

A-708-95

A-708-95

Attorney General of Canada (*Applicant*)Procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Christine Dunham (*Respondent*)Christine Dunham (*intimée*)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DUNHAM (C.A.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. DUNHAM (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Décary JJ.A., Chevalier D.J.—Montréal, September 19; Ottawa, September 27, 1996.

Cour d'appel, juges Marceau et Décary, J.C.A., et juge suppléant Chevalier—Montréal, 19 septembre; Ottawa, 27 septembre 1996.

*Unemployment insurance — Judicial review of Umpire's decision setting aside Board of Referee's decision — Commission imposing penalty pursuant to Unemployment Insurance Act, s. 33(1) in respect of false, misleading statements — Board of Referees holding no jurisdiction to intervene, refusing to hear respondent's testimony — Umpire holding Board had duty to intervene where Commission erred i.e. by basing quantum of penalty on guidelines, precluding consideration of all circumstances — Principles established by case law summarized — Board of Referees not limited to facts before Commission — Duty to intervene if Commission's discretionary decision made without regard for relevant consideration — No evidence relevant consideration misapprehended, ignored — Umpire should not have intervened based on policy not in issue, but because Board shirked duty by refusing to hear testimony.*

*Assurance-chômage — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le juge-arbitre a annulé une décision du Conseil arbitral — La Commission avait imposé une pénalité conformément à l'art. 33(1) de la Loi sur l'assurance-chômage relativement à des déclarations fausses et trompeuses — Le Conseil arbitral avait conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'intervenir et il avait refusé d'entendre le témoignage de l'intimée — Le juge-arbitre a estimé que le Conseil avait le devoir d'intervenir lorsque la Commission a commis une erreur, c'est-à-dire en établissant le quantum de la pénalité en fonction de ses directives, ce qui l'empêchait d'apprécier toutes les circonstances — Résumé des principes établis par la jurisprudence — Le Conseil arbitral n'était pas limité aux faits que la Commission avait devant elle — Il a le devoir d'intervenir si la décision discrétionnaire de la Commission a été prise sans égard à une considération pertinente — Rien ne prouvait qu'une considération pertinente avait été ignorée — Le juge-arbitre n'aurait pas dû intervenir en se fondant sur une politique qui n'était pas en cause, mais parce que le Conseil s'était soustrait à son devoir en refusant d'entendre un témoignage.*

This was an application to review the Umpire's decision setting aside the Board of Referees' refusal to intervene in the Commission's decision imposing a penalty for making false statements.

Il s'agissait d'une demande de révision de la décision par laquelle le juge-arbitre a annulé le refus du Conseil arbitral d'intervenir relativement à la décision de la Commission d'imposer une pénalité pour fausses déclarations.

Upon learning that the respondent had worked while in receipt of unemployment insurance benefits, but had never reported her earnings, the Commission formed the opinion that the claimant had known that statements provided in support of her claims were false, and imposed a penalty under *Unemployment Insurance Act*, subsection 33(1). On appeal, the Board of Referees refused to hear the respondent's testimony, and held that it had no jurisdiction to intervene. The Umpire held that the Board of Referees had a duty to intervene because the Commission had erred by basing the quantum of the penalty on its guidelines, thereby preventing the officer in question from considering all of the circumstances.

Lorsqu'elle a appris que l'intimée avait travaillé pendant qu'elle recevait des prestations d'assurance-chômage, mais qu'elle n'avait jamais déclaré ses revenus, la Commission a exprimé l'avis que le prestataire savait que les déclarations fournies à l'appui de ses demandes de prestations étaient fausses et elle a imposé une pénalité en vertu du paragraphe 33(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*. En appel, le Conseil arbitral a refusé d'entendre le témoignage de l'intimée et a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'intervenir. Le juge-arbitre a estimé que le Conseil arbitral avait le devoir d'intervenir parce que la Commission avait commis une erreur en établissant le quantum de la pénalité en fonction de ses directives, ce qui avait eu pour

The issue was whether, in reviewing a discretionary decision of the Commission, the Board of Referees is restricted to looking at the facts that were before the Commission, or whether it must base its decision on the evidence heard by the Board itself.

*Held*, the application should be allowed.

The Board of Referees is not limited to the facts that were before the Commission, given that the Commission exercises a purely administrative, not quasi-judicial, power; the proceedings before the Board of Referees are a hearing *de novo*; the Board of Referees is the central body for protecting the rights of insured persons; the options and methods of verification open to the Commission's officers, in view of the number and diversity of individual cases, are limited; and the difficulty in determining what facts are relevant. In assessing the manner in which the discretion was exercised, the Board of Referees may have regard to facts that come to its own attention. But it must find that a relevant consideration was ignored, not simply substitute its discretion for that of the Commission.

The Umpire based his power to intervene on the existence of a Commission policy which was not in issue before him. The policy was no more restrictive than a number of others designed to guide, not compel, the purpose of which was to ensure a degree of consistency in the decisions made by the many officials; these are internal policies that are required for the sound administration of such a vast public agency. The policy did not suggest parameters that are inconsistent with those imposed by the Act or Regulations. Also the evidence did not disclose a single relevant circumstance that might have been misapprehended or ignored.

The Board of Referees has a duty to intervene if it appears that the Commission's discretionary decision was made without regard for a relevant consideration, and then to refer the matter back to the Commission or to decide the case itself if it believes it is in a position to do so properly. The Board of Referees shirked this duty by refusing even to hear the respondent's testimony. It is on this basis that the decision of the Board of Referees should have been disapproved by the Umpire and the matter referred back to the Board so that it might exercise its jurisdiction fully, for which purpose it will have to hear the respondent.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 24 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 131), 25 (as

effet d'empêcher l'agent en question d'apprécier toutes les circonstances de l'espèce.

