sense or logic, be considered excessive.

[57] Alexion argues that Parliament did not intend that the Board routinely intervene on the pricing of patented medicines. It submits, relying on *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135 (*Pfizer*), that Parliament did not establish a general

prix de vente du médicament sur un tel marché; 2) le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger; et 3) les variations de l'IPC (alinéa 85(1)a, c) et d) de la *Loi sur les brevets*). Alexion soutient que pour établir la comparaison avec les prix à l'étranger, la formation Conseil devait s'en tenir à l'examen des prix contenus dans les documents qu'elle lui avait présentés sur le prix du Soliris dans les sept pays de comparaison précisés dans le Règlement. Alexion ajoute que, durant la période pertinente, les lignes directrices prévoyaient que la présomption du caractère excessif naissait uniquement si le prix canadien dépassait la MPI au moment du lancement ou le prix international le plus élevé par la suite.

[55] Alexion fait valoir qu'en retenant et en appliquant le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas pour conclure que le prix du Soliris était excessif, la formation du Conseil a commis les erreurs suivantes : 1) elle a retenu un critère qui n'était pas conforme à la Loi et au Règlement; 2) elle n'a pas tenu dûment compte des lignes directrices; et 3) elle a rendu des motifs qui ne répondent pas à la norme de transparence, d'intelligibilité et de justification. J'aborderai chacune de ces erreurs alléguées.

- 1) La formation du Conseil a-t-elle retenu à tort un critère qui n'était pas conforme à la Loi et au Règlement?

[56] Alexion affirme que le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas est manifestement incompatible avec le libellé de la Loi et avec le mandat que la Loi confie au Conseil. Au soutien de son argument, Alexion se fonde sur le sens ordinaire du terme « excessif » que donnent les dictionnaires — à savoir, quelque chose qui [TRADUCTION] « dépasse "ce qui est habituel, approprié, nécessaire ou normal" » — pour affirmer qu'on ne saurait rationnellement ou logiquement qualifier d'excessif le prix international le plus bas, lequel est inférieur à celui de chacun des pays de comparaison, sauf un.

[57] Alexion fait valoir que le législateur n'a jamais voulu que le Conseil modifie régulièrement le prix des médicaments brevetés. Se fondant sur la décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 719 (*Pfizer*), elle affirme que le régime mis sur pied par

price control regime, which would intrude on provincial jurisdiction, but rather implemented a regime to avoid excessive or unreasonable pricing that may result from abuse of the patent monopoly.

[58] Alexion further submits that the LIPC test is inconsistent with the apparent intent of the Regulations, which identify seven comparator countries. The LIPC test does not provide a comparative basis upon which to conclude a price is excessive and does not control for idiosyncratic factors unique to the low-price country.

[59] In adopting the LIPC test, the Panel noted that the Act does not define an “excessive” price. On this basis, it concluded that Parliament had contemplated different tests and approaches for different patented medicines and that the Panel had broad discretion in determining the question. This conclusion is not inconsistent with the Act; it reflects the discretion provided to the Board in section 83 of the Act to form an opinion on excessive pricing after considering the factors set out at section 85. This authority was also recognized by Justice Pierre Blais in *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174 (*Leo Pharma*), at paragraph 18:

...Section 85 of the Act lists a series of factors to be considered by the Board, but does not specify how these factors should be used or weighed by the Board, nor does it specify the circumstances in which the price will be considered excessive. As the Board noted in its decision: “performing a comparison does not dictate a conclusion that must result from the comparison”. [Emphasis added.]

[60] In forming an opinion as to whether a medicine is selling at an excessive price, a panel is not required to apply any defined test. In other words, there is no correct test. While Alexion does not take issue with this, it does argue that there is an *incorrect* test. I disagree. Alexion

le législateur n’est pas un régime général de contrôle des prix, lequel empiéterait sur la compétence provinciale, mais plutôt un régime visant à éviter l’établissement de prix excessifs ou déraisonnables qui pourraient découler de l’utilisation abusive du monopole que confère un brevet.

[58] Alexion ajoute que le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas ne correspond pas à l’objet apparent du Règlement, qui mentionne sept pays de comparaison. Ce critère ne prévoit ni une évaluation comparative qui permet de juger du caractère excessif d’un prix ni ne tient compte de la présence de facteurs singuliers propres au pays où le prix est bas.

[59] Avant de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas, la formation du Conseil a fait remarquer que la Loi ne définissait pas le caractère « excessif » du prix. Elle a conclu sur ce fondement que le législateur avait envisagé que différents critères et approches puissent s’appliquer à différents médicaments brevetés, et qu’elle jouissait d’un vaste pouvoir discrétionnaire pour trancher la question. Cette conclusion n’est pas incompatible avec la Loi; elle est l’expression du pouvoir discrétionnaire que l’article 83 confère au Conseil pour lui permettre de se former une opinion sur le caractère excessif d’un prix après avoir tenu compte des facteurs énoncés à l’article 85. Ce pouvoir a également été reconnu par le juge Pierre Blais dans la décision *Leo Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306 (*Leo Pharma*), au paragraphe 18 :

[...] L’article 85 énonce une série des facteurs dont le Conseil doit tenir compte, mais il ne donne pas de précisions quant à la manière dont le Conseil doit appliquer ces facteurs ou les apprécier. Il ne précise pas non plus dans quelles circonstances le prix sera considéré comme étant excessif. Ainsi que l’a indiqué le Conseil dans sa décision : [TRADUCTION] « même si une comparaison a été effectuée, il n’est pas obligatoire d’en adopter les conclusions ». [Non souligné dans l’original.]

[60] Pour se former une opinion sur la question de savoir si un médicament est vendu à un prix excessif, la formation du Conseil n’a pas l’obligation d’appliquer un critère particulier. En d’autres termes, il n’y a pas qu’un seul bon critère. Alexion n’affirme pas le contraire, mais

cites no authority to support its position. To find that the LIPC test is simply not available to a panel would, in effect, specify some circumstances in which the price of a drug would or would not be considered excessive. Such a result would be contrary to the broad discretion that the *Patent Act* extends to this expert tribunal and that is recognized in this Court's jurisprudence.

[61] In considering the question of whether the price of a drug is "excessive", a panel is required to consider drug pricing on a case-by-case basis and to consider the statutorily prescribed factors in light of the circumstances of the drug before it. Just as the Act and Regulations cannot be read as excluding a particular result, they cannot be read as excluding a particular test.

[62] The adoption of the LIPC test is not, on its face, inconsistent with the Act and the Regulations. Further, in selecting a particular test, a panel is not setting the price of a drug, which would intrude on provincial jurisdiction. Rather, it is determining which benchmark is appropriate in the context of a particular drug. In the absence of a legislated test this, in my view, is precisely what Parliament intended the Board to do.

- (2) Did the Panel fail to give due consideration to the Guidelines?

[63] Alexion argues that the Panel's departure from the Guidelines on the issue of the benchmark test was a reviewable error. Citing prior Board decisions, Alexion argues that although the Guidelines are not binding, they are an important means of ensuring fairness, consistency, and predictability. Alexion submits that the MIPC and HIPC benchmark tests set out in the Guidelines were relied on in establishing the introductory price for Soliris and that the Panel was required to give those tests due consideration in interpreting and applying the Act.

elle fait valoir qu'il existe un *mauvais* critère. Je ne suis pas de cet avis. Alexion ne fournit aucune source à l'appui de son argument. Conclure qu'il n'est tout simplement pas loisible à la formation de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas reviendrait en réalité à énoncer certaines circonstances dans lesquelles le prix d'un médicament serait jugé être ou ne pas être excessif. Un tel résultat serait contraire au vaste pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur les brevets* à ce tribunal spécialisé et reconnu dans la jurisprudence de notre Cour.

[61] Pour répondre à la question de savoir si le prix d'un médicament est « excessif », la formation du Conseil est tenu d'examiner le prix du médicament selon les circonstances qui lui sont propres et de tenir compte des facteurs prévus par la loi à la lumière de ces circonstances. La Loi et le Règlement ne peuvent être interprétés de manière à en exclure un résultat particulier, et ils ne peuvent être interprétés non plus de manière à exclure l'application d'un critère particulier.

