



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 2, Part 1**

**2014, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [2014] 2 F.C.R., 3-197**

**Renvoi [2014] 2 R.C.F., 3-197**

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

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

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2014.

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, telephone 613-947-8491.*

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

### 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

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

Cat. No. 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'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	3–197

### **B306 v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 128**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division, to issue deportation order against applicant following determination of inadmissibility pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(b)—Applicant, Tamil refugee, volunteering to assist MV *Sun Sea* crew in exchange for food—Board applying IRPA, s. 117(1) factors, finding that applicant aiding, abetting smugglers, acting knowingly—Whether Board erring in finding that applicant engaged in people smuggling by cooperating with smugglers—Board's conclusion unreasonable—Large reading of s. 117(1) suggesting any services aiding, abetting smuggling unreasonable—Board's analysis not informed by context—Unreasonable to disregard applicant's lack of role, authority in smuggling operation—Mere knowledge that passengers lacking documents not sufficient—Board not turning mind to reasons applicant sought to help smugglers—Distinction to be made between IRPA, ss. 117, 131—Questions certified: whether appropriate to define “people smuggling” by relying on s. 117 rather than international instrument to which Canada signatory; in what circumstances definition of people smuggling in IRPA s. 37(1)(b) extending to s. 131—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	3–197

### **B306 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 128**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir conclu qu'il était interdit de territoire au Canada conformément à l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Le demandeur, un réfugié tamoul, a offert d'aider l'équipage du MV *Sun Sea* en échange de nourriture additionnelle—Appliquant les facteurs énumérés à l'art. 117(1) de la LIPR, la Commission a conclu que le demandeur avait aidé et encouragé les passeurs et qu'il avait agi sciemment—Il s'agissait de déterminer si la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le demandeur s'était livré au passage de clandestins en coopérant avec les gens qui le faisaient passer—La conclusion de la Commission est déraisonnable—C'est interpréter de manière déraisonnablement large l'art. 117(1) que de laisser entendre que tout service peut être considéré comme une aide et un encouragement à la venue au Canada d'étrangers clandestins—L'analyse de la Commission ne tenait pas compte du contexte—Il était déraisonnable de ne pas tenir compte de l'absence de rôle d'autorité du demandeur dans cette opération de passage de clandestins—La simple connaissance du fait que les autres passagers n'étaient pas munis des documents légaux requis n'était pas suffisante—La Commission ne s'est pas interrogée quant à savoir pour quels motifs le demandeur avait cherché à aider les passeurs—Il y a lieu d'opérer une distinction entre les art. 117 et 131 de la LIPR—Les questions de savoir s'il est approprié de définir

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Caliskan v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 111

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Judicial review of decision by officer denying application for permanent residence on humanitarian, compassionate (H&C) grounds—Applicant refused claim for refugee protection—H&C application considered under IRPA, s. 25 as amended by *Balanced Refugee Reform Act*—Officer finding applicant’s fears falling under scope of IRPA, ss. 96, 97, not within her jurisdiction—Whether officer following proper interpretation of amended s. 25—Officer concluding there was personalized risk to applicant—Officer improperly focusing on risk, not on hardship—Amended provisions of s. 25 to be interpreted by focusing on intent of provision, i.e. hardship to individual—Question certified as to what is nature of risk to be assessed with respect to H&C considerations under amended s. 25—Application allowed.

### **Ferko v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 22

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Protection Division decision finding that applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97—Applicant, family thereof, Roma Czechs fearing persecution in home country after experiencing violent attacks over several years—Board finding that applicant failing to take all reasonable steps to seek assistance, protection of law enforcement authorities in Czech Republic before coming to Canada; that applicant failing to rebut presumption of state protection with clear, convincing evidence—In decision, Board sometimes mistakenly referring to conditions in Hungary, rather than Czech Republic; not questioning applicant’s credibility

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’expression « passage de clandestins » en s’appuyant sur l’art. 117 plutôt que sur un instrument international dont le Canada est signataire et dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l’art. 37(1)*b*) de la LIPR s’étend aux infractions visées à l’art. 131 ont été certifiées—Demande accueillie.

### **Caliskan c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 111

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Motifs d’ordre humanitaire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle une agente d’immigration a rejeté une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d’ordre humanitaire—La demande d’asile du demandeur a été refusée—La demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire a été examinée sous le régime de l’art. 25 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*—L’agente a conclu que les craintes du demandeur relevaient des art. 96 ou 97 et qu’elle n’avait donc pas compétence pour les prendre en compte—Il s’agissait de savoir si l’agente a appliqué correctement la bonne interprétation de l’art. 25 modifié—L’agente a conclu que le demandeur serait personnellement exposé à un risque—L’agente s’est concentrée à tort sur le risque plutôt que sur les difficultés—Les dispositions modifiées de l’art. 25 doivent être interprétées de manière à mettre l’accent sur l’objet de la disposition en question, soit les difficultés de l’intéressé—La question relative à la nature du risque qui doit être examiné au titre des considérations d’ordre humanitaire visées à l’art. 25 modifié a été certifiée—Demande accueillie.

### **Ferko c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 22

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que les demandeurs n’avaient ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger au sens des art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le demandeur et sa famille sont roms et citoyens de la République tchèque qui craignent d’être persécutés dans leur pays d’origine après avoir été victimes d’agressions violentes pendant plusieurs années—La Commission a conclu que, avant d’arriver au Canada, le demandeur n’avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter l’aide et la protection des autorités chargées d’appliquer la loi en République tchèque et qu’il n’était

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

—Whether Board’s finding of state protection reasonable, whether finding that applicant failing to rebut presumption of state protection reasonable—While Board erroneously making references to Hungary instead of Czech Republic, when decision read as whole, Board clearly considering country conditions in Czech Republic—As for state protection, Board’s decision that applicant failing to take all reasonable steps to avail himself of state protection; that applicant failing to rebut presumption of state protection unreasonable—Regarding adequacy of state protection, Board analyzing documentary evidence extensively, noting repeatedly that Czech Republic making “serious efforts”; however, for applicant, family thereof, serious efforts never resulting in improving situation thereof—Adequacy of state protection must take into consideration applicant’s circumstances—Considering particular circumstances herein, applicant’s failure or reluctance to follow up with police should not be “objectively unreasonable” since applicant’s fear, credibility accepted by Board—Cumulative effects of circumstances herein rendering Board’s conclusion on adequacy of state protection for applicants unreasonable—Therefore, Board’s decision that state protection adequate failing to address circumstances, experience of applicant, family thereof—Application allowed.

### **J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . . 146**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division, determining that applicants inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 37(1)(b), 42(b)—Applicant arriving in Canada on board MV *Sun Sea*—During voyage, applicant assisting operators of MV *Sun Sea*, benefitting from better conditions, rations—Board accepting

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pas parvenu à réfuter la présomption de l’existence de cette protection au moyen d’éléments de preuve clairs et convaincants—Dans sa décision, la Commission a parfois fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu’en République tchèque, mais elle n’a pas mis en doute la crédibilité du demandeur—Il s’agissait de savoir si la conclusion à laquelle la Commission est arrivée au sujet de la protection de l’État était raisonnable et s’il était raisonnable de conclure que le demandeur n’a pas réfuté la présomption de l’existence d’une protection de l’État—Même si la Commission a fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu’en République tchèque, si on lit la décision dans son ensemble, il est évident que la Commission a examiné la situation qui règne en République tchèque—Quant à la protection de l’État, la conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur n’a pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter cette protection et qu’il n’est pas parvenu à réfuter la présomption de l’existence de cette protection était déraisonnable—Pour ce qui est du caractère adéquat de la protection de l’État, la Commission a analysé en détail la preuve documentaire et a noté à plusieurs reprises que la République tchèque faisait des « efforts sérieux »; cependant, ces efforts sérieux n’ont pas amélioré le sort du demandeur et de sa famille—L’évaluation du caractère adéquat de la protection de l’État doit tenir compte de la situation du demandeur—Compte tenu des circonstances particulières de l’espèce, le fait que le demandeur n’ait pas fait un suivi auprès de la police, ou qu’il ait hésité à le faire, ne devait pas être considéré comme « objectivement déraisonnable », vu que la Commission reconnaissait la crainte du demandeur et que la crédibilité n’était pas un point litigieux—Les effets cumulatifs de ces circonstances en l’espèce ont fait que la conclusion tirée par la Commission au sujet du caractère adéquat de la protection de l’État envers les demandeurs était déraisonnable—Par conséquent, la décision de la Commission selon laquelle la protection de l’État était adéquate n’a pas tenu compte de la situation du demandeur et de sa famille et de ce qu’ils ont vécu—Demande accueillie.

### **J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . . 146**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire au Canada par application des art. 37(1)b) et 42b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Les demandeurs sont arrivés au Canada à bord du navire à moteur *Sun Sea*—Pendant le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

that applicant participating in human smuggling based on elements of offence in IRPA, s. 117—Whether Board failing to interpret “people smuggling” for purposes of s. 37(1)(b) in manner consistent with international instruments to which Canada signatory—Board erring in interpreting s. 37 term “people smuggling”—S. 117 not defining “people smuggling”—Line between penalizing human traffickers, protecting those being smuggled blurred by overly expansive interpretation of s. 37(1)(b) encompassing those not carrying out human smuggling—Not possible for Board to determine whether claimant falling within scope of s. 37(1)(b) by strict reliance on factual elements of s. 117 offence—Questions certified as to whether appropriate to define “people smuggling” by relying on s. 117; whether interpretation of s. 37(1)(b), term “people smuggling” reviewable on standard of correctness or reasonableness—Application allowed.

### **Kaur v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.)** ..... 3

Citizenship and Immigration — Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision (Board) rejecting applicant’s claim for protection—Applicant alleging serious risk of persecution under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), ss. 96, 97—Board finding applicant not credible, lacking subjective fear—Finding inconsistencies, important aspects of allegations missing from Personal Information Form—Board not giving weight to psychological report—Finding Chairperson’s Guideline on Women Refugee Claimants (Guidelines) not applying to applicant—Whether Board’s conclusions reasonable with respect to (1) credibility, (2) subjective fear, (3) treatment of psychologist’s report, (4) Guidelines, and (5) treatment of IRPA, s. 97 claim—Reasonable for Board to conclude applicant’s principal allegations and testimony not credible—Conclusion well within range of acceptable outcomes—Given long stay in United States, finding with respect to subjective fear also reasonable, consistent with case law—Board not disregarding evidence in psychologist’s report—Recent Supreme Court

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

voyage, le demandeur a aidé les opérateurs du navire à moteur *Sun Sea* afin de pouvoir bénéficier de meilleures conditions et de meilleures rations—La Commission a reconnu que le demandeur s’était livré au passage de clandestins, eu égard aux éléments constitutifs de l’infraction prévus à l’art. 117 de la LIPR—Il s’agissait de savoir si la Commission a omis d’interpréter l’expression « passage de clandestins » pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire—La Commission a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « passage de clandestins » à l’art. 37—L’art. 117 ne définit pas le « passage de clandestins »—La ligne de démarcation entre pénaliser ceux qui se livrent à la traite de personnes et protéger ceux qui en sont victimes risque d’être difficile à tracer si l’on retient une interprétation trop large de l’art. 37(1)(b) qui englobe des personnes qui n’exécutent pas le plan de passage de clandestins—Il était impossible pour la Commission de déterminer si l’intéressé tombait sous le coup de l’art. 37(1)(b) en se fondant uniquement sur les éléments factuels de l’infraction prévus à l’art. 117—Les questions de savoir s’il est approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur le fondement de l’art. 117 et si l’interprétation de l’expression « passage de clandestins » à l’art. 37(1)(b) est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable ont été certifiées—Demande accueillie.

### **Kaur c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.F.)** ..... 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) de rejeter la demande d’asile présentée par la demanderesse—La demanderesse soutenait qu’elle serait exposée à un risque grave de persécution conformément aux art. 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—La Commission a conclu que la demanderesse n’était pas crédible et qu’il y avait une absence de crainte subjective—Elle a conclu qu’il y avait des contradictions et qu’il manquait certains éléments importants des allégations de la demanderesse dans son Formulaire de renseignements personnels—La Commission n’a pas accordé de poids au rapport psychologique—Elle a conclu que les Directives du président sur les revendicatrices du statut de réfugié (les Directives) ne s’appliquaient pas au cas de la demanderesse—Il s’agissait de déterminer si les conclusions de la Commission concernant 1) la crédibilité, 2) la crainte subjective, 3) le traitement du rapport du psychologue, 4) les Directives et 5) le traitement de la demande fondée sur l’art. 97 de la LIPR étaient raisonnables—

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

case law reducing scope for setting aside decision on basis psychologist's report not considered—If Court can ascertain any reasonable basis for Board's adverse credibility findings, or if findings rationally supported, findings should ordinarily withstand Court's review—Board not erring in concluding that in absence of credible evidence that applicant facing gender-based persecution, Guidelines not applicable—Board not failing to assess applicant's claim under IRPA, s. 97—Allegations made in support of that claim the same as those made in support of IRPA, s. 96 claim—Board not obliged to conduct second analysis of claims under s. 97—Application dismissed.

### **Samatar v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . 43**

Public Service—Selection Process—Competitions—Judicial review of decision by Public Service Commission (Commission) determining applicant guilty of fraud for providing false references to candidate in appointment process within public service—Investigation by Commission conducted pursuant to *Public Service Employment Act* (PSEA), s. 69—During investigation, Commission summoned applicant to interview, suspecting applicant of fraud—Before interview, investigator not telling applicant suspected of fraud—Investigator also not providing applicant with relevant evidence—Investigation report finding applicant guilty of fraud, corrective action taken against applicant—Issue namely whether (1) *Public Service Employment Act* (PSEA), s. 69 authorizing Commission to take corrective action against applicant when applicant not participating in competition, but giving references in competition, (2) rules of procedural fairness breached in case—PSEA not defining word fraud—French English definitions of word “fraud” similar—Fraud involving deceiving others for gain—Intent must be to deceive others, not sufficient to look only at material fact alone—Before assessing reasonableness of finding of “fraud”, first must be satisfied Commission having jurisdiction in respect of third parties like applicant—To do

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Il était raisonnable pour la Commission de conclure au caractère non crédible des principales allégations et du témoignage de la demanderesse—Cette conclusion appartient aux issues possibles acceptables—Étant donné la longue durée du séjour de la demanderesse aux États-Unis, la conclusion de la Commission relative à la crainte subjective était aussi raisonnable et conforme à la jurisprudence—La Commission n'a pas écarté les éléments de preuve que contenait le rapport psychologique—La récente jurisprudence de la Cour suprême a réduit la possibilité d'annuler des décisions de la Commission au motif qu'elle n'aurait pas pris en considération le contenu d'un rapport psychologique—Si la cour de révision peut trouver un quelconque fondement raisonnable aux conclusions défavorables de la Commission sur la crédibilité, ou si l'on peut considérer que celles-ci ont un fondement rationnel, elle doit normalement laisser subsister ces conclusions—La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que, par suite de l'absence de preuves crédibles selon lesquelles la demanderesse serait exposée à une persécution fondée sur le sexe, les Directives n'étaient pas applicables—La Commission n'a pas omis d'évaluer la demande présentée par la demanderesse conformément à l'art. 97 de la LIPR—Les allégations faites au soutien de cette demande d'asile étaient les mêmes que celles avancées sous le régime de l'art. 96—La Commission n'était pas tenue d'effectuer une deuxième analyse sous le régime de l'art. 97—Demande rejetée.

### **Samatar c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . 43**

Fonction publique—Procédure de sélection—Concours—Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la fonction publique (Commission) trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate dans le cadre d'un processus de nomination au sein de la fonction publique—L'enquête de la Commission a été menée en vertu de l'art. 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP)—Au cours de l'enquête, la Commission a convoqué la demanderesse à une entrevue, la soupçonnant de fraude—Avant l'entrevue, l'enquêteur n'a pas dit à la demanderesse qu'elle était soupçonnée de fraude—Il ne lui a pas non plus communiqué les preuves pertinentes—Le rapport d'enquête a conclu à la fraude et des mesures correctives ont été prises à l'encontre de la demanderesse—Il était question entre autres de savoir 1) si l'art. 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) autorise la Commission à prendre des mesures correctives visant la demanderesse qui n'a pas participé à un concours, mais qui a donné des références dans le cadre d'un concours, et 2) si les règles d'équité procédurale ont été violées en l'espèce—La LEFP ne définit pas le mot fraude—Les définitions française et anglaise du mot « fraude » se rejoignent—Il est question de

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

so, must review overall framework governing human resources in federal public service—Thus, information sent to Commission regarding supposed fraud of applicant in appointment process similar to disclosure of wrongdoing under *Public Servants Disclosure Protection Act*—Approach by Commission merely leading to duplication of investigation process—Parliament’s use of conjunction “and” in English version of PSEA, s. 69(a) directly before s. 69(b) not fortuitous—Only ancillary power related to revocation of proposed appointment—To exercise power to take “corrective action” under authority set out in s. 69(b) independently of power set out in s. 69(a) to revoke appointment, conjunction “and” would need to be replaced by “or” in English version, conjunction “ou” added in French version—Commission usurping powers, acting without jurisdiction—No need to express definitive opinion on jurisdiction or reasonableness because procedural fairness issue determinative—Content of duty of fairness varying depending on context, consideration must be given to criteria listed by Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—In case at bar, investigator not revealing to applicant, in timely manner, intentions, evidence already collected—Notice to appear clearly insufficient—Rules of procedural fairness required investigator to disclose before interview documentary evidence likely to be used in interview—Breach of procedural fairness flagrant in applicant’s case—*Federal Courts Act*, s. 18.1(3) conferring broad discretion on Court to choose appropriate remedy—Given specific, exceptional circumstances herein, not in best interests of justice to refer applicant’s case back to Commission—Applicant entitled to increased costs exceeding party and party costs normally awarded—Commission’s decision set aside—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tromper autrui dans le but d’obtenir un avantage—Il faut avoir l’intention de tromper autrui, il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi—Avant d’en arriver à examiner la raisonnable de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission a compétence vis-à-vis des tiers comme la demanderesse—Pour ce faire, il faut examiner le cadre global qui régit la fonction publique fédérale en matière de ressources humaines—Ainsi, l’information transmise à la Commission relativement à la présumée fraude de la demanderesse dans le cadre d’un processus de nomination ressemble à la divulgation d’actes répréhensibles visés par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*—L’approche prise par la Commission ne fait qu’aboutir à un dédoublement du processus d’enquête—L’emploi par le législateur de la conjonction « and » dans la version anglaise de l’art. 69a) de la LEFP, directement avant l’art. 69b), n’est pas fortuit—Il ne peut s’agir que d’un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d’une proposition de nomination—Pour pouvoir exercer le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu du pouvoir prévu à l’art. 69b) indépendamment du pouvoir prévu à l’art. 69a) de révoquer une nomination, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou »—La Commission a usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence—Il n’est pas nécessaire d’exprimer une opinion définitive au sujet de la compétence ou de la raisonnable puisque la question d’équité procédurale est déterminante—Le contenu du devoir d’agir équitablement varie selon le contexte et il faut considérer les critères énumérés par la Cour Suprême dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—En l’espèce, l’enquêteur n’a pas révélé à la demanderesse, en temps utile, ses intentions et les preuves qu’il avait déjà recueillies—L’avis de convocation est nettement insuffisant—Les règles d’équité procédurale exigeaient que l’enquêteur communique avant l’entrevue les éléments de preuve documentaire susceptibles d’être utilisés à l’entrevue—La violation à l’obligation d’équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse—L’art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère une large discrétion à la Cour dans le choix de la réparation appropriée—Compte tenu des circonstances particulières et exceptionnelles de la présente affaire, il n’est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission—La demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés—La décision de la Commission est cassée—Demande accueillie.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Seck v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 167**

Public Service—Selection Process—Competitions—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Public Service Commission (Commission) decision finding appellant committing fraud by giving false references in appointment process within Public Service—Appellant applying for position within federal public service—Appellant naming Rose M’Kounga as immediate supervisor in previous position—Ms. M’Kounga providing reference—Appellant not selected—Following information received, Commission launching investigation under *Public Service Employment Act* (Act), s. 69—Investigation finding Ms. M’Kounga not appellant’s immediate supervisor, favourable comments in reference prepared by appellant, her mother, hence constituting fraud under Act, s. 69—PSC taking corrective actions against appellant—Appellant challenging Commission’s power to conduct investigation, take corrective action—Federal Court finding Act, s. 69, giving Commission power to investigate fraud in appointment process—Court also finding Commission acting fairly, assessing, analyzing evidence reasonably—At issue (1) scope of Commission’s jurisdiction (2) whether procedure followed fair (3) whether Commission’s analysis of evidence reasonable—Commission’s power to investigate under Act, s. 69 part of vast reform to modernize public service staffing system—S. 69 must be interpreted in this context—Fraud should be defined as established in *R. v. Cuerrier*—S. 69 not requiring actual or proposed appointment at issue for investigation, corrective action—Commission having exclusive jurisdiction to investigate in cases of fraud—Corrective action must be reasonable—In this appeal, corrective action reasonable: action under Commission’s jurisdiction, reasonable in light of circumstances at issue—As to Act, s. 69, since investigation concerning fraudulent conduct, investigator’s duty of procedural fairness particularly demanding—Commission, its investigator showing particularly high degree of procedural fairness—Federal Court making no reviewable error in holding Commission’s conclusions reasonable—Appeal dismissed.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Seck c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . . 167**

Fonction publique—Procédure de sélection—Concours—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant le contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de la fonction publique concluant que l’appelante avait commis une fraude en donnant de fausses références dans le cadre d’un processus de nomination au sein de la fonction publique—L’appelante a posé sa candidature à un poste au sein de la fonction publique fédérale—Elle a désigné M<sup>me</sup> Rose M’Kounga comme sa supérieure hiérarchique dans un emploi antérieur—M<sup>me</sup> M’Kounga a fourni une référence—La candidature de l’appelante n’a pas été retenue—À la suite de renseignements qu’elle a reçus, la Commission a déclenché une enquête concernant l’appelante en vertu de l’art. 69 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* (Loi)—L’enquête a conclu que M<sup>me</sup> M’Kounga n’avait pas été la supérieure hiérarchique de l’appelante et que les recommandations favorables de la référence avait été préparées par l’appelante et sa mère, d’où la fraude au sens de l’art. 69 de la Loi—La Commission a pris des mesures correctives à l’égard de l’appelante—L’appelante contestait le pouvoir de la Commission de mener une enquête à son égard et de prendre des mesures correctives—La Cour fédérale a conclu que l’art. 69 de la Loi accordait le pouvoir à la Commission de mener une enquête à l’égard de toute fraude dans un processus de nomination—Elle a aussi conclu que la Commission avait agi équitablement et qu’elle avait évalué et analysé la preuve de façon raisonnable—Il s’agissait de savoir 1) la portée de la compétence de la Commission 2) si la procédure suivie était équitable et 3) si l’analyse de la preuve par la Commission était raisonnable—Le pouvoir d’enquête de la Commission prévu à l’art. 69 de la Loi fait partie d’une vaste réforme cherchant à moderniser le système de dotation de la fonction publique—L’art. 69 doit être compris et interprété dans ce contexte—Il y a lieu d’utiliser la définition de la fraude établie dans l’arrêt *R. c. Cuerrier*—L’art. 69 n’exige pas qu’il y ait une nomination, réelle ou proposée, en cause pour qu’il y ait une enquête et des mesures correctives—La Commission a compétence d’enquête exclusive dans le cas de fraude—Les mesures correctives doivent être raisonnables—Dans le présent appel, elles le sont; elles relèvent de la compétence de la Commission et elles sont raisonnables à la lumière des circonstances en cause—Dans le cas de l’art. 69 de la Loi, puisque l’enquête vise à tirer des conclusions quant à une conduite frauduleuse, le devoir d’équité procédurale qui incombe à l’enquêteur est particulièrement élevé—La Commission et son enquêteur ont démontré un très haut niveau d’équité procédurale—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur révisable en décidant que les conclusions de la Commission étaient raisonnables—Appel rejeté.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canada (Attorney General) v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, T-1734-11, 2013 FC 520, has been affirmed on appeal (A-214-13, 2014 FCA 131), reasons for judgment handed down May 20, 2014.

*Canada (Attorney General) v. Johnstone*, T-1418-10, 2013 FC 113, has been reversed in part on appeal (A-89-13, 2014 FCA 110), reasons for judgment handed down May 2, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-7326-12, 2013 FC 802, has been affirmed on appeal (A-272-13, 2014 FCA 113), reasons for judgment handed down May 2, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Kinsel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, T-1958-11, 2012 FC 1515, has been affirmed on appeal (A-35-13, 2014 FCA 126), reasons for judgment handed down May 14, 2014. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Attorney General) v. Canadian National Railway Company*, A-438-11, A-440-11, 2012 FCA 278, has been affirmed on appeal (2014 SCC 40). The reasons for judgment, handed down May 23, 2014, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, has been reversed in part on appeal (2014 SCC 37). The reasons for judgment, handed down May 14, 2014, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Kniss v. Telecommunication Workers Union*, A-473-12, 2013 FCA 293, Pelletier J.A., judgment dated December 19, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused May 15, 2014.

*Kossow v. Canada*, A-442-12, 2013 FCA 283, Near J.A., judgment dated December 6, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused May 15, 2014.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, T-1734-11, 2013 CF 520, a été confirmée en appel (A-214-13, 2014 FCA 131), les motifs du jugement ayant été prononcés le 20 mai 2014.

La décision *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, T-1418-10, 2013 CF 113, a été infirmée en partie en appel (A-89-13, 2014 CAF 110), les motifs du jugement ayant été prononcés le 2 mai 2014. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-7326-12, 2013 CF 802, a été confirmée en appel (A-272-13, 2014 CAF 113), les motifs du jugement ayant été prononcés le 2 mai 2014. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Kinsel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, T-1958-11, 2012 CF 1515, a été confirmée en appel (A-35-13, 2014 CAF 126), les motifs du jugement ayant été prononcés le 14 mai 2014. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada (Procureur général) c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, A-438-11, A-440-11, 2012 CAF 278, a été confirmé en appel (2014 CSC 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23 mai 2014, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, a été infirmé en partie en appel (2014 CSC 37). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 mai 2014, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Kniss c. Syndicat des Travailleurs(euses) en Télécommunication*, A-473-12, 2013 CAF 293, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 mai 2014.

*Kossow c. Canada*, A-442-12, 2013 CAF 283, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 6 décembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 mai 2014.

APPEALS NOTED

*Transalta Corporation v. Canada*, A-486-12, 2013 FCA 285, Blais C.J., judgment dated December 6, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused May 29, 2014.

*Transalta Corporation c. Canada*, A-486-12, 2013 CAF 285, le juge en chef Blais, jugement en date du 6 décembre 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 mai 2014.

**Federal Courts  
Reports**

**2014, Vol. 2, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2014, Vol. 2, 1<sup>e</sup> fascicule**



IMM-424-12  
2012 FC 1379

IMM-424-12  
2012 CF 1379

**Parmjit Kaur** (*Applicant*)

**Parmjit Kaur** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: KAUR v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : KAUR c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, August 21; Ottawa, November 28, 2012.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 21 août; Ottawa, 28 novembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision (Board) rejecting applicant's claim for protection — Applicant alleging serious risk of persecution under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 96, 97 — Board finding applicant not credible, lacking subjective fear — Finding inconsistencies, important aspects of allegations missing from Personal Information Form — Board not giving weight to psychological report — Finding Chairperson's Guideline on Women Refugee Claimants (Guidelines) not applying to applicant — Whether Board's conclusions reasonable with respect to (1) credibility, (2) subjective fear, (3) treatment of psychologist's report, (4) Guidelines, and (5) treatment of IRPA, s. 97 claim — Reasonable for Board to conclude applicant's principal allegations and testimony not credible — Conclusion well within range of acceptable outcomes — Given long stay in United States, finding with respect to subjective fear also reasonable, consistent with case law — Board not disregarding evidence in psychologist's report — Recent Supreme Court case law reducing scope for setting aside decision on basis psychologist's report not considered — If Court can ascertain any reasonable basis for Board's adverse credibility findings, or if findings rationally supported, findings should ordinarily withstand Court's review — Board not erring in concluding that in absence of credible evidence that applicant facing gender-based persecution, Guidelines not applicable — Board not failing to assess applicant's claim under IRPA, s. 97 — Allegations made in support of that claim the same as those made in support of IRPA, s. 96 claim — Board not obliged to conduct second analysis of claims under s. 97 — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) de rejeter la demande d'asile présentée par la demanderesse — La demanderesse soutenait qu'elle serait exposée à un risque grave de persécution conformément aux art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — La Commission a conclu que la demanderesse n'était pas crédible et qu'il y avait une absence de crainte subjective — Elle a conclu qu'il y avait des contradictions et qu'il manquait certains éléments importants des allégations de la demanderesse dans son Formulaire de renseignements personnels — La Commission n'a pas accordé de poids au rapport psychologique — Elle a conclu que les Directives du président sur les revendicatrices du statut de réfugié (les Directives) ne s'appliquaient pas au cas de la demanderesse — Il s'agissait de déterminer si les conclusions de la Commission concernant 1) la crédibilité, 2) la crainte subjective, 3) le traitement du rapport du psychologue, 4) les Directives et 5) le traitement de la demande fondée sur l'art. 97 de la LIPR étaient raisonnables — Il était raisonnable pour la Commission de conclure au caractère non crédible des principales allégations et du témoignage de la demanderesse — Cette conclusion appartient aux issues possibles acceptables — Étant donné la longue durée du séjour de la demanderesse aux États-Unis, la conclusion de la Commission relative à la crainte subjective était aussi raisonnable et conforme à la jurisprudence — La Commission n'a pas écarté les éléments de preuve que contenait le rapport psychologique — La récente jurisprudence de la Cour suprême a réduit la possibilité d'annuler des décisions de la Commission au motif qu'elle n'aurait pas pris en considération le contenu d'un rapport psychologique — Si la cour de révision peut trouver un quelconque fondement raisonnable aux conclusions défavorables de la Commission sur la crédibilité, ou si l'on peut considérer que celles-ci ont un fondement*



This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (Board) rejecting the applicant's claim for protection made under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant is a citizen of India who alleges that she would face a serious risk of persecution, including physical harm and death, if she were required to return to India. The Board found that her "basic story" was not plausible, that her testimony was not credible and that her actions in the 17 months following her departure from India demonstrated a lack of subjective fear of persecution. The Board also found that in the absence of credible evidence that the applicant faced gender-related persecution in India, the Guidelines were not applicable to her situation. Finally, in view of its credibility concerns identified in the applicant's testimony, the Board gave no weight to the psychologist's report.

The applicant submitted that the Board erred in reaching these findings and that the Board failed to properly consider her psychologist's report, the Guidelines and her claims under section 97 of the IRPA.

*Held*, the application should be dismissed.

The conclusion that the applicant was not credible was based largely on findings that the Board made with respect to (i) inconsistencies and other problems that it identified with respect to the applicant's testimony, and (ii) the absence of important aspects of her allegations in the Personal Information Form part of her application. It was entirely reasonable for the Board to conclude, based on the foregoing findings, that the applicant's principal allegations and testimony were not credible. That conclusion was well "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible

*rationnel, elle doit normalement laisser subsister ces conclusions — La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que, par suite de l'absence de preuves crédibles selon lesquelles la demanderesse serait exposée à une persécution fondée sur le sexe, les Directives n'étaient pas applicables — La Commission n'a pas omis d'évaluer la demande présentée par la demanderesse conformément à l'art. 97 de la LIPR — Les allégations faites au soutien de cette demande d'asile étaient les mêmes que celles avancées sous le régime de l'art. 96 — La Commission n'était pas tenue d'effectuer une deuxième analyse sous le régime de l'art. 97 — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) de rejeter la demande d'asile présentée par la demanderesse conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

La demanderesse est une citoyenne indienne qui soutient qu'elle serait exposée à un risque grave de persécution, y compris de violence physique pouvant aller jusqu'à la mort, si elle était obligée de retourner en Inde. La Commission a conclu que son « récit » n'était pas plausible, que son témoignage n'était pas crédible et que ses actes des 17 mois qui avaient suivi son départ de l'Inde démontraient une absence de crainte subjective de persécution. La Commission a également conclu que, par suite de l'absence de preuves crédibles selon lesquelles la demanderesse serait exposée à une persécution fondée sur le sexe en Inde, les Directives n'étaient pas applicables à son cas. Enfin, étant donné les problèmes de crédibilité que posait le témoignage de la demanderesse, la Commission a décidé de n'accorder aucun poids au rapport psychologique.

La demanderesse a soutenu que la Commission s'était trompée en concluant ainsi et qu'elle avait omis de prendre dûment en considération le rapport de son psychologue, les Directives ainsi que sa demande d'asile fondée sur l'article 97 de la LIPR.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La conclusion voulant que la demanderesse ne soit pas crédible était fondée en grande partie sur les constatations faites par la Commission touchant i) les contradictions et autres aspects douteux du témoignage de la demanderesse, et ii) l'absence d'éléments importants de ses allégations dans son Formulaire de renseignements personnels. Il était tout à fait raisonnable de la part de la Commission de conclure, sur la base des constatations exposées ci-dessus, au caractère non crédible des principales allégations et du témoignage de la demanderesse. Cette conclusion appartenait sans l'ombre d'un

in respect of the facts and law” and was appropriately justified, transparent and intelligible.

The Board’s conclusion with respect to subjective fear was also reasonable. Given the long duration of the applicant’s stay in the United States (16 months), the Board’s finding was not unreasonable. It is entirely consistent with the case law involving claims of a similar or shorter duration.

With respect to the psychological report, the Board did not disregard, fail to properly address or misapprehend the evidence in the report. Recent case law from the Supreme Court has significantly reduced the scope for setting aside decisions of the Board on the basis that it did not consider or did not sufficiently consider the contents of a psychologist’s report. It has also significantly narrowed the range of potential circumstances in which the Board may be said to have an obligation to explicitly consider and address, in its reasons, the contents of a psychologist’s report in making credibility findings. If the Court can ascertain any reasonable basis in the evidence for the Board’s adverse credibility findings, or if those findings can be said to be rationally supported, for example, on the basis of confirmed and important inconsistencies, contradictions or omissions in the evidence, those findings should ordinarily withstand the Court’s review unless there is something in a psychologist’s report that strongly suggests that the adverse credibility finding is in fact unreasonable. To do otherwise would be inconsistent with the Supreme Court’s position that reviewing courts should not interfere when there is any reasonable basis in the evidence for the conclusion reached by the Board, or when the decision can be rationally supported. It would also be inconsistent with the emphasis that the Supreme Court has now repeatedly given to the need for reviewing courts to give respectful deference to the findings of administrative tribunals. This is particularly so with respect to matters of credibility, which are at the very heart of the task Parliament has chosen to leave to the Board. The Board’s failure to explicitly mention in its decision whether it considered psychological conditions in making its adverse credibility finding did not deprive that decision of either its rational support or a reasonable basis in the evidence. The fact that the Board did in fact mention the psychologist’s report elsewhere in its decision simply served to further insulate the decision from intervention.

With respect to the Guidelines, the Board did not err in concluding that in the absence of credible evidence that the applicant faced gender-based persecution in India,

doute « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », et elle était dûment justifiée, transparente et intelligible.

La conclusion de la Commission concernant la crainte subjective était également raisonnable. Étant donné la longue durée du séjour de la demanderesse aux États-Unis (16 mois), la conclusion de la Commission n’était pas déraisonnable. Elle est tout à fait conforme à la jurisprudence concernant des retards de durée semblable ou plus courte.

Pour ce qui est du rapport du psychologue, la Commission n’a pas écarté, omis de prendre dûment en considération ou mal interprété les éléments de preuve qu’il contenait. La récente jurisprudence de la Cour suprême a sensiblement réduit la possibilité d’annuler des décisions de la Commission au motif qu’elle n’aurait pas pris en considération, ou pas suffisamment, le contenu d’un rapport psychologique. Elle a aussi notablement réduit l’éventail des cas où la Commission pourrait être considérée comme obligée d’examiner et d’analyser explicitement dans ses motifs le contenu d’un rapport psychologique aux fins de se prononcer sur la crédibilité. Si la cour de révision peut trouver dans la preuve un quelconque fondement raisonnable aux conclusions défavorables de la Commission sur la crédibilité, ou si l’on peut considérer que celles-ci ont un fondement rationnel, par exemple la présence dans la preuve d’incohérences, contradictions ou omissions importantes et confirmées, elle doit normalement laisser subsister ces conclusions, à moins qu’un élément déterminé d’un rapport psychologique n’incline fortement à penser que ladite conclusion est en fait déraisonnable. Autrement, cela serait contraire au principe formulé par la Cour suprême selon lequel la cour de révision doit s’abstenir d’intervenir si la preuve offre une quelconque assise raisonnable à la conclusion de la Commission ou lorsque la décision de cette dernière est pourvue d’un fondement rationnel. Cela serait également incompatible avec la nécessité pour la cour de révision, plusieurs fois réaffirmée par la Cour suprême, de faire preuve de déférence ou de retenue à l’égard des conclusions des tribunaux administratifs. Il en va particulièrement ainsi pour les questions de crédibilité, qui se situent au cœur même des attributions que le législateur a conférées à la Commission. Le fait que la Commission n’ait pas dit expressément dans sa décision si elle avait pris les troubles psychologiques en considération avant de tirer une conclusion défavorable sur la crédibilité de la demanderesse ne privait pas cette décision de son fondement rationnel ni de l’assise raisonnable que lui procurait la preuve. La mention qu’on trouve du rapport psychologique dans une autre partie de la décision de la Commission ne faisait que mettre celle-ci plus sûrement à l’abri de toute intervention.

En ce qui concerne les Directives, la Commission ne s’est pas trompée en concluant que, par suite de l’absence de preuves crédibles selon lesquelles la demanderesse serait exposée

the Guidelines were not applicable to her situation. The Guidelines are not law, nor are they binding for the Board. The Board's choice of words in stating that the Guidelines were not applicable to the applicant's situation was not a model to be followed in the future. It would have been more accurate for the Board to have stated that it had indeed recognized that the nature of the applicant's allegations was unique to women, and that after having assessed those allegations in their social and cultural context, as it had done, it found them to be not credible. Given the nature of the adverse credibility findings made in this case, and the nature of the analysis that was in fact conducted by the Board, its failure to explicitly discuss the Guidelines did not constitute a reviewable error.