La question était de savoir si, en révisant une décision discrétionnaire de la Commission, le Conseil arbitral est limité à regarder les faits que la Commission avait devant elle ou s'il peut se baser sur la preuve qu'il a lui-même reçue.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

Le Conseil arbitral n'est pas limité aux faits qui étaient devant la Commission, étant donné que celle-ci exerce une fonction purement administrative et non pas une fonction quasi-judiciaire; que le recours porté devant le Conseil arbitral est une audience *de novo*; que le Conseil arbitral joue un rôle central dans la protection des droits des assurés; que les possibilités et méthodes de vérification des agents de la Commission sont limitées en raison du nombre et de la diversité des espèces; et qu'il est difficile de déterminer quels sont les faits pertinents. Le Conseil arbitral peut, en vérifiant l'exercice de la discrétion, tenir compte des faits dont il prend lui-même connaissance. Mais il se doit de constater qu'une considération essentielle a été ignorée, et non pas de substituer purement et simplement sa discrétion à celle de la Commission.

Pour s'autoriser à intervenir, le juge-arbitre a invoqué l'existence d'une politique de la Commission qui n'était pas devant lui. La politique n'était pas plus astreignante que plusieurs autres dont le but est de guider, non de contraindre, et dont l'objet est d'assurer une certaine cohérence dans les décisions prises par les nombreux fonctionnaires; ce sont des politiques internes qui sont nécessaires à la saine administration d'un organisme public aussi vaste. La politique ne suggérait pas des paramètres incompatibles avec ceux que la Loi ou les Règlements imposent. Rien au dossier ne permettait non plus d'identifier une seule circonstance pertinente qui aurait pu avoir été mal perçue ou ignorée.

Il est du devoir du Conseil arbitral d'intervenir s'il lui apparaît que la décision discrétionnaire de la Commission a été prise sans égard à une considération pertinente, et ensuite de renvoyer le dossier à la Commission ou de décider lui-même s'il juge être en mesure de le faire valablement. Le Conseil arbitral s'est soustrait à ce devoir, en refusant même d'entendre le témoignage de l'intimée. C'est sur cette base que la décision du Conseil arbitral aurait dû être sanctionnée par le juge-arbitre et le dossier être renvoyé au Conseil pour qu'il exerce sa juridiction de façon intégrale, ce qui requerra évidemment qu'il entende l'intimée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 55(10) (mod. par S.C. 1974-75-76,

am. by S.C. 1990, c. 40, s. 18), 26 (as am. *idem*, s. 19), 30(1) (as am. *idem*, s. 22), 33(1) (as am. *idem*, s. 25), (2) (as am. *idem*), 41(10), 79(1), 80, 81. *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 55(10) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 19).

ch. 80, art. 19).  
*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 24 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 17; 1993, ch. 34, art. 131), 25 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 18), 26 (mod., *idem*, art. 19), 30(1) (mod., *idem*, art. 22), 33(1) (mod., *idem*, art. 25), (2) (mod., *idem*), 41(10), 79(1), 80 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 132), 81.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Morin v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724; 34 C.C.L.I. (2d) 171 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644; (1995), 96 CLLC 210-019 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.).

APPLICATION to review the Umpire's decision setting aside the Board of Referees' refusal to intervene for want of jurisdiction in the Commission's decision imposing a penalty for making false statements. Application allowed.

##### COUNSEL:

*Carole Bureau* for applicant.  
*Paul Faribault* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Paul Faribault*, Magog, Quebec, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

- 1 MARCEAU J.A.: There are certainly few questions concerning the application of the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] that have given rise to as many decisions by the courts and commentaries by legal authors, without completely resolving the debate, as the question raised in the appeal before the Court today. Once again, the issue is the

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Morin c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724; 34 C.C.L.I. (2d) 171 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644; (1995), 96 CLLC 210-019 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.).

DEMANDE de révision de la décision par laquelle le juge-arbitre a annulé le refus du Conseil arbitral d'intervenir pour absence de compétence relativement à la décision de la Commission d'imposer une pénalité pour fausses déclarations. Demande accueillie.

##### AVOCATS:

*Carole Bureau* pour le requérant.  
*Paul Faribault* pour l'intimée.

##### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Paul Faribault*, Magog (Québec), pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

- 1 LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Il est certes peu de questions relatives à l'application de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), ch. U-1] qui aient donné lieu à autant de décisions jurisprudentielles et de commentaires de doctrine sans complètement sortir du champ des controverses, que celle à laquelle se rattache le pourvoi aujourd'hui devant la

definition of the respective roles assigned by the Act to the Employment and Immigration Commission, the Board of Referees and the Umpire in applying the few provisions in which it assigns to the Commission, which is responsible for administering the Act, certain powers that it enables it to exercise, in certain circumstances, if the Commission deems appropriate. The issue, when stated more precisely and concretely, concerns the conditions on which and the manner in which the Board of Referees and the Umpire may intervene in the Commission's exercise of a power that Parliament has left to its discretion. There are not many such powers, but they are of not inconsiderable effect. They are defined in sections 24 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 131] (approval of work sharing agreement), 25 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 18] (approval of job creation project) and 26 [as am. *idem*, s. 19] (approval of program of instruction), and in subsections 30(1) [as am. *idem*, s. 22] (period of disqualification for loss of employment without just cause), 33(1) [as am. *idem*, s. 25] (penalty for false statement by claimant), 33(2) [as am. *idem*] (penalty for false statement by employer), 41(10) (exemption from administrative requirement) and 79(1) (extension of time for appeal). This appeal involves the most prominent of these powers, the one defined in subsection 33(1), and I shall quote the text of the provision before summarizing the facts:

33. (1) Where the Commission becomes aware of facts that in its opinion establish that a claimant or any person on the claimant's behalf has, in relation to a claim for benefit, made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading or, being required under this Act or the regulations to furnish information, furnished information or made statements or representations that the claimant or person knew to be false or misleading, the Commission may impose on the claimant a penalty in respect of each false or misleading statement, representation or piece of information, but the penalty shall be not greater than an amount equal to three times the claimant's weekly rate of benefit.