[62] La décision de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas n'est pas, à première vue, incompatible avec la Loi et le Règlement. De plus, en décidant du critère à appliquer, la formation du Conseil ne fixe pas le prix du médicament, ce qui empiéterait sur la compétence provinciale. Elle choisit plutôt l'élément de référence qui convient dans le contexte d'un médicament donné. En l'absence d'un critère prévu par la loi, j'estime que c'est précisément ce que le législateur voulait que le Conseil fasse.

- 2) La formation du Conseil a-t-elle omis de tenir dûment compte des lignes directrices?

[63] Selon Alexion, la formation du Conseil a commis une erreur susceptible de contrôle parce qu'elle n'a pas suivi les lignes directrices sur la question du point de référence à retenir. Alexion cite des décisions du Conseil pour affirmer que, même si les lignes directrices ne sont pas contraignantes, elles constituent un moyen important d'assurer l'équité, l'uniformité et la prévisibilité. Elle soutient que les critères qui font intervenir la MPI et le prix international le plus élevé, dont il est question dans les lignes directrices, ont été retenus pour établir le prix

[64] Alexion states that departing from established guidelines in the absence of substantial and compelling reasons is a factor of significance when assessing whether an exercise of discretion was unreasonable (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 72). Alexion argues the Panel's finding that the LIPC test was the appropriate benchmark for determining whether the price of Soliris was excessive was a significant departure from Guidelines, which renders the Panel's exercise of discretion unreasonable. I disagree.

[65] It is clear that the Guidelines are not binding (*Patent Act*, subsection 96(4)). While the Panel is required to adopt a rationale, approach, or methodology when considering the section 85 factors, that approach "may be ad hoc or may be derived from the Board's Guidelines" (*ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board*, 1996 CanLII 11903, 119 F.T.R. 114 (F.C.T.D.), at paragraph 6).

[66] The Panel acknowledged that the Guidelines measured pricing against the MIPC test on the introduction of Soliris and that they applied the HIPC test or the CPI test on a going-forward basis. It addressed key principles relating to the Guidelines and their application as set out in prior Board decisions [at paragraph 116]: (1) the Guidelines are advisory in nature, but a panel must give them "due consideration in light of their provenance and the role that they play in assisting patentees in the application of the provisions of the *Patent Act*"; (2) the certainty and consistency promoted by the Guidelines need to be balanced against the requirement to remain flexible and adopt fact-specific solutions when addressing excessive pricing questions; (3) a panel must be satisfied that the Guidelines appropriately implement the Act, as they will not be presumed to do so; and (4) the evidence, the submissions received, and the panel's own

de lancement du Soliris, et que la formation devait en tenir dûment compte dans son interprétation et son application de la Loi.

[64] Alexion affirme que le fait de déroger à des lignes directrices établies sans avoir des raisons sérieuses et impérieuses de le faire constitue un facteur important pour évaluer si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire était déraisonnable (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 72). Alexion fait valoir que la conclusion de la formation du Conseil, selon laquelle le prix international le plus bas était le point de référence approprié pour juger du caractère excessif du Soliris, dérogeait sensiblement aux lignes directrices et qu'en conséquence, elle démontre que la formation a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable. Je ne suis pas d'accord.

[65] Il est clair que les directives ne sont pas contraignantes (paragraphe 96(4) de la *Loi sur les brevets*). Même si la formation du Conseil est tenu de faire passer son examen des facteurs prévus à l'article 85 sur un raisonnement, une approche ou une méthodologie, cette approche « peut être élaboré[e] pour chaque cas d'espèce ou découler des lignes directrices du Conseil » (*ICN Pharmaceuticals Inc. c. Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés*, 1996 CanLII 11903, [1996] A.C.F. n° 1112 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 6).

[66] La formation du Conseil a reconnu que le point de référence utilisé dans les lignes directrices, pour établir le prix du Soliris durant la période de lancement, était la MPI, mais que ceux qu'elles utilisaient après cette période étaient soit le prix international le plus élevé soit le prix rajusté selon l'IPC. Elle a abordé les principes clés au sujet des lignes directrices et de leur application énoncés dans la jurisprudence du Conseil : 1) les lignes directrices ont une valeur indicative, mais une formation du Conseil [au paragraphe 116] « en tiendra compte en raison de leur provenance et du rôle qu'elles jouent pour aider [les brevetés] à appliquer les dispositions de la [*Loi sur les brevets*] »; 2) une formation du Conseil doit, pour répondre aux questions à examiner relativement à l'évaluation du prix excessif, établir un équilibre entre la certitude et l'uniformité préconisées par les lignes directrices, d'une part, et la nécessité de faire preuve de souplesse et

expertise may be considered in assessing whether the Guidelines may be appropriately applied (*In the matter of the Patent Act R.S.C. 1985, c. P-4, as amended and in the matter of Leo Pharma Inc. (the “Respondent”) and the medicine “Dovobet”* (19 April 2006), PMPRB-04-D2-DOVOBET; *In the matter of the Patent Act R.S.C. 1985, c. P-4, as amended and in the matter of Shire BioChem Inc. (the “Respondent”) and the medicine “Adderall XR”* (10 April 2008), PMPRB-06-D3-ADDERALL XR). The Panel further noted that guidelines cannot fetter a tribunal’s discretion nor can they prevail over the Act and the Regulations (*Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1155, 69 C.P.R. (3d) 129 (*Teva Neuroscience*), at paragraph 32; *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249, 390 D.L.R. (4th) 691 (*Sandoz*), at paragraph 75).

[67] The Panel addressed the arguments made in support of the position that it was not open to the Panel to deviate from the benchmark tests in the Guidelines. It found [at paragraph 126] that Alexion “was given a full and fair opportunity to respond to the amendments” seeking to apply the LIPC test and concluded that the application of the Guidelines by Board staff to determine an initial price for Soliris did not estoppel the Panel from adopting a different benchmark in an excessive price hearing.

[68] The Panel also detailed its reasons for concluding the LIPC test was the appropriate benchmark against which to determine the question of “excessive” pricing for Soliris as part of its section 85 analysis. Alexion takes issue with the reasonableness of the Panel’s section 85 analysis and these arguments are addressed below. I am, however, satisfied that in considering the benchmark against which to assess the issue of excessive pricing, the Panel gave due consideration to the Guidelines and

de présenter des solutions adaptées aux faits de l’affaire, d’autre part; 3) une formation doit être convaincu que les lignes directrices permettent d’appliquer adéquatement la Loi, car il ne sera pas présumé que c’est le cas; et 4) les éléments de preuve, les observations reçues et la propre expertise des conseillers pourraient être pris en considération au moment d’évaluer si les lignes directrices peuvent être appliquées adéquatement (*Dans l’affaire de la Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version modifiée et dans l’affaire de LEO Pharma Inc. (l’« intimée ») et son médicament « Dovobet »* (19 avril 2006), CEPMB-04-D2-DOVOBET; *Dans l’affaire de la Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version modifiée et dans l’affaire de Shire BioChem Inc. (l’« intimée ») et de son médicament « Adderall XR »* (10 avril 2008), CEPMB-06-D3-ADDERALL XR). La formation du Conseil a également souligné que les lignes directrices ne peuvent pas limiter le pouvoir discrétionnaire d’un tribunal ni l’emporter sur la Loi et le Règlement (*Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1155 (*Teva Neuroscience*), au paragraphe 32; *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249 (*Sandoz*), au paragraphe 75).

[67] La formation du Conseil a examiné les arguments appuyant la position selon laquelle il ne lui était pas loisible de déroger aux points de référence prévus dans les lignes directrices. Après avoir indiqué qu’Alexion [TRANSDUCTION] « avait eu pleinement et équitablement la possibilité de réagir aux modifications » [au paragraphe 126] visant à faire intervenir le prix international le plus bas, elle a conclu que l’utilisation des lignes directrices par le personnel du Conseil afin de déterminer le prix initial du Soliris ne l’empêchait pas de choisir un autre point de référence dans le cadre d’une audience quant au prix excessif.