With respect to the claim under section 97 of the IRPA, the Board did not fail to assess it. The Board explicitly stated that it considered the claim made by the applicant under section 97. It then noted that the allegations made in support of that claim were the same as those she had advanced in support of her claim under section 96. The Board is not obliged to conduct a separate analysis under section 97 in each case. Given that the allegations made by the applicant in support of her claims under section 97 were the same as those that she advanced in support of her claims under section 96, the Board was under no obligation to undertake a second analysis of those claims under section 97, once it had found that her allegations were not credible.

à une persécution fondée sur le sexe en Inde, les Directives n'étaient pas applicables à son cas. Les Directives n'ont pas statut de droit ni ne lient la Commission. La manière dont la Commission a expliqué que les Directives ne s'appliquaient pas au cas de la demanderesse n'est cependant pas un modèle à suivre. Il aurait été préférable que la Commission déclare d'abord avoir constaté que la nature des allégations de la demanderesse relevait spécialement de ce qui est unique aux femmes, puis ajoute que, après avoir examiné ces allégations dans leur contexte social et culturel (comme elle l'avait fait), elle avait conclu à leur non-crédibilité. Étant donné la nature des conclusions défavorables sur la crédibilité qu'elle a formulées en l'espèce et la nature de l'analyse qu'elle a en fait effectuée, la Commission n'a pas commis une erreur donnant lieu à révision en s'abstenant de se référer aux Directives.

Quant à la demande présentée conformément à l'article 97 de la LIPR, la Commission n'a pas omis de l'évaluer. Elle a dit explicitement qu'elle avait examiné la demande d'asile formulée par la demanderesse sous le régime de l'article 97. Elle a ensuite constaté que les allégations faites au soutien de cette demande d'asile étaient les mêmes que celles avancées sous le régime de l'article 96. La Commission n'est pas tenue d'effectuer dans chaque cas une analyse distincte sous le régime de l'article 97. Comme les allégations formulées par la demanderesse au soutien de sa demande d'asile fondée sur l'article 97 étaient les mêmes que celles qu'elle avait avancées à l'appui de sa demande d'asile fondée sur l'article 96, la Commission n'était pas tenue d'effectuer une analyse distincte sous le régime de l'article 97 une fois qu'elle eut conclu au caractère non crédible de ces allégations.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

##### CONSIDERED:

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] S.C.R. 708; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319.

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Velez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 923; *Duarte v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 988; *Espinosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1324; *Fernando v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 759; *Castillejos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1956 (T.D.) (QL); *Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.); *Csonka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2001 FCT 915, 16 Imm. L.R. (3d) 183; *Khawaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8521, 172 F.T.R. 287 (F.C.); *Rudaragi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 911; *Atay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 201; *Mico v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 964, 1 Imm. L.R. (4th) 1; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Higbogun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 445, 367 F.T.R. 114; *Kandiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 181; *Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244.

## AUTHORS CITED

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*, 1996, online: <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/pol/GuiDir/pages/GuideDir04.aspx>>.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicant's claim for protection made under sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Baldev Sandhu* for applicant.  
*Jennifer Dagsvik* for respondent.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Velez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 923; *Duarte c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 988; *Espinosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1324; *Fernando c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 759; *Castillejos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1956 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Huerta c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 271 (C.A.) (QL); *Csonka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 915; *Khawaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8521 (C.F.); *Rudaragi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 911; *Atay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 201; *Mico c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 964; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Higbogun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 445; *Kandiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 181; *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635.

## DOCTRINE CITÉE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives n° 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l'immigration*, 1996, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir04.aspx>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de rejeter la demande d'asile présentée par la demanderesse conformément aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Baldev Sandhu* pour la demanderesse.  
*Jennifer Dagsvik* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Baldev Sandhu*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] CRAMPTON C.J.: The applicant, Ms. Parmjit Kaur, is a citizen of India. Among other things, she alleges that she would face a serious risk of persecution, including physical harm and death, if she were required to return to India.

[2] The Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board) rejected her claim for protection after finding that her “basic story” was not plausible, her testimony was not credible, and her actions in the 17 months following her departure from India demonstrated a lack of subjective fear of persecution.

[3] Ms. Kaur submits that the Board erred in reaching these findings. She also submits that the Board erred by failing to properly consider her psychologist’s report, the Chairperson’s *Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(3) of the Immigration Act*, Ottawa: IRB, 1996 (Guidelines) and her claims under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[4] I disagree. For the reasons that follow, this application is dismissed.

### I. Background

[5] Ms. Kaur is 30 years old and of Sikh ethnicity. In December 2008, she was visited by a Muslim friend from college, Salina, Salina’s brother and a friend of his.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Baldev Sandhu*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : La demanderesse, M<sup>me</sup> Parmjit Kaur, est citoyenne indienne. Elle soutient, entre autres, qu’elle serait exposée à un risque grave de persécution, y compris de violence physique pouvant aller jusqu’à la mort, si elle était obligée de retourner en Inde.

[2] La Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) a rejeté sa demande d’asile après avoir conclu que son « récit » n’était pas plausible, que son témoignage n’était pas crédible et que ses actes des 17 mois qui avaient suivi son départ de l’Inde démontraient une absence de crainte subjective de persécution.

[3] M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission s’est trompée en concluant ainsi. Elle affirme en outre que la Commission a omis de prendre dûment en considération le rapport de son psychologue, les Directives du président n<sup>o</sup> 4 intitulées *Directives n<sup>o</sup> 4 : Revendicatrices du statut de réfugié craignant d’être persécutées en raison de leur sexe : Directives données par la présidente en application du paragraphe 65(3) de la Loi sur l’immigration*, Ottawa : CISR, 1996 (les Directives), ainsi que sa demande d’asile fondée sur l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[4] Je ne puis souscrire à ces prétentions. Par les motifs dont l’exposé suit, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

### I. Le contexte

[5] M<sup>me</sup> Kaur est âgée de 30 ans et de religion sikhe. En décembre 2008, elle a reçu la visite d’une condisciple musulmane prénommée Salina, du frère de Salina et



On their way back to their home town from this visit, Salina and the two men were allegedly stopped at a police check. Her brother's friend, who was suspected to be associated with the Hizbul Mujahideen, escaped. However, Salina and her brother were arrested. During questioning, they informed the police that they and the brother's friend had stayed at Ms. Kaur's home.

[6] Later that month, police from Ms. Kaur's home village allegedly arrested her. She claims that she was suspected of having knowledge about the Hizbul Mujahideen and that she was beaten and humiliated at the police station. After her father paid a bribe, she was released. However, once others in the community began to learn that she had been detained by the police, she began to be subjected to various forms of harassment and abuse that she submits amount to persecution.

[7] The police allegedly raided Ms. Kaur's home on June 4, 2009, when she was not present. On June 9, 2009, she departed for the United States. She lived in the State of Washington until October 2, 2010, when she came to Canada. She claimed refugee protection on October 29, 2010.

## II. The Decision under Review

[8] At the outset of its decision, the Board identified the determinative issue as being the credibility of Ms. Kaur's allegations.

[9] In discussing this issue, the Board began by explaining why it had determined that her "basic story" was implausible. The Board then discussed various reasons why it found her testimony to be not credible.

[10] The Board noted that Ms. Kaur's actions following her departure from India demonstrated a lack of subjective fear, because (i) she failed to claim asylum in the United States during the 16 months that she lived there, and (ii) she failed to claim refugee protection in Canada immediately upon her arrival in this country.

d'un ami de celui-ci. Sur le chemin de retour, Salina et les deux hommes auraient été interpellés à un poste de contrôle policier. L'ami du frère, soupçonné de liens avec le Hizbul Mujahideen, a réussi à s'enfuir, mais Salina et son frère ont été arrêtés. Au cours de leur interrogatoire, ils ont informé la police qu'eux-mêmes et l'ami du frère avaient séjourné chez M<sup>me</sup> Kaur.

[6] Plus tard le même mois, M<sup>me</sup> Kaur aurait été arrêtée par la police de son village. Elle affirme qu'on la soupçonnait de posséder des informations sur le Hizbul Mujahideen, et qu'on l'a battue et humiliée au commissariat de police. Elle a été relâchée grâce à un pot-de-vin payé par son père. Cependant, une fois que la nouvelle eut commencé à se répandre dans la collectivité qu'elle avait été détenue par la police, elle a subi diverses formes de harcèlement et de mauvais traitements qu'elle assimile à de la persécution.

[7] La police aurait fait une descente chez M<sup>me</sup> Kaur le 4 juin 2009, en son absence. Elle est partie pour les États-Unis cinq jours plus tard, soit le 9. Elle a vécu dans l'État de Washington jusqu'au 2 octobre 2010, date de son entrée au Canada, où elle a demandé l'asile le 29 du même mois.

## II. La décision contrôlée

[8] Dès le début de ses motifs, la Commission définit la question décisive comme étant la crédibilité des allégations de M<sup>me</sup> Kaur.

[9] À propos de cette question, la Commission commence par expliquer pourquoi elle a conclu à l'absence de plausibilité du « récit » de la demanderesse, puis elle expose les diverses raisons qu'elle a de juger son témoignage non crédible.

[10] La Commission fait observer que les actes de M<sup>me</sup> Kaur qui ont suivi son départ de l'Inde témoignent d'une absence de crainte subjective, étant donné que i) elle n'a pas demandé l'asile aux États-Unis pendant son séjour de 16 mois dans ce pays, et que ii) elle n'a pas demandé l'asile au Canada immédiatement après son arrivée.

[11] Given that Ms. Kaur's allegations involved how a woman in India may be treated as a result of certain types of rumours, the Board observed that the issues raised in her application were relevant to the Guidelines. However, in the absence of credible evidence that Ms. Kaur faced gender-related persecution in India, the Board stated that those guidelines were not applicable to her situation.

[12] Finally, given its adverse credibility findings and the fact that the allegations in support of Ms. Kaur's claims under section 97 of the IRPA were the same as those she advanced in relation to her claim under section 96, the Board summarily rejected her claims under section 97, without further discussion.

### III. Standard of Review

[13] The standard of review applicable to the Board's findings with respect to Ms. Kaur's credibility and her lack of subjective fear is reasonableness. The same is true with respect to the Board's treatment of the report prepared by Ms. Kaur's psychologist, the Guidelines and her claims under section 97 of the IRPA (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 51–55; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 46–47; and *Velez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 923 (*Velez*), at paragraphs 22–23 (available on CanLII)).

### IV. Analysis

#### A. *The Board's adverse credibility findings*

[14] Ms. Kaur submitted that the Board erred by finding that two aspects of her allegations were implausible and by finding that her testimony was not credible.

[15] I agree that the Board's two implausibility findings were not reasonable. The first such finding

[11] La Commission explique que, comme les affirmations de M<sup>me</sup> Kaur se rapportent à la façon dont une femme peut être traitée en Inde du fait de certains types de rumeurs, les questions que soulève sa demande d'asile relèvent des Directives. Cependant, conclut la Commission, par suite de l'absence d'éléments crédibles tendant à prouver que M<sup>me</sup> Kaur aurait subi une persécution fondée sur le sexe en Inde, ce document ne s'applique pas à son cas.

[12] Enfin, étant donné ses conclusions défavorables sur la crédibilité de M<sup>me</sup> Kaur et le fait que cette dernière a avancé, au titre de l'article 97 de la LIPR, les mêmes allégations qu'au titre de son article 96, la Commission a rejeté sommairement, sans autre examen, la demande d'asile de la demanderesse fondée sur ledit article 97.

### III. La norme de contrôle judiciaire

[13] La norme de contrôle applicable aux conclusions de la Commission touchant la crédibilité de M<sup>me</sup> Kaur et l'absence de crainte subjective est celle du caractère raisonnable. Il en va de même pour son traitement du rapport établi par le psychologue de M<sup>me</sup> Kaur, des Directives et de la demande d'asile fondée sur l'article 97 de la LIPR. Voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 51 à 55; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 46 et 47; et *Velez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 923 (*Velez*), aux paragraphes 22 et 23 (disponible sur CanLII).

### IV. Analyse

#### A. *Les conclusions défavorables de la Commission sur la crédibilité*

[14] M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission s'est trompée en concluant à l'absence de plausibilité de deux aspects de ses allégations et à la non-crédibilité de son témoignage.

[15] J'estime comme la demanderesse que les deux conclusions de la Commission sur la plausibilité ne sont



concerned Ms. Kaur's statement that, after the police came to her house, she never spoke to her friend Salina again. In my view, it was unreasonable for the Board to find that statement to be implausible. If Ms. Kaur did, in fact, believe that she had been betrayed by her friend Salina, it is entirely understandable that she might not have spoken with her again. Common experience reflects that such behaviour is not uncommon, and certainly is not implausible.

[16] The second implausibility finding concerned Ms. Kaur's assertion that her source for certain key information in her allegations was the police who arrested her. The Board found that it was not plausible that the police would tell Ms. Kaur that the information they were accusing her of was secured through torture. I respectfully disagree. This finding was unreasonable, particularly in the absence of any discussion of how police in India behave.

[17] However, in my view, the Board's conclusion that Ms. Kaur's testimony was not credible was reasonable. That conclusion was based largely on findings that the Board made with respect to (i) inconsistencies and other problems that it identified with respect to Ms. Kaur's testimony, and (ii) the absence of important aspects of her allegations in the Personal Information Form (PIF) part of her application. The principle findings in this regard were as follows:

i. Her testimony was contradictory and continued to grow throughout the course of the hearing. In particular, when asked at the outset of the Board's hearing whether she had ever experienced harassment or mistreatment on public transportation in India, Ms. Kaur replied in the negative. However, after it was pointed out to her that country documentation indicates that women in India are sometimes harassed on public transportation, she then stated that people would point her out and call her demeaning names. It was only after being asked whether she experienced anything worse than being called names that she mentioned that small children threw stones at her. Later in the hearing, when pressed again on this point, she added that some people had stated that she had

pas raisonnables. La première de ces conclusions concerne la déclaration de M<sup>me</sup> Kaur selon laquelle elle n'a plus jamais reparlé à son amie Salina après que la police soit venue chez elle. À mon sens, il n'était pas raisonnable de la part de la Commission de conclure à l'in vraisemblance de cette déclaration. Si M<sup>me</sup> Kaur croyait effectivement que son amie Salina l'avait trahie, il me paraît tout à fait compréhensible qu'elle ne lui ait plus jamais adressé la parole. L'expérience commune nous apprend qu'une telle conduite n'a rien d'extraordinaire et n'est certainement pas invraisemblable.

[16] La deuxième de ces conclusions sur la plausibilité concerne l'affirmation de M<sup>me</sup> Kaur selon laquelle elle tient des policiers qui l'ont arrêtée certains renseignements clés contenus dans ses allégations. La Commission a estimé invraisemblable que les policiers aient dit à M<sup>me</sup> Kaur que les renseignements sur lesquels ils fondaient les accusations portées contre elle avaient été obtenus par la torture. Je ne puis souscrire à cette conclusion, qui me paraît déraisonnable, surtout en l'absence de toute analyse des pratiques de la police indienne.

[17] Toutefois, la conclusion de la Commission selon laquelle le témoignage de M<sup>me</sup> Kaur n'était pas crédible me semble raisonnable. Cette conclusion se fonde en grande partie sur les constatations faites par la Commission touchant i) les contradictions et autres aspects douteux du témoignage de M<sup>me</sup> Kaur, et ii) l'absence d'éléments importants de ses allégations dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP). Les principales constatations sont les suivantes :

i. Le témoignage de M<sup>me</sup> Kaur était contradictoire et elle n'a cessé d'enrichir sa version des faits tout au long de l'audience. Par exemple, interrogée au début de celle-ci sur le point de savoir si elle avait déjà subi du harcèlement ou des mauvais traitements dans les transports en commun en Inde, elle a répondu par la négative. Cependant, après qu'on lui eut fait observer que, selon les documents produits sur l'Inde, les femmes y sont parfois harcelées dans les transports en commun, elle a déclaré que les autres passagers la pointaient du doigt et la traitaient de noms humiliants. C'est seulement lorsqu'on lui eut demandé si elle avait subi pire que des insultes qu'elle a informé la Commission que de jeunes enfants lui avaient lancé des pierres. Interrogée de

no right to live and should be killed. When further pressed, she then stated that “the society threw stones” at her and tried to kill her. These important allegations were not mentioned in Ms. Kaur’s PIF, which simply noted that people called her “by different bad and humiliating names.”

ii. She could not reasonably explain how people who had never seen her before and who did not know her by name were able to associate her with the rumours allegedly going around.

[18] I am satisfied that it was entirely reasonable for the Board to conclude, based on the foregoing findings, that Ms. Kaur’s principal allegations and testimony were not credible. That conclusion was well “within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” and was appropriately justified, transparent and intelligible (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47).

*B. The Board’s conclusion with respect to subjective fear*

[19] Ms. Kaur submitted that the Board’s finding with respect to her absence of subjective fear was unreasonable. I disagree.

[20] That finding was made based on the fact that Ms. Kaur failed to claim refugee protection during the 16 month period that she lived in United States and then failed to claim such protection immediately upon her arrival in Canada. In my view, given the long duration of her stay in the United States, the Board’s finding was not unreasonable. Indeed, it is entirely consistent with the jurisprudence of this Court involving claims of a similar or shorter duration. (See, for example, *Duarte v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 988, at paragraphs 14-15; *Espinosa v. Canada*

nouveau sur ce point plus tard au cours de l’audience, elle a ajouté que certaines personnes avaient dit qu’elle n’avait pas le droit de vivre et devrait être tuée. Le tribunal se faisant plus insistant, elle a déclaré que [TRADUCTION] « la société [lui] lançait des pierres » et avait essayé de la tuer. Or, M<sup>me</sup> Kaur n’avait pas fait mention de ces faits importants dans son FRP, qui portait seulement qu’on l’avait traitée de [TRADUCTION] « divers noms injurieux et humiliants ».

ii. M<sup>me</sup> Kaur n’a pu donner aucune explication raisonnable du fait que des gens qui ne l’avaient jamais vue auparavant et ne la connaissaient pas non plus de nom aient été en mesure d’établir le lien entre elle et les rumeurs qui auraient circulé à son sujet.

[18] J’estime qu’il était tout à fait raisonnable de la part de la Commission de conclure, sur la base des constatations exposées ci-dessus, au caractère non crédible des principales allégations et du témoignage de M<sup>me</sup> Kaur. Cette conclusion appartient sans l’ombre d’un doute « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », elle est dûment justifiée, tout comme se révèle à la fois transparent et intelligible le processus qui y a conduit (voir *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

*B. La conclusion de la Commission concernant la crainte subjective*

[19] M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission a agi déraisonnablement en concluant à l’absence de crainte subjective. Je suis en désaccord avec la demanderesse sur ce point.

[20] La Commission a conclu dans ce sens en se fondant sur le fait que M<sup>me</sup> Kaur n’avait pas demandé l’asile pendant son séjour de 16 mois aux États-Unis et ne l’avait pas demandé non plus dès son arrivée au Canada. Étant donné la longue durée du séjour de la demanderesse aux États-Unis, la conclusion de la Commission ne me paraît pas déraisonnable. Elle est même tout à fait conforme à la jurisprudence de notre Cour concernant des retards de durée semblable ou plus courte. Voir par exemple : *Duarte c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 988, aux paragraphes 14

(*Minister of Citizenship and Immigration*), 2003 FC 1324, at paragraph 17; *Fernando v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 759, at paragraph 3; *Castillejos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1956 (T.D.) (QL), at paragraph 12; and *Huerta v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 157 N.R. 225 (F.C.A.)

[21] However, I would note for the record that the mere failure to claim refugee protection in Canada for a period of a few weeks after the claimant's arrival in this country would not normally constitute a reasonable basis, in and of itself, for making a finding of lack of subjective fear, particularly when, as here, the applicant sought the assistance of counsel during that period.

### C. *The Board's treatment of the psychologist's report*

[22] Ms. Kaur submitted that the Board erred by disregarding, failing to properly address or misapprehending the evidence set forth in the report of her psychologist, in the course of reaching its adverse findings with respect to her credibility. I disagree.

[23] In its decision, the Board noted that Ms. Kaur had visited a psychologist on two occasions shortly before the hearing and had provided information to the psychologist, which was summarized in the psychologist's report. The Board then referred to the psychologist's evidence regarding her symptoms of post-traumatic stress disorder (PTSD) and observed that such evidence "does not mean that her symptoms are necessarily resulting from the reasons [that she identified]". The Board also noted that the psychologist had obtained the information about what had allegedly occurred in India from Ms. Kaur herself, and that in view of the credibility concerns it had identified with respect to Ms. Kaur's testimony, it had decided to give no weight to the psychologist's report, in terms of corroborating those alleged events.

et 15; *Espinosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1324, au paragraphe 17; *Fernando c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 759, au paragraphe 3; *Castillejos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1956 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 12; et *Huerta c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 271 (C.A.) (QL).

[21] Cependant, je signale pour mémoire que le simple fait que l'intéressé ait attendu quelques semaines après son arrivée au Canada pour y demander l'asile ne constitue pas normalement en soi un motif raisonnable de conclure à l'absence de crainte subjective, surtout si, comme c'était le cas en l'espèce, il a demandé l'aide d'un conseil pendant cette période.

### C. *Le traitement du rapport psychologique par la Commission*

[22] M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission a commis l'erreur d'écarter, de ne pas prendre dûment en considération ou de mal interpréter les éléments de preuve que contenait le rapport de son psychologue dans le cadre du processus qui l'a amenée à tirer des conclusions défavorables sur sa crédibilité. Je ne puis souscrire à cet argument.

[23] La Commission note dans sa décision que M<sup>me</sup> Kaur a consulté un psychologue deux fois peu avant l'audience et lui a communiqué des renseignements qu'il résume dans son rapport. La Commission fait ensuite observer, à propos des déclarations du psychologue touchant les symptômes de trouble de stress post-traumatique constatés chez M<sup>me</sup> Kaur, qu'elles « n'indiquent en rien que ces symptômes découlent nécessairement des raisons invoquées par [celle-ci] ». Elle ajoute que le psychologue tient de sa cliente elle-même ses renseignements sur ce qui serait arrivé en Inde et que, étant donné les problèmes de crédibilité que pose le témoignage de M<sup>me</sup> Kaur, elle a décidé de n'accorder aucun poids au rapport psychologique pour ce qui est de la confirmation de ces événements supposés.

[24] On its face, this treatment of the psychologist's report suggests that it may only have been taken into account in assessing whether it provided corroboration for Ms. Kaur's allegations, and may not have been taken into account in assessing Ms. Kaur's credibility as a witness.

[25] Ms. Kaur submits that the Board was obliged to specifically consider the psychologist's report in its assessment of her credibility, and that its failure to demonstrate in its reasons that it did so constitutes a reviewable error.

[26] In support of her position, Ms. Kaur relied upon this Court's decisions in *Csonka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2001 FCT 915, 16 Imm. L.R. (3d) 183, at paragraph 29; *Khawaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8521, 172 F.T.R. 287; *Rudaragi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 911, at paragraph 6 (available on CanLII); *Atay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 201, at paragraphs 30–32; and *Mico v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 964, 1 Imm. L.R. (4th) 1 (*Mico*), at paragraphs 49–56.

[27] However, all but the last of those decisions predate *Dunsmuir*, above; and the remaining case (*Mico*, above) predates the Supreme Court's decisions in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*); and *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364 (*Halifax*).

[28] In each of those more recent decisions, the Supreme Court essentially reiterated its teaching in *Dunsmuir*, above at paragraph 48, that the reasonableness standard of review contemplates a level of

[24] À première vue, l'attitude ainsi adoptée par la Commission à l'égard du rapport du psychologue incline à penser qu'elle pourrait ne l'avoir pris en considération que pour répondre à la question de savoir s'il corroborait les allégations de M<sup>me</sup> Kaur et avoir omis d'en tenir compte aux fins de son appréciation de la crédibilité de cette dernière en tant que témoin.

[25] M<sup>me</sup> Kaur avance que la Commission était tenue de prendre spécialement en considération le rapport psychologique aux fins d'appréciation de sa crédibilité et qu'elle a commis une erreur donnant lieu à révision en ne démontrant pas dans ses motifs qu'elle l'a fait.

[26] M<sup>me</sup> Kaur invoque les décisions suivantes de notre Cour au soutien de cette thèse : *Csonka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 915, au paragraphe 29; *Khawaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8521 (C.F.); *Rudaragi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 911, au paragraphe 6 (disponible sur CanLII); *Atay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 201, aux paragraphes 30 à 32; et *Mico c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 964 (*Mico*), aux paragraphes 49 à 56.

[27] Cependant, toutes ces décisions sauf la dernière sont antérieures à l'arrêt *Dunsmuir*, précité, et la dernière (*Mico*, précitée) a elle-même été rendue avant les arrêts suivants de la Cour suprême du Canada : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*); et *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364 (*Halifax*).

[28] Dans chacun de ces récents arrêts, la Cour suprême a pour l'essentiel répété le principe qu'elle avait formulé au paragraphe 48 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité, selon lequel la norme du caractère raisonnable

deference that “imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law” (*Mowat*, above, at paragraph 29; *Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 11; *Alberta Teachers*, above, at paragraphs 53–54; and *Halifax*, above, at paragraph 51).

[29] Moreover, in *Newfoundland Nurses*, *Alberta Teachers* and *Halifax*, the Supreme Court elaborated upon the degree of deference and respect that is required when a Court is reviewing an administrative decision on a reasonableness standard of review.

[30] In *Newfoundland Nurses*, above, at paragraphs 12–17, Justice Abella, speaking for a unanimous Court, rejected the proposition that the “adequacy” of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision and she endorsed the view that a reviewing court must first seek to supplement reasons before seeking to subvert them. In this regard, she observed that judges should [at paragraph 17] “be cautious about substituting their own view of the proper outcome by designating certain omissions in the reasons to be fateful.” She also noted that it is not necessary for an administrative tribunal’s reasons to address [at paragraph 16] “all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred,” to withstand a review under a reasonableness standard. Rather, reasons will be sufficient if they allow the reviewing court to understand why the decision was made and permit the court to determine whether the conclusion is within a range of acceptable outcomes. Justice Abella added that [at paragraph 15] “courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.”

[31] In *Alberta Teachers*, above, at paragraph 53, Justice Rothstein, speaking for the majority of the Court, stated: “If there exists a reasonable basis upon which the decision maker could have decided as it did, the court must not interfere.”

implique un niveau de déférence qui « suppose [...] le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit »; voir *Mowat*, précité, au paragraphe 29; *Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 11; *Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 53 et 54; et *Halifax*, également précité, au paragraphe 51.

[29] De plus, dans les arrêts *Newfoundland Nurses*, *Alberta Teachers* et *Halifax*, la Cour suprême a développé sa pensée sur le degré de déférence et de retenue dont doit faire preuve la cour appelée à contrôler une décision administrative suivant la norme du caractère raisonnable.

[30] Par exemple, aux paragraphes 12 à 17 de l’arrêt *Newfoundland Nurses*, précité, la juge Abella, écrivant au nom de la Cour unanime, a rejeté l’idée que l’« insuffisance » des motifs permettrait à elle seule de casser une décision et a souscrit au principe selon lequel la cour de révision doit chercher à compléter lesdits motifs avant d’en entreprendre la réfutation. À ce propos, elle faisait observer que les juges siégeant en révision doivent [au paragraphe 17] « se garder de substituer leurs propres opinions à celles [des décideurs administratifs] quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu’ils ont relevées dans les motifs ». Elle a également noté qu’il n’est pas nécessaire que les motifs du tribunal administratif fassent référence [au paragraphe 16] « à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire » pour pouvoir résister à un contrôle effectué selon la norme du caractère raisonnable : les motifs sont suffisants quand ils permettent à la cour de révision de comprendre pourquoi la décision a été rendue et d’établir si elle s’inscrit parmi les issues acceptables. La cour de révision, ajoutait la juge Abella [au paragraphe 15], « ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat ».

[31] Le juge Rothstein, écrivant au nom de la majorité de la Cour suprême, a formulé le principe suivant au paragraphe 53 de l’arrêt *Alberta Teachers*, précité : « Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer. »



[32] In *Halifax*, above, at paragraphs 45–49, Justice Cromwell, speaking for a unanimous Court, stated that [at paragraph 45] “the reviewing court should ask whether there was any reasonable basis on the law or the evidence” for the conclusion reached by the administrative tribunal. Stated differently, he observed that [at paragraph 47] “a result reached by an administrative tribunal is reasonable where it can be ‘rationally supported’”, and that a [at paragraph 49] “reasonableness review must focus primarily on whether there is any basis in reason” for the tribunal’s decision.

[33] In my view, this recent jurisprudence from the Supreme Court has significantly reduced the scope for setting aside decisions of the Board on the basis that it did not consider or did not sufficiently consider the contents of a psychologist’s report. It has also significantly narrowed the range of potential circumstances in which the Board may be said to have an obligation to explicitly consider and address, in its reasons, the contents of a psychologist’s report in making credibility findings.

[34] If the Court can ascertain any reasonable basis in the evidence for the Board’s adverse credibility findings, or if those findings can be said to be rationally supported, for example, on the basis of confirmed and important inconsistencies, contradictions or omissions (ICOs) in the evidence, those findings should ordinarily withstand the Court’s review (*Dunsmuir*, above, at paragraph 41). This is true even if the evidence in question is not specifically mentioned, or is only partially addressed, in the Board’s decision.

[35] Where the Board has based an adverse credibility finding upon ICOs in a refugee applicant’s evidence, that finding will ordinarily enable the Court to determine why the finding was made. If those ICOs are important and confirmed upon a review of the underlying evidentiary record, the Board’s reasons and that record will ordinarily enable the Court to be satisfied that the finding and the ultimate conclusion reached by the Board fall within a range of acceptable outcomes. These determinations should suffice to enable the Board’s finding to withstand scrutiny (*Newfoundland Nurses*, above, at

[32] Enfin, aux paragraphes 45 à 49 de l’arrêt *Halifax*, précité, le juge Cromwell écrit au nom de la Cour unanime que [au paragraphe 45] « le tribunal de révision doit se demander si la loi ou la preuve offrait un fondement raisonnable » à la conclusion du tribunal administratif. Autrement dit, explique-t-il [au paragraphe 47], « la décision du tribunal administratif est raisonnable dès lors qu’elle a “un fondement rationnel” », et [au paragraphe 49] « le contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable doit essentiellement s’attacher à la question de savoir si quelque élément fondé sur la raison justifiait la [décision contrôlée] ».

[33] Cette récente jurisprudence de la Cour suprême me paraît avoir sensiblement réduit la possibilité d’annuler des décisions de la Commission au motif qu’elle n’aurait pas pris en considération, ou pas suffisamment, le contenu d’un rapport psychologique. Elle a aussi notablement réduit l’éventail des cas où la Commission pourrait être considérée comme obligée d’examiner et d’analyser explicitement dans ses motifs le contenu d’un rapport psychologique aux fins de se prononcer sur la crédibilité.

[34] Si la cour de révision peut trouver dans la preuve un quelconque fondement raisonnable aux conclusions défavorables de la Commission sur la crédibilité, ou si l’on peut considérer que celles-ci ont un fondement rationnel, par exemple la présence dans la preuve d’incohérences, contradictions ou omissions (ICO) importantes et confirmées, elle doit normalement laisser subsister ces conclusions (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 41). Il en va ainsi même si la Commission ne fait pas explicitement référence à la preuve en question dans sa décision, ou ne l’y analyse que partiellement.

[35] La cour de révision peut normalement établir pourquoi la Commission a formulé une conclusion défavorable sur la crédibilité lorsque cette conclusion se fonde sur la présence d’ICO dans la preuve du demandeur d’asile. Si ces ICO sont importantes et se trouvent confirmées par l’examen de la preuve au dossier, celle-ci et les motifs de la Commission convaincront ordinairement la cour de révision que la conclusion défavorable sur la crédibilité et la décision finale s’inscrivent parmi les issues acceptables, ce qui devrait suffire à permettre à cette conclusion de résister à l’examen (*Newfoundland*

paragraph 16), unless there is something in a psychologist's report that strongly suggests that the adverse credibility finding is in fact unreasonable.

[36] The fact that there may be something in the psychologist's report which provides an alternative potential explanation for all or some of the ICOs will not change the fact that those ICOs, once confirmed through a review of the record, provide a reasonable basis, or rational support, for the Board's adverse credibility finding and its ultimate conclusion. This is particularly so when the psychologist's report only provides a partial explanation for some of the ICOs.

[37] For example, the fact that the report may, as in this case, state that an applicant's PTSD, or other condition, causes the applicant to be fragile, confused, anxious, distressed or emotional during questioning, or to dissociate under stress, ordinarily would not reasonably explain a failure to mention an important aspect of the applicant's story in his or her PIF. This is especially so when the PIF was prepared with the assistance of counsel. Having regard to the above-mentioned teachings in *Newfoundland Nurses*, *Alberta Teachers* and *Halifax*, it is also not immediately apparent how such psychological conditions might suffice to deprive an adverse credibility finding that was based on flagrant contradictions or important discrepancies of its rational support or to deprive it of any reasonable basis.

[38] In my view, unless there is something in a psychologist's report which strongly suggests that an adverse credibility finding made by the Board was unreasonable, it would be inconsistent with the Supreme Court's teachings to require the Board to specifically address the report or anything in the report in making such a finding. That is to say, this would be inconsistent with the Supreme Court's position that reviewing courts should not interfere when there is any reasonable basis in the evidence for the conclusion reached by the Board, or when the decision can be rationally supported. It would also be inconsistent with the emphasis that the Supreme Court has now repeatedly given to the need for

*Nurses*, précité, au paragraphe 16), à moins qu'un élément déterminé d'un rapport psychologique n'incline fortement à penser que ladite conclusion est en fait déraisonnable.

[36] Que tel ou tel élément du rapport psychologique offre une autre explication possible de la totalité ou d'une partie des ICO ne change rien au fait que ces ICO, une fois confirmées par l'examen du dossier, assurent un fondement raisonnable ou rationnel à la conclusion défavorable de la Commission sur la crédibilité et à sa décision finale. Il en va particulièrement ainsi lorsque le rapport ne propose qu'une explication partielle de certaines des ICO.

[37] Par exemple, le fait que le rapport psychologique, comme c'est le cas en l'espèce, établisse un lien de cause à effet entre un trouble de stress post-traumatique ou un autre état pathologique et la tendance du demandeur d'asile à se montrer vulnérable, désorienté, anxieux, bouleversé ou ému lorsqu'il est interrogé, ou à réagir au stress par la dissociation mentale, ne constitue pas ordinairement une explication raisonnable de ce qu'il ait omis un élément important de sa version des faits dans son FRP, surtout s'il a établi celui-ci avec l'aide d'un conseil. Compte tenu des passages précités des arrêts *Newfoundland Nurses*, *Alberta Teachers* et *Halifax*, on ne voit pas non plus de prime abord comment de tels troubles psychologiques suffiraient à priver de son fondement rationnel ou de toute assise raisonnable une conclusion défavorable sur la crédibilité motivée par des contradictions flagrantes ou des divergences importantes.

[38] À moins que le rapport psychologique n'incline fortement à penser que la Commission a agi déraisonnablement en concluant à l'absence de crédibilité, il serait à mon sens contraire aux enseignements de la Cour suprême d'exiger de ladite Commission qu'elle fasse explicitement référence à ce rapport ou à un quelconque élément de celui-ci pour expliquer cette conclusion. Autrement dit, cela serait contraire au principe formulé par la Cour suprême selon lequel la cour de révision doit s'abstenir d'intervenir si la preuve offrait une quelconque assise raisonnable à la conclusion de la Commission ou lorsque la décision de cette dernière est pourvue d'un fondement rationnel. Cela serait également



reviewing courts to give respectful deference to the findings of administrative tribunals. This is particularly so with respect to matters of credibility, which “are at the very heart of the task Parliament has chosen to leave to the [Board]” (*Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319, at paragraph 60 (available on CanLII)).

[39] In this case, there was nothing in the psychologist’s report which strongly suggested that the Board’s adverse credibility finding was unreasonable. There was also nothing that would have explained Ms. Kaur’s failure to mention important aspects of her allegations in her PIF, such as that people had tried to kill her and would threaten to do so again in the future. I recognize that psychological conditions described in the report provided a potential explanation for why Ms. Kaur’s testimony was contradictory and continued to grow throughout the course of the hearing. However, the Board’s failure to explicitly mention in its decision whether it considered those conditions in making its adverse credibility finding did not deprive that decision of either its rational support or a reasonable basis in the evidence.

[40] It follows that it was not unreasonable for the Board to have failed to specifically address the psychologist’s report in the course of making its adverse credibility finding. The fact that the Board did in fact mention the psychologist’s report elsewhere in its decision simply served to further insulate the decision from intervention by this Court (*Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 28).

#### D. *The Board’s treatment of the Guidelines*

[41] Ms. Kaur submitted that the Board erred by concluding that, in the absence of credible evidence

incompatible avec la nécessité pour la cour de révision, plusieurs fois réaffirmée par la Cour suprême, de faire preuve de déférence ou de retenue à l’égard des conclusions des tribunaux administratifs. Il en va particulièrement ainsi pour les questions de crédibilité, qui se situent « au cœur même des attributions que le législateur a conférées à la [Commission] » : *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319, au paragraphe 60 (disponible sur CanLII).

[39] Dans la présente espèce, le rapport psychologique ne contenait aucun élément inclinant fortement à penser que la conclusion défavorable de la Commission sur la crédibilité soit déraisonnable. Il ne contenait rien de plus qui explique le fait que M<sup>me</sup> Kaur a omis de formuler dans son FRP certaines allégations importantes, par exemple qu’on avait déjà essayé de la tuer et qu’elle courrait le même risque à l’avenir. J’admets que les troubles psychologiques décrits dans le rapport constituaient une explication possible des contradictions qui entachaient le témoignage de M<sup>me</sup> Kaur et de la manière dont elle avait enrichi son récit de nouveaux éléments tout au long de l’audience. Néanmoins, le fait que la Commission n’ait pas dit expressément dans sa décision si elle avait pris ces troubles en considération avant de tirer une conclusion défavorable sur la crédibilité de M<sup>me</sup> Kaur ne prive pas cette décision de son fondement rationnel ni de l’assise raisonnable que lui procure la preuve.

[40] Il s’ensuit que la Commission n’a pas agi déraisonnablement en s’abstenant de faire explicitement référence au rapport psychologique dans le raisonnement par lequel elle a motivé sa conclusion défavorable sur la crédibilité. La mention qu’on trouve de ce rapport dans une autre partie de la décision ne fait que mettre celle-ci plus sûrement à l’abri de toute intervention de notre Cour : *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 28.