2 The respondent was working as a receptionist and taxi dispatcher when she lost her employment, on April 8, 1991. She made an initial application for benefits which was approved. She started to receive benefits a few days later, and continued to receive

Cour. Il s'agit encore de définir les rôles respectifs que la Loi attribue à la Commission de l'emploi et de l'immigration, au Conseil arbitral et au juge-arbitre dans l'application de ces quelques dispositions où elle attribue à la Commission, chargée de son administration, certains pouvoirs qu'elle l'habilite à exercer, dans certaines circonstances, si elle le juge à propos. La question, formulée de façon plus précise et concrète, est celle de savoir à quelles conditions et de quelle façon le Conseil arbitral et le juge-arbitre peuvent intervenir dans l'exercice par la Commission d'un pouvoir que le Parlement avait laissé à sa discrétion. De tels pouvoirs sont peu nombreux mais ne sont pas sans portée. On les trouve définis aux articles 24 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 17; 1993, ch. 34, art. 131], (approbation d'un accord de travail partagé), 25 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 18] (approbation d'un projet créateur d'emploi), 26 [mod., *idem*, art. 19] (approbation d'un cours d'instruction), et aux paragraphes 30(1) [mod., *idem*, art. 22] (temps de disqualification pour perte d'emploi injustifiée), 33(1) [mod., *idem*, art. 25] (pénalité pour fausse déclaration d'un prestataire), 33(2) [mod., *idem*] (pénalité pour fausse déclaration d'un employeur), 41(10) (exemption relative à une exigence administrative), et 79(1) (extension du délai d'appel). C'est le plus frappant d'entre eux, celui défini au paragraphe 33(1), que le présent pourvoi implique, et j'en reproduis le texte avant de résumer les faits:

33. (1) Lorsque la Commission prend connaissance de faits qui, à son avis, démontrent qu'un prestataire ou une personne agissant pour le compte de celui-ci a, relativement à une demande de prestations ou à l'occasion de renseignements exigés par la présente loi ou par les règlements, sciemment fait une déclaration fausse ou trompeuse, fourni un renseignement faux ou trompeur ou présenté des observations fausses ou trompeuses, elle peut infliger au prestataire, pour chacun des déclarations, renseignements ou observations faux ou trompeurs, une pénalité dont le montant ne dépasse pas le triple de son taux de prestations hebdomadaires.

L'intimée travaillait comme réceptionniste et expéditrice de voitures-taxis (*dispatcher*) lorsqu'elle perdit son emploi le 8 avril 1991. Elle fit une demande initiale de prestations qui fut approuvée. Elle commença à toucher ses prestations quelques jours

2

benefits, at the rate of \$245 per week, until the end of the period that had been established for her. Long afterward, sometime in 1993, the Commission learned by chance, during an investigation, that the respondent had in fact worked for various employers for much of the period during which she had been paid benefits. The discovery was significant: the respondent had never reported these various jobs, and the earnings she received, in her weekly reports. When she was questioned by an officer, the respondent could not provide any explanation and simply said that she did not know what had happened. Obviously, the Commission had to respond. It determined that the respondent had received \$5,145 to which she was not entitled, for 18 weekly claims supported by false statements. Since in its opinion the claimant knew that these statements were false, it claimed a penalty of \$3,762 from the respondent, representing 18 times the amount of her weekly benefits, in addition to repayment of the overpayment, under the authority of subsection 33(1) of the Act, of course.

plus tard, et continua à les recevoir, au taux de 245 \$ par semaine, jusqu'à la fin de la période définie en sa faveur. Longtemps après, soit au cours de l'année 1993, la Commission apprenait, au hasard d'une enquête, que l'intimée avait en fait travaillé pour différents employeurs pendant une grande partie de la période au cours de laquelle des prestations lui avaient été payées. La découverte était de conséquence: jamais l'intimée n'avait fait part de ces divers emplois et des gains qu'elle en retirait dans ses rapports hebdomadaires. Interrogée par un agent, l'intimée ne put rien expliquer et se contenta de dire qu'elle ne savait pas ce qui s'était produit. La Commission se devait évidemment de réagir. Elle détermina que l'intimée avait reçu indûment une somme de 5 145 \$ suite à 18 réclamations hebdomadaires appuyées par des déclarations fausses. Étant d'avis que ces déclarations fausses avaient été faites sciemment, elle réclama de l'intimée, en plus du remboursement du trop-payé, une pénalité de 3 762 \$, soit 18 fois le montant des prestations hebdomadaires, cela, bien sûr, sous l'autorité du paragraphe 33(1) de la Loi.

3 The Board of Referees heard an appeal from the determination made by the Commission, and it was an easy matter for the respondent's representative to persuade it that there were 17 false statements rather than 18, which obviously meant that the penalty was reduced by \$245. However, the Board declined to go any further and even refused to hear the respondent's testimony. In fact, it was of the opinion that once the deliberate false statements were found to have been made, the imposition of the penalties and the determination of the amount of those penalties were a matter for the Commission alone to decide; the Board had no jurisdiction to intervene.