[68] En outre, la formation du Conseil a justifié de manière détaillée sa conclusion selon laquelle le prix international le plus bas était le point de référence approprié pour juger du caractère « excessif » du prix du Soliris dans le cadre de son analyse fondée sur l’article 85. Alexion conteste le caractère raisonnable de l’analyse effectuée par la formation conformément à l’article 85, et ces arguments sont abordés plus bas. J’estime toutefois que pour retenir le point de référence qui lui permettrait de juger du

provided substantial and compelling reasons in support of its decision to depart from the Guidelines. The Panel did not err in this respect.

- (3) Generating reasons that fail the transparency, intelligibility, and justification standard

[69] Alexion takes issue with the Panel’s reasons for applying the LIPC test to Soliris and submits that neither fact nor precedent support the Panel’s conclusions that:

- (a) the price of Soliris in the U.K. (the lowest of the comparator countries) had been “under attack for being unreasonable” [at paragraph 162];
- (b) there was a rational connection between the price of Soliris in the U.S. and the adoption of the LIPC test;
- (c) the Canadian price was higher than the U.S. price in 2016; and
- (d) the Board’s mandate extended beyond the prevention of price abuse by patentees to include ensuring patented medicines can be obtained by Canadians at reasonable prices.

[70] Alexion argues that in finding the price of Soliris in the U.K. “has been under attack for being unreasonable” and that “permitting Alexion to sell at a price [in Canada] up to the UK price is generous to Alexion” [at paragraph 162] the Panel relied on and unreasonably interpreted guidance issued in 2015 by the U.K. National Institute for Health and Care Excellence relating to the use of Soliris in the treatment of aHUS (NICE Report) [*Ecuzumab for treating atypical haemolytic uraemic syndrome: Highly specialised technologies guidance*, 28 January 2015]. Alexion submits the authors of the NICE Report did not find the price was unreasonable. Instead, the authors found they “had not been presented with enough justification for the high cost per patient of

caractère excessif du prix, la formation du Conseil a tenu dûment compte des lignes directrices et elle a appuyé sa décision de déroger aux lignes directrices sur des raisons sérieuses et impérieuses. La formation n’a pas commis d’erreur à cet égard.

- 3) Les motifs rendus ne répondent pas à la norme de transparence, d’intelligibilité et de justification

[69] Alexion conteste les motifs de la formation du Conseil justifiant sa décision d’appliquer au Soliris le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas, et elle affirme que ni les faits ni la jurisprudence n’appuient les conclusions de la formation selon lesquelles :

- a) le prix du Soliris au R.-U. (le plus bas des pays de comparaison) était [TRADUCTION] « critiqué parce qu’il était déraisonnable » [au paragraphe 162];
- b) il existait un lien rationnel entre le prix du Soliris aux É.-U. et l’application du critère qui fait intervenir le prix international le plus bas;
- c) le prix au Canada était plus élevé que le prix aux É.-U. en 2016;
- d) le mandat du Conseil dépasse la prévention contre l’établissement de prix abusifs par les brevetés, car il permet également de veiller à ce que les Canadiens puissent obtenir des médicaments brevetés à des prix raisonnables.

[70] Alexion fait valoir que la conclusion de la formation du Conseil [au paragraphe 162] portant que le prix du Soliris au R.-U. [TRADUCTION] « est critiqué parce qu’il est déraisonnable » et que « c’est faire preuve de générosité envers Alexion que de lui permettre de vendre son médicament à un prix [au Canada] qui se situe dans les limites de celui du R.-U. » repose sur les lignes directrices publiées en 2015 par le National Institute for Health and Care Excellence du Royaume-Uni relativement à l’utilisation du Soliris dans le traitement du SHUa (rapport du NICE) [*Ecuzumab for treating atypical haemolytic uraemic syndrome: Highly specialised technologies guidance*, 28 janvier 2015], qu’il a mal interprétées. Alexion soutient que les auteurs du rapport du NICE ne sont pas

[Soliris] or for the overall cost of [Soliris] with reference to what could be expected to be reasonable in the context” [Nice Report, at section 5.18]. Alexion further submits that it was unreasonable for the Panel to place any weight on the NICE Report as the Panel did not engage in any analysis of the basis for the report’s findings or the validity and applicability of those findings to the Canadian context. Alexion notes that the NICE Report was limited to a consideration of the use of Soliris in the treatment of aHUS only and that there was no basis to conclude the NICE Report’s statements would have been made in the context of the treatment of PNH.

[71] In concluding that the reasonableness of the price of Soliris was under attack in the U.K., the Panel recognized that the NICE Report was limited to a consideration of the price of Soliris in the treatment of aHUS only. The Panel also acknowledged that it was unable to comment on whether or not the price of Soliris in the U.K. context was excessive. It is also evident upon a review of the NICE Report [at section 5.11] as a whole that the cost of Soliris was of concern to the authors, that the cost had not been justified, and that the cost of Soliris was “materially higher than the overall cost of other highly specialised technologies.”

[72] There was also evidence before the Panel to the effect that a price in one comparator jurisdiction can provide a reasonable perspective on costs and rate of return in another. This evidence is consistent with the Panel’s conclusion [at paragraph 162] that the NICE Report “suggests” that allowing Soliris to be sold in Canada at a price up to the U.K. price “is generous to Alexion”.

[73] The Panel is owed deference on a reasonableness review. The fact that there may be alternative reasonable interpretations to be given to evidence does not, in

arrivés à la conclusion que le prix était déraisonnable. Ils étaient plutôt d’avis que [TRADUCTION] « les éléments qui leur ont été présentés n’étaient pas suffisants pour justifier le coût élevé par patient du [Soliris] ou le coût général du [Soliris] par rapport à ce qui pourrait être considéré comme raisonnable dans le contexte » [rapport du NICE, section 5.18]. Alexion ajoute qu’il était déraisonnable pour la formation du Conseil d’accorder une quelconque valeur au rapport du NICE, sans avoir analysé les motifs sur lesquels sont fondées les conclusions du rapport ou sans avoir examiné la validité et l’applicabilité de ces conclusions dans le contexte canadien. Alexion souligne que le rapport du NICE ne s’en tenait qu’à un examen de l’utilisation du Soliris dans le traitement du SHUa et que rien ne permettait de conclure que les mêmes observations auraient été faites dans le contexte du traitement de l’HPN.

[71] Lorsqu’il a conclu que le caractère raisonnable du prix du Soliris faisait l’objet de critiques au R.-U., la formation du Conseil a reconnu que le rapport du NICE ne s’en tenait qu’à un examen du prix de ce médicament dans le traitement du SHUa. Il a également reconnu qu’il n’était pas en mesure de faire des observations sur la question de savoir si le prix du Soliris était excessif dans le contexte de ce pays. Par ailleurs, l’examen de ce rapport dans son ensemble révèle de manière évidente que le coût du Soliris préoccupait les auteurs, que ce coût n’avait pas été justifié et qu’il était [TRADUCTION] « beaucoup plus élevé que le coût général des autres technologies hautement spécialisées » [section 5.11].

[72] La formation du Conseil disposait également d’éléments de preuve démontrant que le prix dans un pays de comparaison peut offrir un point de vue raisonnable quant aux coûts et au taux de rendement dans un autre. Ces éléments de preuve se concilient avec la conclusion de la formation [au paragraphe 162] selon laquelle le rapport du NICE [TRADUCTION] « indique » que le fait de permettre la vente du Soliris au Canada à un prix qui se situe dans les limites de celui du R.-U. équivaut à [TRADUCTION] « faire preuve de générosité envers Alexion ».

[73] La déférence envers la formation du Conseil est de mise lors d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Le fait que les éléments de preuve puissent

itself, render a finding unreasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraphs 15, 17). I am unable to conclude that the Panel unreasonably interpreted the NICE Report or came to an unreasonable conclusion on pricing as a result.