#### D. *Le traitement des Directives par la Commission*

[41] M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission s’est trompée en concluant que, par suite de l’absence de

that she faced gender-based persecution in India, the Guidelines were not applicable to her situation. I disagree.

[42] This submission was baldly stated in Ms. Kaur's written submissions and not mentioned at all in the oral submissions made by her counsel.

[43] The Board specifically noted that the nature of Ms. Kaur's allegations raised issues that are relevant to the Guidelines. However, given that it found those allegations to be not credible, it concluded that the Guidelines were not applicable to her situation.

[44] The Guidelines can be very useful in the assessment of claims for refugee protection. However, they are not law, nor are they binding for the Board.

[45] The Guidelines address, in Section D, special problems faced by women refugee claimants in demonstrating that their claims are credible. However, none of those problems applied to Ms. Kaur's situation. In Section C, the Guidelines discuss evidentiary matters. However, once again, the issues discussed in that section of the Guidelines were not relevant to Ms. Kaur's situation, because her allegations were found to be not credible.

[46] The Board's choice of words in stating that the Guidelines were not applicable to Ms. Kaur's situation was not a model to be followed in the future. As the Board itself noted, the nature of the allegations raised by Ms. Kaur did, in fact, raise issues relevant to the Guidelines. It would have been more accurate for the Board to have stated that it had indeed recognized that the nature of Ms. Kaur's allegations was unique to women, as described in Section B of the Guidelines, and that after having assessed those allegations in their social and cultural context, as it had done, it found them to be not credible. Ideally, the Board would have added that, before reaching that finding, it had considered the evidentiary matters in Section C of the Guidelines and the special problems identified in Section D of the Guidelines, and that it had found those evidentiary matters and special problems to have not been relevant to Ms. Kaur's situation.

preuves crédibles qu'elle serait exposée à une persécution fondée sur le sexe en Inde, les Directives n'étaient pas applicables à son cas. Je suis aussi en désaccord avec la demanderesse sur ce point.

[42] Les conclusions écrites de M<sup>me</sup> Kaur avancent ce moyen sans l'étayer, et il n'en a été aucunement fait mention dans les conclusions orales de son avocat.

[43] La Commission a expressément noté que la nature des allégations de M<sup>me</sup> Kaur soulevait des questions qui relevaient des Directives. Toutefois, comme elle estimait ces allégations dénuées de crédibilité, elle a conclu que les Directives ne s'appliquaient pas à son cas.

[44] Les Directives peuvent se révéler très utiles dans l'examen des demandes d'asile, mais elles n'ont pas statut de droit ni ne lient la Commission.

[45] La section D des Directives traite des problèmes spéciaux que rencontrent les femmes qui demandent l'asile lorsqu'elles doivent démontrer la crédibilité de leurs affirmations. Cependant, aucun de ces problèmes ne se posait dans le cas de M<sup>me</sup> Kaur. La section C des mêmes Directives, qui porte sur les questions relatives à la preuve, n'était pas non plus pertinente en l'espèce, puisque la Commission avait conclu à l'absence de crédibilité des allégations de M<sup>me</sup> Kaur.

[46] La manière dont la Commission a expliqué que les Directives ne s'appliquaient pas au cas de M<sup>me</sup> Kaur n'est cependant pas un modèle à suivre. Comme la Commission l'a elle-même reconnu, la nature des allégations avancées par M<sup>me</sup> Kaur soulevait en fait des questions ressortissant aux Directives. Il aurait été préférable que la Commission déclare d'abord avoir constaté que la nature des allégations de M<sup>me</sup> Kaur relevait spécialement de ce qui est unique aux femmes, au sens de la section B des Directives, puis ajoute que, après avoir examiné ces allégations dans leur contexte social et culturel (comme elle l'avait fait), elle avait conclu à leur non-crédibilité. Dans l'idéal, la Commission aurait aussi précisé que, avant de parvenir à cette conclusion, elle avait pris en considération les questions relatives à la preuve qui font l'objet de la section C des Directives et les problèmes spéciaux énumérés à leur section D, et qu'elle avait jugé que ni

[47] In my view, given the nature of the adverse credibility findings made in this case, and the nature of the analysis that was in fact conducted by the Board, its failure to explicitly discuss the above-mentioned sections of the Guidelines did not constitute a reviewable error (*Higbogun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 445, 367 F.T.R. 114, at paragraphs 65–67).

E. *The Board's treatment of Ms. Kaur's claims under section 97*

[48] Finally, Ms. Kaur submitted that the Board failed to assess her claim under section 97 of the IRPA. I disagree.

[49] At paragraph 16 of its decision, the Board explicitly stated that it considered the claim made by Ms. Kaur under section 97. It then noted that the allegations made in support of that claim were the same as those she had advanced in support of her claim under section 96. It proceeded to observe that since it had already found those allegations to have not been credible, it could also find that there was no foundation for her claim under section 97. On that basis, it refrained from further discussing Ms. Kaur's claim under section 97.

[50] The Board is not obliged to conduct a separate analysis under section 97 in each case. Whether it has an obligation to do so will depend on the particular circumstances of each case (*Kandiah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 181, at paragraph 16). Where no claims have been made or evidence adduced that would warrant such a separate analysis, one will not be required (*Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244, at paragraphs 17–18; *Velez*, above, at paragraphs 48–51).

ces questions ni ces problèmes ne s'appliquaient au cas de M<sup>me</sup> Kaur.

[47] Étant donné la nature des conclusions défavorables sur la crédibilité qu'elle a formulées en l'espèce et la nature de l'analyse qu'elle a en fait effectuée, la Commission ne me paraît pas avoir commis une erreur donnant lieu à révision en s'abstenant de se référer explicitement aux sections susdites des Directives; voir *Higbogun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 445, aux paragraphes 65 à 67.

E. *Le traitement par la Commission de la demande d'asile de M<sup>me</sup> Kaur au titre de l'article 97*

[48] Enfin, M<sup>me</sup> Kaur soutient que la Commission a omis d'examiner la demande d'asile qu'elle avait formée au titre de l'article 97 de la LIPR. Je rejette aussi cette prétention.

[49] La Commission dit explicitement au paragraphe 16 de sa décision qu'elle a examiné la demande d'asile formulée par M<sup>me</sup> Kaur sous le régime de l'article 97. Elle constate ensuite que les allégations faites au soutien de cette demande d'asile sont les mêmes que celles avancées sous le régime de l'article 96. Comme elle avait déjà conclu à la non-crédibilité de ces allégations, raisonnait la Commission, il lui était permis de conclure aussi à l'absence de fondement de la demande d'asile fondée sur l'article 97. Pour ce motif, elle s'est abstenue d'examiner plus avant cette dernière demande d'asile.

[50] La Commission n'est pas tenue d'effectuer dans chaque cas une analyse distincte sous le régime de l'article 97. La question de savoir si elle a ou non cette obligation dépend des faits particuliers de l'espèce; voir *Kandiah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 181, au paragraphe 16. Une telle analyse distincte n'est pas nécessaire lorsqu'il n'a pas été avancé de prétentions ni produit d'éléments de preuve qui la justifieraient; voir *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635, aux paragraphes 17 et 18; et *Velez*, précitée, aux paragraphes 48 à 51.

[51] Given that the allegations made by Ms. Kaur in support of her claims under section 97 were the same as those that she advanced in support of her claims under section 96, the Board was under no obligation to undertake a second analysis of those claims under section 97, once it had found that her allegations were not credible.

#### V. Conclusion

[52] For the reasons set forth above, the adverse findings reached by the Board with respect to Ms. Kaur's credibility, her subjective fear and the Guidelines were not unreasonable. Similarly, it was not unreasonable for the Board to have failed to (i) explicitly address the psychologist's report in assessing Ms. Kaur's credibility as a witness, or (ii) reconsider her allegations a second time, in the context of making its assessment of her claims under section 97.

[53] Accordingly, this application is dismissed.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUGES THAT this application is dismissed.

There is no question for certification.

[51] Comme les allégations formulées par M<sup>me</sup> Kaur au soutien de sa demande d'asile fondée sur l'article 97 étaient les mêmes que celles qu'elle avait avancées à l'appui de sa demande d'asile fondée sur l'article 96, la Commission n'était pas tenue d'effectuer une analyse distincte sous le régime de l'article 97 une fois qu'elle eut conclu au caractère non crédibile de ces allégations.

#### V. Conclusion

[52] Par les motifs dont l'exposé précède, les conclusions défavorables de la Commission touchant la crédibilité de M<sup>me</sup> Kaur, sa crainte subjective et les Directives ne sont pas déraisonnables. De même, la Commission n'a pas agi déraisonnablement en s'abstenant i) de faire explicitement référence au rapport psychologique dans l'examen de la crédibilité de M<sup>me</sup> Kaur en tant que témoin, et ii) d'analyser ses allégations une deuxième fois aux fins de l'examen de sa demande d'asile fondée sur l'article 97.

[53] En conséquence, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE QUE la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

Aucune question n'est certifiée.

IMM-1201-12  
2012 FC 1284

IMM-1201-12  
2012 CF 1284

**Jaromir Ferko, Ruzena Ferkova, Marie Ferkova,  
Tomas Ferko** (*Applicants*)

**Jaromir Ferko, Ruzena Ferkova, Marie Ferkova,  
Tomas Ferko** (*demandeurs*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: FERKO v. CANADA (CITIZENSHIP AND  
IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : FERKO c. CANADA (CITOYENNETÉ ET  
IMMIGRATION)**

Federal Court, Kane J.—Toronto, October 11; Ottawa,  
November 2, 2012.

Cour fédérale, juge Kane—Toronto, 11 octobre; Ottawa,  
2 novembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Protection Division decision finding that applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 — Applicant, family thereof, Roma Czechs fearing persecution in home country after experiencing violent attacks over several years — Board finding that applicant failing to take all reasonable steps to seek assistance, protection of law enforcement authorities in Czech Republic before coming to Canada; that applicant failing to rebut presumption of state protection with clear, convincing evidence — In decision, Board sometimes mistakenly referring to conditions in Hungary, rather than Czech Republic; not questioning applicant's credibility — Whether Board's finding of state protection reasonable, whether finding that applicant failing to rebut presumption of state protection reasonable — While Board erroneously making references to Hungary instead of Czech Republic, when decision read as whole, Board clearly considering country conditions in Czech Republic — As for state protection, Board's decision that applicant failing to take all reasonable steps to avail himself of state protection; that applicant failing to rebut presumption of state protection unreasonable — Regarding adequacy of state protection, Board analyzing documentary evidence extensively, noting repeatedly that Czech Republic making "serious efforts"; however, for applicant, family thereof, serious efforts never resulting in improving situation thereof — Adequacy of state protection must take into consideration applicant's circumstances — Considering particular circumstances herein, applicant's failure or reluctance to follow up with police should not be "objectively unreasonable" since applicant's fear, credibility accepted by Board — Cumulative effects of circumstances herein rendering Board's conclusion on adequacy of state*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que les demandeurs n'avaient ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger au sens des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur et sa famille sont roms et citoyens de la République tchèque qui craignent d'être persécutés dans leur pays d'origine après avoir été victimes d'agressions violentes pendant plusieurs années — La Commission a conclu que, avant d'arriver au Canada, le demandeur n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter l'aide et la protection des autorités chargées d'appliquer la loi en République tchèque et qu'il n'était pas parvenu à réfuter la présomption de l'existence de cette protection au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants — Dans sa décision, la Commission a parfois fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu'en République tchèque, mais elle n'a pas mis en doute la crédibilité du demandeur — Il s'agissait de savoir si la conclusion à laquelle la Commission est arrivée au sujet de la protection de l'État était raisonnable et s'il était raisonnable de conclure que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de l'existence d'une protection de l'État — Même si la Commission a fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu'en République tchèque, si on lit la décision dans son ensemble, il est évident que la Commission a examiné la situation qui règne en République tchèque — Quant à la protection de l'État, la conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter cette protection et qu'il n'est pas parvenu à réfuter la présomption de l'existence de cette protection était déraisonnable — Pour ce qui est du caractère adéquat de la protection de l'État, la Commission a analysé en détail la preuve documentaire et a*

*protection for applicants unreasonable — Therefore, Board's decision that state protection adequate failing to address circumstances, experience of applicant, family thereof — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada finding that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant and his family are Roma citizens of the Czech Republic who fear persecution in their home country after experiencing violent attacks there over a number of years. The Board found that the principal applicant did not have a well-founded fear of persecution in the Czech Republic on any of the five Convention grounds and that his removal to that country would not subject him personally to a risk to life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment or to a danger of torture. In particular, it found that the applicant had not taken all reasonable steps to seek out the assistance and protection of law enforcement authorities in the Czech Republic before coming to Canada and that the applicant had failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing evidence. Also, in certain passages of its decision, the Board mistakenly referred to the conditions in Hungary, rather than the Czech Republic. Nonetheless, the Board did not question the applicant's credibility and acknowledged the serious nature of the attacks and the fear that resulted. It also accepted that the applicant had reported the incidents to the police and that the police attended but that neither the police nor the applicant followed up on the status of the investigations. The claims of the spouse and two children were dependent on the principal applicant's claim and were thus also rejected.

The main issues were whether the Board's state protection finding was reasonable and, more specifically, whether its

*noté à plusieurs reprises que la République tchèque faisait des « efforts sérieux »; cependant, ces efforts sérieux n'ont pas amélioré le sort du demandeur et de sa famille — L'évaluation du caractère adéquat de la protection de l'État doit tenir compte de la situation du demandeur — Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, le fait que le demandeur n'ait pas fait un suivi auprès de la police, ou qu'il ait hésité à le faire, ne devait pas être considéré comme « objectivement déraisonnable », vu que la Commission reconnaissait la crainte du demandeur et que la crédibilité n'était pas un point litigieux — Les effets cumulatifs de ces circonstances en l'espèce ont fait que la conclusion tirée par la Commission au sujet du caractère adéquat de la protection de l'État envers les demandeurs était déraisonnable — Par conséquent, la décision de la Commission selon laquelle la protection de l'État était adéquate n'a pas tenu compte de la situation du demandeur et de sa famille et de ce qu'ils ont vécu — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a conclu que les demandeurs n'avaient ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur et sa famille sont roms et citoyens de la République tchèque et ils craignent d'être persécutés dans leur pays d'origine, où ils ont été victimes d'agressions violentes pendant un certain nombre d'années. La Commission a conclu que le demandeur principal ne craignait pas avec raison d'être persécuté en République tchèque pour l'un des cinq motifs prévus à la Convention et que son renvoi en République tchèque ne l'exposerait pas personnellement à une menace à sa vie, à un risque de traitements ou peines cruels et inusités ou à un risque de torture. Plus particulièrement, la Commission a conclu que, avant d'arriver au Canada, le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter l'aide et la protection des autorités chargées d'appliquer la loi en République tchèque et qu'il n'a pas réussi à réfuter la présomption d'existence d'une protection de l'État au moyen d'éléments de preuve clairs et convaincants. En outre, dans certains passages de sa décision, la Commission a fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu'en République tchèque. Néanmoins, la Commission n'a pas mis en doute la crédibilité du demandeur et a reconnu la nature grave des agressions et la crainte qui en résultait. Elle a aussi admis que le demandeur avait signalé les incidents à la police et que cette dernière était intervenue, mais que ni la police ni le demandeur n'avaient donné suite aux enquêtes. Les demandes d'asile de l'épouse et des deux enfants étaient subordonnées à celle du demandeur principal et elles ont donc été rejetées elles aussi.

Il s'agissait principalement de savoir si la conclusion à laquelle la Commission est arrivée au sujet de la protection de



finding that the applicant had not rebutted the presumption of state protection was reasonable. The Board's mistaken references to Hungary, rather than the Czech Republic, were also considered in assessing whether its analysis of state protection was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

While the Board erroneously made references to Hungary instead of the Czech Republic, when the decision is read as a whole, it is clear that the Board considered the country conditions in the Czech Republic. The Board is familiar with the documentary evidence with respect to both the Czech Republic and Hungary and regardless of whether text was copied into the decision, the key issue was whether the Board reasonably determined that state protection was available to the applicants in the Czech Republic.

As for state protection, the Board's decision was unreasonable in concluding that the applicant had failed to take all reasonable steps to avail himself of state protection and that he had failed to rebut the presumption of state protection. To establish fear of persecution, the applicant must subjectively fear persecution and that fear must be well-founded in an objective sense. Clearly, the applicant had a subjective fear of persecution which the Board repeatedly acknowledged. The Board's finding that such fear was understandable and reasonable in the circumstances but that it did not constitute a legitimate or sufficient justification or excuse for his failure to follow up with the police was not logical. It is not possible to reconcile a finding that the fear was understandable and reasonable with a finding that it did not justify the applicant's failure to follow up with the police and do more to seek state protection given the applicant's circumstances. Although the Board correctly pointed out that the police cannot be expected to arrest every perpetrator in every investigation, it was unreasonable, in the specific circumstances of this case, for the Board to base its state protection finding on the applicant's failure to follow up with the police on the status of the investigation. Despite that there appeared to be no arrests made in any of the incidents, and despite the applicant's continuing fear, the applicant sought the assistance of the police after each incident. Regarding the adequacy of state protection, the Board analyzed the documentary evidence extensively and noted repeatedly that the Czech Republic was making "serious efforts"; however, for the applicant and his family, the serious efforts did not result in an improvement to their situation since they continued to be victimized in the communities they lived in.

l'État était raisonnable et, plus précisément, s'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que le demandeur n'avait pas réfuté la présomption de l'existence d'une protection de l'État. Pour décider si l'analyse de la Commission au sujet de la protection de l'État était raisonnable, on a également tenu compte des références que la Commission a faites par erreur à la Hongrie au lieu de la République tchèque.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Même si la Commission a fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie plutôt qu'en République tchèque, si on lit la décision dans son ensemble, il est évident que la Commission a examiné la situation qui règne en République tchèque. La Commission connaît bien la preuve documentaire portant à la fois sur la République tchèque et sur la Hongrie et, qu'elle ait repris ou non dans sa décision un passage existant, il s'agissait principalement de savoir si la Commission a conclu de manière raisonnable que les demandeurs bénéficiaient d'une protection de l'État en République tchèque.

Pour ce qui est de la protection de l'État, la Commission a rendu une décision déraisonnable en concluant que le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour se prévaloir de la protection de l'État et qu'il n'est pas parvenu à réfuter la présomption de l'existence de cette protection. Pour établir l'existence d'une crainte de persécution, il faut que le demandeur craigne subjectivement d'être persécuté et que cette crainte soit fondée, d'un point de vue objectif. À l'évidence, le demandeur éprouvait une crainte subjective de persécution, ce que la Commission a reconnu à maintes reprises. La conclusion de la Commission selon laquelle cette crainte était compréhensible et raisonnable dans les circonstances, mais ne constituait pas une justification ou une excuse légitime ou suffisante pour ne pas avoir fait un suivi auprès de la police, était illogique. Il est impossible de concilier la conclusion selon laquelle la crainte était compréhensible et raisonnable avec la conclusion selon laquelle cette crainte ne justifiait pas que le demandeur n'ait pas fait de suivi auprès de la police et n'ait pas fait davantage pour solliciter la protection de l'État, au vu des circonstances du demandeur. Bien que la Commission ait fait remarquer avec raison que l'on ne peut pas s'attendre à ce que la police arrête tous les auteurs d'actes criminels dans le cadre de chacune de ses enquêtes, il était déraisonnable, dans les circonstances propres à l'espèce, que la Commission fonde sa conclusion relative à la protection de l'État sur le fait que le demandeur n'a fait aucun suivi auprès de la police au sujet de l'avancement des enquêtes. Même s'il a semblé n'y avoir aucune arrestation à la suite de chacun des incidents, et même s'il a continué d'avoir peur, le demandeur a demandé l'aide de la police après chaque nouvel incident. Pour ce qui est du caractère adéquat de la protection de l'État, la Commission a analysé en détail la preuve documentaire et a noté à plusieurs reprises que la République



A contextual analysis was also needed in the present case. The adequacy of state protection must take into consideration the applicant's circumstances. Considering the particular circumstances herein, the applicant's failure or reluctance to follow up with the police should not be "objectively unreasonable" as the Board stated given that his fear following the traumatic experiences was accepted by the Board and credibility was not an issue. While there is no expectation that filing a police report would lead to an arrest and convictions, it was unreasonable for the Board to dwell on the lack of follow-up by the applicant given that the applicant had consistently reported to the police. The attacks against the applicant and his family were not isolated or random events; they were racially motivated and occurred over the course of many years. The cumulative effects of the circumstances of this case rendered the Board's conclusion regarding the adequacy of state protection for the applicants unreasonable.

Therefore, the Board's decision that state protection was adequate failed to address the circumstances and experience of the applicant and his family. The Board committed a reviewable error in equating the serious efforts being made with adequacy of state protection for the applicant given his circumstances and experience. The finding that the applicant failed to rebut the presumption of state protection was not reasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Ferguson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306; *Codogan v. Canada (Minister of*

Immigration) c. *Canada*, 2008 FC 1067; *Codogan v. Canada (Minister of Immigration)*, 2008 FC 1067; *Codogan c. Canada*

Il y avait également lieu de procéder à une analyse contextuelle en l'espèce. L'évaluation du caractère adéquat de la protection de l'État doit tenir compte de la situation du demandeur. Compte tenu des circonstances particulières du présent cas, le fait que le demandeur n'ait pas fait un suivi auprès de la police, ou qu'il ait hésité à le faire, ne devait pas être considéré comme « objectivement déraisonnable », comme l'a dit la Commission, vu que cette dernière reconnaissait la crainte que le demandeur avait éprouvée après les incidents traumatisants et que la crédibilité n'était pas un point litigieux. Bien qu'on ne puisse s'attendre à ce que le dépôt d'une plainte à la police mène nécessairement à des arrestations et à des déclarations de culpabilité, il était déraisonnable de la part de la Commission de s'étendre sur le manque de suivi du demandeur, puisque ce dernier avait systématiquement porté plainte à la police. Les agressions commises contre le demandeur et sa famille n'étaient pas des actes isolés ou aléatoires; elles avaient un caractère raciste et avaient eu lieu au fil de nombreuses années. Les effets cumulatifs des circonstances de l'espèce ont fait que la conclusion tirée par la Commission au sujet du caractère adéquat de la protection de l'État envers les demandeurs était déraisonnable.

Par conséquent, la décision de la Commission selon laquelle la protection de l'État était adéquate n'a pas tenu compte de la situation du demandeur et de sa famille et de ce qu'ils ont vécu. La Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en assimilant les efforts sérieux qui étaient faits et le caractère adéquat de la protection de l'État pour le demandeur, compte tenu de la situation de ce dernier et de ce qu'il a vécu. Il était déraisonnable de conclure que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de l'existence d'une protection de l'État.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Ferguson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1067; *Codogan c. Canada*

*Citizenship and Immigration*), 2006 FC 739, 293 F.T.R. 101; *Bledy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 210, 97 Imm. L.R. (3d) 243; *Koky v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1407.

## CONSIDERED:

*Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636.

## REFERRED TO:

*Francis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1095, 4 Imm. L.R. (4th) 259; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; *Lopez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1176; *Clyne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1670, 262 F.T.R. 216; *Garcia Bautista v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 126; *Cueto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 805, 347 F.T.R. 151; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2012 CanLII 93039) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada finding that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## APPEARANCES

*Aurina Chatterji* for applicants.  
*Rachel Hepburn Craig* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] KANE J.: The applicants seek judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board)

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2006 CF 739; *Bledy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 210; *Koky c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1407.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Francis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1095; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Lopez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1176; *Clyne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1670; *Garcia Bautista c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 126; *Cueto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 805; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2012 CanLII 93039) par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n'avaient ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Aurina Chatterji* pour les demandeurs.  
*Rachel Hepburn Craig* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] LA JUGE KANE : Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire d'une décision datée du 4 janvier 2012 par laquelle la Section de la protection des

[*X (Re)*, 2012 CanLII 93039], dated January 4, 2012, which found that they were neither Convention refugees nor persons in need of protection pursuant to sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). For the reasons that follow the application is allowed.

### Background

[2] Jaromir Ferko (the applicant) and his family are Roma citizens of the Czech Republic who fear persecution in their home country. They were the victims of a number of violent attacks by skinheads and neo-Nazi groups in the Czech Republic between 2000 and 2009, including threatening and racist graffiti on their home, damage to their home and personal assaults. Despite having moved on several occasions for their safety, the attacks continued. The applicant also described his experience of discrimination throughout his life.

[3] Four specific incidents, among many, were highlighted by the applicant. One incident occurred sometime between 2000–2003, when the applicant and his brother were confronted by skinheads in a restaurant, kicked and beaten with chains. The skinheads followed them home, kicked down the door and beat the applicant, his wife and his young children. The applicant reported the incident to the police but no arrests were made.

[4] The applicant's children were repeatedly subjected to bullying and physical abuse at school. In one incident, skinheads followed them home, threw rocks at their house, smashed a window and threatened to burn down the house. The applicant again reported the incident to the police.

[5] The family home was set on fire in August 2004. Firemen and police attended at the scene and determined that the fire had been caused by a gas bottle that had been thrown on the roof. The police initially blamed the

réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) [*X (Re)*, 2012 CanLII 93039] a conclu qu'ils n'avaient ni la qualité de réfugié ni celle de personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Pour les motifs qui suivent, la demande est accueillie.

### Le contexte

[2] Jaromir Ferko (le demandeur) et sa famille sont roms et citoyens de la République tchèque. Ils craignent d'être persécutés dans leur pays d'origine, où, entre les années 2000 et 2009, ils ont été victimes d'un certain nombre d'agressions violentes de la part de skinheads et de groupes néo-nazis, dont des graffitis de menaces ou à caractère raciste tracés sur leur maison, des dommages à cette dernière ainsi que des agressions personnelles. Même si, par mesure de sécurité, ils ont déménagé plusieurs fois, les agressions se sont poursuivies. Le demandeur a également décrit la discrimination dont il a été victime toute sa vie.

[3] Le demandeur a souligné quatre incidents précis, parmi de nombreux autres. L'un d'eux est survenu entre les années 2000 et 2003, quand son frère et lui ont été abordés par des skinheads dans un restaurant et battus à coups de pied et de chaîne. Les skinheads les ont suivis jusqu'à la maison, ont fracassé la porte à coups de pied et ont roué de coups le demandeur, son épouse et ses jeunes enfants. Le demandeur a signalé l'incident à la police, mais il n'y a eu aucune arrestation.

[4] À l'école, les enfants du demandeur ont été souvent victimes d'intimidation et de violence physique. Lors d'un des incidents, des skinheads les ont suivis jusqu'à la maison, ont lancé des pierres en direction de cette dernière, ont fracassé une fenêtre et ont menacé de mettre le feu à la maison. Le demandeur a une fois de plus signalé l'incident à la police.

[5] La maison familiale a été incendiée en août 2004. Des pompiers et des agents de police se sont rendus sur les lieux et ils ont conclu que l'incendie avait été causé par une bouteille d'essence lancée sur le toit. La police

applicant for the incident, but neighbours corroborated his story that skinheads had been seen outside the building before the fire.

[6] In another incident, following their move to another town, the applicant and his family were attacked by a group of skinheads at the train station. His wife was punched in the face, his children were kicked, and the applicant lost two teeth. The applicant again reported the assaults to the police.

[7] In April 2009, the applicant and his family fled to Canada and claimed refugee protection.

#### The Decision Under Review

[8] The Board found that the applicant was not a Convention refugee under section 96 of the IRPA as he does not have a well-founded fear of persecution in the Czech Republic on any of the five Convention grounds. The Board also found that the applicant was not a person in need of protection under section 97 as his removal to the Czech Republic would not subject him personally to a risk to life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment, or to a danger of torture.

[9] The claims of the spouse and two children were dependent on the applicant's claim and were, therefore, also rejected.

[10] At paragraph 5 of the decision, the Board set out its considerations in examining the applicant's claim for protection as follows:

... I considered the issue of whether the claimant's fear is objectively reasonable. In this regard, I considered whether or not there is adequate state protection in the Czech Republic, whether or not the claimant took all reasonable steps to avail himself of that protection, and whether he has provided clear and convincing evidence of the state's inability to protect him.

[11] The Board reviewed all the incidents described by the applicant and his interactions with the police. The

a tout d'abord tenu le demandeur responsable de l'incident, mais des voisins ont corroboré sa version des faits, à savoir que des skinheads avaient été aperçus à l'extérieur du bâtiment avant qu'éclate l'incendie.

[6] Dans un autre incident, après qu'ils eurent déménagé dans une autre ville, le demandeur et sa famille ont été agressés par un groupe de skinheads à la gare. Son épouse a reçu un coup de poing au visage, ses enfants ont reçu des coups de pied, et le demandeur s'est fait briser deux dents. Ce dernier a signalé une fois de plus les agressions à la police.

[7] En avril 2009, le demandeur et sa famille se sont enfuis au Canada et ont demandé l'asile.

#### La décision faisant l'objet du contrôle

[8] La Commission a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié au sens de l'article 96 de la LIPR, parce qu'il ne craignait pas avec raison d'être persécuté en République tchèque pour l'un des cinq motifs prévus à la Convention; elle a également conclu qu'il n'avait pas la qualité de personne à protéger au sens de l'article 97, parce que son renvoi en République tchèque ne l'exposerait pas personnellement à une menace à sa vie, à un risque de traitements ou peines cruels et inusités ou à un risque de torture.

[9] Les demandes d'asile de l'épouse et des deux enfants étant subordonnées à celle du demandeur, elles ont donc été rejetées elles aussi.

[10] Au paragraphe 5 de la décision, la Commission a énoncé comme suit les facteurs dont elle a tenu compte dans l'examen de la demande d'asile du demandeur :

[...] j'ai examiné la question de savoir si la crainte du demandeur d'asile est objectivement raisonnable. À cet égard, je me suis demandé si l'État offre une protection adéquate en République tchèque, si le demandeur d'asile a pris toutes les mesures raisonnables pour se réclamer de cette protection et s'il a présenté une preuve claire et convaincante de l'incapacité de l'État à le protéger.

[11] La Commission a passé en revue tous les incidents que le demandeur a décrits, ainsi que les contacts

Board concluded with respect to every incident that there was no persuasive evidence to suggest that the applicant followed up with the police after his initial reports.

[12] With respect to the incident in the applicant's home where he and his wife were beaten and the police attended, the Board acknowledged that the fear and apprehension about leaving his home after the attack were understandable and reasonable in the circumstances, but concluded that this did not constitute a legitimate or sufficient justification or excuse for his failure to follow up on the status of the police investigation.

[13] With respect to the attack on the family at the train station, the Board found that the applicant's failure to follow up with the police was not objectively justified by the fact that he and members of his family were overcome by fear following the attack. The Board found it unreasonable for him to have taken no further steps to pursue the complaint.

[14] The Board acknowledged that the applicant lived in fear and the impact it had upon him, yet reached the same conclusion with respect to each incident; that his failure to follow up with the police was not objectively justified.

[15] The Board concluded that the applicant did not take all reasonable steps to seek out the assistance and protection of law enforcement authorities in the Czech Republic before coming to Canada.

[16] The Board noted the extensive case law which sets out the applicable principles governing state protection. The Board also considered the documentary evidence regarding the Czech Republic, including legislation prohibiting discrimination, as well as enforcement efforts, and available statistics regarding investigations of police misconduct and prosecutions for corruption and abuse of power by the police. The Board acknowledged that Roma face high levels of poverty,

que celui-ci a eus avec la police. Elle a conclu qu'en ce qui concernait chaque incident, aucune preuve convaincante ne donnait à penser que le demandeur avait fait un suivi auprès de la police après ses plaintes initiales.

[12] Pour ce qui était de l'incident survenu dans la maison du demandeur, lors duquel son épouse et lui avaient été battus et la police s'était présentée, la Commission a reconnu qu'il était compréhensible et raisonnable dans les circonstances que le demandeur ait ressenti de la crainte et de l'appréhension à l'idée de quitter sa maison après l'agression, mais elle a conclu que cela n'était pas une justification ou une excuse légitime ou suffisante pour ne pas avoir fait un suivi au sujet de l'enquête policière.

[13] En ce qui concernait l'agression de la famille à la gare, la Commission a conclu que le défaut du demandeur de faire un suivi auprès de la police n'était pas justifié d'un point de vue objectif par le fait que, après l'agression, les membres de sa famille et lui-même étaient terrorisés. Il était déraisonnable, selon elle, que le demandeur n'ait rien fait d'autre pour donner suite à la plainte.

[14] La Commission a reconnu que le demandeur vivait dans la peur de même que l'effet que celle-ci avait sur lui, mais elle est arrivée à la même conclusion à propos de chaque incident : il n'était pas justifié d'un point de vue objectif de ne pas avoir fait un suivi auprès de la police.

[15] La Commission a conclu que, avant d'arriver au Canada, le demandeur n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour solliciter l'aide et la protection des autorités chargées d'appliquer la loi en République tchèque.

[16] La Commission a fait état de l'abondante jurisprudence dans laquelle sont énoncés les principes applicables en matière de protection par l'État. Elle a également pris en compte la preuve documentaire portant sur la République tchèque, dont les dispositions légales interdisant la discrimination, de même que les efforts faits en matière d'application de la loi et les statistiques disponibles concernant les enquêtes menées sur les cas d'inconduite policière et les poursuites engagées

unemployment and illiteracy as well as discrimination in education, employment and housing and that societal prejudice does manifest itself in violence. The Board also noted increased efforts by the authorities to address racial violence including an increased police presence and prosecutions and convictions for racially motivated attacks. The Board concluded that the preponderance of the documentary evidence indicates that the government of the Czech Republic is making serious efforts to provide protection to the Roma as victims of hate crimes and to address discrimination more generally.

[17] The Board also reviewed a March 2010 response to information request which counsel for the applicant relied on to show that many of the measures taken by the government were ineffective. The Board agreed that the document indicated that the Roma Inclusion Project has not been effectively implemented in all locations, but overall, the government was making serious efforts to combat discrimination of the Roma. The Board also acknowledged that the documentary evidence showed that Roma continue to face discrimination in racism, housing, employment and education, but found that this did not establish a pattern of conduct by the government that amounted to systemic or sustained persecution of the Roma. The Board again found that the preponderance of evidence demonstrates that the authorities in the Czech Republic are making serious efforts to combat extremist violence and attacks perpetrated against the Roma.

[18] The Board referred to the “serious efforts” being made several times in its decision.

[19] It should also be noted that the Board mistakenly referred to the conditions in Hungary rather than in the Czech Republic in certain passages of its decision. For

pour corruption et abus de pouvoir de la part de la police. Elle a reconnu que les Roms sont confrontés à des taux élevés de pauvreté, de chômage et d’analphabétisme, ainsi que de discrimination en matière d’instruction, d’emploi et de logement, et que les préjugés sociaux se manifestent bel et bien par des actes de violence. Elle a aussi signalé les efforts accrus que font les autorités tchèques pour lutter contre la violence raciale, dont une présence policière intensifiée ainsi que des poursuites et des condamnations à la suite d’agressions à caractère raciste. Elle a conclu que, selon la prépondérance de la preuve documentaire, le gouvernement de la République tchèque faisait de sérieux efforts pour assurer la protection des Roms qui étaient victimes de crimes haineux et pour lutter contre la discrimination de façon plus générale.

[17] La Commission a également examiné une réponse à une demande d’information datée de mars 2010 sur laquelle s’était fondé l’avocat du demandeur d’asile pour établir l’inefficacité d’un grand nombre des mesures prises par le gouvernement. Selon ce document, la Commission a convenu que le Projet d’inclusion des Roms n’était pas appliqué partout de manière efficace, mais que, dans l’ensemble, le gouvernement faisait des efforts sérieux pour lutter contre la discrimination dont ils sont victimes. Elle a reconnu aussi qu’il ressortait de la preuve documentaire que les Roms continuent d’être victimes de racisme et de discrimination en matière de logement, d’emploi et d’instruction, mais que cela n’établissait pas l’existence d’un mode de comportement du gouvernement que l’on pouvait assimiler à une persécution systémique ou soutenue des Roms. Elle a conclu une fois de plus que, selon la prépondérance de la preuve, les autorités tchèques font de sérieux efforts pour lutter contre la violence extrémiste et les attaques menées contre les Roms.

[18] À plusieurs reprises dans sa décision, la Commission a fait référence aux « efforts sérieux » qui étaient déployés.

[19] Il convient également de signaler que, dans certains passages de sa décision, la Commission a fait référence par erreur aux conditions régnant en Hongrie



example, the Board refers to the practices of “the Hungarian police” (at paragraph 19) and the efforts made by “the Hungarian government” (at paragraph 27).

[20] In conclusion, the Board found that the applicant had failed to rebut the presumption of state protection with clear and convincing evidence.

[21] The section 97 claim was rejected for the same reasons; the applicant was not a person in need of protection.

#### The Issues in this Case

[22] Although the applicant asserts that the Board made veiled credibility findings against him which influenced the state protection analysis, the key issue is whether the Board’s state protection finding was reasonable and, more specifically, whether its finding that the applicant had not rebutted the presumption of state protection was reasonable.

[23] The Board’s mistaken references to Hungary, rather than the Czech Republic, must also be considered in assessing whether its analysis of state protection was reasonable.

#### Standard of Review

[24] The applicable standard of review is reasonableness. The role of the court on judicial review where the standard of reasonableness applies is not to substitute any decision it would have made but, rather, to determine whether the Board’s 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 (*Dunsmuir*), at paragraph 47). There might be more than

plutôt qu’en République tchèque. Elle a ainsi fait mention des pratiques de la « police hongroise » (au paragraphe 19) et des efforts faits par le « gouvernement hongrois » (au paragraphe 27).

[20] En conclusion, la Commission a conclu que le demandeur n’avait pas réussi à réfuter la présomption d’existence d’une protection de l’État au moyen d’éléments de preuve clairs et convaincants.

[21] La demande d’asile fondée sur l’article 97 a été rejetée pour les mêmes raisons : le demandeur n’avait pas la qualité d’une personne à protéger.

#### Les questions en litige

[22] Le demandeur affirme que la Commission a tiré à son encontre des conclusions voilées à propos de la crédibilité qui ont influencé son analyse relative à la protection de l’État, mais le principal point en litige consiste à savoir si la conclusion à laquelle la Commission est arrivée au sujet de la protection de l’État était raisonnable et, plus précisément, s’il était raisonnable de la part de la Commission de conclure qu’il n’avait pas réfuté la présomption de l’existence d’une protection de l’État.

[23] Pour décider si l’analyse de la Commission au sujet de la protection de l’État était raisonnable, il faut également tenir compte des références que la Commission a faites par erreur à la Hongrie au lieu de la République tchèque.