3 Saisi d'un appel de la détermination de la Commission, le Conseil arbitral se laissa aisément convaincre par le représentant de l'intimée qu'il s'agissait de 17 déclarations fausses plutôt que 18, ce qui impliquait évidemment une réduction de la pénalité de 245 \$. Mais le Conseil se défendit d'aller au-delà et refusa même de recevoir le témoignage de l'intimée. Il était, en effet, d'avis qu'une fois les fausses déclarations volontaires constatées, l'imposition des pénalités et l'établissement de leur montant relevaient de la Commission seule; lui n'avait aucune juridiction pour intervenir.

4 The Umpire did not take the same view of the matter at all, and he proceeded to state his views in a lengthy decision. In his reasons, the Umpire dealt first with the principles, and disputed the position that the Commission may be seen as having sole jurisdiction to decide the penalties that it may impose under subsection 33(1). Like any discretionary power, the Commission's discretion must be exercised in good faith and having regard to all the

4 Le juge-arbitre ne le vit pas du tout de la même façon et il s'employa à faire valoir ses vues dans une longue décision. Se plaçant d'abord au niveau des principes, le juge-arbitre, dans ses notes, conteste que la Commission puisse être vue comme ayant seule juridiction pour décider des pénalités qu'elle peut imposer sous l'autorité du paragraphe 33(1). Le pouvoir de la Commission, comme tout pouvoir discrétionnaire, doit être exercé de bonne foi

relevant factors, and without being influenced by irrelevant factors, and it is the task of both the Board of Referees and the Umpire to intervene and give the decision that should have been given if the Commission's decision was not the one that should have been given. The Umpire then addressed the facts of the case, and found that the Commission's decision was not in fact the one that should have been given because the quantum of the penalty seemed to have been determined on the basis of guidelines that the authorities at the Commission had issued to the officers responsible for administering the Act, the effect of which was to prevent the officer in question in this instance from considering all the circumstances of the case. He therefore set aside the decision of the Board of Referees in so far as it affirmed the decision of the Commission in respect of the quantum of the penalty, and set a figure of \$850 for the penalty.

5 It is this decision that the Attorney General is challenging in the application for judicial review, on the ground that the Umpire exceeded his jurisdiction and erred in law when he made the decision.

6 Thus, as I indicated in my introductory remarks, the general question that arises directly and immediately is whether the Board of Referees and the Umpire had the power to intervene in respect of a decision made by the Commission in the exercise of a discretion such as the discretion granted by subsection 33(1) of the Act.

7 This question, associated as it is with provisions that are applied on an everyday basis, could not have failed to arise as soon as the Act came into force. In fact, I would reiterate, it has been raised on very many occasions, but it has always resurfaced in some form. The reason for its amazing powers of survival is undoubtedly the fact that there were conclusions in some of the initial decisions that were unclear, and there were ambiguous comments in some of the judges' reasons. However, in some of its recent decisions, particularly the most recent important decision to date, in *Morin v. Canada (Employment and Immigration Commission)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724 (F.C.A.), the Court has got

en tenant compte de tous les facteurs pertinents et sans se laisser influencer par des facteurs qui ne le sont pas, et il appartient au Conseil arbitral comme au juge-arbitre d'intervenir et de rendre une décision conforme, si celle de la Commission n'a pas été rendue comme elle le devait. Puis, venant aux faits de la cause, le juge-arbitre considère que la décision de la Commission effectivement n'a pas été rendue comme elle le devait car le quantum de la pénalité semble avoir été établi en fonction de directives que les autorités de la Commission avaient émises à l'adresse des agents responsables de l'application de la Loi, ce qui avait eu pour effet d'empêcher l'agent ici en cause d'apprécier toutes les circonstances de l'espèce. Il annule donc la décision du Conseil arbitral en autant qu'elle confirmait celle de la Commission quant au quantum de la pénalité et fixe celle-ci à la somme de 850 \$.

5 C'est là la décision qu'attaque le procureur général dans sa demande de contrôle judiciaire au motif que le juge-arbitre aurait excédé sa juridiction et commis une erreur de droit en la rendant.

6 Ainsi se soulève au départ et directement, comme je l'annonçais dans mes remarques introductives, la question générale de savoir si le Conseil arbitral et le juge-arbitre ont un pouvoir d'intervention face à une décision de la Commission rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire comme celui du paragraphe 33(1) de la Loi.

7 Cette question, rattachée qu'elle est à des dispositions d'application courante, ne pouvait pas ne pas se poser dès les premiers temps de la mise en vigueur de la Loi. Elle a, en fait, je le répète, été soulevée à de multiples reprises mais toujours est-elle revenue à la surface sous quelque aspect. La raison de cette étonnante survivance est, sans doute, la présence de conclusions équivoques dans quelques décisions initiales et de commentaires ambigus dans les notes de juges. Mais la Cour, dans quelques décisions récentes, spécialement la dernière significative en date, celle de *Morin c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 724 (C.A.F.), s'est ressaisie et a mis fin

back on track and put an end to a number of these uncertainties and ambiguities. Thus the scope of the question has become significantly narrower today, circumscribed as it now is by firm principles. I see no purpose in reviewing the history of the to-ing and fro-ing in the case law, so often has it been done. What is important, to my mind, is to review the points that I consider to be settled, based on which it will perhaps be possible to determine what remains to be sorted out in order to completely clarify the situation.

8 1. There has never really been any doubt that the decisions made by the Commission in the exercise of its discretionary powers were no longer sheltered from challenge before the other two decision-making bodies created by the Act: the Board of Referees and the Umpire. The clear and unreserved terms of the Act make it impossible to believe otherwise (sections 79, 80, 81). In principle, all decisions of the Commission are subject to appeal, and all decisions of the Board of Referees subject to review. Moreover, by expressly ruling out any right of appeal for certain specific decisions of the Commission, those made under sections 24, 25 and 26—undoubtedly because they are in the nature of pure policy—Parliament left no room for any misgivings on this point.