[74] Similarly, Alexion's submissions to the effect that the Panel unreasonably concluded that its willingness to supply the U.S. market at a lower price than Canada indicated the Canadian price was "excessive" and justified the adoption of the LPC test are not persuasive. The Panel relied on evidence, including the testimony of three experts, to the effect that pharmaceuticals have generally been priced lower in Canada than in the United States. Based on this evidence, the Panel noted [at paragraph 164] that "one would expect the price of Soliris in Canada to have been lower than the price in the US, which it was not". The Panel then cited the expert evidence of Drs. Addanki and Schwindt to the effect that the willingness of Alexion to supply the U.S. market at a lower price than the Canadian price indicated the Canadian price may be excessive. The Panel agreed with the experts on this point, a conclusion that was reasonably available to it.

[75] Alexion points to the Panel's factual error in finding that the price for Soliris in Canada remained 20 percent higher than in the U.S. in early 2016 when in fact it was 20 percent lower. The error is not disputed; Dr. Addanki's expert evidence, upon which the Panel relied, is clear the price of Soliris in the U.S. did exceed the Canadian price beginning in late 2014, towards the end of the period reviewed. However, Dr. Addanki's evidence also indicated that, on average, expensive medicines are 220 percent more expensive in the U.S. than in Canada and that even at the 20 percent maximum differential he observed in early 2016, he was of the view that the price of Soliris in Canada was higher than he would have expected.

se prêter à d'autres interprétations raisonnables ne rend pas, en soi, une décision déraisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, aux paragraphes 15 et 17). Je ne puis conclure que la formation du Conseil a donné au rapport du NICE une interprétation déraisonnable ou qu'en conséquence de son interprétation, sa conclusion quant au prix déraisonnable.

[74] De même, je ne trouve pas convaincants les arguments d'Alexion selon lesquels il était déraisonnable pour la formation de conclure que le fait qu'elle soit disposée à approvisionner le marché américain à un prix inférieur à celui du Canada indiquait que le prix canadien était « excessif » et justifiait l'application du critère qui fait intervenir le prix international le plus bas. La formation du Conseil s'est fondé sur les éléments de preuve, dont le témoignage de trois experts, selon lesquels le prix des produits pharmaceutiques est généralement plus bas au Canada qu'aux États-Unis. Tenant compte de ces éléments de preuve, la formation du Conseil [au paragraphe 164] a fait remarquer qu'[TRADUCTION] « on se serait attendu à ce que le prix du Soliris au Canada soit moins élevé qu'aux É.-U., mais [que] ce n'était pas le cas ». La formation du Conseil a ensuite cité le témoignage d'expert de MM. Addanki et Schwindt, selon lesquels le fait qu'Alexion était disposée à approvisionner le marché américain à un prix inférieur à celui du Canada montrait que le prix canadien pouvait être excessif. La formation a souscrit à l'opinion des experts sur ce point, et cette conclusion fait partie des conclusions raisonnables qu'elle pouvait tirer.

[75] Alexion souligne que la formation du Conseil a commis une erreur de fait lorsqu'elle a conclu que le prix du Soliris au Canada était de 20 p. 100 supérieur à celui des É.-U. au début de 2016, alors qu'en fait, il était de 20 p. 100 inférieur. L'erreur n'est pas contestée; M. Addanki indique clairement dans son témoignage d'expert, sur lequel la formation du Conseil s'est fondé, que le prix du Soliris aux É.-U. dépassait le prix au Canada dès la fin de 2014, soit vers la fin de la période visée par l'examen. Or, M. Addanki a également indiqué dans son témoignage qu'en moyenne, les médicaments coûteux aux É.-U. sont plus chers qu'au Canada dans une proportion de 220 p. 100 et que même en tenant compte

[76] Modest or inconsequential errors that do not impact upon the overall result do not warrant a court's intervention on judicial review (*Zhan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 822, [2011] 4 F.C.R. 267, at paragraph 50). The Panel's error in this matter was not consequential and does not undermine the reasonableness of the Panel's overall findings.

[77] Alexion also submits that the Panel misread the Supreme Court of Canada's decision in *Celgene* in broadly interpreting the Board's mandate as ensuring reasonable drug prices for Canadians. In Alexion's view, the Board's mandate is much narrower: the prevention of price abuse. It is submitted that in adopting a broad and erroneous interpretation of the Board's mandate, the Panel relied on factors that were irrelevant to its subsection 85(1) analysis and gave no weight to other factors that should have informed its analysis. I disagree.

[78] In making reference to the Board's consumer protection role, the Panel acknowledged its mandate as expressed in *Celgene*. In doing so, it did not limit itself to a consideration of a passage from *Hansard*, as alleged. Rather, it recognized that in conducting its section 85 analysis, it was required to consider "the Board's role in ensuring that all Canadians are able to obtain patented medicines at 'reasonable prices' and that prices of patented medicines do not rise to 'unacceptable levels'" [Panel decision, paragraph 108], citing paragraphs 27 and 28 of *Celgene*. The consumer protection aspect of the Board's mandate has long been recognized, and this aspect of the Board's function is not, in my opinion, inconsistent or incompatible with the objective of preventing price abuse by patentees.

de l'écart maximal de 20 p. 100 qu'il avait observé au début de 2016, il était d'avis que le prix du Soliris au Canada était plus élevé que ce à quoi il se serait attendu.

[76] Les erreurs mineures ou sans conséquence qui n'influent pas sur le résultat général ne justifient pas l'intervention de la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire (*Zhan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 822, [2011] 4 R.C.F. 267, au paragraphe 50). L'erreur commise par la formation du Conseil à cet égard était sans conséquence et ne mine pas le caractère raisonnable de ses conclusions générales.

[77] Alexion soutient également que la formation du Conseil a mal interprété l'arrêt *Celgene* de la Cour suprême du Canada parce qu'elle a donné une interprétation libérale à son mandat qui consiste à veiller à ce que les Canadiens obtiennent des médicaments à un prix raisonnable. Alexion est d'avis que le mandat du Conseil est bien plus restreint, car il ne concerne que la prévention contre les prix abusifs. Elle soutient que la formation du Conseil a fait reposer l'interprétation large et erronée qu'elle a donnée à son mandat sur des facteurs qui n'étaient pas pertinents pour son analyse fondée sur le paragraphe 85(1) et qu'elle n'a accordé aucune importance à d'autres facteurs qui auraient dû étayer son analyse. Je ne suis pas d'accord.

[78] En soulignant son rôle en matière de protection des consommateurs, la formation a reconnu son mandat tel qu'il était décrit dans l'arrêt *Celgene*. Elle ne s'en est donc pas tenu uniquement à l'examen d'un passage du *Hansard*, comme on le lui reprochait. Elle a plutôt reconnu que, dans le cadre de son analyse fondée sur l'article 85, elle devait tenir compte du fait que [TRADUCTION] « le rôle du Conseil consiste à veiller à ce que tous les Canadiens puissent obtenir des médicaments brevetés à des "prix raisonnables" et à ce que le prix de ces médicaments n'atteigne pas des "niveaux inacceptables" » [décision du Conseil, au paragraphe 108], selon les paragraphes 27 et 28 de l'arrêt *Celgene*. L'aspect lié à la protection des consommateurs du mandat du Conseil est reconnu depuis longtemps, et cet aspect de son rôle n'est, à mon avis, ni inconciliable ni incompatible avec l'objectif de prévention contre l'établissement de prix abusifs par les brevetés.

[79] Alexion seeks to draw a distinction between “non-excessive” pricing and “reasonable” pricing. These concepts are not necessarily mutually exclusive. “Reasonable” is defined in the Merriam-Webster dictionary as “being in accordance with reason ... not extreme or excessive ... moderate, fair” (*Merriam-Webster Dictionary*, sub verbo “reasonable” (online: <www.merriam-webster.com>)). Upon a reading of the Panel’s decision as a whole, it is evident that the Panel understood that the issue before it was “[i]s or was the price of Soliris excessive within the meaning of sections 83 and 85 of the *Patent Act*” [at paragraph 106]. Having clearly set out its role, the Panel did not err in using the terms “reasonable price” and “non-excessive price” interchangeably.

[80] I agree with Alexion’s submissions to the effect that the *Patent Act* does not empower the Board to set a pharmaceutical price at whatever level it considers reasonable. A panel is tasked with ensuring that a price is not excessive. Alexion points to the Panel’s statement to the effect that it could see no justification as to why Canadians should not have the benefit of the lowest price paid for Soliris in any of the comparator countries to argue the Panel ignored its primary purpose of preventing price abuse.