#### La norme de contrôle applicable

[24] La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Dans le cas d’un contrôle judiciaire où la norme de la décision raisonnable s’applique, le rôle du tribunal n’est pas de substituer la décision, quelle qu’elle soit, qu’il aurait rendue, mais plutôt de décider si celle que la Commission a rendue 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 (l’arrêt

one reasonable outcome. “However, as long as the process and the outcome fit comfortably with the principles of justification, transparency and intelligibility, it is not open to a reviewing court to substitute its own view of a preferable outcome”: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59.

### Argument and Analysis

#### *Credibility*

[25] The applicant submits that it was not open to the Board to prefer the documentary evidence to the sworn testimony of the applicant in the absence of an adverse credibility finding. The applicant submits that if the Board rejected the applicant’s testimony, it should have made clear credibility findings and provided reasons and that its failure to do so is a reviewable error.

[26] The respondent submits that the Board did not dispute the attacks or the veracity of the applicant’s testimony. While the applicant may have had a sincere belief that the state would not provide protection, a subjective reluctance to follow up with the police was not sufficient to rebut the presumption of state protection.

[27] The respondent further submits that credibility findings should be distinguished from conclusions based on a lack of evidence: *Ferguson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306 (*Ferguson*).

[28] In *Ferguson*, Justice Zinn provided a useful analysis of the distinction between sufficiency of evidence and credibility findings. It is possible for an officer (i.e. the decision maker) to neither believe nor disbelieve an applicant, but simply remain unconvinced on a balance of probabilities (paragraph 34). The fact that an applicant has not discharged the burden of proof does not mean that they lacked credibility; rather, it simply means that they have provided insufficient

*Dunsmuir*), au paragraphe 47). Il peut exister plus d’une issue raisonnable. « Néanmoins, si le processus et l’issue suivi en cause cadrent bien avec les principes de justification, de transparence et d’intelligibilité, la cour de révision ne peut y substituer l’issue qui serait à son avis préférable » : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59.

### Les arguments invoqués et l’analyse

#### *La crédibilité*

[25] Le demandeur soutient qu’il n’était pas loisible à la Commission de préférer la preuve documentaire au témoignage qu’il avait fait sous serment en l’absence d’une conclusion défavorable quant à la crédibilité. Il ajoute que la Commission, si elle avait rejeté son témoignage, aurait dû formuler des conclusions claires à propos de la crédibilité et fournir des motifs à cet égard, et que son omission de le faire constitue une erreur susceptible de contrôle.

[26] Le défendeur soutient que la Commission n’a pas mis en doute les agressions ou la véracité du témoignage du demandeur. Ce dernier croyait peut-être sincèrement que l’État n’assurerait pas de protection, mais le fait d’hésiter subjectivement à ne pas faire un suivi auprès de la police n’était pas suffisant pour réfuter la présomption de l’existence d’une protection de l’État.

[27] Le défendeur soutient par ailleurs qu’il convient de faire une distinction entre les conclusions relatives à la crédibilité et les conclusions découlant d’un manque de preuves : *Ferguson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 1067 (*Ferguson*).

[28] Dans la décision *Ferguson*, le juge Zinn a analysé de manière utile la distinction qu’il y a entre le caractère suffisant des éléments de preuve et les conclusions relatives à la crédibilité. Il est possible qu’un agent (c’est-à-dire le décideur), sans croire ou ne pas croire un demandeur, ne soit néanmoins pas convaincu selon la prépondérance des probabilités (au paragraphe 34). Le fait qu’un demandeur ne se soit pas acquitté du fardeau de la preuve ne veut pas dire qu’il manquait de

evidence to support the proposition advanced on a balance of probabilities.

[29] In my view, this reflects the circumstances of the present case. The Board did not question the applicant's credibility. The Board acknowledged the serious nature of the attacks and the fear that resulted. The Board also accepted that the applicant had reported the incidents to the police and that the police attended, but that neither the police nor the applicant followed up on the status of the investigations. These facts are not disputed by the parties. The Board accepted the applicant's testimony, but concluded that he had not rebutted the presumption of state protection.

#### *State Protection*

[30] As a preliminary matter, the Board's mistaken references to Hungary must be addressed.

[31] The applicant argues that the Board's erroneous references to Hungary—instead of to the Czech Republic—constitute “sloppy treatment of the evidence” and suggests that the Board used pre-written paragraphs from other decisions involving Roma, thereby failing to individually assess the applicant's case.

[32] The respondent submits that while the Board did make an error, the reasons, when read as a whole, show that the Board conducted a proper analysis of the Czech Republic and not Hungary.

[33] I agree that when the decision is read as a whole, it is clear that the Board considered the country conditions in the Czech Republic. It is understandable that the applicants would regard this error as significant to the reasonableness of the Board's analysis and it could reinforce a perception that the Board views all state protection for Roma in Eastern Europe in the same manner. The Board, however, is familiar with the documentary evidence with respect to both the Czech Republic and Hungary as well as other countries and,

crédibilité. Cela veut plutôt dire, tout simplement, que les éléments de preuve qu'il a produits sont insuffisants pour étayer la thèse avancée, selon la prépondérance des probabilités.

[29] À mon avis, cela reflète les circonstances de l'espèce. La Commission n'a pas mis en doute la crédibilité du demandeur. Elle a reconnu la nature grave des agressions et la crainte qui en résultait. Elle a aussi admis que le demandeur avait signalé les incidents à la police et que cette dernière était intervenue, mais que ni la police ni le demandeur n'avaient donné suite aux enquêtes. Ces faits ne sont pas contestés par les parties. La Commission a accepté le témoignage du demandeur, mais elle a conclu que ce dernier n'avait pas réfuté la présomption de l'existence d'une protection de l'État.

#### *La protection de l'État*

[30] Il y a lieu, tout d'abord, de traiter des références erronées que la Commission a faites à la Hongrie.

[31] Le demandeur soutient que les références erronées que la Commission a faites à la Hongrie — plutôt qu'à la République tchèque — constituent un [TRADUCTION] « traitement bâclé de la preuve » et donnent à penser qu'elle s'est servie de paragraphes déjà écrits et tirés d'autres décisions portant sur des Roms, omettant ainsi d'évaluer de façon distincte la situation du demandeur.

[32] Le défendeur est d'avis que la Commission a bel et bien commis une erreur, mais qu'il ressort des motifs, lus dans leur ensemble, qu'elle a procédé à une analyse appropriée de la situation en République tchèque, et non en Hongrie.

[33] Je conviens que, si on lit la décision dans son ensemble, il est évident que la Commission a examiné la situation qui règne en République tchèque. Il est compréhensible que les demandeurs trouvent cette erreur importante pour ce qui est du caractère raisonnable de l'analyse de la Commission et qu'elle pourrait renforcer l'idée que la Commission considère de la même façon toutes les mesures de protection de l'État qui visent les Roms en Europe de l'Est. Cependant, la Commission connaît bien la preuve documentaire portant à la fois sur

regardless of whether text was copied into the decision, the key issue is whether the Board reasonably determined that state protection was available to the applicants in the Czech Republic.

[34] With respect to the main issue of state protection, the applicant submits that the lack of action by the police following the incidents establishes that there is inadequate state protection for Roma in the Czech Republic. As such, the applicant could not reasonably be expected to follow up with the police and was not required to make repeated attempts to access state protection: *Codogan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 739, 293 F.T.R. 101 (*Codogan*), at paragraph 30; *Francis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1095, 4 Imm. L.R. (4th) 259.

[35] The applicant submits that a person should not be expected to seek state protection if the evidence shows that no such protection is available: *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 (*Ward*).

[36] The applicant submits that a contextual analysis of state protection is required: *Codogan*, above, at paragraph 32. Such a contextual analysis would take into account the applicant's state of fear and the experience of the applicant and his family as a vulnerable minority living in a hostile environment.

[37] The applicant also submits that the Board applied the wrong test for state protection by finding that the Czech Republic was making "serious efforts" to combat violence and discrimination against the Roma rather than assessing the "the actual effectiveness of the protection": *Lopez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1176, at paragraph 8. Moreover, the existence of legislation and procedures alone do not amount to adequate or effective state protection: *Clyne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1670. The Board had an obligation to go beyond the documentary evidence and consider the applicant's specific situation: *Codogan*, above, at paragraph 32.

la République tchèque et sur la Hongrie ainsi que sur d'autres pays et, qu'elle ait repris ou non dans sa décision un passage existant, la question principale consiste à savoir si la Commission a conclu de manière raisonnable que les demandeurs bénéficiaient d'une protection de l'État en République tchèque.

[34] Pour ce qui est de la question principale de la protection de l'État, le demandeur soutient que la non-intervention de la police à la suite des incidents démontre que, pour les Roms vivant en République tchèque, cette protection est insuffisante. Cela étant, on ne pouvait donc pas raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur fasse un suivi auprès de la police, et celui-ci n'était pas tenu de faire des tentatives répétées pour avoir accès à une protection de l'État : *Codogan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 739 (*Codogan*), au paragraphe 30; *Francis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1095.

[35] Le demandeur affirme qu'il ne faudrait pas s'attendre à ce qu'une personne sollicite une protection de l'État s'il ressort de la preuve que cette protection n'est pas disponible : *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 (*Ward*).

[36] Le demandeur fait valoir qu'il est nécessaire de procéder à une analyse contextuelle de la protection de l'État : *Codogan*, précitée, au paragraphe 32. Cette analyse contextuelle tiendrait compte de la crainte qu'éprouve le demandeur, ainsi que de ce que ce dernier et sa famille ont subi en tant que minorité vulnérable vivant dans un milieu hostile.

[37] Le demandeur soutient par ailleurs que la Commission a appliqué le mauvais critère relatif à l'existence d'une protection de l'État en concluant que la République tchèque faisait de « sérieux efforts » pour lutter contre la violence et la discrimination exercées à l'endroit des Roms, plutôt que d'évaluer « l'efficacité réelle de la protection » : *Lopez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF1176, au paragraphe 8. En outre, l'existence de dispositions légales et de procédures n'équivaut pas à elle seule à une protection de l'État adéquate ou efficace : *Clyne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1670. La Commission se devait d'aller au-delà de la preuve documentaire et de

[38] The applicant also submits that although the Board acknowledged some contradictory evidence about the failure of the police to respond to incidents involving the Roma, the Board did not clearly provide the reasons for rejecting it. The applicant contends that this constitutes a reviewable error: *Garcia Bautista v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 126, at paragraph 11.

[39] The respondent submits that the Board's state protection finding was reasonable. The Board undertook an extensive review of the documentary evidence, considering legislation, programs and impact of measures put in place to protect the Roma in the Czech Republic. The respondent noted that local failures are not evidence of inadequate state protection: *Cueto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 805, 347 F.T.R. 151. Although no arrests were made, there was no persuasive evidence that the police failed to take action or to carry out proper investigations. The respondent submits that it was unreasonable for the applicant not to follow up with the police after such violent incidents and that he failed to take "all reasonable steps to pursue protection".

[40] The fact that the Board did not refer to all of the evidence is not a reviewable error: *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16.

[41] The respondent submits that the Board considered all the documentary evidence, including the contradictory reports, and acknowledged the discrimination faced by Roma but concluded that it did not rebut the presumption of state protection.

[42] As noted above, the key issue is whether the applicant rebutted the presumption of state protection. The

prendre en compte la situation précise du demandeur : *Codogan*, précitée, au paragraphe 32.

[38] De plus, selon le demandeur, même si la Commission a pris acte d'un certain nombre de preuves contradictoires à propos du défaut de la police de réagir à des incidents mettant en cause les Roms, elle n'a pas indiqué de manière claire pour quels motifs elle les rejetait. Il soutient qu'il s'agit là d'une erreur susceptible de contrôle : *Garcia Bautista c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 126, au paragraphe 11.

[39] Le défendeur fait valoir que la conclusion de la Commission quant à la protection de l'État est raisonnable. La Commission a fait un examen approfondi de la preuve documentaire et elle a pris en considération les dispositions légales et les programmes en vigueur ainsi que l'effet des mesures mises en place pour protéger les Roms en République tchèque. Il signale que les manquements locaux ne sont pas une preuve de l'insuffisance de la protection de l'État : *Cueto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 805. Malgré l'absence d'arrestation, il n'y avait aucune preuve convaincante que la police n'est pas intervenue ou qu'elle n'a pas mené d'enquêtes appropriées. Le défendeur ajoute que le demandeur a agi déraisonnablement en ne faisant pas de suivi auprès de la police après des incidents aussi violents, et que ce dernier avait omis de prendre [TRADUCTION] « toutes les mesures raisonnables en vue d'obtenir une protection ».

[40] Le fait que la Commission n'a pas fait référence à la totalité des éléments de preuve n'est pas une erreur susceptible de contrôle : *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16.

[41] Selon le défendeur, la Commission a pris en considération la totalité des preuves documentaires, y compris les rapports contradictoires, et elle a pris acte de la discrimination dont les Roms sont victimes, mais elle a toutefois conclu que ces preuves ne réfutaient pas la présomption de l'existence d'une protection de l'État.

[42] Comme il a été indiqué ci-dessus, le principal point en litige consiste à savoir si le demandeur a réfuté

Board was aware of the principles from the jurisprudence and sought to apply them to the applicant's claim.

[43] As a starting point, there is a presumption that a state is capable of protecting its citizens. The presumption is only rebutted by clear and convincing evidence that the state protection is inadequate or non-existent: *Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636 (*Carrillo*). The evidence must be reliable and have probative value; claimants “must adduce relevant, reliable and convincing evidence which satisfies the trier of fact on a balance of probabilities that the state protection is inadequate”: *Carrillo*, above, at paragraph 30.

[44] The test is not “perfect” state protection, but adequate state protection. Still, mere willingness to protect is insufficient; state protection must be effective to a certain degree: *Bledy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 210, 97 Imm. L.R. (3d) 243, at paragraph 47.

[45] The incapacity of the state to provide protection is an essential consideration in determining whether the applicant's fear is well-founded—i.e. in determining whether he has objective grounds for being unwilling to seek the protection of the state.

[46] In my view, the Board's decision was unreasonable in concluding that the applicant had failed to take all reasonable steps to avail himself of state protection and that he had failed to rebut the presumption of state protection.

[47] To establish fear of persecution, the applicant must subjectively fear persecution and that fear must be well-founded, in an objective sense (see *Ward*, above, at paragraph 54). Clearly the applicant had a subjective fear of persecution, which the Board repeatedly acknowledged.

la présomption de l'existence d'une protection de l'État. La Commission était au fait des principes jurisprudentiels et elle a cherché à les appliquer à la demande d'asile du demandeur.

[43] En premier lieu, il faut rappeler que l'on présume qu'un État est capable de protéger ses citoyens. Pour réfuter cette présomption, il faut des éléments qui prouvent de manière claire et convaincante que la protection de l'État est inadéquate ou inexistante : *Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636 (*Carrillo*). La preuve doit être fiable et avoir une valeur probante; les demandeurs d'asile sont tenus de « produire une preuve pertinente, digne de foi et convaincante qui démontre au juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, que la protection accordée par l'État en question est insuffisante » : *Carrillo*, précité, au paragraphe 30.

[44] Le critère n'est pas une protection de l'État « parfaite », mais adéquate. Là encore, la simple volonté de protéger ne suffit pas; la protection de l'État doit présenter un certain niveau d'efficacité : *Bledy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 210, au paragraphe 47.

[45] L'incapacité de l'État à assurer une protection est un point dont il est essentiel de tenir compte au moment de décider si la crainte du demandeur est fondée — c'est-à-dire, au moment de décider si ce dernier a des motifs objectifs pour ne pas vouloir solliciter la protection de l'État.

[46] À mon avis, la Commission a rendu une décision déraisonnable en concluant que le demandeur n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour se prévaloir de la protection de l'État et qu'il n'était pas parvenu à réfuter la présomption de l'existence de cette protection.

[47] Pour établir l'existence d'une crainte de persécution, il faut que le demandeur craigne subjectivement d'être persécuté et que cette crainte soit fondée, d'un point de vue objectif (voir l'arrêt *Ward*, précité, au paragraphe 54). À l'évidence, dans le cas présent, le demandeur éprouvait une crainte subjective de persécution, ce que la Commission a reconnu à maintes reprises.



[48] The Board’s finding that such fear was understandable and reasonable in the circumstances, but that it did not constitute a legitimate or sufficient justification or excuse for his failure to follow up with the police—in other words, that it was not objectively well-founded—is not logical. It is not possible to reconcile a finding that the fear was understandable and reasonable with a finding that it did not justify the applicant’s failure to follow up with the police and do more to seek state protection, given the circumstances of the applicant.

[49] The applicant reported every incident of violence to the police, yet he and his family continued to be victims of violence in each community they moved to. The Board accepted that the applicant’s reports to the police did not result in any suspect being apprehended. Even if they had, this would not necessarily have resulted in any future protection for the applicant’s family since nothing suggests that they were repeatedly targeted by the same individual(s). Rather, the applicant and his family were the victims of a broader pattern of violence by “skin heads” against the Roma. It is, therefore, not apparent what the purpose would be for the applicant to continue to request status reports from the police about the incidents reported. It is not apparent how that would have increased state protection to him and his family.

[50] Although the Board correctly points out that the police cannot be expected to arrest every perpetrator in every investigation, it was unreasonable, in the specific circumstances of this case, for the Board to base its state protection finding on the applicant’s failure to follow up with the police on the status of the investigations. It should also be noted that despite the fact that there appeared to be no arrests made in any of the incidents, and despite his continuing fear, the applicant sought the assistance of the police after each incident.

[48] La conclusion de la Commission selon laquelle cette crainte était compréhensible et raisonnable dans les circonstances, mais ne constituait pas une justification ou une excuse légitime ou suffisante pour ne pas avoir fait un suivi auprès de la police — autrement dit, cette crainte n’était pas objectivement fondée — est illogique. Il est impossible de concilier la conclusion selon laquelle la crainte était compréhensible et raisonnable avec la conclusion selon laquelle cette crainte ne justifiait pas que le demandeur n’ait pas fait de suivi auprès de la police et n’ait pas fait davantage pour solliciter la protection de l’État, au vu des circonstances dans lesquelles il se trouvait.

[49] Le demandeur a signalé chaque incident violent à la police, mais sa famille et lui ont continué d’être victimes de violence dans chacun des endroits où ils ont déménagé. La Commission a admis que les déclarations faites par le demandeur à la police n’avaient mené à l’arrestation d’aucun suspect. Même si cela avait été le cas, cette mesure ne se serait pas forcément soldée par une protection future pour la famille du demandeur, car rien ne donne à penser que cette dernière avait été prise pour cible à maintes reprises par le ou les mêmes individus. Le demandeur et sa famille ont plutôt été victimes d’un climat plus général de violence de la part de « skinheads » à l’encontre des Roms. Le but pour lequel le demandeur aurait continué de s’enquérir auprès de la police de la situation des incidents signalés n’est donc pas évident, pas plus qu’en quoi cela aurait rehaussé la protection de l’État envers sa famille et lui.

[50] La Commission a fait remarquer avec raison que l’on ne peut pas s’attendre à ce que la police arrête tous les auteurs d’actes criminels dans le cadre de chacune de ses enquêtes, mais il était déraisonnable, dans les circonstances propres à l’espèce, que la Commission fonde sa conclusion relative à la protection de l’État sur le fait que le demandeur n’avait fait aucun suivi auprès de la police au sujet de l’avancement des enquêtes. Il convient également de signaler que, même s’il a semblé n’y avoir aucune arrestation à la suite de chacun des incidents, et même s’il a continué d’avoir peur, le demandeur a demandé l’aide de la police après chaque nouvel incident.

[51] Apart from the Board's reference [at paragraph 19] that "it is the obligation of members of the public to hold the police accountable by following up with the police once they have lodged a complaint with them", the Board provided no further rationale why the applicant was expected to do more.

[52] Moreover, this comment raises the question how the applicant's further inquiries to the police would lead to more police accountability. The Board repeatedly cites the "serious efforts" being made by the Czech authorities, including the police, and points to investigations and prosecutions as well as other government initiatives that the Board relies upon to find that there is adequate state protection. There is no suggestion by the Board that the police need to be held more accountable, except for its expectation that the applicant should have done so by making repeated inquiries of the police. If state protection is adequate, victims like the applicant should not need to bear the burden of holding the police more accountable.

[53] With respect to the adequacy of state protection, this Court has applied the same test which has led to different results in different cases due to different circumstances. Each case must be decided on its own facts. The applicant and respondent both pointed to cases suggesting that adequate state protection ranges from serious efforts to operational or "on the ground" effectiveness.

[54] The Board analysed the documentary evidence extensively and noted repeatedly that the Czech Republic was making "serious efforts". However, for the applicant and his family, the serious efforts did not result in an improvement to their situation as they continued to be victimised in the communities they lived in.

[55] In *Bledy*, above, Justice André Scott assessed whether the state protection analysis was reasonable and noted that, in that case, the Board had not considered documentary evidence contradictory to that showing

[51] À part la mention selon laquelle « les membres du public [...] sont tenus de [...] demander des comptes [à la police] en faisant un suivi auprès d'elle », la Commission n'a fait état d'aucune autre raison pour laquelle on pouvait s'attendre à ce que le demandeur en fasse davantage.

[52] Par ailleurs, ce commentaire soulève la question de savoir en quoi les demandes de renseignements additionnels du demandeur à la police auraient amené la police à agir de manière plus responsable. La Commission cite maintes fois les « efforts sérieux » des autorités tchèques, dont la police, et elle fait mention des enquêtes et des poursuites ainsi que d'autres initiatives gouvernementales sur lesquelles elle se fonde pour conclure que la protection de l'État est adéquate. La Commission ne laisse pas entendre que la police doit être plus responsable, sauf pour dire qu'elle se serait attendue à ce que le demandeur en fasse davantage en s'informant à plusieurs reprises de la situation auprès de la police. Si la protection de l'État était adéquate, les victimes telles que le demandeur ne devraient pas supporter le fardeau d'avoir à tenir la police davantage responsable.

[53] Pour ce qui est du caractère adéquat de la protection de l'État, la Cour applique toujours le même critère, lequel a mené à des résultats différents dans des affaires différentes à cause de circonstances différentes. Chaque affaire doit être tranchée en fonction des faits qui lui sont propres. Le demandeur et le défendeur ont tous deux invoqué des décisions qui donnent à penser qu'une protection de l'État adéquate va du déploiement de sérieux efforts à une efficacité opérationnelle ou « sur le terrain ».

[54] La Commission a analysé en détail la preuve documentaire et a noté à plusieurs reprises que la République tchèque faisait des « efforts sérieux ». Cependant, ces efforts sérieux n'ont pas amélioré le sort du demandeur et de sa famille, car ils ont continué d'être victimes de violence dans les endroits où ils ont vécu.

[55] Dans la décision *Bledy*, précitée, le juge André Scott a évalué si l'analyse relative à la protection de l'État était raisonnable et il a fait remarquer que, dans cette affaire, la Commission n'avait pas tenu compte

“serious efforts” by the Czech Republic. Justice Scott reiterated that willingness and serious efforts are not enough [at paragraphs 46–47]:

The Board focused the bulk of its state protection analysis on considering the country conditions evidence set out in the IRB issue paper entitled, “Czech Republic: Fact-finding Mission Report on State Protection” (June 2009). As outlined above, the Board pointed to legislative prohibitions on discrimination as well as measures implemented to reform the country’s police force and increase access to protection for the Romani population. The Board concluded that the, “preponderance of the documentary evidence” indicated that the Czech government was making “very serious efforts” to protect the Roma.

However, as this Court has pointed out on a number of occasions, the mere willingness of a state to ensure the protection of its citizens is not sufficient in itself to establish its ability. Protection must have a certain degree of effectiveness: see *Burgos v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1537, 160 ACWS (3d) 696; *Soto v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1183 at para 32. As such, an applicant can rebut the presumption of state protection by demonstrating either that a state is unwilling, or that a state is unable to provide adequate protection: see *Cosgun v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 400 at para 52. [Emphasis in original.]

[56] In *Koky v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1407 (*Koky*), Justice Russell reviewed a decision of the Board refusing claims under sections 96 and 97 for Roma applicants who described similar incidents of violence. In that case, as in this one, the Board noted the serious efforts being made by the authorities in the Czech Republic. Justice Russell reviewed a series of cases all elaborating on the notion of adequate state protection and concluding that serious efforts do not necessarily mean that there is adequate state protection. The Board is required to assess whether, in practice, the serious efforts have resulted in adequate protection for the applicants [at paragraphs 60–62]:

d’éléments de preuve qui contredisaient ceux qui faisaient état d’« efforts sérieux » de la part de la République tchèque. Le juge Scott a réitéré que la volonté et les efforts sérieux ne suffisent pas (aux paragraphes 46 et 47) :

La Commission a axé son analyse de la protection offerte par l’État sur l’examen de la situation dans le pays décrite dans l’exposé de la CISR intitulé « Protection offerte par l’État : Rapport de la mission d’enquête en République tchèque » (juin 2009). Comme je l’ai souligné précédemment, la Commission a signalé l’existence de lois interdisant la discrimination ainsi que la mise en œuvre de mesures destinées à réformer les forces policières du pays et à offrir une protection accrue aux populations roms. La Commission a conclu que « [l]a prépondérance de la preuve documentaire » montrait que le gouvernement tchèque faisait « des efforts très sérieux » pour protéger les Roms.

Cependant, comme notre Cour l’a fait observer à maintes occasions, la simple volonté d’un État d’assurer la protection de ses citoyens ne suffit pas en soi à établir sa capacité de les protéger. La protection doit présenter un certain niveau d’efficacité : voir *Burgos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1537, 160 ACWS (3d) 696; *Soto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2010 CF 1183, paragraphe 32. Un demandeur peut donc réfuter la présomption d’existence d’une protection de l’État en démontrant soit qu’un État n’est pas disposé à lui offrir une protection suffisante, soit qu’il en est incapable : voir *Cosgun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2010 CF 400, paragraphe 52. [Souligné dans l’original.]

[56] Dans la décision *Koky c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1407 (*Koky*), le juge a contrôlé une décision par laquelle la Commission avait rejeté des demandes d’asile présentées en vertu des articles 96 et 97 par des demandeurs roms, qui décrivaient des incidents de violence semblables à ceux dont il est question en l’espèce. Dans cette affaire-là, comme dans celle-ci, la Commission a fait état des efforts sérieux que faisaient les autorités en République tchèque. Le juge Russell a passé en revue une série de décisions qui commentaient toutes la notion de l’existence d’une protection de l’État adéquate et qui concluaient que des efforts sérieux n’étaient pas nécessairement synonymes d’une protection de l’État adéquate. La Commission est tenue d’établir si, dans la pratique, les efforts sérieux ont donné lieu à une protection adéquate pour les demandeurs (aux paragraphes 60 à 62) :

In my view, then, the RPD has committed an error of law in its conclusion that “serious efforts” equates to adequate state protection. This error renders its conclusions on adequate state protection for the Applicants unreasonable.

It is trite law since the Federal Court of Appeal’s decision in *Carillo*, above, that the appropriate test for state protection is not effectiveness *per se*. Rather, the test is whether there exists adequate state protection from the alleged risks. State protection need not be perfect; it need only be adequate. As was stated plainly by the Federal Court of Appeal in *Carillo* at paragraph 30,

[...] a claimant seeking to rebut the presumption of state protection must adduce relevant, reliable and convincing evidence which satisfies the trier of fact on a balance of probabilities that the state protection is inadequate.

It is well established law that while state protection need not be perfect, states must be both willing and able to protect their citizens (see *Ward*, above, at paragraphs 55-57 and *Villafranca*, above, at paragraph 7).

[57] I also agree with the applicants that a contextual analysis is needed. The adequacy of state protection must take into consideration the circumstances of the applicant. As noted above, there was no doubt about the impact of fear on the applicant and there was no doubt about the violence suffered by him and his family over many years or the fact that he had reported to the police on each occurrence.

[58] In *Codogan*, above, Justice Teitlebaum allowed judicial review with respect to a decision based solely on state protection for a victim of domestic abuse (which also involved the application of the gender guidelines) and noted, at paragraph 32:

The RPD did not consider the Applicant’s particular fear in this case.... In my view, the RPD could not simply refer to the documentary evidence and determine that state protection would be available to the applicant. This approach fails to consider

À mon avis, la SPR a commis une erreur de droit lorsqu’elle a conclu que des « sérieux efforts » pouvaient être assimilés à une protection suffisante de l’État. En raison de cette erreur, sa conclusion sur l’existence d’une protection suffisante de la part de l’État pour les demandeurs est déraisonnable.

Il est bien établi que, depuis l’arrêt *Carillo* de la Cour d’appel fédérale, précité, le critère approprié concernant la protection de l’État ne relève pas uniquement d’une question d’efficacité. Le critère consiste plutôt à déterminer si l’État est en mesure de protéger de façon adéquate ses citoyens contre les risques allégués. Il n’est pas nécessaire que la protection de l’État soit parfaite. Il suffit qu’elle soit adéquate. Comme l’a clairement déclaré la Cour d’appel fédérale dans *Carillo*, au paragraphe 30 :

[...] le demandeur d’asile qui veut réfuter la présomption de la protection de l’État doit produire une preuve pertinente, digne de foi et convaincante qui démontre au juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, que la protection accordée par l’État en question est insuffisante.

Il est bien établi que, s’il n’est pas nécessaire que la protection accordée par l’État soit parfaite, celui-ci doit néanmoins être disposé à protéger ses citoyens et en mesure de le faire (voir *Ward*, précité, aux paragraphes 55 à 57, et *Villafranca*, précité, au paragraphe 7).

[57] Je conviens aussi avec les demandeurs qu’il y a lieu de procéder à une analyse contextuelle. L’évaluation du caractère adéquat de la protection de l’État doit tenir compte de la situation du demandeur. Comme il a été mentionné ci-dessus, l’effet de la peur sur le demandeur ne faisait aucun doute, et la violence que sa famille et lui avaient subie durant de nombreuses années ou le fait qu’il avait signalé chaque incident à la police n’en faisait pas non plus.

[58] Dans la décision *Codogan*, précitée, le juge Teitlebaum a fait droit à une demande de contrôle judiciaire concernant une décision fondée uniquement sur l’existence de la protection de l’État pour une victime de violence conjugale (une affaire qui comportait également l’application des lignes directrices fondées sur le sexe) et il a fait remarquer, au paragraphe 32 :

La SPR n’a pas tenu compte des craintes particulières de la demanderesse en l’espèce [...]. À mon avis, la SPR ne pouvait se contenter de citer des éléments de preuve documentaires pour conclure que la demanderesse pouvait se prévaloir de la

the particular circumstances of the individual. In my opinion, the RPD should have examined the Applicant's situation, and, with the assistance of the documentary evidence, determined whether state protection could be available for the Applicant's situation of having an abusive ex-boyfriend still seeking her. The panel's failure to consider the Applicant's context in my view amounts to a reviewable error.

[59] Considering the particular circumstances, the applicant's failure or reluctance to follow-up with the police should not be "objectively unreasonable", as stated by the Board, given that his fear following the traumatic experiences is accepted by the Board and credibility is not an issue. The applicant was not "subjectively reluctant to engage the state"; he approached the police after every single incident and filed a report.

[60] While there is no expectation that filing a police report would lead to an arrest and convictions, it was unreasonable for the Board to dwell on the lack of follow-up by the applicant given that the applicant had consistently reported to the police.

[61] The attacks against the applicant and his family were not isolated or random events; they were racially motivated and occurred over the course of many years, in different settings and in different cities. The family was attacked in their home, on the streets and at a train station. They moved to other towns, but still experienced violence. They filed reports to the police following each incident. The cumulative effect of these circumstances renders the Board's conclusion regarding the adequacy of state protection for the applicant unreasonable.

### Conclusion

[62] For the reasons noted above, the Board's decision that state protection was adequate failed to address

protection de l'État. Cette façon de procéder ne tenait pas compte de la situation particulière de l'intéressée. À mon avis, la SPR aurait dû tenir compte de la situation de la demanderesse et, à l'aide de la preuve documentaire, déterminer si la demanderesse pouvait se prévaloir de la protection de l'État compte tenu du fait que son ex-petit ami violent était encore à sa recherche. Le défaut des commissaires saisis de l'affaire de tenir compte de la situation de la demanderesse équivaut selon moi à une erreur justifiant l'annulation de leur décision.

[59] Compte tenu des circonstances particulières, le fait que le demandeur n'ait pas fait un suivi auprès de la police, ou qu'il ait hésité à le faire, ne doit pas être considéré comme « objectivement déraisonnable », comme l'a dit la Commission, vu que cette dernière reconnaissait la crainte que le demandeur avait éprouvée après les incidents traumatisants et que la crédibilité n'était pas un point litigieux. Le demandeur n'était pas [TRADUCTION] « subjectivement réticent à solliciter la protection de l'État »; il a communiqué avec la police et rempli un rapport après chacun des incidents.

[60] Bien sûr, on ne peut s'attendre à ce que le dépôt d'une plainte à la police mène nécessairement à des arrestations et à des déclarations de culpabilité, mais il était déraisonnable de la part de la Commission de s'étendre sur le manque de suivi du demandeur, puisque ce dernier avait systématiquement porté plainte à la police.

[61] Les agressions commises contre le demandeur et sa famille n'étaient pas des actes isolés ou aléatoires; elles avaient un caractère raciste et avaient eu lieu au fil de nombreuses années, dans des contextes différents et dans des villes différentes. La famille a été agressée chez elle, dans la rue ainsi que dans une gare. Elle a déménagé dans d'autres villes, mais a malgré tout été victime d'actes de violence. Elle a porté plainte à la police à la suite de chacun des incidents. L'effet cumulatif de ces circonstances fait que la conclusion tirée par la Commission au sujet du caractère adéquat de la protection de l'État envers le demandeur est déraisonnable.

### Conclusion

[62] Pour les motifs qui précèdent, la décision de la Commission selon laquelle la protection de l'État

the circumstances and experience of the applicant and his family. The Board committed a reviewable error in equating the serious efforts being made with adequacy of state protection for the applicant given his circumstances and experience. The finding that the applicant failed to rebut the presumption of state protection is not reasonable.

était adéquate n'a pas tenu compte de la situation du demandeur et de sa famille et de ce qu'ils ont vécu. La Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en assimilant les efforts sérieux qui étaient faits et le caractère adéquat de la protection de l'État pour le demandeur, compte tenu de la situation de ce dernier et de ce qu'il avait vécu. Il est déraisonnable de conclure que le demandeur n'a pas réfuté la présomption de l'existence d'une protection de l'État.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application is allowed. The decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted panel of the Immigration and Refugee Board.
2. There is no question for certification.

#### JUGEMENT

LA COUR statue que :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et l'affaire renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vue d'être réexaminée par un tribunal différemment constitué.
2. Aucune question n'est certifiée.



T-1458-10  
2012 FC 1263

T-1458-10  
2012 CF 1263

**Anissa Samatar** (*Applicant*)

**Anissa Samatar** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: SAMATAR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : SAMATAR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Martineau J.—Ottawa, September 6 and October 31, 2012.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 6 septembre et 31 octobre 2012.

*Public Service — Selection Process — Competitions — Judicial review of decision by Public Service Commission (Commission) determining applicant guilty of fraud for providing false references to candidate in appointment process within public service — Investigation by Commission conducted pursuant to Public Service Employment Act (PSEA), s. 69 — During investigation, Commission summoned applicant to interview, suspecting applicant of fraud — Before interview, investigator not telling applicant suspected of fraud — Investigator also not providing applicant with relevant evidence — Investigation report finding applicant guilty of fraud, corrective action taken against applicant — Issue namely whether (1) Public Service Employment Act (PSEA), s. 69 authorizing Commission to take corrective action against applicant when applicant not participating in competition, but giving references in competition, (2) rules of procedural fairness breached in case — PSEA not defining word fraud — French English definitions of word “fraud” similar — Fraud involving deceiving others for gain — Intent must be to deceive others, not sufficient to look only at material fact alone — Before assessing reasonableness of finding of “fraud”, first must be satisfied Commission having jurisdiction in respect of third parties like applicant — To do so, must review overall framework governing human resources in federal public service — Thus, information sent to Commission regarding supposed fraud of applicant in appointment process similar to disclosure of wrongdoing under Public Servants Disclosure Protection Act — Approach by Commission merely leading to duplication of investigation process — Parliament’s use of conjunction “and” in English version of PSEA, s. 69(a) directly before s. 69(b) not fortuitous — Only ancillary power related to revocation of proposed appointment — To exercise power to take “corrective action” under authority set out in s. 69(b) independently of power set out in s. 69(a) to revoke appointment, conjunction “and” would need to be replaced by “or” in English version, conjunction “ou” added in French version — Commission usurping powers, acting without jurisdiction — No need to express definitive opinion on jurisdiction*

*Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de la fonction publique (Commission) trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate dans le cadre d’un processus de nomination au sein de la fonction publique — L’enquête de la Commission a été menée en vertu de l’art. 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP) — Au cours de l’enquête, la Commission a convoqué la demanderesse à une entrevue, la soupçonnant de fraude — Avant l’entrevue, l’enquêteur n’a pas dit à la demanderesse qu’elle était soupçonnée de fraude — Il ne lui a pas non plus communiqué les preuves pertinentes — Le rapport d’enquête a conclu à la fraude et des mesures correctives ont été prises à l’encontre de la demanderesse — Il était question entre autres de savoir 1) si l’art. 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP) autorise la Commission à prendre des mesures correctives visant la demanderesse qui n’a pas participé à un concours, mais qui a donné des références dans le cadre d’un concours, et 2) si les règles d’équité procédurale ont été violées en l’espèce — La LEFP ne définit pas le mot fraude — Les définitions française et anglaise du mot « fraude » se rejoignent — Il est question de tromper autrui dans le but d’obtenir un avantage — Il faut avoir l’intention de tromper autrui, il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi — Avant d’en arriver à examiner la raisonnable de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission a compétence vis-à-vis des tiers comme la demanderesse — Pour ce faire, il faut examiner le cadre global qui régit la fonction publique fédérale en matière de ressources humaines — Ainsi, l’information transmise à la Commission relativement à la présumée fraude de la demanderesse dans le cadre d’un processus de nomination ressemble à la divulgation d’actes répréhensibles visés par la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles — L’approche prise par la Commission ne fait qu’aboutir à un dédoublement du processus d’enquête — L’emploi par le législateur de la conjonction « and » dans la version anglaise de l’art. 69a) de la LEFP,*

*or reasonableness because procedural fairness issue determinative — Content of duty of fairness varying depending on context, consideration must be given to criteria listed by Supreme Court in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — In case at bar, investigator not revealing to applicant, in timely manner, intentions, evidence already collected — Notice to appear clearly insufficient — Rules of procedural fairness required investigator to disclose before interview documentary evidence likely to be used in interview — Breach of procedural fairness flagrant in applicant's case — Federal Courts Act, s. 18.1(3) conferring broad discretion on Court to choose appropriate remedy — Given specific, exceptional circumstances herein, not in best interests of justice to refer applicant's case back to Commission — Applicant entitled to increased costs exceeding party and party costs normally awarded — Commission's decision set aside — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision by the Public Service Commission of Canada (Commission) determining that the applicant was guilty of fraud for providing false references to a candidate in an appointment process within the public service.