9 2. Nor has there ever really been any doubt that the way to challenge a decision of the Commission before the Board of Referees was by way of an appeal resulting in a trial *de novo*, while the role of the Umpire is to review the decision of the Board of Referees. Section 81 does give the Umpire, among other possibilities, the option of giving the decision that the Board of Referees should have given, but his or her powers to intervene as defined in section 80 are strictly the powers of a reviewing body. In another recent decision, *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644, this Court took on the task of clarifying the nature of these proceedings, and stressed the fact that an appeal to the Board of Referees is in the nature of a trial *de novo* and that such an appeal is important in terms of the spirit of the Act, as the pivot on which the system for pro-

à plusieurs de ces équivoques et ambiguïtés. De sorte que la question a considérablement perdu de son ampleur aujourd'hui, encadrée qu'elle est maintenant dans des données fermes. Je ne vois aucun intérêt à reprendre l'histoire des tergiversations de la jurisprudence; elle a été si souvent reprise. Ce qui m'importe, c'est de rappeler ces données que je considère acquises et à partir desquelles il sera peut-être possible de voir ce qu'il reste à préciser pour clarifier pleinement la situation.

8 1. On n'a vraiment jamais douté que les décisions de la Commission rendues dans l'exercice de pouvoirs de nature discrétionnaire ne restaient pas à l'abri de toute contestation devant les deux autres instances décisionnelles créées par la Loi: le Conseil arbitral et le juge-arbitre. Les termes clairs et sans réserve de la Loi ne permettent pas de penser autrement (articles 79, 80 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 132], 81). Toutes les décisions de la Commission sont, en principe, sujettes à appel et toutes les décisions du Conseil arbitral, sujettes à révision. Au reste, en excluant expressément le droit d'appel pour certaines décisions spécifiques de la Commission, celles prises en vertu des articles 24, 25 et 26 — sans doute à cause de leur caractère purement politique — le Parlement ne permettait pas d'hésitation possible à cet égard.

9 2. On n'a vraiment jamais douté, non plus, que la contestation d'une décision de la Commission devant le Conseil arbitral se faisait par voie d'appel donnant lieu à un procès *de novo* alors que le rôle du juge-arbitre en est un de révision de la décision du Conseil arbitral. Il est vrai que l'article 81 accorde au juge-arbitre, entre autres possibilités, celle de rendre la décision que le Conseil arbitral aurait dû rendre, mais ses pouvoirs d'intervention tels que définis à l'article 80 sont strictement ceux d'une instance de révision. Dans une autre de ses décisions récentes, celle de *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644, cette Cour s'est employée à mettre en lumière la nature de ces recours, et a insisté sur ce caractère *de novo* de l'appel devant le Conseil arbitral et son importance dans l'esprit de la Loi en tant que pivot du système de pro-

tection claimants' rights under the law turns.

10 3. There is no reason to think that the *Unemployment Insurance Act* is unique and that the powers it confers on the agency given the task of administering it must be analyzed in isolation, without regard for the general principles of our legal system. The discretion given to the Commission is no different from the discretionary powers given to any other lower tribunal or body of the same sort. We are quite familiar with the situations in which a tribunal hearing an appeal or review of a discretionary decision of an authority subject to such review may intervene. A discretionary decision made on the basis of irrelevant considerations, or without regard for all of the relevant considerations, must be disapproved and set aside by the appeal or review tribunal. The Court has repeatedly stated that discretionary decisions of the Commission do not fall outside that rule.

11 The decision in *Purcell*, to which I referred earlier, does not express the powers of the appeal tribunal to intervene in the same way. The reason for this is that the case did not involve the exercise of discretion, properly speaking, but rather the exercise of the Commission's power to give effect to the "opinion" it may form as to whether a situation exists. The issue was whether the condition precedent for a penalty to be imposed under subsection 33(1), the provision in question therein, was present, i.e. that the Commission be of the opinion that the claimant knew that the statements were false. However, forming an opinion is not the same as exercising a discretion. The question of extraneous or relevant considerations cannot arise in that situation. As the Court said, the condition precedent for intervention in these cases is simply a finding that the Commission formed the opinion to which it gave effect based on an incomplete view, or an inaccurate perception or interpretation, of the facts.

12 4. The decision in *Morin* put a definitive end to the only real debate in the literature and case law since *Attorney General of Canada v. Findenigg*, [1984] 1 F.C. 65 (C.A.), on the specific point of

tection des droits des bénéficiaires en vertu de la Loi.

10 3. Il n'y a aucune raison de penser que la *Loi sur l'assurance-chômage* soit d'un caractère unique et que les pouvoirs qu'elle confère à l'organisme chargé de son administration doivent être analysés isolément, sans égard aux principes généraux de notre système juridique. Les pouvoirs discrétionnaires attribués à la Commission ne sont pas de nature autre que les pouvoirs discrétionnaires attribués à n'importe quel organisme ou tribunal inférieur de même ordre. Or, les possibilités d'intervention d'une instance d'appel ou de révision d'une décision discrétionnaire d'une autorité sujette à contrôle sont bien connues. La décision discrétionnaire qui aurait été prise sur la base de considérations non pertinentes ou encore sans égard à toutes les considérations pertinentes devra être sanctionnée et cassée par l'instance d'appel ou de révision. La Cour a répété à maintes reprises que les décisions discrétionnaires de la Commission n'échappaient pas à la règle.