[81] I do not share Alexion’s interpretation of the Panel’s statement. The statement is made in the context of the Panel’s comparator countries analysis, after having considered and addressed the price comparison evidence and having concluded that the LIPC test was the appropriate excessive pricing benchmark in this case. The Board did not seek to determine a reasonable price for Soliris; instead, it sought and established a non-excessive price benchmarked against the comparator countries. Having done so, it then observed that the evidence had failed to disclose any justification for a higher price in Canada and noted the impact of the high cost of Soliris on provincial budgets. These observations do not undermine the reasonableness of the Panel’s conclusion that the LIPC

[79] Alexion tente de faire une distinction entre un prix [TRADUCTION] « non excessif » et un prix [TRADUCTION] « raisonnable ». Ces notions ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives. Selon la définition du dictionnaire Merriam-Webster, le terme « raisonnable » signifie [TRADUCTION] « conforme à la raison [...] ni extrême ni excessif [...] modéré, équitable » (*Merriam-Webster Dictionary*, sous la rubrique « *reasonable* » (en ligne : <www.merriam-webster.com>)). À la lecture de la décision de la formation du Conseil dans son ensemble, il est évident qu’elle a compris que la question qu’elle devait trancher était la suivante : [TRADUCTION] « Le prix du Soliris est-il ou était-il excessif au sens des articles 83 et 85 de la *Loi sur les brevets*? » [au paragraphe 106]. La formation, qui avait clairement précisé son rôle, n’a pas employé à tort les termes [TRADUCTION] « prix raisonnable » et [TRADUCTION] « prix non excessif » de façon interchangeable.

[80] Je souscris aux observations d’Alexion selon lesquelles la *Loi sur les brevets* n’habilite pas le Conseil à fixer le prix d’un médicament au taux qu’il juge lui-même être raisonnable. Une formation du Conseil est chargée de veiller à ce que le prix ne soit pas excessif. Alexion s’appuie sur le fait que la formation de Conseil a affirmé qu’elle ne voyait aucune raison pour laquelle les Canadiens ne devraient pas profiter du prix d’achat le plus bas pour le Soliris parmi tous les pays de comparaison, pour affirmer que la formation du Conseil a ignoré son objectif premier qu’est la prévention contre les prix abusifs.

[81] Je ne souscris pas à la manière dont Alexion interprète les remarques de la formation du Conseil. La formation a fait ces remarques dans le contexte de son analyse des pays de comparaison, après son examen et son appréciation des éléments de preuve relatifs à la comparaison des prix et après avoir conclu que le prix international le plus bas était le point de référence qui convenait pour juger du caractère excessif du prix en l’espèce. La formation du Conseil n’a pas cherché à déterminer un prix raisonnable pour le Soliris; elle a plutôt cherché à arrêter un prix de référence non excessif pour faire les rapprochements nécessaires avec les pays de comparaison. C’est seulement ensuite qu’elle a fait remarquer que les éléments de preuve ne justifiaient pas un prix plus élevé au

test is the appropriate excessive pricing benchmark in this case.

[82] I am also not persuaded that the Panel erred in noting Dr. Schwindt's evidence to the effect that the price charged in one comparator country can allow one to conclude that the patentee is covering costs and earning a normal rate of return. In Alexion's view, the Panel essentially considered the costs of making and marketing Soliris under subsection 85(2) of the Act, when the Panel had stated it would not have regard to that factor. I disagree. This appears to be a common sense conclusion that falls well short of a consideration of the costs of making and marketing medicine as contemplated at subsection 85(2).

[83] Alexion further argues that the Panel erred in concluding that its conduct was irrelevant to the Panel's excessive price determination under subsection 85(1). Alexion states that, having taken the position that Alexion's conduct was irrelevant, the Panel also failed to give any weight to relevant factors relating to its conduct. This included but was not limited to the fact that the price of Soliris had not been increased in Canada since introduction and, after inflation, had in fact decreased in cost by approximately 10 percent. The Panel's alleged failure to give weight to the fact that Alexion did not increase the price of Soliris to keep pace with inflation is addressed below.

[84] In concluding Alexion's conduct was irrelevant to its excessive pricing analysis, the Panel relied on the Federal Court of Appeal's decision in *Sandoz*. In that case, the Court held that a panel reasonably concluded that the purpose of sections 79 to 103 of the *Patent Act* was to protect consumers from excessive pricing and that the mischief might arise in circumstances without the patent owner itself charging excessive prices (*Sandoz*, at paragraphs 65, 67).

Canada et qu'elle a souligné l'incidence du coût élevé du Soliris sur les budgets provinciaux. Ces observations ne minent pas le caractère raisonnable de la conclusion de la formation du Conseil, selon laquelle le prix international le plus bas était le pont de référence qui convenait pour juger du caractère excessif du prix en l'espèce.

[82] J'estime également que la formation du Conseil n'a pas souligné à tort le témoignage de M. Schwindt, qui a affirmé que le prix exigé dans un pays de comparaison peut permettre de conclure que le breveté couvre ses frais et obtient un taux de rendement normal. Du point de vue d'Alexion, la formation a essentiellement examiné les coûts de réalisation et de mise en marché du Soliris conformément au paragraphe 85(2) de la Loi, alors qu'elle avait affirmé qu'elle ne tiendrait pas compte de ce facteur. Je ne suis pas de cet avis. Cette conclusion semble logique et est loin de constituer une prise en considération des coûts de réalisation et de mise en marché du médicament aux fins du paragraphe 85(2).

[83] De plus, Alexion fait valoir que la formation du Conseil a conclu à tort que la conduite de la société n'était pas pertinente pour juger du caractère excessif du prix conformément au paragraphe 85(1). Selon Alexion, comme la formation était d'avis que sa conduite n'était pas pertinente, elle n'a également accordé aucun poids aux facteurs pertinents liés à sa conduite, notamment : le fait que le prix du Soliris n'avait pas été augmenté au Canada depuis son lancement et que, compte tenu de l'inflation par la suite, son coût avait en réalité diminué d'environ 10 p. 100. J'aborderai plus loin le défaut reproché à la formation de tenir compte du fait qu'Alexion n'avait pas augmenté le prix du Soliris en fonction de l'inflation.

[84] Pour en arriver à sa conclusion selon laquelle la conduite d'Alexion n'était pas pertinente pour l'analyse du prix excessif, la formation du Conseil s'est fondée sur l'arrêt *Sandoz* de la Cour d'appel fédérale, où la Cour a affirmé que le Conseil avait eu raison de conclure que l'objet des articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets* était de protéger les consommateurs contre les prix excessifs et que le méfait pouvait être causé dans certaines circonstances sans que le propriétaire du brevet lui-même exige des prix excessifs (*Sandoz*, aux paragraphes 65 et 67).

[85] Alexion argues that price abuse or “mischief” by definition requires a consideration of the patentee’s conduct. Alexion seeks to distinguish *Sandoz* and invites the Court to conclude that the Panel erred in failing to give any weight to Alexion’s conduct. The facts of *Sandoz* are distinguishable from those that were before the Panel in this case; however, this does not render unreasonable the Panel’s conclusion that patentee conduct was of little assistance in answering the excessive pricing question. The principle reflected in paragraphs 65 through 67 of *Sandoz*—it was reasonable for the Board to consider the mischief of excessive pricing by focusing on the persons in need of protection from such mischief rather than the patentee—was considered and applied by the Panel to the unique facts before it: a breakthrough drug with no alternative treatment available in the marketplace. The Panel’s conclusion that Alexion’s conduct in these circumstances was irrelevant to the determination of the excessive pricing question was reasonably available to it. It is trite to note that neither Alexion’s disagreement with the Panel’s interpretation of *Sandoz* nor the identification of an alternative reasonable interpretation renders the Panel’s approach unreasonable.