The applicant contested the lawfulness of the Commission's investigation report that determined that she was guilty of fraud following an investigation conducted pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act* (PSEA). The applicant submitted that the investigator should have told her that she was suspected of fraud and provided her with all the relevant evidence before her interview, in particular the content of a witness's testimony and notes. The applicant did not participate in any competition. Nevertheless, she was the subject of a decision by the Commission that determined that she was guilty of fraud along with two other public servants: the candidate in the competition, and another person who, like the applicant, was a reference for the candidate. The candidate affected by the investigation was not appointed to the positions

*directement avant l'art. 69b), n'est pas fortuit — Il ne peut s'agir que d'un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d'une proposition de nomination — Pour pouvoir exercer le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu du pouvoir prévu à l'art. 69b) indépendamment du pouvoir prévu à l'art. 69a) de révoquer une nomination, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — La Commission a usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence — Il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive au sujet de la compétence ou de la raisonabilité puisque la question d'équité procédurale est déterminante — Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut considérer les critères énumérés par la Cour Suprême dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — En l'espèce, l'enquêteur n'a pas révélé à la demanderesse, en temps utile, ses intentions et les preuves qu'il avait déjà recueillies — L'avis de convocation est nettement insuffisant — Les règles d'équité procédurale exigeaient que l'enquêteur communique avant l'entrevue les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue — La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse — L'art. 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales confère une large discrétion à la Cour dans le choix de la réparation appropriée — Compte tenu des circonstances particulières et exceptionnelles de la présente affaire, il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission — La demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés — La décision de la Commission est cassée — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission de la fonction publique du Canada (Commission) trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate dans le cadre d'un processus de nomination au sein de la fonction publique.

La demanderesse conteste la légalité du rapport d'enquête de la Commission la trouvant coupable de fraude à la suite d'une enquête menée en vertu de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP). La demanderesse soutient que l'enquêteur devait lui dire qu'elle était soupçonnée de fraude et devait lui communiquer avant son entrevue toutes les preuves pertinentes, en particulier le contenu du témoignage d'un témoin et les notes de celle-ci. La demanderesse n'a participé à aucun concours. Néanmoins, elle est prise à partie dans la décision de la Commission la trouvant coupable de fraude en même temps que deux autres fonctionnaires, l'une, la candidate au concours et l'autre qui, tout comme la demanderesse, a fourni des références pour la candidate. La candidate visée par l'enquête n'a pas été nommée aux

for which she applied. However, the Commission asserted the authority to take corrective action with respect to any person in a situation where fraud may have occurred, even if it had no practical effect on the proposed appointment or appointment of qualified persons. The applicant questioned the existence of that power. The respondent, on behalf of the Commission, argued that it is unnecessary for a candidate to be appointed to a position for there to be a fraud investigation under section 69 of the PSEA, and that it is sufficient that the fraud was committed “in an appointment process”. The applicant submitted that the PSEA preamble does not provide for amendments to the clear wording of section 69, which uses the conjunction “and” and not “or”. The applicant also argued that, contrary to the candidate’s situation, she was not a candidate in any competition and was not directly involved in the appointment process (she was not herself a member of the selection board or in charge of checking the candidate’s references).

As corrective actions, the Commission required that the applicant, for a period of three years, obtain the written permission of the Commission before accepting a position within the federal public service, without which her appointment would be revoked. Furthermore, the impugned decision and investigation report would be sent to the applicant’s employer and to the Royal Canadian Mounted Police.

The issues were whether (1) the rules of procedural fairness or natural justice were respected, (2) the impugned decision that the applicant committed fraud is unreasonable, and (3) section 69 of the PSEA authorizes the Commission to take corrective action against the applicant, who did not participate in any competition, but provided references in a competition.

*Held*, the application should be allowed.

In this case, the Commission’s investigation was conducted under the supposed authority of section 69 of the PSEA. The Commission’s policy on considerations for investigations indicates that the decision to investigate or not is discretionary. The PSEA does not define what constitutes “fraud”. It is a question of law that is at the very heart of the jurisdiction conferred by Parliament on the Commission. The French and English definitions of “fraud” are similar. First, fraud involves deceiving others in the aim of gaining some advantage. Second, there must be an intent to deceive others, which leads to the question of whether the author is aware of the deception attributed to him or her. If the author acted in good faith, we are instead talking about an “error”. The determination of the intent behind the actions taken is therefore an essential element of the analysis of the evidence. We cannot look only at the material fact alone. Without personal interest in the

postes pour lesquels elle avait soumis sa candidature. Toutefois, la Commission revendique le pouvoir de prendre des mesures correctives à l’égard de toute personne dans les cas où une fraude a pu être commise, même si celle-ci n’a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination de personnes qualifiées. La demanderesse remet en cause l’existence de ce pouvoir. Le défendeur, au nom de la Commission, fait valoir qu’il n’est pas nécessaire qu’un candidat soit nommé à un poste pour qu’il y ait enquête pour fraude selon l’article 69 de la LEFP, et qu’il suffit que la fraude ait été commise « dans le processus de nomination ». La demanderesse soutient que le préambule de la LEFP n’autorise pas la modification du texte clair de l’article 69 qui utilise la conjonction « *and* » et non « *or* ». De plus, la demanderesse fait également valoir que contrairement au cas de la candidate, elle n’était candidate à aucun concours et elle n’a pas été directement impliquée dans le processus de nomination (n’étant pas elle-même membre du jury de sélection, ni chargée de vérifier les références de la candidate).

À titre de mesures correctives, la Commission oblige la demanderesse, pour une période de trois ans, à obtenir la permission écrite de la Commission avant d’accepter un poste au sein de la fonction publique fédérale, faute de quoi sa nomination sera révoquée. De plus, la décision et le rapport d’enquête contestés sont transmis à l’employeur de la demanderesse et à la Gendarmerie Royale du Canada.

Les questions en litige étaient de savoir 1) si les règles d’équité procédurale ou de justice naturelle ont été respectées, 2) si la décision contestée selon laquelle que la demanderesse a commis une fraude est déraisonnable, et 3) si l’article 69 de la LEFP autorise la Commission à prendre des mesures correctives visant la demanderesse qui n’a pas participé à un concours, mais qui a donné des références dans le cadre d’un concours.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

En l’espèce, l’enquête de la Commission a été conduite sous l’autorité présumée de l’article 69 de la LEFP. Les lignes directrices de la Commission en matière de motifs d’enquête indiquent que la décision d’enquêter ou non est un pouvoir discrétionnaire. La LEFP ne définit pas ce qui constitue une « fraude ». Il s’agit d’une question de droit au cœur même de la compétence attribuée par le législateur à la Commission. La définition française du mot « fraude » rejoint la définition anglaise. D’abord, il est question de tromper autrui dans le but d’obtenir un avantage quelconque. De plus, il faut avoir l’intention de tromper autrui, d’où la question de savoir si l’auteur est ou non au courant de la tromperie qu’on lui prête. S’il est de bonne foi, il faut plutôt parler d’« erreur ». La détermination de l’intention derrière les actions prises est donc un élément essentiel d’analyse de la preuve. Il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi. Sans intérêt personnel pour

candidate and without the likelihood of benefitting in some way, it is not clear how the applicant could have had the intention, the motivation, or even “the intent to deceive” the employer. However, before assessing the reasonableness of the finding of “fraud”, one should first be satisfied that the Commission has jurisdiction in respect of third parties. The issues of jurisdiction or reasonableness cannot adequately be addressed without first conducting a review of the overall framework that governs the federal public service. Section 69 came into force as part of the *Public Service Modernization Act*, which introduced a framework for human resources modernization. Parliament also enacted a true framework legislation applicable to the entire public sector; one of the objectives of the legislation is specifically to maintain and enhance public confidence in the integrity of federal public servants. The *Public Servants Disclosure Protection Act* created the position of the Public Sector Integrity Commissioner, who investigates and decides on matters related to disclosure and reprisal. In a context where Parliament’s intent is to give a general supervisory power to the Commission to ensure that appointments are based on merit, the Commission understandably has the authority to revoke an appointment and take any corrective action that it considers appropriate to re-establish public confidence. The question is whether the Commission is authorized to take any “corrective action” with respect to a third party. Fraud and the manufacture of false documents are unethical and violate the codes of conduct applicable to public servants. Even if public servants are not appointed to a desired position, they could be disciplined if they committed wrongdoing and they are subject to disciplinary actions, including termination of employment. The applicant was not originally the subject of the investigation. The case started with information sent from the department where the candidate’s mother worked. That is similar to the disclosure of possible wrongdoings committed by two federal public servants in an appointment process. The approach taken by the Commission merely led to an unjustified duplication of the investigation process surrounding the commission of a possible wrongdoing by a federal public servant. Invoking the power set out in paragraph 69(b) of the PSEA, the Commission imposed three corrective actions. Parliament’s use of “and” in the English version of paragraph 69(a) of the PSEA, directly before paragraph 69(b), is not fortuitous. In this case, this can only be an ancillary power related to the revocation of a proposed appointment or appointment. In order to exercise the power to take “corrective action” under paragraph 69(b) independently of the power set out in paragraph 69(a) to revoke an appointment or not make an appointment, the conjunction “and” in the English version would need to be replaced by “or”, and the conjunction “ou” would need to be added in the French version—since the conjunction “and” is currently implied if an attempt is made to reconcile the French version with the English version. The Commission therefore usurped its powers and acted without jurisdiction in rendering the impugned decision. However,

la candidate et sans la possibilité de tirer un avantage quelconque, il n’est pas clair comment la demanderesse aurait pu avoir l’intention, la motivation, ou encore « le but de tromper » l’employeur. Cependant, avant d’en arriver à examiner la raisonabilité de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission ait compétence vis-à-vis des tiers. On ne peut pas répondre adéquatement à la question de compétence ou de raisonabilité, sans d’abord procéder à un examen du cadre global qui régit la fonction publique fédérale. L’article 69 est entré en vigueur dans le cadre de la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*. Celle-ci a créé un cadre de modernisation des ressources humaines. Le Parlement a aussi adopté une véritable loi-cadre applicable à l’ensemble du secteur public, dont l’un des objets vise justement à maintenir et à accroître la confiance du public dans l’intégrité des fonctionnaires fédéraux. Il s’agit de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* qui crée le poste de commissaire à l’intégrité de la fonction publique, lequel mène des enquêtes et se prononce sur les cas liés à la divulgation et aux représailles. Dans une optique où l’intention du législateur est de confier un pouvoir général de surveillance à la Commission pour s’assurer que les nominations soient fondées sur le mérite, on peut comprendre que celle-ci possède le pouvoir de révoquer la nomination et qu’elle puisse prendre les mesures correctives indiquées pour rétablir la confiance du public. Il reste à savoir si la Commission est autorisée à prendre des « mesures correctives » à l’égard de la tierce personne. La fraude et la fabrication de faux documents sont contraires à l’éthique et aux codes de conduite applicables aux fonctionnaires. Même s’il n’est pas nommé au poste convoité, le fonctionnaire pourra être discipliné s’il a commis un acte répréhensible et il s’expose à des sanctions pouvant aller jusqu’au licenciement. La demanderesse n’était pas visée par l’enquête à l’origine. Le dossier commence par une information transmise par le ministère où travaille la mère de la candidate. Cela ressemble à la divulgation d’actes répréhensibles possiblement commis par deux fonctionnaires fédéraux dans le cadre d’un processus de nomination. L’approche prise par la Commission ne fait qu’aboutir à un dédoublement injustifié du processus d’enquête entourant la perpétration d’actes possiblement répréhensibles par un fonctionnaire fédéral. Invoquant le pouvoir prévu à l’alinéa 69b) de la LEFP, la Commission a imposé trois mesures correctives. L’emploi par le législateur de la conjonction « and » dans la version anglaise de l’alinéa 69a) de la LEFP, directement avant l’alinéa 69b), n’est pas fortuit. Il ne peut s’agir en l’espèce que d’un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d’une proposition de nomination ou d’une nomination. Pour pouvoir exercer le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu du pouvoir prévu à l’alinéa 69b) indépendamment du pouvoir prévu à l’alinéa 69a) de révoquer une nomination ou de ne pas nommer une personne, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — puisque la

there is no need to express a definitive opinion on the issue of jurisdiction or reasonableness because the issue of procedural fairness is determinative.

The content of the duty of fairness varies depending on the context, and consideration must be given to the criteria listed by the Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. When it makes an order relating to fraud, the Commission must be satisfied of the affected individual's guilt. It is the balance of probabilities standard that must apply in fraud matters. Regarding the implications on affected individual, they are significant. The impugned decision and investigation report negatively and directly affect the public servants involved in various ways. The primary asset, if not the sole asset, of a public servant is his or her integrity. Fraud is the ultimate accusation that can lead to the highest form of punishment: the loss of confidence by the employer and the public in the personal integrity of the public servant. The procedure put in place by the Commission, more specifically with respect to the investigation phase—which is crucial—did not respect the legitimate expectations of individuals suspected of fraud and was seriously flawed. The applicant did not receive the same treatment as the candidate and was excluded from the investigation process. There was no indication that the investigation could also involve the applicant. The investigator did not reveal to the applicant, in a timely manner, her intentions and the evidence already collected. The notice to appear is clearly insufficient. It in no way mentions that the Commission suspected the applicant of fraud. The rules of procedural fairness required, at a minimum, that the investigator disclose, before the interview, the documentary evidence likely to be used in the interview. The applicant received no communication of the draft report containing the investigator's analysis and conclusions. The impugned investigation report was approved by the Commission without the applicant having had the opportunity to comment on the investigator's final conclusions and analysis. The breach of procedural fairness was flagrant in the applicant's case.

Regarding the appropriate remedy, subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* confers broad discretion on the Court. According to the evidence in the record, the Commission's breach of the rules of procedural fairness was flagrant and sufficient in itself to set aside the impugned decision, which adopts the impugned investigation report. Normally, when that is the only defect, the Court may refer the matter back to the tribunal in accordance with instructions that it deems appropriate in the circumstances. In all cases, it is a

conjonction « et » est sous-entendue si l'on tente de réconcilier la version française avec la version anglaise. La Commission a donc usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence en rendant la décision contestée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive au sujet de la compétence ou de la raisonnablement puisque la question d'équité procédurale est déterminante.

Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut considérer les critères énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Lorsqu'elle rend une ordonnance en matière de fraude, la Commission doit être convaincue de la culpabilité de la personne visée. C'est la norme de la prépondérance des probabilités qui s'applique en matière de fraude. En ce qui a trait aux répercussions sur la personne visée, elles sont très importantes. La décision et le rapport d'enquête contestés affectent directement et de façon négative les fonctionnaires visés et ce, de diverses manières. Le principal actif, sinon le seul, d'un fonctionnaire, c'est son intégrité. La fraude constitue l'accusation suprême pouvant entraîner la peine capitale : la perte de confiance de l'employeur et du public dans l'intégrité personnelle du fonctionnaire. La procédure mise en place par la Commission, plus particulièrement au niveau de la phase d'enquête — qui est cruciale — ne respecte pas les attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude et est gravement déficiente. La demanderesse n'a pas eu le même traitement que la candidate et a été tenue à l'écart du processus d'enquête. Rien ne laissait présager que l'enquête pouvait porter également sur la demanderesse. L'enquêteur n'a pas révélé à la demanderesse, en temps utile, ses intentions et les preuves qu'il avait déjà recueillies. L'avis de convocation est nettement insuffisant. Il ne mentionne d'aucune manière que la Commission soupçonne la demanderesse de fraude. Les règles d'équité procédurale exigeaient, au minimum, que l'enquêteur communique avant l'entrevue les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue. La demanderesse n'a reçu aucune communication du projet de rapport contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur. Le rapport d'enquête contesté a été approuvé par la Commission sans possibilité pour la demanderesse de commenter l'analyse et les conclusions finales de l'enquêteur. La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse.

En ce qui a trait à la réparation appropriée, le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère une large discrétion à la Cour. Selon la preuve au dossier, la violation par la Commission des règles d'équité procédurale est flagrante et suffit en elle-même pour casser la décision contestée, qui entérine le rapport d'enquête contesté. Normalement, lorsque c'est le seul vice, la Cour peut renvoyer l'affaire à l'office fédéral, et ce, conformément aux instructions qu'elle estime appropriées dans les circonstances.



discretionary power and, because of the conduct of a party, or even the possible mootness of a referral to the tribunal, the Court may choose to simply set aside the impugned decision. The severity of the injustice committed against the applicant, the intransigence shown by the Commission up until now, the apprehensions one may have of bias or the predisposition taken by the Investigations Directorate, the stubbornness and the ferocity with which certain positions were advanced by the respondent (whether or not on behalf of the Commission), the fact that it was not until March 2010 that an investigation was conducted into allegations that go back to 2007, the absence of guarantees that the Commission will put in place new investigative and adjudicative processes to take into account the legitimate expectations of persons suspected of fraud make referring the applicant's case back to the Commission not in the best interests of justice. Given the specific and exceptional circumstances of this case, the applicant is entitled to an increased award of costs that exceeds the party and party costs normally awarded. We are talking about a simple public servant who had to spend thousands of dollars to assert her rights and have the impugned decision, the unlawfulness of which is blatant, set aside. The end cannot justify the unfair means that were used by the investigator in this case.

Dans tous les cas, il s'agit d'un pouvoir de nature discrétionnaire, et à cause du comportement d'une partie, ou encore du caractère académique que pourrait avoir un renvoi à l'office fédéral, la Cour peut choisir de simplement casser la décision contestée. La gravité de l'injustice commise à l'endroit de la demanderesse, l'intransigence jusqu'ici manifestée par la Commission, les craintes qu'on peut avoir sur la partialité ou le parti pris de la Direction des enquêtes, l'opiniâtreté et la férocité avec lesquelles certaines positions ont été avancées par le défendeur (au nom ou pas de la Commission), le fait que l'on ait attendu jusqu'au mois de mars 2010 pour faire enquête sur des allégations qui remontent en 2007, l'absence de garanties que la Commission va mettre en place de nouveaux processus d'enquête et d'adjudication pour tenir compte des attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude, font en sorte qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission. Compte tenu des circonstances particulières et exceptionnelles de ce dossier, la demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés. Il s'agit d'une simple fonctionnaire qui a dû dépenser des milliers de dollars pour faire valoir ses droits et obtenir l'annulation de la décision contestée dont l'illégalité est criante. La fin ne peut justifier les moyens déloyaux qui ont été utilisés par l'enquêteur dans ce dossier.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5 (as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116).  
*Canada School of Public Service Act*, S.C. 1991, c. 16, s. 1 (as am. by S.C. 2003, c.22, s.22).  
*Canadian Centre for Management Development Act*, S.C. 1991, c. 16.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 13.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 303, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318, 400(3) (as am. by SOR/2010-176, s. 11), Tariff B, column III.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 12 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 8).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.  
*Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46, s. 9.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 6(2), (3) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 6).

#### 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. 13.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 12 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 8).  
*Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5 (mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116).  
*Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46, art. 9.  
*Loi sur l'École de la fonction publique du Canada*, L.C. 1991, ch. 16, art.1 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 22).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, art. 29, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 133.  
*Loi sur l'emploi de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 6(2),(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 6).  
*Loi sur le Centre canadien de gestion*, L.C. 1991, ch. 16.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).



*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, ss. 29, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 133.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2.  
*Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 303, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318, 400(3) (mod. par DORS/2010-176, art. 11), tarif B, colonne III.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## CONSIDERED:

*Seck v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Challal v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1251; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 12 A.R. 449; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, (1976), 67 D.L.R. (3d) 421; *Belzile v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 983, 306 F.T.R. 39; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, (1989), 62 D.L.R. (4th) 385.

## REFERRED TO:

*Seck v. Canada (Attorney General)* (May 1, 2013), T-1457-10 (F.C.); *M'Kounga v. Canada (Attorney General)* (June 7, 2011), T-1264-10 (F.C.); *M'Kounga v. Canada (Attorney General)* (June 27, 2011), T-1459-10 (F.C.); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teacher's Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *King v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 488, 409 F.T.R. 216; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Greaves v. Air Transat*, 2009 FC 9, 343 F.T.R. 9; *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2002 FCT 699; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 2 S.C.R. 381; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Seck c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1355; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Challal c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1251; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; *Belzile c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 983; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Seck c. Canada (Procureur général)* (1 mai 2013), T-1457-10 (C.F.); *M'Kounga c. Canada (Procureur général)* (7 juin 2011), T-1264-10 (C.F.); *M'Kounga c. Canada (Procureur général)* (27 juin 2011), T-1459-10 (C.F.); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teacher's Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *King c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 488; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Greaves c. Air Transat*, 2009 CF 9; *Murray c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2002 CFPI 699; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 2 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111.

## AUTHORS CITED

- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “fraud”.
- Grand Robert de la langue française*. Paris: Le Robert, 2001, “fraude”.
- Public Service Commission of Canada. *Investigation Report Summary: 2007 – Unfounded – Personnel Psychology Centre*, 2009, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art69/00-00-56-eng.htm>>.
- Public Service Commission of Canada. *Investigation Report Summary: Section 66 – Founded – Correctional Service Of Canada*, 2009, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art66/00-00-48-eng.htm>>.
- Public Service Commission of Canada. *Policy on Considerations for Investigations Conducted under the new PSEA by the PSC Relating to External Appointments, Non-delegated Internal Appointments and Appointments Involving Political Influence or Fraud*, 2007, online: <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/plcy-pltq/inv-enq-eng.htm>>.
- Publilius Syrus. *Sentences*. Paris: Les Belles lettres, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Reveries of the Solitary Walker*. London, 1782.
- Treasury Board of Canada Secretariat. *Report of the Review of the Public Service Modernization Act (2003)*, 2011, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/reports-rapports/psma-lmfp/psma-lmfp-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Public Service Commission determining that the applicant is guilty of fraud for providing false references to a candidate. Application allowed.

## APPEARANCES

*Séverin Ndema-Moussa* for applicant.  
*Agnieszka Zagorska* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Ndema-Moussa Law Office*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DOCTRINE CITÉE

- Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « fraud ».
- Commission de la fonction publique du Canada. *Lignes directrices en matière de motifs d'enquête par la CFP en vertu de la nouvelle LEFP au sujet des nominations externes, des nominations internes sans délégation de pouvoir et des nominations pouvant résulter de l'exercice d'une influence politique ou d'une fraude*, 2007, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/plcy-pltq/inv-enq-fra.htm>>.
- Commission de la fonction publique du Canada. *Résumé de rapport d'enquête: 2007 – Non fondée – Centre de psychologie du personnel*, 2009, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art69/00-00-56-fra.htm>>.
- Commission de la fonction publique du Canada. *Résumé de rapport d'enquête : Article 66 – Fondée – Service Correctionnel du Canada*, 2009, en ligne : <<http://www.psc-cfp.gc.ca/inv-enq/sum-res/sec-art66/00-00-48-fra.htm>>.
- Grand Robert de la langue française*. Paris : Le Robert, 2001, « fraude ».
- Publilius Syrus. *Sentences*. Paris : Les Belles lettres, 2011.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Les Rêveries du promeneur solitaire*. Paris, 1782.
- Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Rapport sur l'examen de la Loi sur la modernisation de la fonction publique (2003)*, 2011, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/reports-rapports/psma-lmfp/psma-lmfp-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la fonction publique trouvant la demanderesse coupable de fraude pour avoir fourni de fausses références à une candidate. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Séverin Ndema-Moussa* pour la demanderesse.  
*Agnieszka Zagorska* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ndema-Moussa Law Office*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

MARTINEAU J.:

## I. INTRODUCTION

[1] Internal and external appointments within the federal public service, made in accordance with the *Public Service Employment Act* (S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13) (PSEA), are based on merit and non-partisanship, the two core values of the staffing system. Whether it is an open position in the public service or a job in the private sector, one can expect that a candidate will not lie about his or her competencies and that a candidate will not provide false references to a potential employer.

[2] In principle, the Public Service Commission (Commission) has the exclusive authority to make appointments, to or from within the public service, of persons (section 29 of the PSEA). However, for close to 50 years, the authority to make appointments was delegated in practice to deputy heads. There is no dispute that the Commission has, pursuant to sections 66 to 73 of the PSEA, a broad supervisory jurisdiction over internal and external appointments within the public service.

[3] Thus, following an investigation, the Commission may cancel an appointment or prevent someone from being appointed if it is satisfied: (1) that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment (sections 66 and 67); (2) that the appointment or proposed appointment was not free from political influence (section 68); or (3) that fraud has occurred in the appointment process (section 69).

[4] The applicant, Anissa Samatar, is a junior human resources advisor with the Office of the Secretary to the Governor General (OSGG). Today, she is contesting the lawfulness of record of decision 10-08-ID-73 (impugned decision), signed on August 9, 2010, by Maria Barrados, President, which determined that she

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

LE JUGE MARTINEAU :

## I. INTRODUCTION

[1] Les nominations internes et externes à la fonction publique fédérale, effectuées en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13) (LEFP), sont basées sur le mérite et l'impartialité qui constituent deux valeurs fondamentales du système de dotation. Qu'il s'agisse d'un poste à pourvoir dans la fonction publique ou d'un emploi dans le secteur privé, il faut s'attendre qu'un candidat ne mentira pas sur ses compétences et qu'il ne fournira pas de fausses références à un employeur potentiel.

[2] En principe, la Commission de la fonction publique du Canada (Commission) a compétence exclusive pour nommer à la fonction publique des personnes, y appartenant ou non (article 29 de la LEFP). Toutefois, depuis environ 50 ans, le pouvoir d'effectuer les nominations est délégué en pratique aux administrateurs généraux. Il n'est pas contesté que la Commission possède en vertu des articles 66 à 73 de la LEFP un large pouvoir de surveillance à l'égard des nominations internes et externes dans la fonction publique.

[3] Ainsi, à la suite d'une enquête, la Commission peut annuler une nomination ou empêcher qu'une personne soit nommée si elle est convaincue : 1) qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée (articles 66 et 67); 2) que la nomination ou proposition de nomination ne s'est pas faite indépendamment de toute influence politique (article 68); ou 3) qu'il y a eu fraude dans le processus de nomination (article 69).

[4] La demanderesse, M<sup>me</sup> Anissa Samatar, est conseillère junior en ressources humaines au Bureau du Secrétaire du gouverneur général (BSGG). Elle conteste aujourd'hui la légalité du Rapport de décision 10-08-ID-73 (décision contestée), signé le 9 août 2010 par M<sup>me</sup> Maria Barrados, présidente, la trouvant

was guilty of fraud following an investigation conducted by the Commission pursuant to section 69 of the PSEA.

[5] The applicant did not participate in any competition. Nevertheless, she is the subject of a single decision by the Commission that determined that she was guilty of fraud along with two other public servants: Marième Seck, a candidate in two competitions, and another public servant, Rose M’Kounga, who, like the applicant, was a reference for the candidate (collectively, the public servants affected by the impugned decision).

[6] The impugned decision adopted the findings and recommendations contained in investigation report 2009-SVC-00118.8305 dated June 10, 2010 (impugned investigation report or investigation report), which addresses internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563 (appointment process that is the subject of the impugned decision). The purpose of the appointment process was to fill an ES-5 analyst position within the Department of Public Works and Government Services (PWGSC or the employer involved in the appointment process).

[7] The candidate affected by the investigation was not appointed to the positions for which she applied. However, the Commission asserts the authority to take “corrective action” with respect to any person in a situation where fraud may have occurred, even if it had no practical effect on the proposed appointment or appointment of otherwise qualified persons who were successful in the appointment process (appointed candidates).

[8] Furthermore, beyond the specific issues of procedural fairness and reasonableness, the three public servants affected by the impugned decision are generally questioning the existence of a plenary power that is independent from any investigation and sanction by the Commission in accordance with section 69 of the PSEA with respect to unsuccessful candidates (other candidates) and persons who may have been a reference for them (third parties).

coupable de fraude à la suite d’une enquête menée par la Commission en vertu de l’article 69 de la LEFP.

[5] La demanderesse n’a pas participé à aucun concours. Néanmoins, elle est prise à partie dans une décision unique de la Commission la trouvant coupable de fraude, en même temps que deux autres fonctionnaires : M<sup>me</sup> Marième Seck, une candidate à deux concours, et une autre fonctionnaire, M<sup>me</sup> Rose M’Kounga, qui, comme la demanderesse, a fourni des références pour la candidate (collectivement, les fonctionnaires visées par la décision contestée).

[6] La décision contestée entérine les conclusions et recommandations contenues dans le Rapport d’enquête 2009-SVC-00118.8305 en date du 10 juin 2010 (rapport d’enquête contesté ou rapport d’enquête), qui traite du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563 (processus de nomination visé par la décision contestée). Celui-ci visait à combler un poste d’analyste ES-5 au ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux (TPSGC ou employeur visé par le processus de nomination).

[7] La candidate visée par l’enquête n’a pas été nommée aux postes pour lesquels elle avait soumis sa candidature. Toutefois, la Commission revendique le pouvoir de prendre des « mesures correctives » à l’égard de toute personne dans les cas où une fraude a pu être commise, même si celle-ci n’a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination de personnes autrement qualifiées dont la candidature a été retenue dans le processus de nomination (candidats nommés).

[8] Aussi, au-delà des questions particulières d’équité procédurale et de raisonabilité, ce qui est remis globalement en cause par les trois fonctionnaires visées par la décision contestée, c’est l’existence d’un pouvoir plénier et indépendant d’enquête et de sanction de la Commission en vertu de l’article 69 de la LEFP à l’égard des personnes dont la candidature n’a pas été retenue (autres candidats) et des personnes ayant pu leur fournir des références (tiers).

## II. FACTUAL BACKGROUND

[9] The fraud allegations against Ms. Seck and Ms. M’Kounga are not the subject of this application for judicial review. However, it must be understood that the applicant was not originally affected by the investigation by the Commission, which decided to investigate the actions by Ms. Seck and Ms. M’Kounga following information received from the Department of Natural Resources Canada (DNR), where Gisèle Seck, the candidate’s mother, worked.

[10] The DNR carried out an administrative investigation into the candidate’s mother’s use of the departmental computer networks. Several e-mails exchanged between the candidate, her mother and Ms. M’Kounga related to the references Ms. M’Kounga would provide for the candidate were intercepted. A DNR manager then sent those e-mails to the Commission, which is what triggered the investigation conducted in 2009 by the Commission.

[11] The DNR did not participate in the Commission’s investigation: the employer involved in the appointment process (PWGSC) took over. In fact, from the beginning of the case, the Commission treated the employer as an interested party and, among other things, asked it to make submissions. The employer ultimately supported the corrective actions proposed by the investigator following the communication of the impugned investigation report to the interested parties.

[12] That being said, the impugned investigation report found that the candidate deliberately intended to mislead PWGSC by providing the names of Ms. M’Kounga and the applicant as references. Not only did the candidate lie about her actual former job title (CR-4 rather than AS-1) within the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), but Ms. M’Kounga never actually worked with the candidate, let alone supervised her work. The investigator found that they are not credible and dismissed their explanations.

[13] Michelle Cousineau, Senior Analyst, Treasury Board Affairs Directorate/Corporate Services, Policy and Communications Branch at PWGSC (employer),

## II. CONTEXTE FACTUEL

[9] Les allégations de fraude retenues contre M<sup>me</sup> Seck et M<sup>me</sup> M’Kounga ne font pas l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Il faut comprendre cependant que la demanderesse n’était pas visée à l’origine par l’enquête de la Commission, qui avait décidé d’enquêter sur les actions posées par M<sup>me</sup> Seck et M<sup>me</sup> M’Kounga à la suite d’une information reçue par le ministère des Ressources naturelles Canada (MRN) où travaillait M<sup>me</sup> Gisèle Seck, la mère de la candidate.

[10] C’est que le MRN menait une enquête administrative sur l’utilisation par la mère de la candidate des réseaux informatiques du ministère. Or, plusieurs courriels échangés entre la candidate, sa mère et M<sup>me</sup> M’Kounga, ayant trait à des références que donnerait M<sup>me</sup> M’Kounga pour la candidate, ont été interceptés. Une gestionnaire du MRN a ensuite envoyé ces courriels à la Commission, et c’est ce qui déclenché l’enquête entreprise en 2009 par la Commission.

[11] Le MRN n’a pas participé à l’enquête de la Commission : c’est l’employeur visé par le processus de nomination (TPSGC) qui a pris le relais. De fait, dès le début du dossier, la Commission a traité l’employeur à titre de partie intéressée et l’a notamment invité à faire des représentations. L’employeur a ultimement appuyé les mesures correctives proposées par l’enquêteur à la suite de la communication du rapport d’enquête contesté aux parties intéressées.

[12] Cela dit, le rapport d’enquête contesté conclut que la candidate a délibérément voulu tromper TPSGC en fournissant les noms de M<sup>me</sup> M’Kounga et la demanderesse à titre de références. Non seulement la candidate a-t-elle menti sur son titre réel d’emploi antérieur (CR-4 plutôt que AS-1) au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) mais M<sup>me</sup> M’Kounga n’a jamais dans les faits travaillé avec la candidate et encore moins pu superviser son travail. L’enquêteur conclut que ces dernières ne sont pas crédibles et rejettent leurs explications.

[13] M<sup>me</sup> Michelle Cousineau, Analyste principale, Direction des affaires relatives au Conseil du Trésor/Direction générale des services ministériels, des



was responsible for checking the two references (Ms. M’Kounga and the applicant) provided by the candidate on October 23, 2007. Thus, when the person responsible for checking the references contacted Ms. M’Kounga to obtain information on the candidate, Ms. M’Kounga indicated that she did not have time to participate in a telephone interview, but offered to answer the questions in writing. She then submitted the reference request form with her answers to the various questions.

[14] The written answers provided by Ms. M’Kounga to the person responsible for checking the references were exhaustive, detailed and included very positive comments on the candidate’s competencies and qualities. However, the written reference provided by Ms. M’Kounga in the form of a written questionnaire returned on November 26, 2007, to PWGSC had in fact been prepared by the candidate’s mother, which is corroborated by several e-mails exchanged between the candidate, her mother and Ms. M’Kounga.

[15] Regarding the applicant, the allegations against her specifically seem a lot less serious and the evidence of her participation in fraud a lot weaker than the evidence and the allegations against Ms. M’Kounga or the candidate.

[16] In the beginning, it was the candidate herself who provided, in an e-mail dated October 23, 2007, the applicant’s name as “supervisor” and it was never really established that the applicant actually saw the e-mail in question, because, as she states, she was on maternity leave at that time, which is not contradicted by the evidence in the record. However, it is clear that the applicant never had the title of the candidate’s “supervisor”, a point that she never denied, even if she maintains that she actually “supervised” the candidate. Nevertheless, according to the investigator, the fraud committed by the applicant arises instead from the fact that the candidate was asked to provide the names of two “supervisors”. The impugned investigation report found that it was up to the applicant to correct erroneous or false information provided by the candidate in her e-mail dated October 23, 2007. The investigator in effect presumed that the applicant was aware of the false references provided

politiques et des communications à TPSGC (l’employeur) était chargée de vérifier les deux références (M<sup>me</sup> M’Kounga et la demanderesse) fournies par la candidate le 23 octobre 2007. Ainsi, lorsque la personne chargée de vérifier les références, a communiqué avec M<sup>me</sup> M’Kounga pour obtenir des renseignements sur la candidate, M<sup>me</sup> M’Kounga a indiqué ne pas avoir le temps de participer à une entrevue téléphonique, mais elle a offert de répondre aux questions par écrit. Elle a ensuite soumis le formulaire de demande de références avec ses réponses aux diverses questions posées.

[14] Les réponses écrites données par M<sup>me</sup> M’Kounga à la personne chargée de vérifier les références étaient exhaustives, détaillées et comportaient des commentaires très positifs sur les compétences et qualités de la candidate. Or, les références écrites fournies par M<sup>me</sup> M’Kounga sous la forme d’un questionnaire écrit retourné le 26 novembre 2007 à TPSGC ont dans les faits été rédigées par la mère de la candidate, ce qui est corroboré par plusieurs courriels échangés entre la candidate, sa mère et M<sup>me</sup> M’Kounga.

[15] En ce qui a trait à la demanderesse, les faits qui lui sont reprochés personnellement semblent beaucoup moins graves et la preuve de sa participation à une fraude beaucoup moins solide que dans le cas de M<sup>me</sup> M’Kounga ou de la candidate.

[16] Au départ, c’est la candidate qui a elle-même fourni dans un courriel daté du 23 octobre 2007 le nom de la demanderesse à titre de « superviseure » et il n’a jamais vraiment été établi que la demanderesse avait bel et bien vu le courriel en question, puisque dit-elle, elle était en congé de maternité à cette époque, ce qui n’est pas contredit par la preuve au dossier. Ce qui est clair cependant, c’est que la demanderesse n’a jamais été la « superviseure » en titre de la candidate, un point qu’elle n’a jamais nié, même si elle soutient avoir « supervisé » dans les faits la candidate. Néanmoins, selon l’enquêteur, la fraude commise par la demanderesse résulte plutôt du fait qu’il était demandé à la candidate de fournir les noms de deux « superviseurs ». Le rapport d’enquête contesté conclut qu’il incombait à la demanderesse de corriger les informations erronées ou fausses fournies par la candidate dans son courriel du 23 octobre 2007. L’enquêteur présume en effet que la demanderesse



by the candidate. To make this finding, the investigator relied on the testimony and the notes from a telephone conversation that were taken by the person responsible for checking the references.

[17] As corrective actions, the Commission required that the public servants affected by the impugned decision, including the applicant, for a period of three years, obtain its written permission before accepting a position within the federal public service, without which their appointment would be revoked. Furthermore, the impugned decision and investigation report would be sent to the Canada Revenue Agency (CRA), where Ms. Seck and Ms. M’Kounga then worked, and to the OSGG. Finally, the impugned investigation report and [TRANSLATION] “any other relevant information” would be sent to the Royal Canadian Mounted Police (RCMP).