11 La décision *Purcell*, à laquelle je viens de me référer, n'exprime pas les pouvoirs d'intervention de l'instance d'appel de même façon. La raison est qu'il ne s'agissait pas là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire proprement dit, mais de la mise en œuvre de l'autorité qu'a la Commission de donner effet à «l'opinion» qu'elle peut se faire de l'existence d'une situation. C'était la présence de la condition requise pour l'imposition d'une pénalité en vertu du paragraphe 33(1) qui était en cause, c'est-à-dire, que la Commission soit d'avis que les fausses déclarations ont été faites sciemment. Mais se former une opinion n'est pas exercer une discrétion. Il ne saurait être question là de considérations étrangères ou pertinentes. Comme la Cour le dit, la condition d'intervention dans ces cas est tout simplement la constatation que la Commission aurait formé cet avis ou cette opinion à laquelle elle a donné effet sur la base d'une vue incomplète, ou d'une perception ou interprétation fautive, des faits.

12 4. L'arrêt *Morin* a définitivement mis fin à la seule vraie controverse qui existait en doctrine et jurisprudence depuis l'arrêt *Procureur général du Canada c. Findenigg*, [1984] 1 C.F. 65 (C.A.), sur le



whether the power of the Board of Referees and the Umpire to intervene gave them jurisdiction to exercise the discretion granted to the Commission themselves. In *Morin*, the Court took a definitive position. In terms of the Board of Referees, it applied the general rule that an appeal tribunal has the power to exercise the discretion itself that, in its judgment, the lower tribunal exercised incorrectly. In terms of the Umpire, it gave effect to the provisions of section 81, which formally provides that the Umpire may give the decision that the Board of Referees should have given, making no distinction based on the nature of the decision. It is therefore settled today that the Board of Referees and the Umpire have jurisdiction to exercise the discretion that the Commission exercised in a judicially incorrect manner. However, I would recall that in both cases, giving the decision that should have been given is merely a parallel option to the option of referring the matter back to the body that was initially empowered to decide it for a new decision, and that, in my view, the choice to be made between the two options requires serious thought. The decision should be made by the body that is best able to make it. In my opinion, this is to some extent what Thurlow C.J. had in mind in deciding *Findenigg*, the decision that triggered the whole misunderstanding because it has been generalized: it must be recalled that the issue in that case was the Commission's discretion under subsection 41(10) (then 55(10) [*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 19)], which allows it to exempt a claimant or group of claimants from purely administrative requirements, requirements that are designed strictly for the purposes of its own administration. I believe that it should have been realized sooner that while it is only reasonable that we should want to leave it up to the Commission to make final decisions in the case of the discretion granted by subsection 41(10), this is certainly not the case for a decision made under subsections 30(1) or 33(1) which has nothing to do with administrative expertise, but is a punitive decision that depends on the subjective responses of the body making the decision, even where there are instructions deriving from a general policy.

point particulier de savoir si le pouvoir d'intervention du Conseil arbitral et du juge-arbitre leur donnait juridiction pour exercer eux-mêmes la discrétion conférée à la Commission. La Cour, dans *Morin*, a pris définitivement parti. Pour le Conseil arbitral, elle a appliqué la règle générale qui veut qu'un tribunal d'appel soit habilité à exercer lui-même le pouvoir discrétionnaire qu'à son jugement l'autorité inférieure a incorrectement exercé. Pour le juge-arbitre, elle a donné effet aux termes de l'article 81 qui prévoit formellement la possibilité pour le juge-arbitre de rendre la décision que le Conseil aurait dû rendre sans faire de distinction basée sur la nature de la décision. Il est donc aujourd'hui acquis que le Conseil arbitral et le juge-arbitre ont juridiction pour exercer le pouvoir discrétionnaire que la Commission aurait exercé de façon judiciairement incorrecte. Mais je me permets de rappeler que, pour l'un comme pour l'autre, rendre la décision qu'on aurait dû rendre n'est qu'une option parallèle à celle de retourner le dossier à l'autorité initialement habilitée pour nouvelle décision, et que le choix entre les deux options exige, je pense, sérieuse considération. C'est l'autorité la mieux habilitée à prendre la décision qui devrait décider. À mon avis, c'est un peu ce que le juge en chef Thurlow avait à l'esprit lorsqu'il rendit la décision *Findenigg*, cette décision qui a amorcé l'imbroglio parce qu'on lui a donné une portée générale, car il faut se rappeler que ce qui était en cause là était le pouvoir discrétionnaire du paragraphe 41(10) (à ce moment 55(10) [*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 19)] qui donne à la Commission la possibilité d'exempter un prestataire ou un groupe de prestataires d'exigences purement administratives, d'exigences conçues strictement pour les fins de sa propre administration. On aurait dû, je pense, réaliser plus tôt que, s'il n'est que raisonnable de vouloir laisser à la Commission le soin de décider finalement dans le cas d'une discrétion sous le paragraphe 41(10), il n'en est certes pas ainsi *a priori* dans le cas d'une décision sous les paragraphes 30(1) ou 33(1) qui n'a rien à voir avec l'expertise administrative, une décision de nature punitive qui dépend des réactions subjectives de l'autorité qui la prend, même en présence d'instructions venant d'une politique générale.