B. Was the Panel’s refusal to give weight to CPI changes unreasonable?

[86] Paragraph 85(1)(d) of the Act requires a panel to consider changes in the CPI. Alexion submits that the Panel erred by subsuming any consideration of CPI changes within its consideration of the LIPC test. In doing so, Alexion argues the Panel failed to give any independent weight to the fact that the price of Soliris in Canada had never increased, that in “real dollars” the price in Canada had decreased, and that the compliance issues that did arise were solely the result of exchange rate fluctuations. I disagree.

[85] Alexion fait valoir que, par définition, un prix abusif ou un « méfait » requiert la prise en compte de la conduite du breveté. Alexion invite la Cour à distinguer la présente affaire de celle examinée dans l’arrêt *Sandoz* et à conclure que la formation du Conseil a eu tort de n’accorder aucune importance à la conduite de la société. Une distinction peut être établie entre les faits de l’affaire *Sandoz* et ceux que la formation a examinés en l’espèce; toutefois, cette distinction ne rend pas déraisonnable la conclusion de la formation du Conseil selon laquelle la conduite du breveté était peu utile pour répondre à la question du prix excessif. Le principe illustré dans les paragraphes 65 à 67 de l’arrêt *Sandoz* — selon lequel il était raisonnable pour la formation du Conseil de tenir compte du méfait qu’était le prix excessif en mettant l’accent sur les personnes ayant besoin de protection contre ce méfait plutôt que sur le breveté — a été pris en considération et appliqué par la formation aux faits particuliers qui lui ont été présentés : un médicament considéré comme une découverte sans traitement de remplacement offert sur le marché. La formation du Conseil pouvait raisonnablement conclure que la conduite d’Alexion dans ces circonstances n’était pas pertinente pour répondre à la question du prix excessif. Il va de soi que ni le fait pour Alexion de s’opposer à l’interprétation de l’arrêt *Sandoz* faite par la formation ni le fait de proposer une autre interprétation raisonnable ne rendent déraisonnable l’approche adoptée par la formation.

B. Le refus de la formation du Conseil d’accorder du poids aux variations de l’IPC était-il déraisonnable?

[86] L’alinéa 85(1)d) de la Loi exige qu’une formation du Conseil tienne compte des variations de l’IPC. Alexion soutient que la formation du Conseil a eu tort de ne pas tenir compte de ces variations lorsqu’elle a décidé de retenir le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas. Selon Alexion, la formation du Conseil n’a donc accordé aucune valeur particulière au fait que le prix du Solaris au Canada n’avait jamais augmenté, qu’en [TRADUCTION] « dollars courants », le prix au Canada avait diminué et que les problèmes de conformité qui s’étaient posés découlaient uniquement des fluctuations du taux de change. Je ne suis pas d’accord.

[87] A panel is required to consider the factors identified in subsection 85(1) where information relevant to the factors is before it. There is no requirement that a panel weigh the factors in any particular manner. However, “each factor must be given some reasonable consideration, no factor can be ignored, nor can any one factor be given such dominance such that others are essentially irrelevant” (emphasis in original) (*Teva Neuroscience*, at paragraph 47).

[88] In addressing paragraph 85(1)(d), the Panel acknowledged Alexion’s position as it related to the CPI, noted that the price of Soliris had not changed since introduction, and referred to expert evidence to the effect that in “real dollars” the price had decreased due to inflation. The Panel engaged with the expert evidence, noted deficiencies in the analytical approach adopted by the experts, and concluded on this basis that the evidence was unhelpful. The Panel undertook a serious analysis of the CPI factor.

[89] Alexion argues that the Panel conflated the international price comparison analysis under paragraph 85(1)(c) and the CPI analysis under paragraph 85(1)(d) when it referenced the absence of price changes in the U.K. during the same period despite a positive rate of inflation in that jurisdiction. Again, I disagree. The Panel understood that the paragraphs 85(1)(c) and 85(1)(d) factors were distinct. It understood that the paragraph 85(1)(d) factor was to be considered in respect of Canadian prices, not prices in the comparator countries. The Panel’s reference to pricing in another jurisdiction, a reference that responded to expert evidence placed before it, does not support the view that the CPI analysis was subsumed into the price comparator analysis or that mere lip service was paid to paragraph 85(1)(d).

C. Was the Panel’s refusal to consider provincial rebates unreasonable?

[90] Relying on *Leo Pharma*, Alexion submits that, in finding the price of Soliris “excessive” and ordering

[87] Une formation du Conseil doit prendre en considération les facteurs énoncés au paragraphe 85(1), si elle dispose de renseignements pertinents par rapport à ces facteurs. Rien ne l’oblige à accorder du poids aux facteurs d’une manière particulière. Toutefois, elle « doit tenir raisonnablement compte de chaque facteur, [...] ne peut ignorer aucun d’entre eux et [...] ne peut accorder à l’un d’entre eux une importance qui a pour effet d’éclipser tous les autres » (souligné dans l’original) (*Teva Neuroscience*, au paragraphe 47).

[88] Lors de son examen fondé sur l’alinéa 85(1)d), la formation a reconnu que la position d’Alexion était juste en ce qui a trait à l’IPC, elle a pris acte du fait que le prix du Solaris n’avait pas changé depuis son lancement et elle a renvoyé aux témoignages d’expert, selon lesquels, en [TRADUCTION] « dollars courants », le prix avait diminué en raison de l’inflation. La formation du Conseil a examiné le témoignage des experts, souligné les lacunes dans l’approche analytique adoptée par ceux-ci et conclu qu’en conséquence, ces témoignages étaient inutiles. La formation du Conseil s’est livré à une analyse sérieuse du facteur lié à l’IPC.

[89] Alexion fait valoir que la formation du Conseil a combiné l’analyse fondée sur la comparaison du prix international prévue à l’alinéa 85(1)c) et celle fondée sur l’IPC prévue à l’alinéa 85(1)d) lorsqu’il a souligné l’absence de fluctuations du prix au R.-U. durant la même période, et ce, malgré un taux d’inflation positif dans ce pays. Là encore, je ne suis pas d’accord. La formation du Conseil comprenait que les facteurs prévus aux alinéas 85(1)c) et 85(1)d) était distincts. Elle savait que le facteur prévu à l’alinéa 85(1)d) devait être pris en compte relativement aux prix au Canada, et non à ceux dans les pays de comparaison. Le fait qu’elle renvoie au prix dans un autre pays — en réponse au témoignage d’expert qui lui avait été présenté — n’appuie pas le point de vue selon lequel l’analyse de l’IPC avait été intégrée à la comparaison des prix ou qu’aucun intérêt réel n’avait été porté à l’alinéa 85(1)d).

C. Le refus de la formation du Conseil de tenir compte des rabais provinciaux était-il déraisonnable?

[90] Se fondant sur la décision *Leo Pharma*, Alexion soutient que la conclusion de la formation du Conseil

Alexion to pay excess revenues, the Panel unreasonably refused to consider payments by Alexion to the provinces under PLAs between 2011 and 2013.

[91] In *Leo Pharma*, the Panel was asked to consider the applicant's free medicine distribution program in assessing the average transaction price for the medicine. Subsection 4(4) of the Regulations addresses the calculation of the average price of patented medicine and as currently drafted states:

4 (1) ...

...

(4) For the purposes of subparagraph (1)(f)(i),

(a) in calculating the average price per package of medicine, the actual price after any reduction given as a promotion or in the form of rebates, discounts, refunds, free goods, free services, gifts or any other benefits of a like nature and after deduction of the federal sales tax shall be used.

[92] The Panel in *Leo Pharma* declined to consider the impact of the free distribution program, finding it was not a genuine compassionate program but had been pursued following the commencement of a pricing investigation for the purpose of artificially reducing the drug's average transaction price. On judicial review, the Court noted [at paragraph 51] that although the Guidelines made reference to a "compassionate release program", the Regulations themselves made no reference to the purpose of a free distribution program. The Court found that there was a sufficient basis for the Panel to reasonably conclude that the free distribution program was not a genuine compassionate use program. However, Justice Blais held that the Regulations made no reference to a patentee's intent in this regard and provided clear direction on the calculation of average price. He concluded that the Regulations were drafted to provide patentees with an incentive to distribute free medicines by allowing them to include free distribution and rebate programs in the average price calculation, regardless of the intent

selon laquelle le prix du Soliris était « excessif » et l'ordonnance qu'elle a rendue l'enjoignant à payer un excédent signifient qu'elle a refusé, de manière déraisonnable, de tenir compte des paiements versés par Alexion aux provinces au titre des EIP conclues de 2011 à 2013.