#### *Other decision*

[18] On July 5, 2010, in record of decision 10-07-ID-49 (other decision), the Commission also adopted the findings and recommendations in investigation report 2009-EXT-0049.7408 (other investigation report) following an investigation also conducted pursuant to section 69 of the PSEA. The Commission issued an order directed to Ms. Seck and Ms. M’Kounga, which is similar to the order in the impugned decision. The applicant was not personally affected by the other decision and the other investigation report.

[19] The other decision and the other investigation report address internal appointment process 07-EXT-IA-SKD-MCO-AS04 (other appointment process). Its purpose was to fill management and consular officer positions at the AS-4 group and level within DFAIT. The candidates had to provide the names of three people as references. Ms. Seck provided, *inter alia*, the name of Ms. M’Kounga, who she presented as being her supervisor for the 2003-2004 period. Ms. Seck was not appointed to one of the officer positions at the AS-4 level within DFAIT. The investigation found that “fraud” was also committed in the other appointment process by

était au courant des fausses références fournies par la candidate. Pour parvenir à cette conclusion, l’enquêteur s’appuie sur le témoignage et les notes d’une conversation téléphonique qui ont été prises par la personne chargée de vérifier les références.

[17] À titre de mesures correctives, la Commission oblige les fonctionnaires visées par la décision contestée, incluant la demanderesse, pour une période de trois ans, à obtenir sa permission écrite avant d’accepter un poste au sein de la fonction publique fédérale, faute de quoi leur nomination sera révoquée. De plus, la décision et le rapport d’enquête contestés sont transmis à l’Agence du revenu du Canada (ARC), où travaillent alors M<sup>me</sup> Seck et M<sup>me</sup> M’Kounga, et au BSGG. Enfin, le rapport d’enquête contesté, ainsi que « toute information pertinente », sont transmis à la Gendarmerie royale du Canada (GRC).

#### *Autre décision*

[18] Le 5 juillet 2010, dans le rapport de décision 10-07-ID-49 (l’autre décision), la Commission a également entériné les conclusions et recommandations contenues dans le rapport d’enquête 2009-EXT-0049.7408 (l’autre rapport d’enquête) à la suite d’une enquête menée également en vertu de l’article 69 de la LEFP. La Commission a rendu une ordonnance visant M<sup>me</sup> Seck et M<sup>me</sup> M’Kounga, qui est au même effet que celle que l’on retrouve dans la décision contestée. La demanderesse n’est pas visée personnellement par l’autre décision et l’autre rapport d’enquête.

[19] L’autre décision et l’autre rapport d’enquête traitent du processus de nomination interne 07-EXT-IA-SKD-MCO-AS04 (l’autre processus de nomination). Celui-ci visait à combler des postes d’agents de la gestion et des affaires consulaires, au groupe et niveau AS-4 au MAÉCI. Les candidats devaient fournir les noms de trois personnes à titre de références. M<sup>me</sup> Seck a notamment indiqué le nom de M<sup>me</sup> M’Kounga qu’elle a présentée comme ayant été sa superviseure durant la période 2003-2004. Mme Seck n’a pas été nommée dans l’un des postes d’agent de niveau AS-4 au MAÉCI. L’enquête a conclu que de la « fraude » a également été

the candidate and Ms. M’Kounga, [TRANSLATION] “who gave a false reference for Ms. Seck”.

[20] In light of the e-mails referred to earlier, the Commission started an investigation to verify whether the candidate had committed fraud during the other appointment process. In the other investigation report, the investigator found that the candidate had committed the alleged fraud. The investigator found that the evidence demonstrated that Ms. M’Kounga and the candidate had never worked together, that Ms. M’Kounga was therefore not entitled to give a reference for the candidate and that the written references had been compiled not by Ms. M’Kounga, but by the candidate and/or her mother.

### III. APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW

[21] In the letters of transmittal dated August 10, 2010, the Commission informed the employer and the three public servants affected that they could challenge the legality of the impugned decision by filing an application for judicial review in accordance with section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (FCA).

[22] The legality of the impugned decision and that of the other decision were the subject of judicial review proceedings filed by the three public servants affected:

- *Seck v. Canada (Attorney General)*, T-1263-10, (*Seck 1*) and *Seck v. Canada (Attorney General)*, T-1457-10 (*Seck 2*);
- *M’Kounga v. Canada (Attorney General)*, T-1264-10 (*M’Kounga 1*) and *M’Kounga v. Canada (Attorney General)*, T-1459-10 (*M’Kounga 2*); and
- *Samatar v. Canada (Attorney General)*, T-1458-10 (*Samatar* or this case).

[23] The respondent, on behalf of the Commission, was a party to all of those proceedings. The Commission was not named in the proceedings as a respondent,

commise dans l’autre processus de nomination par la candidate, et par M<sup>me</sup> M’Kounga « qui a fourni de fausses références pour M<sup>me</sup> Seck ».

[20] À la lumière des courriels dont il a été déjà question plus haut, la Commission a entrepris une enquête pour vérifier si la candidate avait commis une fraude lors de l’autre processus de nomination. Dans l’autre rapport d’enquête, l’enquêteur a conclu que la candidate avait commis la fraude dont elle était soupçonnée. L’enquêteur a jugé que la preuve démontrait que M<sup>me</sup> M’Kounga et la candidate n’avaient jamais travaillé ensemble, que M<sup>me</sup> M’Kounga ne pouvait donc donner des références pour la candidate et que les références écrites avaient été rédigées non pas par M<sup>me</sup> M’Kounga, mais par la candidate et/ou sa mère.

### III. DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[21] Dans les lettres de transmission en date du 10 août 2010, la Commission avise l’employeur et les trois fonctionnaires visées qu’ils peuvent contester la légalité de la décision contestée en déposant une demande de contrôle judiciaire conformément à l’article 18.1 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] (LCF).

[22] La légalité de la décision contestée et celle de l’autre décision ont fait l’objet de procédures en contrôle judiciaire intentées par les trois fonctionnaires visées :

- *Seck c. Canada (Procureur général)*, T-1263-10, 2011 CF 1355 (*Seck 1*) et *Seck c. Canada (Procureur général)*, T-1457-10 (*Seck 2*);
- *M’Kounga c. Canada (Procureur général)*, T-1264-10 (*M’Kounga 1*) et *M’Kounga c. Canada (Procureur général)*, T-1459-10 (*M’Kounga 2*); et
- *Samatar c. Canada (Procureur général)*, T-1458-10 (*Samatar* ou le présent dossier).

[23] Le défendeur, au nom de la Commission, est partie à toutes ces procédures. Comme il se doit, la Commission n’a pas été désignée dans les procédures à

which is appropriate and consistent with subsection (1) of rule 303 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules). In such a case, where there are no persons that can be named under subsection (1), the applicant shall name the Attorney General of Canada as a respondent. This is set out in subsection (2) of rule 303 and that is what the applicant did here.

[24] Nonetheless, according to subsection (3) of rule 303, the Court may, on a motion by the Attorney General of Canada, where it is satisfied that the Attorney General is unable or unwilling to act as a respondent after having been named under subsection (2), substitute another person or body, including the tribunal in respect of which the application is made, as a respondent in the place of the Attorney General of Canada. In this case, no such motion was made by the respondent to the Court.

[25] In passing, the employer (PWGSC) involved in the appointment process before us today (AS-5 position) is adverse in interest to the position taken by the applicant—because it supported, on July 23, 2010, the Commission’s approval of the corrective actions proposed by the investigator. In any event, the employer did not ask to intervene and is not a party to the case at bar. I must also assume that the employer was not otherwise represented in those proceedings by the respondent—who would then be in a conflict of interest situation because the Commission is an independent government agency that reports directly to Parliament.

[26] Returning now to the five applications for judicial review, the Court entries indicate that three cases (*Seck 2*; *M’Kounga 2* and *Samatar*) were the subject of a case management order dated May 6, 2011. Moreover, Ms. M’Kounga advised the Court that she wanted to withdraw because she had retired; also on June 7 and 27, 2011, the applications for judicial review in *M’Kounga 1* and 2 were dismissed for delay.

[27] We should also note that, on November 24, 2011, the candidate’s application for judicial review in *Seck 1* was dismissed on the merits by the Court: *Seck v.*

titre de défenderesse, ce qui est conforme au paragraphe (1) de la règle 303 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (Règles). En pareil cas, si aucun défendeur n’est désigné en application du paragraphe (1), le demandeur désigne le Procureur général du Canada à ce titre. C’est ce que prévoit le paragraphe (2) de la règle 303 et c’est ce qu’a fait ici la demanderesse.

[24] Il n’empêche, selon le paragraphe (3) de la règle 303, la Cour peut, sur requête du procureur général du Canada, si elle est convaincue que celui-ci est incapable d’agir à titre de défendeur ou n’est pas disposé à le faire après avoir été ainsi désigné conformément au paragraphe (2), désigner en remplacement une autre personne ou entité, y compris l’office fédéral visé par la demande. En l’espèce, aucune telle requête n’a été présentée par le défendeur à la Cour.

[25] Au passage, l’employeur (TPSGC) visé par le processus de nomination qui nous intéresse aujourd’hui (poste AS-5) a des intérêts opposés à ceux de la demanderesse — puisqu’il a appuyé le 23 juillet 2010 l’approbation par la Commission des mesures correctives proposées par l’enquêteur. Quoiqu’il en soit, l’employeur n’a pas demandé d’intervenir et n’est pas partie au dossier devant la Cour. Je dois également présumer que l’employeur n’est pas autrement représenté dans ces procédures par le défendeur — qui serait alors en situation de conflit d’intérêts puisque la Commission est un organisme indépendant du gouvernement et faisant directement rapport au Parlement.

[26] Pour revenir aux cinq demandes de contrôle judiciaire, une lecture des entrées de la Cour indique que trois dossiers (*Seck 2*; *M’Kounga 2* et *Samatar*) ont fait l’objet d’une ordonnance de gestion de l’instance le 6 mai 2011. Par ailleurs, M<sup>me</sup> M’Kounga a fait savoir à la Cour qu’elle désirait se retirer parce qu’elle avait pris sa retraite; aussi les 7 et 27 juin 2011, les demandes de contrôle judiciaire dans *M’Kounga 1* et 2 ont été rejetées pour cause de retard.

[27] Notons également que le 24 novembre 2011, la demande de contrôle judiciaire de la candidate dans *Seck 1* a été rejetée au mérite par la Cour : *Seck c. Canada*

*Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59 (*Seck* 1 first instance); on appeal A-493-11 [the decision has since been rendered: 2012 FCA 314, [2014] 2 F.C.R. 167]. That last application by Ms. Seck concerns the other decision and the other investigation report by the Commission. In the interim, the proceedings in *Seck* 2 that concern the impugned decision and report were suspended until determination or resolution of the appeal in *Seck* 1.

*The present application for judicial review*

[28] This application was heard by the Court on September 6, 2012, and its deliberation was suspended to allow the parties to come to an agreement. On September 24, 2012, counsel advised the Court that the parties had not reached an agreement and asked the Court to render a final judgment on the matter; counsel have since also made submissions on costs.

[29] Essentially, the applicant is claiming that the rules of procedural fairness or natural justice were not respected, that the impugned decision that she committed fraud is unreasonable and that section 69 of the PSEA does not authorize the Commission to take corrective action against her specifically. Those claims are highly contested by the respondent, who defends the lawfulness of the investigation process and the reasonableness of the impugned decision, as well as the Commission's jurisdiction to make the order in question.

[30] First, the applicant submits that the investigator should have told her that she was suspected of fraud and provided her with all the relevant evidence before her interview, in particular Ms. Cousineau's testimony and notes, which was not done in this case. If the Court accepts this argument, the investigator's finding of fraud cannot legally succeed given the denial of procedural fairness. The applicant's other major argument involves the Commission's lack of jurisdiction: either the Commission did not have jurisdiction to start the investigation, or it otherwise usurped its powers by making an order of "corrective action" against her specifically.

(*Procureur général*), 2011 CF 1355 (*Seck* 1 première instance); en appel A-493-11 [l'arrêt a depuis été rendu : 2012 CAF 314, [2014] 2 F.C.R. 167]. Cette dernière demande de M<sup>me</sup> Seck vise l'autre décision et l'autre rapport d'enquête de la Commission. Dans l'interim, les procédures dans *Seck* 2 qui visent la décision et le rapport contestés sont suspendues jusqu'à la détermination ou la résolution de l'appel dans *Seck* 1.

*La présente demande de contrôle judiciaire*

[28] La présente demande a été entendue par la Cour le 6 septembre 2012 et le délibéré a été suspendu afin de permettre aux parties de trouver une avenue de règlement. Le 24 septembre 2012, les procureurs faisaient savoir à la Cour que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre et demandaient à la Cour de rendre un jugement final dans cette affaire; les procureurs ayant depuis également fait des représentations sur les dépens.

[29] Essentiellement, la demanderesse prétend que les règles d'équité procédurale ou de justice naturelle n'ont pas été respectées, que la décision contestée à l'effet qu'elle a commis une fraude est déraisonnable, alors que l'article 69 de la LEFP n'autorise pas la Commission à prendre les mesures correctives la visant personnellement. Ces prétentions sont vivement contestées par le défendeur, qui défend la légalité du processus d'enquête et la raisonabilité de la décision contestée, ainsi que la compétence de la Commission pour rendre l'ordonnance contestée.

[30] D'une part, la demanderesse soumet que l'enquêteur devait lui dire qu'elle était soupçonnée de fraude et devait lui communiquer avant son entrevue toutes les preuves pertinentes, en particulier le contenu du témoignage et des notes de M<sup>me</sup> Cousineau, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Si la Cour accepte cet argument, la conclusion de fraude de l'enquêteur ne peut légalement tenir, vu le non-respect de l'équité procédurale. L'autre argument majeur de la demanderesse porte sur l'absence de compétence de la Commission : ou bien la Commission n'avait pas compétence pour commencer l'enquête, ou bien elle a autrement usurpé ses pouvoirs

[31] Alternatively, the applicant submits to the Court that the Commission’s findings are unreasonable because she did not gain anything personally from the fraud. That relevant evidence was not considered by the investigator. Moreover, contrary to the harsh passages that explicitly concern the candidate and Ms. M<sup>me</sup> Kounga, the investigator accepts that the applicant actually worked with the candidate and “supervised” her work for a two-year period at DFAIT.

[32] Regardless, if there was fraud, which is highly contested by the applicant (who instead speaks of a “communication problem” with the person in charge of verifying the references), any “false information” that she may have provided had no practical effect on the appointment process. In fact, the candidate was not appointed to the analyst position and another candidate was eventually selected by PWGSC.

#### *Standard of judicial review*

[33] It should be noted that, as decided by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 62, the judicial review process involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors in order to identify the proper standard of review.

[34] To the extent that the blame lies solely on the Commission—in effect, the investigator—for erring in its analysis of the evidence, the decisions in *Seck* 1 first instance (in appeal A-493-11 [cited above]) and *Challal v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1251 (*Challal*) (appeal in A-3-10 discontinued), satisfactorily respond to the question of the standard of review applicable to

en rendant une ordonnance de « mesures correctives » la visant personnellement.

[31] Alternativement, la demanderesse soumet à la Cour que les conclusions de la Commission sont déraisonnables parce qu’elle ne tire aucun avantage personnel de la fraude. Cette preuve pertinente n’a pas été considérée par l’enquêteur. De plus, contrairement aux durs passages qui visent explicitement la candidate et M<sup>me</sup> M<sup>me</sup> Kounga, l’enquêteur accepte que dans les faits, la demanderesse a travaillé avec la candidate et qu’elle a pu « superviser » son travail pendant une période de deux ans au MAÉCI.

[32] Quoiqu’il en soit, s’il y a eu une fraude, ce qui est vivement contesté par la demanderesse qui parle plutôt d’un « problème de communication » avec la personne chargée de vérifier les références, toute « fausse information » qu’elle a pu fournir n’a eu aucune incidence pratique sur le processus de nomination. En effet, la candidate n’a pas été nommée au poste d’analyste et c’est une autre candidature qui a finalement été retenue par TPSGC.

#### *Norme de contrôle judiciaire*

[33] Faut-il le rappeler, comme en a décidé la Cour Suprême du Canada dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 62, le processus de contrôle judiciaire se déroule normalement en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[34] Dans la mesure où l’on reprocherait uniquement à la Commission — dans les faits à l’enquêteur — d’avoir erré dans son analyse de la preuve, les jugements *Seck* 1 première instance (en appel A-493-11 [prcité]) et *Challal c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1251 (*Challal*) (désistement en appel A-3-10), répondent de façon satisfaisante à la question de la norme

findings of fact, even to the Commission's possible interpretations of the PSEA provisions, where no jurisdiction issue is truly at stake.

[35] However, the applicant is asking the Court to determine whether section 69 of the PSEA authorizes the Commission to investigate with respect to the conduct of other candidates and third parties in situations where fraud may have occurred but had no practical effect on the proposed appointment or appointment of selected candidates. With respect, in my view, this is a question of jurisdiction, if not a question of law that is of vital importance to the entire public service appointment system and that merits a correct interpretation of the PSEA.

#### *Finding by the Court*

[36] For the following reasons, this application will be allowed. Nevertheless, before addressing the merit of the various issues discussed by the parties, it is important to address the scope of the respondent's participation in this case and the difficulties that can occur first in terms of an image of justice and impartiality and then in terms of the exercise of the Court's remedial powers.

#### IV. ROLE OF THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

[37] The respondent is acting on behalf of the Commission here. This is not the first time that the respondent has taken a position that could be characterized as "aggressive", even "forceful", or even, in the absence of other qualifiers, "very defensive". For example, in *Challal*, the respondent argued that it was "too late to question the finding of guilt issued by the Commission" and that the corrective measures "were indeed within the Commission's jurisdiction and were reasonable" (*Challal*, at paragraphs 4 and 5).

de contrôle applicable aux déterminations de fait, voire aux interprétations que peut faire la Commission des dispositions de la LEFP, lorsqu'aucune question de compétence n'est véritablement en jeu.

[35] Toutefois, la demanderesse invite la Cour à déterminer si l'article 69 de la LEFP autorise la Commission à enquêter à l'égard de la conduite d'autres candidats et de tiers dans les cas où une fraude a pu être commise, mais que ceci n'a eu aucun effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination des candidats nommés. Avec égards pour l'opinion contraire, à mon avis, il s'agit d'une question de compétence, sinon d'une question de droit qui est d'une importance capitale pour l'ensemble du système de nomination de la fonction publique et qui mérite une interprétation correcte de la LEFP.

#### *Conclusion de la Cour*

[36] Pour les motifs qui suivent, la présente demande sera accueillie. Néanmoins, avant d'aborder le mérite des diverses questions ayant été débattues par les parties, il convient de traiter de l'étendue de la participation du défendeur dans ce dossier et des difficultés que cela peut occasionner tant en amont — en termes d'image de la justice et d'impartialité, qu'en aval — du point de vue de l'exercice des pouvoirs de réparation accordés à la Cour.

#### IV. RÔLE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

[37] Le défendeur agit ici au nom de la Commission. Ce n'est pas la première fois que le défendeur prend une position que l'on pourrait qualifier du point de vue de certains « d'agressive », voire « d'énergique », ou encore, à défaut d'autres qualificatifs, de « très défensive ». Par exemple, dans l'affaire *Challal*, le défendeur a fait valoir qu'il était « trop tard pour remettre en question la déclaration de culpabilité émise par la Commission » et que les mesures correctives « étaient bien de la compétence de la Commission et étaient raisonnables » (*Challal*, aux paragraphes 4 et 5).



[38] However, there is generally no dispute that it is not up to a tribunal whose decision is under review, whether it is an appeal or a judicial review, to vindicate itself, as well as the merit of its decision. As it was so aptly stated in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 710: “To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions.”

[39] Why would it be different when counsel for the respondent themselves admit taking “instructions” from the Commission itself?

[40] In this context, the question is whether it is appropriate to allow the respondent, with no reservations, to fight tooth and nail against the applicant by aggressively arguing that there was no misconduct by the Commission and that its decision on the merits is reasonable in all respects. I am asking the question here because if the Commission were a party to the case (either as respondent or an intervener), its submissions would be limited to the issue of jurisdiction (excluding procedural fairness).

[41] The Federal Court of Appeal effectively summarized in *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, at paragraphs 15 to 24, why common law narrows the scope of the representations that an administrative tribunal may make on judicial review. In addition to the principle of finality, there is the principle of impartiality. The problem is not only with respect to the unpleasant “spectacle” that tarnishes the image of impartiality to be ascribed to the decision maker, which must be maintained in the interests of justice. In the end, the range of remedies available to the reviewing court may also seriously suffer.

[42] In this regard, Justice Stratas reiterated the following at paragraph 16:

When a court allows an application for judicial review, it has a broad discretion in the selection and design of remedies: *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6. One remedy, quite common, is to

[38] Or, il est généralement acquis qu’il n’appartient pas à un tribunal dont la décision est contestée, qu’il s’agisse d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, de venir défendre sa conduite, ainsi que le mérite de sa décision. Comme il est si bien dit dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 710 : « Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués. »

[39] Pourquoi en serait-il autrement lorsque les procureurs du défendeur admettent eux-mêmes prendre des « instructions » de la Commission elle-même?

[40] Dans ce contexte, il faut se demander s’il est approprié de permettre au défendeur, sans réserves, de se battre bec et ongles contre la demanderesse, en faisant valoir de manière musclée que la Commission n’a pas mal agi et que sa décision au mérite est raisonnable à tous égards. Je pose ici la question parce que si la Commission était une partie dans le dossier (soit à titre de défendeur ou d’intervenant), ses représentations devraient se limiter à la question de compétence (excluant l’équité procédurale).

[41] La Cour d’appel fédérale a très bien résumé dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 15 à 24, les raisons pour lesquelles la common law restreint la portée des observations qu’un tribunal administratif peut présenter dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Outre le principe du caractère définitif des décisions, il y a le principe de l’impartialité. Le problème n’est pas seulement au niveau du « spectacle » désagréable venant ternir l’image d’impartialité qu’il faut prêter au décideur et qu’il faut préserver dans l’intérêt de la justice. À terme, l’éventail des remèdes s’offrant à la cour siégeant en révision judiciaire, peut également gravement en souffrir.

[42] À ce chapitre, le juge Stratas rappelle au paragraphe 16 :

Lorsqu’elle fait droit à une demande de contrôle judiciaire, une juridiction dispose d’une grande latitude en ce qui concerne le choix et la conception des réparations (*MiningWatch Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S.

remit the matter back to the tribunal for redetermination. If that happens, the tribunal must redetermine the matter, and appear to redetermine it, impartially, with an open mind. Submissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later. Further, such submissions by the tribunal can erode the tribunal's reputation for evenhandedness and decrease public confidence in the fairness of our system of administrative justice.

[43] In my opinion, when the respondent agrees to act on behalf of the Commission, in the absence of another party to support the legality of the impugned decision, the respondent should try to intervene like an *amicus curiae*, even if the respondent has more latitude than an *amicus curiae*. After all, the respondent represents the public interest. That being said, the respondent should, first and foremost, enlighten the Court objectively and completely on the facts stated in the impugned decision and on the Commission's reasoning, without seeking justification that was not provided by the Commission itself in the impugned decision—which of course includes the reasons in the investigation report that the Commission supported.

[44] In short, there is no problem as long as the respondent explains the impugned decision and provides objective light on the Commission's jurisdiction and the powers vested in it under the law. I acknowledge that this can be difficult in some cases. In fact, as was noted long ago in *Canada (Canada Labour Relations Board) v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722, at page 728, “[w]hat is or is not a question of jurisdiction as opposed to a question of law only, touching the manner in which a statutory tribunal exercises its authority, is a somewhat ambiguous if not also a trammelled question.”

[45] Even though the present wording of section 69 of the PSEA is, at first glance, a jurisdiction-granting provision, it can undoubtedly be argued that the respondent is also authorized, in the public interest, to support the reasonableness of the “corrective action”. This is

6). Une des réparations les plus courantes consiste à renvoyer l'affaire au tribunal administratif pour qu'il rende une nouvelle décision. En pareil cas, le tribunal administratif doit examiner de nouveau l'affaire et être perçu comme l'examinant de nouveau avec impartialité et un esprit ouvert. Les observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire. De plus, de telles observations du tribunal administratif sont susceptibles de miner sa réputation d'impartialité et d'entamer la confiance du public envers l'équité de notre système de justice administrative.

[43] À mon avis, lorsque le défendeur accepte d'agir au nom de la Commission, en l'absence d'une autre partie venant soutenir la légalité de la décision contestée, son intervention devrait tendre à celle d'un *amicus curiae*, même s'il possède plus de latitude qu'un *amicus curiae*. Après tout, le défendeur représente l'intérêt public. Cela dit, le défendeur devrait d'abord et avant tout éclairer la Cour, d'une façon objective et complète, sur les faits mentionnés dans la décision contestée et sur le raisonnement de la Commission, sans aller chercher des justifications qui ne sont pas fournies par la Commission elle-même dans la décision contestée — ce qui inclut bien entendu les motifs que l'on retrouve dans le rapport d'enquête que la Commission a pu entériner.

[44] Bref, il n'y a aucun problème tant que le défendeur explique la décision contestée et fournit un éclairage objectif sur la compétence de la Commission et les pouvoirs qui lui sont dévolus en vertu de la loi. Je reconnais que cela peut être difficile dans certains dossiers. En effet, comme il a été noté il y a bien longtemps déjà dans l'arrêt *Canada (Conseil canadien des relations du travail) c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722, à la page 728, « [e]n ce qui concerne la façon dont un tribunal créé par la loi exerce ses pouvoirs, le point de savoir ce qui est ou n'est pas une question de compétence par opposition à une question de droit strict est pour le moins ambigu sinon embrouillé. »

[45] Bien que le texte actuel de l'article 69 de la LEFP soit, à première vue, une disposition attributive de compétence, on peut sans doute argumenter que le défendeur est autorisé, au nom de l'intérêt public, à soutenir également la raisonabilité des « mesures

certainly a borderline case. Nevertheless, in my opinion, nothing authorizes the respondent to argue, on behalf of the Commission, that the rules of natural justice or procedural fairness were respected in this case.

[46] Given that counsel for the applicant did not object at the hearing before the Court to counsel for the respondent's argument on the issues of natural justice, I have decided to consider the merits of every argument made by the respondent and his counsel at the hearing, with, nevertheless, the possible consequences from the point of view of the exercise of discretion that is conferred upon me in matters of remedies and costs.

#### V. THE ISSUE OF JURISDICTION OR REASONABLENESS

[47] Like the other public servants affected by the impugned decision, the applicant submits that the Commission did not have jurisdiction to start an investigation or otherwise usurped its powers by making an order of "corrective action" against her specifically. The respondent, on behalf of the Commission, argues that it is unnecessary for a candidate to be appointed to a position for there to be a fraud investigation under section 69 of the PSEA; it is sufficient that the fraud was committed "in an appointment process". The impugned decision is in all respects reasonable according to the respondent.

[48] In this case, the Commission's investigation was conducted under the supposed authority of section 69 of the PSEA, which reads as follows:

Fraud **69.** If it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process, the Commission may investigate the appointment process and, if it is satisfied that fraud has occurred, the Commission may

(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and

(b) take any corrective action that it considers appropriate.

correctives ». Il s'agit certainement d'un cas limite. Néanmoins, à mon avis, rien ne l'autorise à plaider, au nom de la Commission, que les règles de justice naturelle ou d'équité procédurale ont été respectées en l'espèce.

[46] Étant donné que le procureur de la demanderesse ne s'est pas objecté à l'audition devant la Cour à ce que l'avocat du défendeur plaide sur les questions de justice naturelle, j'ai décidé de considérer le mérite de tous les arguments qui ont pu être formulés par le défendeur et son avocat à l'audition, avec néanmoins les conséquences que cela pouvait occasionner du point de vue de l'exercice de la discrétion qui m'est conférée en matière de remèdes et de dépens.

#### V. LA QUESTION DE COMPÉTENCE OU DE RAISONNABILITÉ

[47] À l'instar des autres fonctionnaires visées par la décision contestée, la demanderesse soumet que la Commission n'avait pas compétence pour entreprendre l'enquête ou a autrement usurpé ses pouvoirs en rendant une ordonnance de « mesure corrective » la visant personnellement. Pour sa part, le défendeur, au nom de la Commission, fait valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'un candidat soit nommé à un poste pour qu'il y ait enquête pour fraude selon l'article 69 de la LEFP; il suffit que la fraude ait été commise « dans le processus de nomination ». Or, la décision contestée est à tous égards raisonnable selon le défendeur.

[48] En l'espèce, l'enquête de la Commission a été conduite sous l'autorité présumée de l'article 69 de la LEFP, qui se lit comme suit :

**69.** La Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination; si elle est convaincue de l'existence de la fraude, elle peut : Fraude

a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;

b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.

[49] The *Policy on Considerations for Investigations Conducted under the new PSEA by the PSC Relating to External Appointments, Non-delegated Internal Appointments and Appointments Involving Political Influence or Fraud* (Policy), published by the Commission on its Web site, contains an explanation that the decision to investigate or not to investigate is discretionary and will be determined on a case by case basis.

*What is fraud?*

[50] As philosopher Jean-Jacques Rousseau so aptly stated in *Reveries of the Solitary Walker* (1782, posth.) [at page 195]:

To lie to one's own advantage, is a cheat; to lie to another's advantage, is a fraud; to lie to do harm, is calumny; this is the worst sort of lies:—to lie without profit or prejudice to one's self, or others, is not lying, 'tis fiction.  
(Fourth Walk)

[51] In this case, the PSEA does not define what constitutes “fraud”; we must therefore rely on the Commission's interpretation of that concept. It is a question of law that is at the very heart of the jurisdiction conferred by Parliament on the Commission.

[52] In the impugned investigation report, the investigator referred to the definition given for the word “fraud” in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004:

The action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. a person or thing that is not what it is claimed or expected to be. a dishonest trick or stratagem.

[53] Furthermore, according to *Le Grand Robert de la langue française*, Paris: Le Robert, 2001, “*fraude*” is an [TRANSLATION] “[a]ction made in bad faith with the intent to deceive”. As you can see, the French and English definitions are similar. First, fraud involves deceiving others in the aim of gaining some advantage. Second, there must be an intent to deceive others, which leads to the question of whether the author is aware of the deception attributed to him or her. If it was in good faith, we

[49] Dans les *Lignes directrices en matière de motifs d'enquête par la CFP, en vertu de la nouvelle LEFP, au sujet des nominations externes, des nominations internes sans délégation de pouvoir et des nominations pouvant résulter de l'exercice d'une influence politique ou d'une fraude* (Lignes directrices), publiées par la Commission sur son site web, il est expliqué que la décision d'enquêter ou non est un pouvoir discrétionnaire et sera prise au cas par cas.

*Qu'est-ce que la fraude?*

[50] Comme le dit si bien le philosophe Jean-Jacques Rousseau dans *Les Réveries du promeneur solitaire* (1782, posth.) [à la page 62]:

Mentir pour son avantage à soi-même est imposture, mentir pour l'avantage d'autrui est fraude, mentir pour nuire est calomnie, c'est la pire espèce de mensonge; mentir sans profit ni préjudice de soi ni d'autrui n'est pas mentir : ce n'est pas mensonge, c'est fiction.  
(Quatrième promenade)

[51] En l'espèce, la LEFP ne définit pas ce qui constitue une « fraude »; il faut donc s'en remettre à l'interprétation que la Commission a pu faire de cette notion. Il s'agit d'une question de droit qui est au cœur même de la compétence attribuée par le législateur à la Commission.

[52] Dans le rapport d'enquête contesté, l'enquêteur se réfère à la définition donnée au mot « *fraud* » que donne le *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004 :

The action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. A person or thing that is not what it is claimed or expected to be. A dishonest trick or stratagem.

[53] D'autre part, selon *Le Grand Robert de la langue française*, Paris : Le Robert, 2001, la « fraude » est une « [a]ction faite de mauvaise foi dans le but de tromper. » Comme on peut le constater, la définition française rejoint la définition anglaise. D'abord, il est question de tromper autrui dans le but d'obtenir un avantage quelconque. De plus, il faut avoir l'intention de tromper autrui, d'où la question de savoir si l'auteur est ou non au courant de la tromperie qu'on lui prête. S'il est de

are talking about an “error” instead. In this case, the evidence that the author does gain some advantage from the deceit supports the inference that the author intended to defraud others.

[54] The determination of the intent behind the actions taken is therefore an essential element of the analysis of the evidence. We cannot look only at the material fact alone. By analogy, the Commission noted the following in an investigation conducted under section 66 of the PSEA (Public Service Commission of Canada – *Investigation Report Summary: Section 66 – Founded – Correctional Service of Canada*, 2009, see: <http://www.psc-cfp.gc.ca>):

In assessing whether there has been an error, omission or improper conduct in the selection process, it is necessary to consider the intent behind the actions taken. [Emphasis added.]

[55] An “error” must not be confused with “fraud” and vice versa. Moreover, it has been established that it is not the criminal burden of proof that applies, but that of the balance of probabilities (*Challal*, at paragraphs 27 to 30). The jurisprudence of the Commission reveals that, to date, investigations by the Commission that have resulted in “corrective action” have always involved candidates in an appointment process.

[56] By way of illustration, in *Challal* (public summary of investigation report 2007-IPC-00286 and record of decision 08-09-IB-65), it was alleged that, in the context of an appointment process, the candidate, Challal, cheated on or plagiarized a test. Following its investigation, the Commission found that the explanations provided by the candidate were not credible and that he had intentionally copied the protected correction guide when he answered the test questions.

[57] The Court confirmed that the finding of fraud was valid and reasonable. At paragraph 17 of the judgment of the Court in *Challal*, the investigator made the following argument:

Copying during a test constitutes fraud under the most common meaning. Mr. Challal copied in order to gain an advantage, a test result sufficiently high to ensure his appointment to the

bonne foi, il faut plutôt parler d’« erreur ». En l’espèce, la preuve que l’auteur tire un avantage quelconque de la tromperie permet d’inférer qu’il a l’intention de frauder autrui.

[54] La détermination de l’intention derrière les actions prises est donc un élément essentiel d’analyse de la preuve. Il ne suffit pas de s’arrêter au fait matériel en soi. Par analogie, dans une enquête menée en vertu de l’article 66 de la LEFP, la Commission note (Commission de la fonction publique du Canada – *Résumé de rapport d’enquête : Article 66 – Fondée – Service Correctionnel du Canada*, 2009, voir : <http://www.psc-cfp.gc.ca>) :

Pour évaluer s’il y a eu erreur, omission ou conduite irrégulière dans le processus de sélection, il est nécessaire d’examiner l’in-tention derrière les actions prises. [Non souligné dans l’original.]

[55] Il ne faut pas confondre une « erreur » avec une « fraude » et vice-versa. D’autre part, il est acquis que ce n’est pas le fardeau de preuve en matière criminelle qui s’applique, mais celui de la prépondérance des probabilités (*Challal*, aux paragraphes 27 à 30). Selon la jurisprudence de la Commission, jusqu’à ce jour, les enquêtes de la Commission ayant donné lieu à la prise de « mesures correctives » ont toujours visé des candidats à un processus de nomination.

[56] En guise d’illustration, dans l’affaire *Challal* (résumé public du rapport d’enquête 2007-IPC-00286 et du Rapport de décision 08-09-IB-65), il était allégué que dans le cadre d’un processus de nomination, le candidat Challal avait triché ou plagié à un examen. À la suite de son enquête, la Commission a conclu que les explications fournies par le candidat n’étaient pas crédibles et a conclu qu’il avait copié de manière intentionnelle le guide de correction protégé lorsqu’il a répondu aux questions d’examen.

[57] La Cour a confirmé la validité de la conclusion de fraude qui était raisonnable. Au paragraphe 17 du jugement de la Cour dans l’affaire *Challal*, on voit que l’enquêteur tenait le raisonnement suivant :

Copier à un examen constitue de la fraude au sens de la définition la plus usuelle. M. Challal a copié en vue d’obtenir un avantage, soit avoir un résultat d’examen suffisamment élevé

CS-03 position and thus obtaining a promotion. [Emphasis added.]

[58] However, in *Personnel Psychology Centre*, a case that has certain similarities to the case at bar, the Commission decided that the mere fact that a third party provided “false references” does not mean that the candidate committed fraud, in the absence of evidence of bad faith (Public Service Commission of Canada – *Investigation Report Summary: 2007 – Unfounded – Personnel Psychology Centre*, see: <http://www.psc-cfp.gc.ca>):

The Act does not contain any definition of fraud. According to section 69, in order to be able to determine that fraud has occurred, it must be possible to link the misconduct to an appointment process.

...

Having discovered this e-mail message, the PPC investigated the employee’s file. It was discovered that this third party had been one of the employee’s referees during the external appointment process to fill the position of Assistant Second-Language Assessor. The PPC determined that there was a possibility that the third party had given a false reference in favour of the employee at the latter’s request.

The focus of the investigation was therefore to determine whether the references obtained from the third party in favour of the employee were false in that they constituted fraud on the part of the employee. The issue was whether the fact that the third party had allegedly requested, in an e-mail message to the employee, that the employee assume the role of a company director in order to improve the outcome of a reference check would lead one to believe that the employee had previously requested the third party to play the same role and to provide false references in the employee’s favour.

The Commission decided that it was not possible to conclude that fraud had been committed by inferring from the third party’s e-mail message that the employee defrauded the system by asking the third party to provide false references. It was not demonstrated that the references obtained in favour of the employee that were used for the appointment were obtained fraudulently by means of any action committed by the employee.

Therefore, during the appointment process in question, the employee did not act in bad faith in order to mislead the system during their reference check. [Emphasis added.]

pour lui assurer la nomination au poste de CS-03 et lui procurer ainsi une promotion [...] [Non souligné dans l’original.]

[58] D’un autre côté, dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel*, un cas qui présente certaines similitudes avec le cas sous étude, la Commission a décidé que le seul fait pour une tierce partie d’avoir fourni des « fausses références », ne signifiait pas que le candidat avait commis une fraude, en l’absence d’une preuve de mauvaise foi (Commission de la fonction publique du Canada – *Résumé de rapport d’enquête : 2007 – Non fondée – Centre de psychologie du personnel*, voir : <http://www.psc-cfp.gc.ca>) :

Aucune définition de la fraude ne se retrouve dans la Loi [...] D’après l’article 69 de la *Loi*, pour qu’on puisse déterminer qu’il y ait eu fraude, il faut pouvoir relier le comportement fautif à un processus de nomination.

[...]