- 13 These are the points that I believe to be settled in terms of determining the respective roles of the three levels decision-making authorities that play a role in deciding individual cases involving the application of the provisions of the Act that grant discretionary powers. They cover most of the problems, but at least one problem, which to my mind the particular facts of the instant case now present, remains. That problem is the following, which I shall state in the form of a very simple question.
- 13 Voilà donc les données que je crois acquises quant à la détermination du rôle respectif des trois degrés de juridiction appelés à juger des cas d'espèce au niveau de l'application des dispositions de la Loi attributives de pouvoirs discrétionnaires. Elles couvrent la très grande partie des difficultés, mais il en reste au moins une que les faits particuliers de l'espèce, à mon sens, mettent précisément en lumière. C'est la suivante que je formulerai sous forme de question fort simple.
- 14 One of the essential conditions precedent in order that the Board of Referees may intervene and overturn a discretionary decision of the Commission is, as we have just seen, that it appear to the Board of Referees that the decision was made without regard for a relevant consideration. Very well. But in making such a finding, is the Board restricted to looking at the facts that were before the Commission or may it base its decision on the evidence heard by the Board itself? The importance of the question in terms of determining the true, full role of the Board of Referees is immediately apparent. My answer is as follows. Given that the Commission is exercising a purely administrative and not a quasi-judicial power; given the nature of the proceedings before the Board of Referees, the fact that it must hold a hearing *de novo* and the central role assigned to its decision; given the limits on the options and methods of verification open to the Commission's officers, in view of the number and diversity of individual cases; and given the vulnerability and lack of information on the part of the people involved in terms of knowing what facts may be relevant, I have no hesitation in believing that we would not be betraying the intention of Parliament if we said that the Board of Referees is not limited to the facts that were before the Commission. In assessing the manner in which the discretion was exercised, it may have regard to facts that come to its own attention. It must find that a relevant consideration was ignored, in that it is not for the Board simply to substitute its discretion for that of the Commission; it is essentially the Commission's discretion to which Parliament refers. The Board, however, may find such an essential consideration, which the Commission ignored, in the material
- 14 Une des conditions essentielles requises pour que le Conseil arbitral puisse intervenir et contrer une décision discrétionnaire de la Commission est, comme nous venons de le rappeler, qu'il lui apparaisse que la décision a été prise sans égard à une considération pertinente. Soit! Mais pour arriver à cette conclusion, le Conseil est-il limité à regarder les faits que la Commission avait devant elle ou peut-il se baser sur la preuve qu'il a lui-même reçue? On voit tout de suite l'importance de la question pour la détermination du rôle véritable et intégral du Conseil arbitral. Ma réponse est la suivante. Considérant que la Commission n'exerce pas une fonction quasi-judiciaire mais purement administrative; considérant la nature du recours porté devant le Conseil arbitral, le caractère *de novo* de l'enquête qu'il doit faire, le rôle central attribué à sa décision; considérant aussi les limites des possibilités et méthodes de vérification des agents de la Commission, étant donné le nombre et la diversité des espèces; considérant enfin la vulnérabilité et le manque d'information des personnes impliquées quant aux faits qui peuvent être pertinents, je n'hésite pas à penser que ce n'est pas trahir l'intention du Parlement de dire que le Conseil arbitral n'est pas limité aux faits qui étaient devant la Commission. Il peut, en vérifiant l'exercice de la discrétion, tenir compte des faits dont il prend lui-même connaissance. Il se doit de constater qu'une considération essentielle a été ignorée, car il ne lui revient pas de substituer purement et simplement sa discrétion à celle de la Commission; c'est la discrétion de la Commission à laquelle le Parlement essentiellement se réfère. Mais cette considération essentielle ignorée, le Conseil peut la voir dans ce qu'il a pu lui-même constater. Je ne crois pas que cette conclusion aille directement

brought to its own attention. I do not believe that this conclusion goes directly against the basic principles in relation to the exercise of discretionary powers, and it seems to me that it is much more in harmony with the spirit of the system, which does not assign the Board the role of merely checking what has been done by officers of the Commission but makes it the central body for protecting the rights of insured persons, which is necessary if the provisions of the Act are to be administered soundly. It may be that the option given to the Board, of undertaking a fresh examination of the facts, will give rise to pointless appeals, but the case law that may then be developed around this point under the supervision of the Umpire should put a rapid end to such appeals.

15 I now come to the decision that is before the Court. Having already explained my understanding of the applicable principles, I may keep my comments brief.

16 I have no reservations about some of the comments made by the Umpire in respect of the jurisdictional problems involved. He was obviously right to argue that the Board of Referees and the Umpire may intervene and set aside even a discretionary decision of the Commission and give the decision that should have been given in the first place. The decision in *Morin* confirmed all these principles. However, I must say, with respect, that I do not agree that the Umpire could have found from the facts of the case that the necessary conditions that would enable him to intervene and decide as he did were present. We have seen that what the Umpire relied on in finding that he had the power to intervene was the existence of a Commission policy the effect of which was to prevent the officer in charge of the case from considering all the circumstances. That policy was not in issue before him; there was nothing from which it could be believed that this policy was more restrictive than a number of others designed to guide and not to compel, the purpose of which is to ensure a degree of consistency in the decisions made by the multitude of officials who must deal with individual cases on an everyday basis; these are internal policies that not only are

à l'encontre des principes de base relatifs à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, et il me semble qu'elle est tellement plus en harmonie avec l'esprit du système qui ne donne pas au Conseil arbitral un simple rôle de vérification des actes des agents de la Commission mais en fait l'organe de protection central des droits des assurés nécessaire à l'application saine des dispositions de la Loi. Cette possibilité reconnue au Conseil arbitral de reprendre l'étude des faits est peut-être susceptible de susciter des appels futiles, mais la jurisprudence qui pourra se développer à ce niveau sous la surveillance du juge-arbitre devrait rapidement y mettre fin.