[91] Dans l'affaire *Leo Pharma*, la formation du Conseil avait été invité à tenir compte du programme de distribution gratuite du médicament de la demanderesse pour évaluer le prix de transaction moyen du médicament. Le paragraphe 4(4) du Règlement prévoit le calcul du prix moyen des médicaments brevetés et son libellé actuel est le suivant :

4 (1) [...]

[...]

(4) Pour l'application du sous-alinéa (1)(f)(i) :

a) le prix après déduction des réductions accordées à titre de promotion ou sous forme de rabais, escomptes, remboursements, biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables et après déduction de la taxe de vente fédérale doit être utilisé pour le calcul du prix moyen par emballage dans lequel le médicament était vendu;

[92] Dans la décision *Leo Pharma*, la formation du Conseil a refusé de tenir compte de l'incidence du programme de distribution gratuite, car elle estimait qu'il s'agissait non pas d'un programme humanitaire authentique, mais plutôt d'un programme mis en œuvre à la suite d'une enquête sur le prix dans le but de réduire artificiellement le prix de transaction moyen du médicament. Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour [au paragraphe 51] a souligné que, même si les lignes directrices contenaient une mention concernant un « "programme humanitaire de distribution" », le Règlement en soi n'exigeait pas la mise sur pied d'un tel programme. La Cour a estimé que la formation du Conseil avait des motifs raisonnables de conclure que le programme de distribution gratuite n'était pas un programme humanitaire authentique. Toutefois, le juge Blais a précisé que l'intention du breveté n'était pas visée par le Règlement et que des directives claires y étaient prévues concernant le calcul du prix moyen. Il a conclu que le Règlement avait été rédigé de manière à inciter les brevetés à distribuer gratuitement des

of any such program. The Panel's refusal to consider the free distribution was held to be unreasonable (*Leo Pharma*, at paragraphs 55–57).

[93] In addressing whether rebates paid by Alexion under the PLAs were to be taken into account in determining the average transaction price in this matter, the Panel acknowledged *Leo Pharma*. However, relying on *Pfizer*, the Panel [at paragraph 222] interpreted the *Leo Pharma* direction “as referring to rebates given to customers”, not to third parties or strangers to the sales transaction.

[94] In *Pfizer*, Justice Anne Mactavish found the Board had acted outside its jurisdiction in requiring patentees to report rebates (including rebates or payments to third parties), discounts, free services, gifts, and other similar benefits in calculating the average price of patented medicines. Justice Mactavish noted the Board's role was constitutionally limited to “determin[ing] whether, taking certain specified factors into account, a patentee is selling patented medicines to its customers at an ‘excessive price’” (*Pfizer*, at paragraph 11). She noted, in reviewing the legislative history of the 1993 amendments to the *Patent Act*, that federal jurisdiction was limited to the regulation of “‘factory-gate’” prices. She described “‘factory-gate’” prices as being generally understood in the industry as the price between the patentee and the first purchaser of the patented medicine, commonly a wholesaler (*Pfizer*, at paragraphs 61–62).

[95] Although some provinces had negotiated agreements with patentees, Justice Mactavish also concluded that the provinces were not “‘customers’”, as the Board itself defined them as “‘third parties’” (*Pfizer*, at paragraph 82). She further noted that the decision in *Leo Pharma* did not consider whether the obligation to report rebates extended to “‘rebates or payments to third parties’” (*Pfizer*, at paragraph 57). She concluded that the

médicaments en leur permettant d’inclure des programmes de distribution gratuite et de rabais dans le calcul du prix moyen, sans qu’il soit question de l’intention ayant motivé ces programmes. Le refus de la formation du Conseil de prendre en considération la distribution gratuite a été jugé déraisonnable (*Leo Pharma*, aux paragraphes 55 à 57).

[93] Pour décider si les rabais consentis par Alexion au titre des EIP devaient être pris en compte au moment de déterminer le prix de transaction moyen en l’espèce, la formation du Conseil a tenu compte de la décision *Leo Pharma*. Toutefois, s’appuyant sur la décision *Pfizer*, elle a interprété la directive établie dans *Leo Pharma* [TRADUCTION] « comme une directive concernant les rabais consentis aux clients » [au paragraphe 222], et non à des tiers ou à des étrangers quant à la transaction de vente.

[94] Dans la décision *Pfizer*, la juge Anne Mactavish a estimé que le Conseil avait outrepassé sa compétence en exigeant que les brevetés déclarent les rabais (y compris les rabais ou paiements à des tiers), les escomptes, les services gratuits, les cadeaux et les autres avantages semblables dans le calcul du prix moyen des médicaments brevetés. La juge Mactavish a souligné que le rôle du Conseil était limité, du point de vue constitutionnel, au fait de « vérifier, en tenant compte de certains facteurs, si le breveté vend des médicaments brevetés à ses clients à des “prix excessifs” » (*Pfizer*, au paragraphe 11). Dans son examen de l’historique législatif des modifications apportées en 1993 à la *Loi sur les brevets*, elle a souligné que la compétence fédérale était limitée à la réglementation des prix « “départ usine” ». Elle a décrit ce type de prix comme désignant généralement au sein de l’industrie le prix entre le breveté et le premier acheteur du médicament breveté, normalement un grossiste (*Pfizer*, aux paragraphes 61 et 62).

[95] Même si certaines provinces avaient négocié des ententes avec les brevetés, la juge Mactavish a également conclu que celles-ci n’étaient pas des « “clientes” », car le Conseil les désignait comme des « “tiers” » (*Pfizer*, au paragraphe 82). La juge a également souligné que, dans la décision *Leo Pharma*, le juge ne s’était pas demandé si l’obligation de déclarer les rabais s’appliquait aux « “rabais ou remboursements à des tiers” » (*Pfizer*, au

provinces were not customers of the patentee and that payments made under PLAs were not rebates pursuant to subsection 4(4) of the Regulations, as the circumstances did not involve the return of funds actually paid to the patentee (*Pfizer*, at paragraphs 86–89).

[96] Alexion submits that *Pfizer* does not prevent the Board from taking into account third party discounts that are voluntarily reported to the Board and that adopting this interpretation is consistent with *Leo Pharma*. I disagree.

[97] As was noted by Justice Mactavish in *Pfizer, Leo Pharma* does not consider whether the obligation to account for payments, discounts, or rebates extends to payments made to third parties (*Pfizer*, at paragraph 57). The Panel’s interpretation of *Leo Pharma* and its conclusion that *Leo Pharma* did not apply to the facts before it was neither inconsistent with that decision nor unreasonable.

[98] Section 80 of the Act requires a patentee to provide information and documents as specified in the Regulations respecting the price at which a medicine is sold in Canada. The Regulations [at paragraph 4(1)(f)] require the reporting of and regulate the “factory-gate” price at which the medicine was sold to “each class of customer in each province and territory”. Although paragraph 4(4)(a) of the Regulations speaks to the actual price after discounts, rebates, etc., the price contemplated in the Regulations is the price to a customer.

[99] It was open to the Panel to conclude, as it did, that provinces that have received payments from a patentee pursuant to a PLA are not customers for the reasons set out by Justice Mactavish in *Pfizer*. On this basis, it was reasonable for the Panel to conclude that discount payments to the provinces were not to be taken into account in determining the average transaction price.

paragraphe 57). Elle a conclu que les provinces n’étaient pas des clientes du breveté et que les paiements versés au titre des EIP n’étaient pas des rabais au sens du paragraphe 4(4) du Règlement, car les circonstances ne comprenaient pas le remboursement de fonds déjà versés au breveté (*Pfizer*, aux paragraphes 86 à 89).

[96] Alexion soutient que la décision *Pfizer* n’empêche pas le Conseil de tenir compte des rabais consentis à des tiers qui sont volontairement déclarés au Conseil et que cette interprétation est conforme à la décision *Leo Pharma*. Je ne suis pas de cet avis.