En découvrant ce courriel, le CPP a vérifié le dossier de l’employé. On y a découvert que cette tierce partie était un de ses répondants lors du processus de nomination externe visant à pourvoir le poste d’Adjoint à l’évaluation de la langue seconde. Le CPP a déterminé qu’il y avait une possibilité que la tierce partie aurait donné de fausses références en faveur de l’employé à sa demande.

Le point central de l’enquête était donc de savoir si les références obtenues de la tierce partie en faveur de l’employé étaient fausses parce qu’elles comportaient un élément de fraude de la part de l’employé. Il s’agissait de déterminer si le fait que la tierce partie aurait demandé, dans un courriel à l’employé, de jouer le rôle de directeur d’une compagnie, pour favoriser sa prise de référence, pouvait porter à croire que l’employé aurait auparavant demandé à la tierce partie de jouer le même genre de rôle et de fournir de fausses références en sa faveur.

La Commission a décidé qu’il n’était pas possible de conclure qu’une fraude aurait été commise en extrapolant que, à la suite d’un courriel de la tierce partie, l’employé aurait fraudé le système en demandant à la tierce partie de fournir de fausses références à son égard. Il n’a pas été démontré que les références obtenues en faveur de l’employé, et qui ont servi à sa nomination, ont été faites de façon frauduleuse par une action quelconque de l’employé.

Dans le processus de nomination en question, l’employé n’a donc pas commis une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper le système lors de la prise de références. [Non souligné dans l’original.]



[59] In this case, the applicant did unsuccessfully attempt to obtain the Commission’s full investigation report in *Personnel Psychology Centre*. The respondent forcefully objected to the applicant’s motion, arguing that it was not clear upon reading the documents already provided under rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] that the Commission had not considered that document despite the existence of an internal note suggesting that research had been done to find precedents with possible similarities to the investigation then being conducted by the Commission.

[60] On November 19, 2010, Prothonotary Tabib agreed with the respondent and dismissed the applicant’s motion with costs, which she fixed at \$650. In a way, even though I do not call into question the “technical” reason that justified the motion’s dismissal, I find it regrettable in this case. To the extent that the Commission actually has jurisdiction to investigate and sanction third parties, the question is therefore whether the finding that the applicant committed fraud is one that is “defensible in respect of the facts and law” (*Challal*, at paragraph 25).

[61] In that context, for the purposes of assessing the reasonableness of the impugned decision, it becomes highly relevant to verify whether the Commission actually applied and considered its own jurisprudence governing fraud involving “false references” provided by third parties as part of an appointment process. The issue before the Court today—always on the assumption that the Commission had jurisdiction—is not so much whether the investigation report in *Personnel Psychology Centre* should have been part of the certified record as a piece of evidence taken into consideration by the investigator, but rather whether the investigator knew about that relevant case law, and, in that case, why the investigator did not mention or consider it in the impugned investigation report.

[62] In the case at bar, the applicant argues that the impugned investigation report does not show in a clear and intelligible manner that she intended to present herself fraudulently as the candidate’s supervisor.

[59] Dans le présent dossier, la demanderesse a bien tenté, mais sans succès, d’obtenir la communication du rapport d’enquête intégral de la Commission dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel*. Le défendeur s’est opposé avec force à la requête de la demanderesse, en faisant notamment valoir qu’il n’était pas clair à la lecture des documents déjà communiqués en vertu de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] que la Commission avait bel et bien considéré ce dernier document, et ce, malgré l’existence d’une note interne laissant croire que des recherches avaient été entreprises pour trouver des précédents pouvant avoir certaines similitudes avec l’enquête alors menée par la Commission.

[60] Le 19 novembre 2010, la protonotaire Tabib a donné raison au défendeur et a rejeté la requête de la demanderesse avec dépens, qu’elle a fixés à 650 \$. D’une certaine façon, bien que je ne remette pas en cause le motif « technique » ayant justifié le rejet de la requête, cela m’apparaît regrettable en l’espèce. Dans la mesure où la Commission a effectivement compétence pour enquêter et sanctionner des tiers, on doit alors se demander si la conclusion que la demanderesse a commis une fraude en est une « pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Challal*, au paragraphe 25).

[61] Dans ce contexte, aux fins d’évaluer la raisonnablement de la décision contestée, il devient hautement pertinent de vérifier si la Commission a effectivement appliqué et considéré sa propre jurisprudence en matière de fraude visant des « fausses références » fournies par des tiers à l’occasion d’un processus de nomination. La question devant la Cour aujourd’hui — toujours en supposant que la Commission a compétence — n’est pas tant de savoir si le rapport d’enquête dans l’affaire *Centre de psychologie du personnel* devrait faire partie du dossier certifié à titre d’élément de preuve considéré par l’enquêteur, mais plutôt si l’enquêteur connaissait ou non cette jurisprudence pertinente, et le cas échéant, pourquoi dans le rapport d’enquête contesté, il n’en parle pas ou ne l’a pas considéré.

[62] Dans le cas sous étude, la demanderesse fait valoir que le rapport d’enquête contesté ne démontre pas d’une manière claire et intelligible que la demanderesse avait l’intention de se présenter frauduleusement comme étant

Moreover, the candidate in this case was not appointed to the position following the internal appointment process; she therefore did not gain anything from the fraud; but she could have gained something from it if she had been appointed. In contrast, the applicant in this case had nothing to gain from the success (or the failure) of the candidate for whom she provided the reference. Without personal interest in the candidate and without the likelihood of benefitting in some way, it is not clear how the applicant could have had the intention, the motivation, or even “the intent to deceive” the employer.

[63] However, before assessing the reasonableness of the finding of “fraud”, one should first be satisfied that the Commission has jurisdiction in respect of third parties, and that is exactly what the applicant is contesting today. Before assessing the parties’ respective arguments, once again, a prior assessment of the evidence in the record and of the investigator’s reasoning are in order.

#### *Evidence in the record*

[64] In fact, it was on June 5, 2009, after receiving information from the DNR, where Gisèle Seck, the candidate’s mother, worked, that the Commission officially gave notice that the candidate was suspected of fraud and that an investigation would be conducted under section 69 of the PSEA into the two internal appointment processes (the ES-5 analyst position within PWGSC and the AS-4 management and consular officer position within DFAIT), which Ms. Seck applied for in 2007 and 2008 (notice of investigation).

[65] The notice of investigation also specified that the Commission’s Investigations Directorate [TRANSLATION] “reviewed the information provided in accordance with the [Policy]”. According to the Policy, in deciding whether to conduct an investigation the Commission must take into consideration whether:

- the matter falls within the Commission’s jurisdiction under sections 66, 67(1), 68 or 69 of the PSEA;

superviseure de la candidate. D’autre part, la candidate dans la présente affaire n’a pas accédé au poste suite au processus de nomination interne; elle n’a donc pas profité de la fraude commise, mais elle aurait pu en profiter si elle avait été nommée. En revanche, la demanderesse en l’espèce n’avait rien à gagner du succès (ou l’échec) de la candidate pour laquelle elle aurait fourni la référence. Sans intérêt personnel pour la candidate et sans la possibilité de tirer un avantage quelconque, il n’est pas clair comment la demanderesse aurait pu avoir l’intention, la motivation, ou encore « le but de tromper » l’employeur.

[63] Cependant, avant d’en arriver à examiner la raisonnablement de la conclusion de « fraude », il faut d’abord être satisfait que la Commission a compétence vis-à-vis des tiers, et c’est justement, ce que conteste aujourd’hui la demanderesse. Avant d’analyser les prétentions respectives des parties, encore une fois, un examen préalable de la preuve au dossier et du raisonnement de l’enquêteur sont de mise.

#### *Preuve au dossier*

[64] Dans les faits, c’est le 5 juin 2009, à la suite d’une information provenant du MRN où travaillait Gisèle Seck, la mère de la candidate, que la Commission notifie de façon officielle que la candidate est soupçonnée de fraude et qu’une enquête sera menée en vertu de l’article 69 de la LEFP sur les deux processus de nomination interne visés (poste d’analyste ES-5 à TPSGC et poste d’agent de la gestion et des affaires consulaires AS-4 au MAÉCI), pour lesquels M<sup>me</sup> Seck a postulé en 2007 et 2008 (avis d’enquête).

[65] L’avis d’enquête précise également que la Direction des enquêtes de la Commission a « complété la revue de l’information fournie conformément aux [Lignes directrices] ». Selon les Lignes directrices, lorsqu’elle décide de mener une enquête, la Commission doit déterminer :

- si la question relève de la compétence de la Commission en vertu de l’article 66, du paragraphe 67(1), de l’article 68 ou de l’article 69 de la LEFP;

- the matter raises the possibility of a problem in the application of the PSEA that affected the selection for appointment or a breach of the PSEA, the *Public Service Employment Regulations* (PSER), Commission policies or the terms and conditions of delegation;
  - the information received indicates the possibility of a pattern of irregularities in the application of the PSEA, PSER, Commission policies or the terms and conditions of delegation;
  - the matter has come to the attention of the Commission by a person involved in the process within six months of the appointment being made or proposed; however, the Commission may, in the interest of fairness and the protection of merit, extend this time period;
  - the matter has come to the attention of the Commission by any other means, and the Commission believes it should intervene, whether or not it is within six months of the appointment being made or proposed;
  - there exists the possibility of implementing corrective action; and
  - there is no recourse available for the matter through other avenues.
- si la question soulève la possibilité d'un problème lié à l'application de la LEFP qui a eu une incidence sur la sélection aux fins de nomination ou la possibilité d'une infraction à la LEFP, au *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique* (REFP), aux lignes directrices de la Commission ou aux conditions de délégation;
  - si les renseignements obtenus laissent croire à la possibilité d'irrégularités systématiques lors de l'application de la LEFP, du REFP, des lignes directrices de la Commission ou des conditions de délégation;
  - si la question a été portée à l'attention de la Commission par une personne visée par le processus en question dans les six mois suivant la nomination ou la proposition de nomination; toutefois, la Commission peut, par souci de justice et de protection du mérite, prolonger ce délai;
  - si la question a été portée à l'attention de la Commission par d'autres moyens et si cette dernière estime qu'elle doit intervenir, que la question ait été soulevée ou non dans les six mois suivant la nomination ou la proposition de nomination;
  - s'il existe une possibilité de mettre en œuvre des mesures correctives;
  - s'il n'y a aucun recours disponible qui permettrait de régler la question par d'autres voies.

[66] According to the evidence in the record, it seems that there was a cursory review of the Commission's jurisdiction. In fact, the notice of investigation is dated June 5, 2009, that is, two days after the jurisdiction division prepared a [TRANSLATION] "jurisdiction report—2009-EXT-00049.7408 (EA) & 2009-SVC-00118.8305 (EA)" (jurisdiction report). The Policy was not mentioned in the jurisdiction report.

[67] In short, "the information" from the DNR was the determinative factor in the decision to launch an investigation under section 69 of the PSEA. In that regard, it does not seem that anyone considered whether it was possible to implement corrective action or even whether there was another recourse available to resolve the matter through other avenues, as the Policy suggests. What is clear, however, is that the investigation did not involve the applicant specifically.

[66] Selon la preuve au dossier, il semble y avoir eu un examen sommaire de la compétence de la Commission. En effet, l'avis d'enquête est daté du 5 juin 2009, soit deux jours après que la Division de la Compétence ait préparé un « rapport de compétence – 2009-EXT-00049.7408 (EA) & 2009-SVC-00118.8305 (EA) » (rapport de compétence). Il n'y a aucune mention des Lignes directrices dans le rapport de compétence.

[67] Bref, « l'information » du MRN est le facteur déterminant dans la décision d'entreprendre une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP. À ce chapitre, il ne semble pas que l'on se soit demandé s'il existait une possibilité de mettre en œuvre des mesures correctives, ou encore s'il existait un autre recours disponible qui permettrait de régler la question par d'autres voies, comme le suggèrent les Lignes directrices. Ce qui est clair cependant, c'est que la demanderesse n'est pas personnellement visée par l'enquête.

*Dismissal of the jurisdiction objection*

[68] The objection by the public servants affected by the impugned decision regarding the Commission's jurisdiction is briefly addressed by the investigator in paragraph 41 of the impugned investigation report:

The purpose of section 69 of the PSEA is to determine if fraud occurred during an appointment process, regardless of whether the candidate suspected of committing the fraudulent act has been appointed to the position or not. Often, the fraud is discovered before the conclusion of an appointment process and the person is never appointed. The language of s. 69 PSEA does not lend itself to an assumption that an appointment must be made in order to investigate an allegation of fraud.

[69] Aside from the jurisdiction report, it is the only written reason, on behalf of the Commission, that in any way addresses the scope of section 69 of the PSEA and the jurisdiction granted to the Commission.

*Seck 1 first instance*

[70] In the judgment rendered on November 24, 2011, in *Seck 1* [first instance], the Court briefly addressed the issue of the Commission's jurisdiction under section 69 of the PSEA and confirmed the lawfulness of the corrective action prescribed in the other decision with respect to the candidate.

[71] After determining that the jurisdiction issue must be reviewed on the standard of reasonableness—because the interpretation and application of section 69 of the PSEA are at the heart of the Commission's mandate and expertise—the Court found that the candidate's argument had no merit and that the Commission had the authority to investigate whether the candidate had committed fraud.

[72] The essence of the Court's reasoning can be found at paragraph 15:

I share the respondent's opinion. First, it is clear in the preamble to the Act and in the Act in its entirety that Parliament conferred on the Commission the responsibility to protect the integrity and impartiality of appointment processes and to support the merit principle. Second, it seems evident in

*Rejet de l'objection portant sur la compétence*

[68] L'objection des fonctionnaires visées par la décision contestée à la compétence de la Commission est brièvement abordée par l'enquêteur au paragraphe 41 du rapport d'enquête contesté :

[TRADUCTION] Le but de l'article 69 de la LEFP est de déterminer si une fraude a été commise au cours d'un processus de nomination, indépendamment de la question de savoir si le candidat soupçonné d'avoir commis l'acte frauduleux a été nommé au poste en question. Souvent, la fraude est découverte avant la conclusion du processus de nomination et la personne n'est jamais nommée. Le libellé de l'article 69 de la LEFP ne se prête pas à une hypothèse selon laquelle une nomination doit être faite afin d'enquêter sur une allégation de fraude.

[69] Outre le rapport de compétence, c'est la seule motivation écrite, au nom de la Commission, traitant un tant soit peu de la portée de l'article 69 de la LEFP et de la compétence accordée à la Commission.

*Seck 1 première instance*

[70] Dans le jugement qui a été rendu le 24 novembre 2011 dans le dossier *Seck 1* [première instance], la Cour a brièvement abordé la question de la compétence de la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP et a confirmé la légalité des mesures correctives prescrites dans l'autre décision à l'égard de la candidate.

[71] Ayant déterminé que la question de compétence doit être analysée suivant la norme de la décision raisonnable — puisque l'interprétation et l'application de l'article 69 de la LEFP sont au cœur du mandat et de l'expertise de la Commission — la Cour conclut que l'argument de la candidate n'a aucun mérite et que la Commission avait le pouvoir de faire enquête pour vérifier si la candidate avait commis de la fraude.

[72] L'essentiel du raisonnement de la Cour se retrouve au paragraphe 15 :

Je partage l'avis du défendeur. D'abord, il ressort clairement du préambule de la Loi et de la Loi dans son ensemble que le législateur a confié à la Commission la responsabilité de protéger l'intégrité et l'impartialité des processus de nomination et de soutenir le principe du mérite. D'autre part, il m'apparaît

reading section 69 that the Commission's mandate relates to any fraud that may have been committed in the course of an appointment process instead of only when a person suspected of fraud is the successful candidate. Furthermore, there is no reason to conclude that the possibility for the Commission to "take any corrective action that it considers appropriate" applies only when it first decides to revoke or to not make an appointment. I see nothing to suggest that this authority is dependent on and secondary to an order rendered in accordance with paragraph (a). Instead, I understand from section 69 of the Act that the Commission may not make or revoke an appointment if the person suspected of fraud is the person chosen at the end of the appointment process. If so, the Commission may also take other additional actions that it considers appropriate. When the person concerned is not the successful candidate, the Commission may still investigate and take any corrective action that it considers appropriate. The authority conferred on the Commission is very broad and gives it the flexibility to adapt the corrective action to the circumstances specific to each file. [Emphasis in original.]

[73] It is that aspect of the judgment in *Seck* 1 [first instance] that is undoubtedly the most contentious today. The applicant is asking the Court to adopt a different approach, by arguing that it is wrong in law. The applicant submits that the PSEA preamble does not provide for amendments to the clear wording of section 69, which uses the conjunction "and" and not "or". The applicant also argues that, contrary to Ms. Seck's situation, she was not a candidate in any competition and was not directly involved in the appointment process (she was not herself a member of the selection board or in charge of checking the candidate's references). Moreover, the candidate was not appointed.

[74] The respondent relies on the short passage from *Seck* 1 first instance quoted above, as well as on his written submissions to the Federal Court of Appeal (A-493-11) [cited above] to maintain that the Commission had jurisdiction to make the impugned decision. In fact, the authority to investigate and to take "corrective action" under sections 66 to 69 of the PSEA is plenary. Even if there was no error, political influence or fraud in the proposed appointment or appointment of a person in the public service, the Commission has the latitude and discretion to sanction any improper conduct, political interference or fraud by a third party in the appointment process, whether it is a person who occupies or does not

évident à la lecture de l'article 69 que le mandat de la Commission a trait à toute fraude susceptible d'avoir été commise dans le cadre d'un processus de nomination et non uniquement lorsque la personne soupçonnée de fraude est la ou le candidat choisi. De plus, rien ne permet de conclure que la possibilité pour la Commission de « prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées » ne s'applique que lorsqu'elle a d'abord décidé de révoquer ou d'éviter une nomination. Je ne vois rien qui laisse entendre que ce pouvoir est dépendant et secondaire à une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa a). Je comprends plutôt de l'article 69 de la Loi que la Commission peut éviter ou révoquer une nomination si la personne soupçonnée de fraude est la personne choisie à l'issue du processus de sélection. Le cas échéant, la Commission peut aussi prendre d'autres mesures additionnelles qu'elle juge appropriées. Lorsque la personne visée n'est pas la ou le candidat choisi, la Commission peut quand même faire enquête et prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées. Le pouvoir confié à la Commission est très large et lui donne la flexibilité d'adapter les mesures correctives aux circonstances propres à chaque dossier. [Souligné dans l'original.]

[73] C'est cet aspect du jugement rendu dans *Seck* 1 [première instance] qui est sans doute le plus litigieux aujourd'hui. La demanderesse invite la Cour à adopter une approche différente, en plaçant son caractère erroné en droit. La demanderesse soumet que le préambule de la LEFP n'autorise pas la modification du texte clair de l'article 69 qui utilise la conjonction « and » et non « or ». De plus, la demanderesse fait également valoir que contrairement au cas de M<sup>me</sup> Seck, elle n'était candidate à aucun concours et elle n'a pas été directement impliquée dans le processus de nomination (n'étant pas elle-même membre du jury de sélection, ni chargée de vérifier les références de la candidate). D'ailleurs, la candidate n'a pas été nommée.

[74] De son côté, le défendeur se fonde sur le court passage dans *Seck* 1 première instance cité plus haut, ainsi que sur son argumentation écrite à la Cour d'appel fédérale (A-493-11) [précité] pour soutenir que la Commission avait compétence pour rendre la décision contestée. En effet, le pouvoir d'enquête et de prendre des « mesures correctives » en vertu des articles 66 à 69 de la LEFP est plénier. Même s'il n'y a eu aucune erreur, influence politique ou fraude dans la proposition de nomination ou la nomination d'une personne à la fonction publique, la Commission a pleine latitude et discrétion pour sanctionner toute conduite irrégulière, toute interférence politique et toute fraude d'un tiers

occupy a position in the public service, a member of Parliament or a federal minister, or even a member of their political staff.

*Correct interpretation or just reasonable interpretation?*

[75] The determination of the standard of review that applies to the assessment of the jurisdiction and powers granted to the Commission under section 69 of the PSEA is a question of law that will eventually be decided by the Federal Court of Appeal. No deference is owed to the trial Judge in that area.

[76] With respect, a rereading of *Dunsmuir*, paragraphs 55 to 61 in particular, and the exchanges in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, leads me, however, to distance myself from the position adopted by the Court in *Seck 1* first instance. One must show great caution here. In fact, the application of the presumption of the standard of reasonableness to a truly jurisdictional issue without prior review of Parliament's intent and the specific framework in which a specialized quasi-judicial or administrative organization operates seems to me to raise a serious legal question.

[77] One of the difficulties in the case at bar arises also from the fact that, in *Seck 1* first instance, it was specifically argued that the Commission did not have jurisdiction to launch "an investigation under section 69 of the [PSEA]" (*Seck 1* first instance, at paragraph 9). The legal confusion arises undoubtedly from the fact that section 69 is not only a jurisdiction-granting provision—if it has reason to believe that fraud may have occurred in the appointment process, the Commission may investigate the appointment process—but also a provision that grants some remedial powers to the Commission if it is satisfied that fraud has occurred.

dans le processus de nomination, qu'il s'agisse d'une personne occupant ou non un emploi dans la fonction publique, d'un député ou d'un ministre fédéral, ou encore un membre de leur personnel politique.

*Interprétation correcte ou seulement raisonnable?*

[75] La détermination de la norme de contrôle qui s'applique à l'examen de la compétence et des pouvoirs dévolus à la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP est une question de droit qui sera éventuellement tranchée par la Cour d'appel fédérale. Le juge de première instance ne jouit d'aucune déférence en cette matière.

[76] Avec égards pour l'opinion contraire, une relecture de l'arrêt *Dunsmuir*, en particulier les paragraphes 55 à 61, et des échanges dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, m'incite toutefois à me distancier de la position adoptée par la Cour dans *Seck 1* première instance. Il faut ici faire preuve de la plus grande prudence. En effet, l'application de la présomption de la norme de raisonabilité à une pure question de compétence, sans examen préalable de l'intention du législateur et du cadre particulier dans lequel opère un organisme administratif ou quasi judiciaire spécialisé, m'apparaît soulever un sérieux questionnement en droit.

[77] L'une des difficultés du cas sous étude provient également du fait que dans l'affaire *Seck 1* première instance, on plaidait notamment que la Commission n'avait pas compétence pour déclencher « une enquête en vertu de l'article 69 de la [LEFP] » (*Seck 1* première instance, au paragraphe 9). La confusion juridique provient sans doute du fait que non seulement l'article 69 est une disposition attributive de compétence — la Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination — mais également une disposition qui accorde certains pouvoirs de réparation de la Commission lorsqu'elle est convaincue de l'existence de la fraude.



*Legislative environment*

[78] In my view, the issues of jurisdiction or reasonableness cannot adequately be addressed without first conducting a review of the overall framework that governs the federal public service. Before describing the tree and its foliage, it seems more prudent in determining Parliament's intent to discuss the forest where the tree grows. You will see that other large trees of different varieties and colours grow there and indeed create the beauty of that lovely forest.

[79] Section 69 came into force on December 31, 2005, at the same time as the other PSEA provisions, which are enacted pursuant to sections 12 and 13 of the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22 (PSMA), which received Royal Assent on November 7, 2003. That legislation was described as “the single biggest change to public service human resources management in more than 35 years” (Government of Canada communications material, 2005).

[80] The PSMA introduced a framework for human resources modernization in the federal public service, which also includes a new *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (PSLRA). Furthermore, the PSMA substantially amended the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA), which outlines the powers of the Treasury Board and the deputy heads. Finally, the PSMA amended the *Canadian Centre for Management Development Act* [S.C. 1991, c. 16], renamed the *Canada School of Public Service Act* [S.C. 2003, c.22, s. 22], which addresses learning and development.

[81] Among the amendments made by the PSMA, it must be noted that in 2005 Parliament enacted true framework legislation applicable to the entire public sector, also with a preamble; one of the public interest objectives of the legislation is specifically to maintain and enhance public confidence in the integrity of federal public servants. I am referring to the *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (PSDPA), which came into force in April 2007. The Public Sector

*Environnement législatif*

[78] À mon avis, on ne peut pas répondre adéquatement à la question de compétence ou de raisonabilité, sans d'abord procéder à un examen du cadre global qui régit la fonction publique fédérale. Avant de décrire l'arbre et son feuillage, il m'apparaît plus prudent, pour connaître l'intention du législateur, de vous parler de la forêt où pousse cet arbre. Vous verrez qu'il y pousse également d'autres grands arbres, d'une variété et d'une couleur différentes, et qui font justement la beauté de cette belle forêt.

[79] L'article 69 est entré en vigueur le 31 décembre 2005, en même temps que les autres dispositions de la LEFP, qui sont édictées en vertu des articles 12 et 13 de la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 (LMFP), laquelle a reçu la sanction royale le 7 novembre 2003. Ce texte législatif a été décrit comme « la transformation la plus profonde de la gestion des ressources humaines dans la fonction publique en plus de 35 ans » (matériel de communication, Gouvernement du Canada, 2005).

[80] La LMFP a créé un cadre de modernisation des ressources humaines dans la fonction publique fédérale, qui inclut également une nouvelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (LRTFP). De même, la LMFP modifie substantiellement la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (LGFP), qui encadre les pouvoirs du Conseil du Trésor et des administrateurs généraux. Enfin, la LMFP modifie la *Loi sur le Centre canadien de gestion* [L.C. 1991, ch. 16], renommée *Loi sur l'École de la fonction publique du Canada* [L.C. 2003, ch.22, art. 22], qui concerne l'apprentissage et le perfectionnement.

[81] Aux modifications apportées par la LMFP, il faut souligner l'adoption en 2005 par le Parlement d'une véritable loi-cadre applicable à l'ensemble du secteur public, également pourvue d'un préambule, et dont l'un des objets d'intérêt public vise justement à maintenir et à accroître la confiance du public dans l'intégrité des fonctionnaires fédéraux. Je parle ici de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (LPFDAR), qui est entrée

Integrity Commissioner investigates and decides on matters related to disclosure and reprisal, while the Public Servants Disclosure Protection Tribunal hears complaints about reprisals taken as a result of a protected disclosure.

[82] It should be noted that the PSDPA is part of a continuum that starts with the creation of a work environment where dialogue on values and ethics is encouraged, where employees feel at ease raising their concerns without fear of reprisal and where good conduct is encouraged. In accordance with the PSDPA, the Minister responsible for the Treasury Board Secretariat must encourage a public sector environment that is conducive to the disclosure of wrongdoing. Furthermore, the Treasury Board must establish a code of conduct applicable to the entire public sector. Chief executives must also establish a code of conduct applicable to the portion of the public sector for which they are responsible. These codes must be consistent with the code of conduct established by the Treasury Board.

[83] In a context where Parliament's intent is to give a general supervisory power to the Commission to ensure that internal or external appointments are based exclusively on merit, the Commission understandably has the authority to revoke the appointment—or not make the appointment—and, at the same time, can take any corrective action that it considers appropriate to re-establish public confidence when there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment (sections 66 and 67 of the PSEA), or even when the appointment or proposed appointment was not free from political influence (section 68 of the PSEA).

[84] It will also not be a surprise to anyone that, in the exercise of the remedial powers under section 69 of the PSEA, Parliament also intended to allow the Commission, in cases of fraud—whether they involve, for example, plagiarism or the submission of falsified documents—to revoke an appointment or not make

en vigueur en avril 2007. Le Commissaire à l'intégrité de la fonction publique mène des enquêtes et se prononce sur les cas liés à la divulgation et aux représailles, alors que le Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles instruit les plaintes liées à des représailles subies à la suite d'une divulgation protégée.

[82] Faut-il le rappeler, la LPFDAR s'inscrit dans un continuum, qui commence par la création d'un environnement de travail où le dialogue sur les valeurs et l'éthique est encouragé, où les employés se sentent à l'aise de soulever leurs préoccupations sans crainte de représailles, et où on encourage la bonne conduite. En vertu de la LPFDAR, le ministre responsable du Secrétariat du Conseil du Trésor doit encourager dans le secteur public un environnement favorable à la divulgation des actes répréhensibles. De plus, le Conseil du Trésor doit établir un code de conduite applicable à l'ensemble du secteur public. Les administrateurs généraux doivent également établir un code de conduite applicable à l'organisme dont ils sont responsables. Ce code doit être compatible avec celui du Conseil du Trésor.

[83] Dans une optique où l'intention du législateur est de confier un pouvoir général de surveillance à la Commission pour s'assurer que les nominations internes ou externes soient exclusivement fondées sur le mérite, on peut comprendre que celle-ci possède le pouvoir de révoquer la nomination — ou ne pas faire la nomination — et que du même coup, celle-ci puisse prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées pour rétablir la confiance du public lorsqu'il y a eu une erreur, une omission ou une conduite irrégulière qui a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée (articles 66 et 67 de la LEFP), ou encore lorsque la nomination ou la proposition de nomination ne s'est pas faite indépendamment de toute influence politique (article 68 de la LEFP).

[84] Personne non plus ne se surprendra que dans l'exercice des pouvoirs de réparation prévus à l'article 69 de la LEFP, le législateur ait également voulu permettre à la Commission dans le cas de fraude — qu'il s'agisse par exemple de plagiat ou de la présentation de documents falsifiés — de révoquer une nomination

an appointment, as the case may be. That is what paragraph 69(a) of the PSEA explicitly states. The only question is whether, following an investigation where the evidence indicates that there was fraud by a third party other than the candidate who was appointed or proposed for appointment, independently of the power set out in paragraph 69(a), the Commission is authorized to take any “corrective action” with respect to the third party.

[85] It is not surprising that fraud and the manufacture of false documents by a public servant to promote his or her candidacy in an internal appointment process are unethical and violate the codes of conduct applicable to federal public servants. Even if public servants are not appointed to a desired position, they could always be disciplined by their employer if they committed wrongdoing. However, pursuant to section 9 of the PSDPA, independently of any punishment authorized by law, a public servant is subject to appropriate disciplinary action, including termination of employment, if he or she commits a wrongdoing. That leads me to section 12 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 8] of the FAA, which is a very important statutory provision because it confers on deputy heads the general power to discipline and terminate public servants who work under their authority.

[86] The Court’s reasons for judgment in *Seck* 1 first instance as well as the respondent’s written submissions place a great deal of emphasis on the need to maintain the integrity of the staffing system as justification for the power to investigate and sanction with respect to other candidates and third parties, which is what the Commission is claiming. As a result, the Commission is of the view that it does not have to consider whether “fraud” had a practical effect on the proposed appointment or appointment of those selected following an internal or external competition. I doubt whether the respondent’s position today is consistent with that of stakeholders in the public service sector.

[87] The PSEA and the PSLRA, both enacted by the PSMA, provide for a review of legislation, as well as its administration and application, five years after its entry into force. The review took place and the results were

ou ne pas faire la nomination, selon le cas. C’est ce que prévoit expressément l’alinéa 69a) de la LEFP. Reste à savoir si, à la suite d’une enquête, des éléments de preuve indiquent qu’il y a eu fraude de la part d’une tierce personne autre que le candidat nommé ou qu’on s’apprêtait à nommer, indépendamment du pouvoir prévu à l’alinéa 69a), la Commission est autorisée à prendre des « mesures correctives » à l’égard de la tierce personne.

[85] On ne saurait se surprendre du fait que la fraude et fabrication de faux documents par un fonctionnaire aux fins de favoriser sa candidature dans un processus de nomination interne soit contraire à l’éthique et aux codes de conduite applicables aux fonctionnaires fédéraux. Même s’il n’est pas nommé au poste convoité, le fonctionnaire pourra toujours être discipliné par son employeur s’il a commis un acte répréhensible. Or, en vertu de l’article 9 de la LPFDAR, indépendamment de toute peine prévue par la loi, le fonctionnaire qui commet un acte répréhensible s’expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu’au licenciement. Cela m’amène à l’article 12 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 8] sur la LGFP qui est une disposition législative très importante, puisqu’elle confère en effet aux administrateurs généraux le pouvoir général de discipliner et congédier les fonctionnaires travaillant sous leur autorité.

[86] Les motifs de jugement de la Cour dans *Seck* 1 première instance, ainsi que l’argumentation écrite du défendeur, font grand état de la nécessité de préserver l’intégrité du système de dotation en guise de justification du pouvoir d’enquête et de sanction que revendique en l’espèce la Commission à l’égard des autres candidats et des tiers. De ce fait, la Commission estime qu’elle n’a pas à se demander si la « fraude » a pu avoir un effet pratique sur la proposition de nomination ou la nomination des personnes nommées à la suite d’un concours interne ou externe. Je ne suis pas certain que la position défendue aujourd’hui par le défendeur soit en harmonie avec la conception que se font les autres intervenants dans le secteur de la fonction publique.

[87] La LEFP et la LRTFP, toutes deux édictées par la LMFP, prévoient un examen des textes législatifs, ainsi que de leur administration et de leur application, cinq ans après leur entrée en vigueur. Cet examen a eu lieu et

made public in a report tabled in Parliament in 2011. In its *Report of the Review of the Public Service Modernization Act (2003)*, the Review Team noted the following at pages 37 and 38:

The [Public Service Commission (Commission)], the Office of the Chief Human Resources Officer and deputy heads differ in their views about what “ensuring the integrity of the staffing system” should entail. The boundaries between their authorities are not always easy to establish, and there is little consensus on, or comfort with, the resultant need to act in concert and develop strong relationships. For example, the Commission noted that, when an error or omission is identified in the course of an audit, an investigation into alleged fraud or an investigation into an external appointment, it cannot act alone to address all aspects of wrongdoing that may be associated with an appointment. Although the Commission may revoke an appointment or impose conditions on the delegation to a deputy head, in some instances a wrong may be done by someone else, such as another employee, a manager or even [Human Resources (HR)] staff. In such a situation, the responsibility rests with the deputy head to determine follow-up action, including the possibility and nature of discipline.

The authorities for the PSC, deputy head and employer are laid out in not one, but two statutes. In a complex system where several players have related authorities and the effective response to any single event is often concerted and collective action, it is essential that the players collaborate to ensure that the public interest and the integrity of the system are safeguarded.

Therefore, the Review Team recommends that:

**3.1 Where the Commission, as a result of an audit or an investigation, has evidence of errors, omissions, fraud or other improper conduct on the part of an individual other than the appointee, it should engage with deputy heads who are responsible for taking appropriate action, including discipline.** [Boldface in original.]

[88] It should be noted that the case history, which contains numerous developments—the applicant was not originally the subject of the investigation—started with “information” sent from the DNR, where

les résultats ont été rendus publics dans un rapport ayant été déposé au Parlement en 2011. Dans son *Rapport sur l'examen de la Loi sur la modernisation de la fonction publique (2003)*, l'équipe d'examen note à la page 42 :

La [Commission de la fonction publique] CFP, le Bureau du dirigeant principal des ressources humaines et les administrateurs généraux ne s'entendent pas sur la signification de l'expression « assurer l'intégrité du système de dotation ». Les limites de leurs pouvoirs respectifs ne sont pas toujours faciles à établir, et il n'existe pas vraiment de consensus sur la nécessité d'agir en concertation et de nouer des liens solides; il arrive aussi que les intervenants concernés ne soient pas à l'aise avec une telle idée. La CFP a par exemple fait remarquer que, lorsqu'une erreur ou une omission a été décelée au cours d'une vérification, d'une enquête sur une fraude présumée ou d'une enquête sur une nomination externe, elle ne peut pas s'occuper à elle seule de tous les aspects de l'acte répréhensible pouvant être associés à la nomination. La CFP peut révoquer une nomination ou assortir de certaines conditions les pouvoirs délégués à un administrateur général, mais l'acte répréhensible peut avoir été posé par une autre personne, notamment un employé, un gestionnaire ou même un membre du personnel des [Ressources Humaines] RH. Dans cette situation, il revient à l'administrateur général de décider de ce qu'il convient de faire, de déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures disciplinaires et, le cas échéant, d'établir la nature de ces mesures.

Les pouvoirs conférés à la CFP, à l'administrateur général et à l'employeur sont énoncés dans non pas une, mais deux fois. Dans un système complexe où plusieurs intervenants ont des pouvoirs interreliés et où un seul événement peut souvent nécessiter une action commune et concertée, il est essentiel que les intervenants collaborent pour assurer le respect de l'intérêt public et préserver l'intégrité du système.

Par conséquent, l'équipe d'examen formule la recommandation suivante :

**3.1 Si, à la suite d'une vérification ou d'une enquête, des éléments de preuve indiquent qu'il y a eu erreur, omission, fraude ou conduite irrégulière de la part d'une personne autre que la personne nommée, la CFP devrait communiquer avec les administrateurs généraux chargés de prendre les mesures appropriées, y compris sur le plan disciplinaire.** [En caractère gras dans l'original.]

[88] Rappelons que l'histoire dans ce dossier aux multiples rebondissements — la demanderesse n'était pas visée à l'origine par l'enquête — commence par une « information » transmise par le MRN où

Gisèle Seck, the candidate's mother, worked. According to the information in question, false references could have been provided by the candidate and Ms. M'Kounga, who both worked at the CRA. That is strangely similar to the disclosure of possible wrongdoings committed by two federal public servants in an appointment process. From the start, it was also clear that someone other than the candidate had been appointed to both the PWGSC and DFAIT positions. So why did the Commission not refer the case to the appropriate deputy head for investigative purposes?

[89] It can be argued that the approach taken by the Commission merely led to an unjustified duplication of the investigation process surrounding the commission of a possible wrongdoing by a federal public servant. In fact, it must be understood that a deputy head cannot take disciplinary action without personally investigating and without giving the public servant in question the opportunity to be heard and to defend him or herself beforehand. In such a case, it is mandatory to follow the mechanisms and procedures set out in the PSLRA and in any applicable collective agreement; in which case the public servants would be able to challenge the lawfulness of any disciplinary action through a grievance that could be referred to an adjudicator by the Public Service Labour Relations Board (*King v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 488, 409 F.T.R. 216). Regarding other candidates and third parties, did Parliament really intend for the Commission to investigate them directly and take corrective action against them specifically?

#### *Interpretation of section 69*

[90] Invoking the power set out in paragraph 69(b) of the PSEA, the Commission imposed three "corrective actions" on the applicant: (1) the applicant must obtain written permission from the Commission before accepting a position within the public service for a period of three years, without which her appointment would be revoked; (2) a copy of the impugned decision and the impugned investigation report would be sent to her current employer, the Office of the Secretary to the

travaillait M<sup>me</sup> Gisèle Seck, la mère de la candidate. Selon l'information en question, des fausses références auraient pu être fournies par la candidate et M<sup>me</sup> M'Kounga qui travaillaient toutes les deux à l'ARC. Cela ressemble étrangement à la divulgation d'actes répréhensibles possiblement commis par deux fonctionnaires fédéraux dans le cadre d'un processus de nomination. Dès le départ, il était également clair qu'une autre personne que la candidate avait été nommée à chacun des postes à TPSGC et au MAÉCI. Alors, pourquoi la Commission n'a-t-elle pas plutôt référé le cas à l'administrateur général concerné pour fins d'enquête?