J'en viens maintenant à la décision qui est devant la Cour. M'étant déjà expliqué sur les principes applicables tels que je les comprends, mes commentaires pourront être brefs. 15

Je n'ai aucune réticence à l'égard de plusieurs des propos tenus par le juge-arbitre sur les problèmes de juridiction impliqués. Il avait évidemment raison de soutenir que le Conseil arbitral et le juge-arbitre peuvent intervenir et annuler une décision même discrétionnaire de la Commission et rendre la décision qui aurait dû être rendue au départ. L'arrêt *Morin* a confirmé tous ces principes. Je dois toutefois dire avec égards que je n'admets pas que le juge-arbitre ait pu tirer des faits de la cause les conditions qui étaient requises pour lui permettre d'intervenir et de décider comme il l'a fait. On a vu que ce que le juge-arbitre invoque pour s'autoriser à intervenir est l'existence d'une politique de la Commission qui aurait eu pour effet d'empêcher l'agent responsable d'apprécier toutes les circonstances. Or, cette politique n'était pas devant lui; rien ne permet de penser qu'il s'agissait d'une politique plus astreignante que plusieurs autres dont le but est de guider, non de contraindre, et dont l'objet est d'assurer une certaine cohérence dans les décisions prises par la multitude de fonctionnaires appelés à traiter au jour le jour des cas d'espèce, politiques internes que la saine administration d'un organisme public aussi vaste non seulement permet, mais exige; rien, non 16

permitted, but are required for the purposes of the sound administration of such a vast public agency. Nor is there anything to support a belief that the policy suggested parameters that are inconsistent with those imposed by the Act or Regulations. Lastly, and most importantly, there is nothing in the record from which a single relevant circumstance could be identified that might have been misapprehended or ignored.

17 In fact, however, my main reservations about the decision are of a different nature. As may be seen, those reservations are based on the final comments I made earlier in stating the principles. It is the duty of the Board of Referees, I would suggest, to intervene if it appears to the Board, in the course of its hearing *de novo*, that the discretionary decision of the Commission was made without regard for a relevant consideration, regardless of whether the Commission failed to have regard to it out of ignorance, and then to refer the matter back to the Commission or to decide the case itself if it believes it is in a position to do so properly. Clearly, in the instant case, the Board of Referees shirked this duty by refusing even to hear the respondent's testimony. Of course, the reason why the members of Board of Referees refused to do so was that they were not aware of all the aspects of their role, and not that they disregarded the rules of natural justice; however, the result is that they failed to completely exercise their jurisdiction. It is on this basis that the decision of the Board of Referees should have been disapproved by the Umpire and the matter referred back to the Board so that it might exercise its jurisdiction fully, for which purpose it will obviously have to hear the respondent.

18 I am therefore of the opinion that the Court should allow the application by the Attorney General and dismiss the parallel application by the respondent.<sup>1</sup> It should set aside the decision *a quo* and refer the matter back to the Umpire for him to dispose of the appeal to him from the decision of the Board of Referees by allowing it in part, on the ground that the Board of Referees failed to fully exercise its jurisdiction, and by referring the matter back to the Board of Referees for it to hear the

plus, ne permet de penser que la politique suggérait des paramètres incompatibles avec ceux que la Loi ou les Règlements imposent; et, enfin et surtout, rien au dossier ne permet d'identifier une seule circonstance pertinente qui aurait pu avoir été mal perçue ou ignorée.

17 Mais, en fait, c'est sur un autre plan que je situe mes principales réticences à l'égard de la décision. Ces réticences, on le voit bien, je les tire des derniers commentaires que je faisais plus haut en dégageant les principes. Il est, je suggère, du devoir du Conseil arbitral d'intervenir, s'il lui apparaît, dans le cadre de son enquête *de novo*, que la décision discrétionnaire de la Commission a été prise sans égard à une considération pertinente, peu importe que ce soit par ignorance que la Commission n'en ait pas tenu compte, et alors de renvoyer le dossier à la Commission ou de décider lui-même s'il juge être en mesure de le faire valablement. Il est clair qu'en l'espèce le Conseil arbitral s'est soustrait à ce devoir, en refusant même d'entendre le témoignage de l'intimée. Bien sûr, c'est par ignorance de tous les aspects de leur rôle que les membres du Conseil arbitral ont opposé ce refus, ce n'est pas par oubli des règles de justice naturelle; mais il en résulte un exercice incomplet de juridiction. C'est sur cette base que la décision du Conseil arbitral aurait dû être sanctionnée par le juge-arbitre et le dossier être renvoyé au Conseil pour qu'il exerce sa juridiction de façon intégrale, ce qui requerra évidemment qu'il entende l'intimée.

18 Ainsi, suis-je d'avis que la Cour devrait accueillir le pourvoi du procureur général tout en rejetant la demande parallèle de l'intimée<sup>1</sup>. Elle devrait annuler la décision attaquée et renvoyer le dossier au juge-arbitre pour qu'il dispose de l'appel porté devant lui contre la décision du Conseil arbitral en l'accueillant pour partie, au motif que le Conseil a omis d'exercer pleinement sa juridiction, et en retournant l'affaire au Conseil arbitral pour qu'il entende l'intimée et se prononce sur la question de savoir si le quantum de

respondent and decide the question of whether the quantum of the penalty was determined by the Commission without regard for a relevant consideration.

la pénalité n'a pas été déterminé par la Commission sans tenir compte de quelque considération pertinente.

19 DÉCARY J.A.: I concur.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

19

20 CHEVALIER D.J.: I concur.

LE JUGE SUPPLÉANT CHEVALIER: J'y souscris.

20

---

<sup>1</sup> In fact, the respondent believed that she had to oppose the application by making a formal application (A-857-95), which was incorporated, by order, into the application by the Attorney General. A copy of these reasons should be entered, with the decision to dismiss, in file No. A-857-95.

---

<sup>1</sup> En effet, l'intimée a cru devoir s'opposer au pourvoi par voie de demande formelle (A-857-95), laquelle, par ordonnance, a été incorporée à la demande du procureur général. Une copie des présents motifs devrait être versée, avec la décision de rejet, dans le dossier A-857-95.