[97] Comme l’a souligné la juge Mactavish dans la décision *Pfizer*, la décision *Leo Pharma* n’exige pas de répondre à la question de savoir si l’obligation de tenir compte des paiements, des escomptes ou des rabais s’applique aux paiements versés à des tiers (*Pfizer*, au paragraphe 57). La manière dont la formation du Conseil interprète la décision *Leo Pharma* et sa conclusion selon laquelle cette décision ne s’applique pas aux faits en l’espèce n’était ni incohérente par rapport à cette décision ni déraisonnable.

[98] L’article 80 de la Loi exige que les brevetés fournissent des renseignements et des documents prévus dans le Règlement concernant le prix auquel un médicament est vendu au Canada. Le Règlement [à l’alinéa 4(1)(f)] exige que soit déclaré le prix « départ usine » auquel le médicament a été vendu « à chaque catégorie de clients dans chaque province et territoire » et il réglemente ce prix. Même si l’alinéa 4(4)a) du Règlement porte sur le prix réel après escomptes, rabais et ainsi de suite, le prix dont il est question dans ce texte est celui que paient les clients.

[99] Il était loisible à la formation du Conseil de conclure, comme elle l’a fait, que les provinces qui ont touché des paiements d’un breveté au titre d’une EIP ne sont pas des clientes pour les motifs exposés par la juge Mactavish dans la décision *Pfizer*. Il était donc raisonnable pour la formation du Conseil de conclure que les escomptes consentis aux provinces ne devaient pas être pris en considération dans la détermination du prix de transaction moyen.

[100] Alexion further argues that even if the Panel reasonably concluded that it could not consider discounts to the provinces in determining the price of Soliris under subsection 85(1), the Panel was required to take these payments into account in calculating excess revenues under subsection 83(2) of the Act.

[101] The Panel declined to consider discount payments to the provinces for the purposes of offsetting any excess revenues, relying on its reasons for excluding these discounts in determining the price of Soliris.

[102] Subsection 83(2) of the Act states the following:

83 (1) ...

Idem

(2) Subject to subsection (4), where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine has, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the patentee sells the medicine in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order;

(b) reduce the price at which the patentee sells one other medicine to which a patented invention of the patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(c) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

[103] Paragraph 83(2)(c) allows a panel to order payment to the federal Crown of excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price. The excessive price is the average transaction price, a number that was not in dispute. Having reasonably concluded that discounts to the provinces were not to be considered in determining the price of Soliris, the Panel did not err in excluding

[100] Alexion fait également valoir que, même si la formation du Conseil a conclu à raison qu'elle ne prendrait pas en considération les escomptes consentis aux provinces pour déterminer le prix du Soliris conformément au paragraphe 85(1), elle était tenue de les prendre en compte dans le calcul de l'excédent aux fins du paragraphe 83(2) de la Loi.

[101] S'appuyant sur les raisons pour lesquelles elle avait décidé d'exclure les escomptes pour la détermination du prix du Soliris, la formation du Conseil a refusé de prendre en considération les escomptes consentis aux provinces aux fins de la compensation d'un excédent.

[102] Le paragraphe 83(2) de la Loi est ainsi libellé :

83 (1) [...]

Idem

(2) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que le breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament sur un marché canadien à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif :

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente du médicament dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention brevetée du titulaire dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

c) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

[103] L'alinéa 83(2)c) permet à une formation du Conseil d'ordonner le versement à la Couronne fédérale de l'excédent qu'aurait selon elle procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif. Le prix excessif est le prix de transaction moyen, et ce chiffre n'a pas été contesté. Comme elle a raisonnablement conclu que les escomptes consentis aux provinces ne devaient pas être pris en considération dans la détermination du prix du Soliris, la

these discounts in assessing the quantum of the excess revenue order under subsection 83(2).

D. Did the Panel unreasonably adopt the HIPC test in making the excess revenue order?

[104] Alexion argues that the Panel unreasonably based its order to forfeit excess revenues on the HIPC test. Alexion relies on the Panel's finding that the evidence was insufficient to establish liability under the HIPC test. Alexion argues that due to the evidentiary uncertainty highlighted by the Panel, the Panel was not in a position to calculate an excess revenue amount that related to the excess revenues estimated to have been derived by the patentee.

[105] I am not convinced. Subsection 83(2) provides significant discretion to a panel. It need not issue an excessive revenue payment or take any other steps to offset excess revenues. However, when it does so, the panel must take account of the estimated amount of excess revenues. In this sense, I agree with Alexion that a panel cannot issue an order in any amount. Subsection 83(2) is not intended to impose a penalty or sanction.

[106] However, in estimating excess revenues, nothing in logic or law prevents the panel from adopting a more conservative test than it might otherwise be entitled to pursue where warranted by the facts and the circumstances. This is exactly what the Panel did in this case. In adopting the HIPC test for the purposes of calculating the excessive pricing order, the Panel recognized that the LIPC test was not proposed as an appropriate benchmark until 2015 and that Board staff had consistently applied the HIPC test in accordance with the Guidelines. The Panel sought to be fair and equitable in dealing with Alexion. This was neither unfair nor unreasonable.

formation du Conseil n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu ces escomptes de l'évaluation du montant de l'excédent visé par l'ordonnance au titre du paragraphe 83(2).

D. La décision de la formation du Conseil de se fonder sur le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé pour rendre l'ordonnance relative à l'excédent était-elle déraisonnable?

[104] Alexion fait valoir que la formation du Conseil a déraisonnablement fondé son ordonnance de remise de l'excédent sur le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé. Elle se fonde sur la conclusion de la formation selon laquelle les éléments de preuve ne permettaient pas de le faire intervenir pour établir le montant à payer. Alexion soutient qu'en raison du caractère incertain des éléments de preuve souligné par la formation du Conseil, cette dernière n'était pas en mesure de calculer le montant de l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif.

[105] Je ne suis pas convaincu. Le paragraphe 83(2) confère à une formation du Conseil un vaste pouvoir discrétionnaire. Elle n'est pas tenue de rendre une ordonnance pour le paiement de l'excédent ni de prendre toute autre mesure pour compenser l'excédent. Toutefois, si elle le fait, la formation du Conseil doit tenir compte du montant estimatif de l'excédent. En ce sens, je suis d'accord avec Alexion pour dire qu'une formation du Conseil ne peut pas rendre une ordonnance prévoyant n'importe quel montant. Le paragraphe 83(2) n'a pas pour but d'imposer une pénalité ou une sanction.

[106] Toutefois, pour déterminer le montant de l'excédent, rien, logiquement ou en droit, n'empêche une formation du Conseil de retenir un critère plus prudent que celui que d'autres faits et circonstances lui permettraient d'appliquer. C'est exactement ce qu'a fait la formation en l'espèce. En se fondant sur le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé pour calculer le prix excessif visé par l'ordonnance, la formation du Conseil a reconnu que le critère qui fait intervenir le prix international le plus bas n'était pas un point de référence valable avant 2015 et que le personnel du Conseil avait en tout temps appliqué le critère qui fait intervenir le prix international le plus élevé conformément aux lignes directrices.

La formation du Conseil a cherché à être juste et équitable envers Alexion. Ce n'était ni injuste ni déraisonnable.

VIII. Conclusion

[107] For the above reasons, I find the decision is reasonable in all respects, and the application is dismissed. The respondent shall have its costs. The intervenor has not sought costs, and none are awarded.

JUDGMENT IN T-1596-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application is dismissed; and
2. The respondent shall have its costs. No costs to the intervenor.

VIII. Conclusion

[107] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que la décision est raisonnable à tous égards, et que la demande est rejetée. Les dépens sont adjugés au défendeur. L'intervenant n'a pas sollicité de dépens, et aucuns ne sont adjugés.

JUGEMENT RENDU DANS LE DOSSIER
N° T-1596-17

LA COUR STATUE que :

1. La demande est rejetée;
2. Les dépens sont adjugés au défendeur. Aucuns dépens ne sont adjugés à l'intervenant.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3