[89] On peut argumenter que l'approche prise par la Commission ne fait qu'aboutir à un dédoublement injustifié du processus d'enquête entourant la perpétration d'actes possiblement répréhensibles par un fonctionnaire fédéral. En effet, il faut comprendre qu'un administrateur général ne peut pas prendre de mesures disciplinaires sans lui-même procéder à une enquête et sans préalablement donner l'occasion au fonctionnaire visé d'être entendu et de se défendre. Dans un tel cas, il faut obligatoirement suivre les mécanismes et les procédures prévues à la LRTFP et à toute convention collective applicable en l'espèce; auquel cas les fonctionnaires visées pourront contester la légalité de toute mesure disciplinaire par un grief qui pourra être référé à un arbitre par la Commission sur les relations du travail dans la fonction publique (*King c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 488). Dans le cas d'autres candidats et de tiers, le Parlement a-t-il vraiment voulu que la Commission fasse enquête directement à leur sujet et prennent des mesures correctives les visant personnellement?

#### *Interprétation de l'article 69*

[90] Invoquant le pouvoir prévu à l'alinéa 69b) de la LEFP, la Commission, a imposé trois « mesures correctives » à l'encontre de la demanderesse : 1) la demanderesse doit obtenir la permission écrite de la Commission avant d'accepter un poste au sein de la fonction publique pour une période de trois ans, faute de quoi sa nomination sera révoquée; 2) une copie de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté sont envoyés à son employeur actuel, le Bureau du secrétaire du



Governor General; and (3) the impugned investigation report and any other relevant information would be sent to the RCMP for the purposes of section 133 of the PSEA.

[91] The applicant argues that the Commission acted without jurisdiction or otherwise usurped the powers assigned to it by section 69, which should be read as a whole. In fact, Parliament’s use of the conjunction “and”, which is in the English version of paragraph 69(a) of the PSEA, directly before paragraph 69(b), is not fortuitous. Furthermore, the same wording is used in paragraphs 66(a), 67(1)(a), 67(2)(a) and 68(a), directly before paragraphs 66(b), 67(1)(b), 67(2)(b) and 68(b). In this case, this can only be an ancillary power related to the revocation of a proposed appointment or appointment.

[92] As broad as the power to take “corrective action” under paragraph 69(b) may be, in order for it to be exercised independently of the power set out in paragraph 69(a) to revoke an appointment or not make an appointment, the conjunction “and” in the English version would need to be replaced by “or”, and the conjunction “ou” would need to be added in the French version—since the conjunction “and” is currently implied if an attempt is made to reconcile the French version with the English version. The Commission therefore usurped its powers and acted without jurisdiction in rendering the impugned decision. I am inclined to agree with the interpretation proposed by the applicant.

[93] However, there is no need to express a definitive opinion on the issue of jurisdiction or reasonableness today or to base the judgment of the Court allowing the application for judicial review on such a contentious aspect that might soon be argued before the Federal Court of Appeal [A-493-11, the decision has since been rendered: 2012 FCA 314, [2014] 2 F.C.R. 167] as part of the appeal in *Seck 1* [first instance]. In fact, the issue of procedural fairness seems determinative to me; as explained below, there appears to be a flagrant breach by the Commission, more specifically by its investigator, of the duty to act fairly with respect to the applicant.

gouverneur général; et 3) le rapport d’enquête contesté et toute information pertinente sont transmis à la GRC aux fins de l’article 133 de la LEFP.

[91] La demanderesse argumente que la Commission a agi sans compétence ou a autrement usurpé les pouvoirs qui lui sont conférés par l’article 69 qu’il faut lire dans son ensemble. En effet, l’emploi par le législateur de la conjonction « and » que l’on retrouve dans la version anglaise de l’alinéa 69a) de la LEFP, directement avant l’alinéa 69b), n’est pas fortuit. D’ailleurs, on reprend la même formulation aux alinéas 66a), 67(1)a), 67(2)a) et 68a), directement avant les alinéas 66b), 67(1)b), 67(2)b) et 68b). Il ne peut s’agir en l’espèce que d’un pouvoir de nature accessoire, lié à la révocation d’une proposition de nomination ou d’une nomination.

[92] Aussi large que puisse être le pouvoir de prendre des « mesures correctives » en vertu de l’alinéa 69b), pour pouvoir être exercé indépendamment du pouvoir prévu à l’alinéa 69a) de révoquer une nomination ou de ne pas nommer une personne, il faudrait remplacer dans la version anglaise la conjonction « and » par « or », et ajouter dans la version française, la conjonction « ou » — puisque la conjonction « et » est actuellement sous-entendue si l’on tente de réconcilier la version française avec la version anglaise. La Commission a donc usurpé ses pouvoirs et agi sans compétence en rendant la décision contestée. Je suis porté à être d’accord avec l’interprétation que propose la demanderesse.

[93] Toutefois, il n’est pas nécessaire d’exprimer une opinion définitive au sujet de la question de compétence ou de raisonabilité aujourd’hui et de faire reposer le jugement de la Cour accueillant la demande de contrôle judiciaire sur un aspect aussi litigieux et qui sera possiblement débattu bientôt devant la Cour d’appel fédérale [A-493-11, l’arrêt a depuis été rendu : 2012 CAF 314, [2014] 2 R.C.F. 167] dans le cadre de l’appel dans le dossier *Seck 1* [première instance]. En effet, la question d’équité procédurale m’apparaît déterminante; tel que ci-après expliqué, on peut parler ici d’une violation flagrante par la Commission, plus particulièrement par son enquêteur, de l’obligation d’agir de façon équitable à l’endroit de la demanderesse.



## VI. THE ISSUE OF PROCEDURAL FAIRNESS

[94] The applicant also claims that the Commission breached the rules of procedural fairness by not informing her in a timely manner of the true nature of the investigation, and by not disclosing to her before her interview the documents and testimony concerning her directly, which would then be used by the investigator in the impugned investigation report to incriminate her and find her guilty of fraud. Moreover, the investigation of the applicant was unlawful and unfair, and the findings of the investigation are highly biased, especially since the process adopted by the investigator did not impartially dispose of the determinative credibility issues in this case in keeping with the applicant's right to be heard.

[95] The respondent readily admits that the Commission's decision and investigation led to corrective actions with serious consequences on the employment, reputation, professional career and opportunities for advancement in the public service of the three public servants in question. Nevertheless, the respondent argues that the applicant was interviewed by the investigator and that the applicant had the opportunity to comment on her report and recommendations before the Commission's final decision, which is sufficient in this case. In all respects, the procedure was fair and nothing unlawful occurred in this case. The applicant has only herself to blame if she attended the interview without being assisted by a representative or counsel.

[96] It is appropriate for the standard of correctness to guide the analysis of the Court with respect to the alleged breach of the rules of procedural fairness: *Belzile v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 983, 306 F.T.R. 39 (*Belzile*). As we know, issues of procedural fairness are resolved on a case-by-case basis, which means that today, the Court is not bound by the findings of fact the Court made on this issue in *Seck* 1 first instance, at paragraphs 17 to 20, especially since the facts differ substantially because the applicant was never formally informed that she was suspected of fraud.

## VI. LA QUESTION D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

[94] La demanderesse prétend également que la Commission a violé les règles d'équité procédurale en ne l'informant pas en temps utile de la véritable nature de l'enquête, et en ne lui dévoilant pas avant son entrevue les documents et les témoignages la concernant directement, et qui seront par la suite utilisés par l'enquêteur dans le rapport d'enquête contesté pour l'incriminer et la trouver coupable de fraude. Au demeurant, l'enquête à l'endroit de la demanderesse était illégale et inéquitable, et les conclusions de l'enquête sont fortement biaisées; d'autant plus que le processus retenu par l'enquêteur ne permettait pas de trancher impartialement, dans le respect du droit d'être entendu de la demanderesse, les questions de crédibilité qui sont déterminantes dans ce dossier.

[95] Le défendeur reconnaît d'emblée que l'enquête et la décision de la Commission ont débouché sur des mesures correctives qui ont de lourdes conséquences sur l'emploi, la réputation, la carrière professionnelle et les chances d'avancement dans la fonction publique des trois fonctionnaires visées. Il n'empêche, le défendeur fait valoir que la demanderesse a été interviewée par l'enquêteur et qu'elle a eu l'occasion de commenter son rapport et ses recommandations avant la décision finale de la Commission, ce qui est suffisant en l'espèce. À tous égards, la procédure était équitable et aucune illégalité n'a été commise en l'espèce. La demanderesse n'a qu'à s'en prendre à elle-même si elle s'est présentée à l'entrevue sans être assistée par un représentant ou un avocat.

[96] Comme il se doit, c'est la norme de la décision correcte qui doit guider l'analyse de la Cour au niveau du bris allégué aux règles d'équité procédurale : *Belzile c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 983 (*Belzile*). Comme on le sait, les questions d'équité procédurale se règlent au cas par cas, de sorte qu'aujourd'hui, la Cour ne saurait être liée par les conclusions de fait auxquelles en est arrivée à ce sujet la Cour dans *Seck* 1 première instance, aux paragraphes 17 à 20, d'autant plus que les faits diffèrent sensiblement, la demanderesse n'ayant jamais été avisée formellement qu'elle était soupçonnée de fraude.

[97] The content of the duty of fairness varies depending on the context, and consideration must first be given to the criteria listed by the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*): the nature of the decision and the process followed in making it; the statutory scheme; the importance of the decision to the individuals affected; the legitimate expectations of the individual affected by the investigation; and respect for the choices of procedure.

*Statutory scheme and the nature of the decision*

[98] Section 69 is found in Part 5 of the PSEA, which includes sections 66 to 73 which address the Commission's investigations into appointments, and sections 74 to 87, which deal with complaints that may be referred to the Public Service Staffing Tribunal, created under Part 6 [sections 88 to 110] of the PSEA, with respect to appointments and revocations. We note that investigations conducted by the Commission into appointments represent an important supervisory tool that helps manage the staffing system and ensure the impartiality of the public service. Furthermore, the right to make submissions is legislatively recognized when the appointment or proposed appointment of a person is at issue (section 72).

[99] The manufacture of documents and their misuse in an appointment process are very serious allegations that could lead to the candidate being disqualified for fraud if the appointment process is still in progress or revocation of the appointment if he or she has already been appointed. This is clearly stated in section 69 of the PSEA, which requires that the Commission "investigate" in such a case.

[100] In *Belzile*, above, the Court decided that the scheme established under subsections 6(2) and (3) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 6] of the former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, favoured "greater procedural protection". Those provisions, even though written differently, were similar to sections 66 and 67 of the PSEA, which address situations of error, omission

[97] Le contenu du devoir d'agir équitablement varie selon le contexte et il faut d'abord considérer les critères énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) : nature de la décision et processus pour y parvenir; régime législatif; importance de la décision pour les personnes visées; attentes légitimes de la personne affectée par l'enquête; respect du choix des procédures.

*Le régime législatif et la nature de la décision*

[98] L'article 69 se retrouve à la partie 5 de la LEFP, qui comprend d'une part, les articles 66 à 73 traitant des enquêtes de la Commission sur les nominations, et d'autre part, les articles 74 à 87 traitant des plaintes relatives aux nominations et aux révocations pouvant être portées devant le Tribunal de la dotation de la fonction publique créé en vertu de la partie 6 [articles 88 à 110] de la LEFP. Rappelons que les enquêtes menées par la Commission sur les nominations représentent un important outil de surveillance qui aide à gérer le système de dotation et à assurer le caractère impartial de la fonction publique. De plus, le droit de présenter des observations est législativement reconnu lorsque sont en cause la nomination ou la proposition de nomination d'une personne (article 72).

[99] La fabrication de documents et leur utilisation trompeuse dans le cadre d'un processus de nomination sont des allégations très graves pouvant entraîner la disqualification pour fraude du candidat si le processus de nomination est encore en cours, voire la révocation de sa nomination si celui-ci a déjà été nommé. C'est ce qu'énonce clairement l'article 69 de la LEFP, qui exige la tenue en pareil cas d'une « enquête » de la Commission.

[100] Dans l'affaire *Belzile*, précitée, la Cour a décidé que le régime établi en vertu des paragraphes 6(2) et (3) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 6] de l'ancienne *Loi sur l'emploi de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, militait en faveur d'une « protection procédurale plus importante ». Ces dernières dispositions, bien que rédigées de façon différente, présentaient des similitudes

or improper conduct that may affect the selection of the person appointed or proposed for appointment.

[101] It must also be noted that the decision rendered by the Commission under section 69 is final and cannot be appealed. The situation is quite different when an internal appointment is revoked under section 67 (error, omission or improper conduct); the person whose appointment is revoked may in fact make a complaint to the Public Service Staffing Tribunal (section 74). However, the person suspected of fraud will not be in a position to apply to the Public Service Staffing Tribunal and call witnesses.

*Choice of procedures and legitimate expectations*

[102] The criterion of respect for the choices of procedure is not determinative (*Baker*, at paragraph 27).

[103] If it is true that the Commission is master of its own procedure and that its investigations must be conducted as informally and expeditiously as possible (subsection 70(2) of the PSEA), the Commission still has, in that respect, all the powers of a commissioner under Part II [sections 6 to 10] of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 (subsection 70(2) of the PSEA).

[104] The commissioner's quasi-judicial powers under the *Inquiries Act* are very broad. One can speak of inquisitorial powers. Thus, someone who is called as a witness cannot refuse to appear or to respond to questions addressed to him or her by the commissioner, and if the individual refuses to appear or to respond, the individual can be found guilty of contempt of court and be prosecuted criminally.

[105] As can be seen, the exercise of a commissioner's powers of compulsion by the Commission's investigator greatly facilitates the collection of evidence, in particular, evidence gathered from someone suspected of fraud,

avec les articles 66 et 67 de la LEFP, qui traitent des cas d'erreur, d'omission ou de conduite irrégulière ayant pu influencer sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée.

[101] Il faut également noter que la décision rendue par la Commission en vertu de l'article 69 est finale et sans appel. La situation est bien différente dans le cas d'une révocation de nomination interne prononcée en vertu de l'article 67 (erreur, omission ou conduite irrégulière); la personne dont la nomination est révoquée peut en effet présenter une plainte au Tribunal de la dotation de la fonction publique (article 74). Toutefois, la personne soupçonnée de fraude n'aura pas le loisir de s'adresser au Tribunal de la dotation de la fonction publique et de faire entendre des témoins.

*Choix des procédures et attentes légitimes*

[102] Le critère du respect du choix des procédures n'est pas déterminant (*Baker*, au paragraphe 27).

[103] S'il est vrai que la Commission est maître de sa procédure et que ses enquêtes doivent être menées dans la mesure du possible sans formalisme et avec célérité (paragraphe 70(2) de la LEFP), il n'empêche que la Commission dispose à ce chapitre des pouvoirs d'un commissaire nommé au titre de la partie II [articles 6 à 10] de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11 (paragraphe 70(2) de la LEFP).

[104] Or, les pouvoirs quasi judiciaires que possède un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes* sont très vastes. On peut parler de pouvoirs de nature inquisitoire. Ainsi, une personne qui est assignée à titre de témoin, ne peut refuser de comparaître ou de répondre aux questions que lui adresse le commissaire, et s'il refuse de se présenter ou de répondre, la personne peut être condamnée pour outrage au tribunal et être poursuivie au criminel.

[105] Comme on peut le constater, l'exercice des pouvoirs de contrainte d'un commissaire par l'enquêteur de la Commission facilite grandement la collection de la preuve, notamment celle recueillie auprès d'une

which could incriminate the person when he or she testifies before the investigator. However, regardless of the procedure chosen by the Commission (or its investigator), it is necessary for the investigative means used in such a case to respect the individual's legitimate expectations in terms of integrity, fairness, respect and transparency.

[106] In that respect, the mission statement published on the Commission's Web site clearly states that "[i]n serving Parliament and Canadians, [the Commission is] guided by and proudly adhere[s] to the following values":

- **Integrity** in our actions;
- **Fairness** in our decisions;
- **Respect** in our relationships; and
- **Transparency** in our communication. [Boldface in original.]

[107] Fraud investigations conducted by the Commission are not public. The evidence gathered during the investigation remains confidential unless the investigator decides to disclose it to an interested party or a witness who was summoned to an interview. There is therefore a *quid pro quo* to the exercise of the investigator's absolute power to compel a person suspected of fraud to testify against his or her will: the investigator must adhere to the rules of fair play with respect to the individual. It is not a cat and mouse game with the witnesses: beyond the negative inferences that the investigator can draw with respect to a person's testimony is the issue of incrimination. Is the person summoned a mere witness or the principal subject of the investigation?

[108] No matter who the witness is, a person summoned to an interview must be made aware of the suspicions weighing against him or her, and even have access to documents relevant to the investigation. A witness must be able to, if applicable, invoke the protection granted to him or her under section 5 [as am. by S.C. 1997, c. 18, s. 116] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, even though it no longer seems really necessary because of section 13 of the *Canadian*

personne soupçonnée de fraude, qui pourra s'incriminer lorsqu'elle témoigne devant l'enquêteur. D'un autre côté, peu importe la procédure choisie par la Commission (ou son enquêteur), il est nécessaire que les moyens d'enquête mis en œuvre en pareil cas respectent les attentes légitimes de la personne en termes d'intégrité, de justice, de respect et de transparence.

[106] À ce chapitre, dans l'énoncé de mission publié sur le site Web de la Commission, il est clairement indiqué que « [p]our servir le Parlement et les Canadiens, [la Commission est guidée] par les valeurs suivantes, auxquelles [elle adhère] avec fierté »:

- **Intégrité** dans nos actes;
- **Justice** dans nos décisions;
- **Respect** dans nos relations;
- **Transparence** dans nos communications. [En caractère gras dans l'original.]

[107] Les enquêtes que mène la Commission en matière de fraude ne sont pas publiques. La preuve recueillie durant l'enquête demeure confidentielle à moins que l'enquêteur ne décide d'en communiquer la teneur à une partie intéressée ou un témoin qui a été convoqué à une entrevue. Il existe donc un *quid pro quo* à l'exercice du pouvoir absolu de l'enquêteur de contraindre une personne soupçonnée de fraude à témoigner contre son gré, c'est que l'enquêteur respecte les règles du « *fair play* » à son endroit. Il ne s'agit pas de jouer au chat et à la souris avec les témoins : au-delà des inférences négatives que l'enquêteur peut tirer à l'endroit du témoignage d'une personne, il y a la question de l'incrimination. La personne assignée est elle un simple témoin ou le sujet principal de l'enquête?

[108] Tout témoin qu'elle soit, la personne convoquée à une entrevue doit pouvoir connaître les soupçons pesant contre elle, voire obtenir communication des documents pertinents à l'enquête. Un témoin doit pouvoir, le cas échéant, invoquer la protection que lui confère l'article 5 [mod. par L.C. 1997, ch. 18, art. 116] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, même si cela ne semble plus vraiment nécessaire depuis qu'existe l'article 13 de la *Charte canadienne des droits*

*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]] (Charter). On this point, see *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

*Distinguishing the Canadian Human Rights Commission*

[109] The purpose of sections 66 to 73 of the PSEA is very different from the complaints and investigation regime established under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA). Furthermore, the legitimate expectations of a person who is suspected of fraud in an investigation conducted under the authority of section 69 of the PSEA are much greater than in a discrimination case.

[110] The Commission's decision pursuant to section 69 of the PSEA is of some consequence. When it makes an order following an investigation, the Commission must have more than "reasonable grounds" to believe that fraud was committed by the individual affected. It must be "satisfied" of the person's guilt. Thus, the Court decided in *Challal*, at paragraphs 26 to 31, that, in law, it is the civil standard of proof on a balance of probabilities that must apply when the Commission's investigator is asked to determine whether fraud has been committed by a candidate (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraphs 26 and 40).

[111] The Supreme Court of Canada in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, identified the filtering role that the Canadian Human Rights Commission (CHRC) plays under the provisions of the CHRA. In fact, it does not determine rights, but simply decides if the discrimination complaint should be referred to the Canadian Human Rights Tribunal.

[112] Justice Sopinka, speaking for the majority, stated the following in pages 898 and 899:

*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]] (Charte). Voir à ce sujet *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

*Distinction avec la Commission canadienne des droits de la personne*

[109] L'objet des articles 66 à 73 de la LEFP est bien différent du régime de plaintes et d'enquête établi en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP). De plus, les attentes légitimes d'une personne qu'on soupçonne de fraude lors d'une enquête conduite sous l'autorité de l'article 69 de la LEFP sont beaucoup plus importantes que dans une affaire de discrimination.

[110] La décision de la Commission en vertu de l'article 69 de la LEFP porte à conséquence. Lorsqu'elle rend une ordonnance à la suite d'une enquête, la Commission doit avoir plus que des « motifs raisonnables » de croire qu'une fraude a été commise par l'individu visé. Elle doit être « convaincue » de sa culpabilité. Ainsi, la Cour a décidé dans la décision *Challal*, aux paragraphes 26 à 31, qu'en droit, c'est la norme de preuve civile de la prépondérance des probabilités qui doit s'appliquer lorsque l'enquêteur de la Commission est appelé à déterminer si une fraude a été commise par un candidat (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux paragraphes 26 et 40).

[111] La Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, a bien circonscrit le rôle de filtre qu'exerce la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) en vertu des dispositions de la LCDP. En effet, cette dernière ne tranche pas des droits, mais décide seulement s'il y a lieu que la plainte de discrimination soit référée au Tribunal canadien des droits de la personne.

[112] Le juge Sopinka, parlant au nom de la majorité, explique aux pages 898 et 899 :



The investigator, in conducting the investigation, does so as an extension of the Commission. I do not regard the investigator as someone independent of the Commission who will then present evidence as a witness before the Commission. Rather the investigator prepares a report for the Commission. This is merely an example of the principle that applies to administrative tribunals, that they do not have to do all the work themselves but may delegate some of it to others. Although s. 36 does not require that a copy of the report be submitted to the parties, that was done in this case.

Section 36(3) provides for two alternative courses of action upon receipt of the report. The Commission may either adopt the report “if it is satisfied” that the complaint has been substantiated, or it may dismiss the complaint if “it is satisfied that the complaint has not been substantiated”. If the report is adopted, I presume that it is intended that a tribunal will be appointed under s. 39 unless the complaint is resolved by settlement. I come to this conclusion because otherwise there is no provision for any relief to the complainant consequent on adoption of the report. This aspect of the Commission’s procedure has been clarified by amendments to the Act (S.C. 1985, c. 26, s. 69). The current version of s. 36(3) is contained in s. 44(3) of the R.S.C., 1985, c. H-6 (as amended by c. 31 (1st Supp.), s. 64) and now provides that, upon receipt of the report of the investigator, the Commission may request the appointment of a tribunal if it is satisfied that, having regard to all the circumstances, an inquiry into the complaint is warranted.

The other course of action is to dismiss the complaint. In my opinion, it is the intention of s. 36(3)(b) that this occur where there is insufficient evidence to warrant appointment of a tribunal under s. 39. It is not intended that this be a determination where the evidence is weighed as in a judicial proceeding but rather the Commission must determine whether there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the next stage. It was not intended that there be a formal hearing preliminary to the decision as to whether to appoint a tribunal. Rather the process moves from the investigatory stage to the judicial or quasi-judicial stage if the test prescribed in s. 36(3)(a) is met. Accordingly, I conclude from the foregoing that, in view of the nature of the Commission’s function and giving effect to the statutory provisions referred to, it was not intended that the Commission comply with the formal rules of natural justice. In accordance with the principles in *Nicholson, supra*, however, I would supplement the statutory provisions by requiring the Commission to comply with the rules of procedural fairness.

[113] Furthermore, the judgments rendered by the Court in *Greaves v. Air Transat*, 2009 FC 9, 343 F.T.R.

L’enquêteur qui mène l’enquête le fait en tant que prolongement de la Commission. Pour ma part, je ne considère pas l’enquêteur comme une personne indépendante de la Commission qui présente des preuves en témoignant devant elle. Ce qui arrive plutôt c’est que l’enquêteur établit un rapport à l’intention de la Commission. C’est là simplement une illustration du principe qui s’applique aux tribunaux administratifs, savoir qu’ils ne sont pas tenus de s’acquitter eux-mêmes de la totalité de leurs tâches, mais peuvent en déléguer une partie à d’autres. Bien que l’art. 36 n’exige pas la remise d’une copie du rapport aux parties, cela a été fait en l’espèce.

Le paragraphe 36(3) prévoit deux possibilités sur réception du rapport. La Commission peut adopter le rapport si elle est « convaincue » que la plainte est fondée ou bien rejeter la plainte si elle « est convaincue [...] que la plainte n’est pas fondée ». Je présume que, dans l’hypothèse de l’adoption du rapport, un tribunal est alors constitué en vertu de l’art. 39, à moins qu’intervienne un règlement de la plainte. J’arrive à cette conclusion parce qu’aucun autre redressement n’est prévu pour le plaignant à la suite de l’adoption du rapport. Cet aspect de la procédure devant la Commission a été élucidé par des modifications apportées à la Loi (S.C. 1985, chap. 26, art. 69). La version actuelle du par. 36(3) se trouve au par. 44(3) des L.R.C. (1985), chap. H-6 (modifié par chap. 31 (1<sup>er</sup> supp.), art. 64) qui dispose que, sur réception du rapport de l’enquêteur, la Commission peut demander la constitution d’un tribunal si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances, l’examen de la plainte est justifié.

L’autre possibilité est le rejet de la plainte. À mon avis, telle est l’intention sous-jacente à l’al. 36(3)(b) pour les cas où la preuve ne suffit pas pour justifier la constitution d’un tribunal en application de l’art. 39. Le but n’est pas d’en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans des procédures judiciaires; la Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l’étape suivante. L’intention n’était pas non plus de tenir une audience en règle avant de décider de l’opportunité de constituer un tribunal. Au contraire, le processus va du stade de l’enquête au stade judiciaire ou quasi judiciaire dès lors qu’est rempli le critère énoncé à l’al. 36(3)(a). Je conclus donc de ce qui précède que, compte tenu de la nature du rôle de la Commission et suivant les dispositions susmentionnées, il n’y a aucune intention d’astreindre la Commission à l’observation des règles formelles de la justice naturelle. Conformément aux principes posés dans l’arrêt *Nicholson*, précité, cependant, je complérais les dispositions législatives en exigeant que la Commission observe les règles de l’équité procédurale.

[113] Aussi, les jugements rendus par la Cour dans les affaires *Greaves c. Air Transat*, 2009 CF 9, et *Murray c.*



9, and *Murray v. Canada (Human Rights Commission)*, 2002 FCT 699, which the respondent relies on, do not apply in this case. It must also be noted that, in discrimination cases where an investigation is conducted by the CHRC, the respondent is normally a corporation or a government institution. Unlike individuals who are investigated under section 69 of the PSEA, employers accused of discrimination have numerous financial and human resources at their disposal to contest the discrimination allegations that the victim has made. Moreover, when the CHRC decides to refer a complaint to the Canadian Human Rights Tribunal (CHRT), the employer will have the opportunity to call witnesses and rebut the allegations of the CHRC if it chooses to be a party before the CHRT.

*Significant implications on individuals*

[114] The impugned decision and the impugned investigation report negatively and directly affect the public servants involved in various ways.

[115] First, regarding their current employment, like a sword of Damocles, the fact that the Commission sent the impugned investigation report to the employers is an invitation for them to, sooner or later, take disciplinary action against the public servants concerned on the basis of the analysis and findings in the impugned investigation report.

[116] In passing, one of the fundamental problems in this case is that the impugned investigation report, that is, the investigation report dated June 10, 2010, containing the investigator's analysis and findings, was not submitted to the applicant for comments before it was presented to the Commission for final approval. More will be said about this fatal flaw later.

[117] Second, the transfer or advancement opportunities within the public service for the public servants involved are extremely limited by the condition of obtaining written permission from the Commission to participate in a competition.

*Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2002 CFPI 699, qu'invoque le défendeur, sont inapplicables en l'espèce. Il faut également souligner que dans les affaires de discrimination où une enquête est menée par la CCDP, le défendeur sera normalement une personne morale ou une institution fédérale. Or, contrairement aux individus faisant l'objet d'une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP, les employeurs accusés de discrimination ont à leur disposition de nombreuses ressources financières et humaines pour contester les allégations de discrimination dont se plaint la victime. D'ailleurs, lorsque la CCDP décide de renvoyer une plainte au Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP), l'employeur aura l'occasion de faire entendre des témoins et de réfuter les allégations de la CCDP si celle-ci choisit d'être une partie devant le TCDP.

*Répercussions très importantes sur les individus*

[114] La décision contestée et le rapport d'enquête contesté affectent directement et de façon négative les fonctionnaires visées, et ce, de diverses manières.

[115] Tout d'abord, au niveau de leur emploi actuel, telle une épée de Damoclès, la transmission par la Commission du rapport d'enquête contesté aux employeurs est une invitation pour qu'ils prennent tôt ou tard des mesures disciplinaires contre les fonctionnaires visées sur la base de l'analyse et des conclusions contenues dans le rapport d'enquête contesté.

[116] Au passage, l'un des problèmes fondamentaux dans ce dossier, c'est que le rapport d'enquête contesté, c'est-à-dire l'« Investigation Report » daté du 10 juin 2010, contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur, n'a jamais été soumis préalablement à la demanderesse pour commentaires avant sa présentation à la Commission pour approbation finale. Nous reviendrons sur ce vice fatal plus loin.

[117] Deuxièmement, les perspectives de transfert ou de promotion des fonctionnaires visées au sein de la fonction publique sont sévèrement limitées par la condition de demander la permission écrite de la Commission pour participer à un concours.

[118] Third, not only is the impugned investigation report sent to the RCMP for the purposes of possible criminal prosecution, but also “any other relevant information” gathered by the Commission. That could mean the entire investigation record, which includes the testimony of the public servants involved—because the Commission did not indicate otherwise in its decision. Section 133 of the PSEA reads as follows:

Fraud **133.** Every person who commits fraud in any appointment process is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[119] The sending of “any other relevant information” to the RCMP also seems like a paradox in this case because when the impugned decision was made, the documents and testimony gathered by the investigator had not been communicated to the public servants involved. The applicant would have had to file this application for judicial review and request that they be filed in the Court’s Registry under rules 317 and 318 [of the Rules] for her and her counsel to have access to the said documents and testimony.

[120] Furthermore, the lawfulness of sending the public servants’ incriminating testimony for criminal prosecution purposes must be seriously questioned. In fact, section 13 of the Charter is clear: “A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.”

[121] Fourth, in the letter of transmittal dated August 10, 2010, of the Commission’s final decision on corrective actions, the Director of Investigations stated the following to the applicant:

The purpose of this letter is to inform you of the final decision on corrective actions taken by the Public Service Commission of Canada (PSC), following its investigation into the appointment process number 2006-SVC-IA-HQ-95563.

...

[118] Troisièmement, non seulement le rapport d’enquête contesté est transmis à la GRC aux fins d’une poursuite criminelle éventuelle, mais également « toute information pertinente » recueillie par la Commission. Aussi bien dire que tout le dossier d’enquête, est visé, ce qui inclut ici le témoignage des fonctionnaires visées — la Commission n’ayant donné aucune indication contraire dans sa décision. L’article 133 de la LEFP se lit comme suit :

**133.** Quiconque commet une fraude dans le cadre d’une procédure de nomination est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Fraude

[119] La transmission de « toute information pertinente » à la GRC apparaît également comme un paradoxe dans ce dossier, puisque dans les faits, au moment où la décision contestée a été rendue, les documents et les témoignages recueillis par l’enquêteur n’avaient jamais été communiqués préalablement aux fonctionnaires visées. Il aura fallu que la demanderesse dépose la présente demande de contrôle judiciaire et exige leur production au greffe de la Cour en vertu des règles 317 et 318 [des Règles] pour que la demanderesse et son avocat aient accès auxdits documents et témoignages.

[120] De plus, il faut sérieusement s’interroger sur la légalité de la transmission des témoignages incriminants des fonctionnaires visées, pour fins de poursuite criminelle. En effet, l’article 13 de la Charte est clair : « Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoires. »

[121] Quatrièmement, dans la lettre de transmission en date du 10 août 2010 de la décision finale de la Commission sur les mesures correctives, la directrice des enquêtes indique à la demanderesse :

[TRADUCTION] Le but de la présente lettre est de vous informer de la décision finale prise par la Commission de la fonction publique du Canada (CFP) sur les mesures correctives, à la suite de son enquête sur le processus de nomination numéro 2006-SVC-IA-HQ-95563.

[...]

As previously advised, the PSC may decide to publish an investigation summary, which may include names and personal information. In accordance with section 19 of the *Public Service Employment Regulations*, the PSC has the discretionary authority to disclose personal information obtained in the course of an investigation. The Regulations require that the PSC consider whether the public interest in disclosure outweighs privacy interests. Should the PSC consider exercising its discretion with respect to disclosure of personal information; you will be consulted and given an opportunity to comment.

[122] Canadian case law has traditionally recognized the central role of work as an element of an individual's dignity: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 2 S.C.R. 381; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 104.

[123] However, it can be said that the reputation of the public servants involved is likely to be irrevocably damaged by the public release of the impugned decision and the impugned investigation report (even in a summarized form). In fact, it must be noted that summaries of investigation reports by the Commission may be published on its Web site. "An honorable reputation is a second patrimony" (Publilius Syrus, *Sentences* [Paris: Les Belles lettres, 2011]); nevertheless, in only a few seconds, the Web can destroy someone's reputation with a single click.

[124] The primary asset, if not the sole asset, of a public servant is his or her integrity. Fraud is the ultimate accusation that can lead to the highest form of punishment: the loss of confidence by the employer and the public in the personal integrity of the public servant. In situations where the Commission decides to disclose the name of the person involved (disclosure summaries section), the individual's personal participation in the fraud committed is publicly exposed, which, of course, will have a considerable impact on his or her reputation and future employment opportunities.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la CFP peut décider de publier un résumé de l'enquête, qui peut inclure des noms et des renseignements personnels. Conformément à l'article 19 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, la CFP a le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels obtenus dans le cadre d'une enquête. Le Règlement exige que la CFP examine si des raisons d'intérêt public l'emportent sur la protection de la vie privée. Si la CFP devait envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de communication de renseignements personnels, vous serez consultée et aurez l'occasion de fournir vos commentaires.

[122] D'une part, la jurisprudence canadienne reconnaît traditionnellement le rôle central du travail en ce qui a trait à la dignité de la personne : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 368; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 2 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 104.

[123] D'autre part, on peut dire que la réputation des fonctionnaires visées risque d'être irrémédiablement atteinte par la diffusion publique de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté (ne serait-ce sous la forme d'un résumé). En effet, faut-il le rappeler, les résumés des rapports d'enquête de la Commission peuvent être publiés sur son site Web. « Une bonne réputation est un second patrimoine » (Publilius Syrus, *Sentences* [Paris: Les Belles lettres, 2011]); pourtant, en quelques secondes seulement, le Web peut détruire la réputation d'une vie d'un seul clic.

[124] Or, le principal actif, sinon le seul, d'un fonctionnaire, c'est son intégrité. La fraude constitue l'accusation suprême pouvant entraîner la peine capitale : la perte de confiance de l'employeur et du public dans l'intégrité personnelle du fonctionnaire. Dans le cas où la Commission décide de dévoiler le nom d'une personne visée (section des résumés divulgués), sa participation personnelle à la fraude commise est publiquement exposée, ce qui bien entendu, aura un impact considérable sur sa réputation et ses chances d'emploi futur.

[125] It is true that, technically speaking, the public servants affected by the impugned order have the right to be presumed innocent. Nonetheless, in the minds of the public or an employer—for which the legal subtleties are often incomprehensible—the public servants affected are “guilty of fraud”, even if their guilt was not established beyond a reasonable doubt before a criminal court. Furthermore, certain public summaries state that the Commission found specific named individuals “to have committed fraud”: Ms. Marin-Vuletic—investigation report 2010-CSD-00088.10365/2010-CSD-00089.10367; Ms. Vuletic—investigation report 2010-CSD-00088.10366/2010-CSD-00089.10368 and Ms. Lavoie—investigation report 2008-IPC-00333.6908.

*Finding on the application of the Baker criteria*

[126] For all of the above-mentioned reasons, I am of the opinion that the Commission’s exercise of the power set out in section 69 of the PSEA justifies “greater procedural protection”. The very seriousness of the grounds raised in section 69 of the PSEA, that is, fraud, and the impact on individuals are even more severe than those noted by the Court in *Belzile*.

[127] After weighing each of the factors listed in *Baker*, I find that the procedure put in place by the Commission, more specifically with respect to the investigation phase—which is crucial—does not respect the legitimate expectations of individuals suspected of fraud and is seriously flawed. In the applicant’s case, the evidence on the failure to comply with the principles of procedural fairness is overwhelming, and one has to wonder how the respondent, on behalf of the Commission, can defend the indefensible before the Court, even in the name of public interest.

[125] Il est vrai que, techniquement parlant, les fonctionnaires visées par l’ordonnance contestée ont le droit d’être présumées innocentes. Il n’empêche, dans l’esprit du public ou d’un employeur — pour qui les subtilités d’ordre juridique sont souvent incompréhensibles — les fonctionnaires visées sont « coupables de fraude », même si leur culpabilité n’a pas été établie hors de tout doute devant une cour criminelle. D’ailleurs, dans certains résumés publics, on peut lire que la Commission « a déclaré coupable de fraude » telle ou telle personne nommément désignée : M<sup>me</sup> Marin-Vuletic — Rapport d’enquête 2010-CSD-00088.10365/2010-CSD-00089.10367; M<sup>me</sup> Vuletic — Rapport d’enquête 2010-CSD-00088.10366/2010-CSD-00089.10368 et M<sup>me</sup> Lavoie — Rapport d’enquête 2008-IPC-00333.6908.

*Conclusion sur l’application des critères de l’arrêt Baker*

[126] Pour tous les motifs mentionnés plus haut, je suis d’avis que l’exercice par la Commission du pouvoir prévu à l’article 69 de la LEFP justifie une « protection procédurale accrue ». La gravité même des motifs invoqués à l’article 69 de la LEFP, soit la fraude, et les conséquences sur les individus sont encore plus sévères que celles ayant été notées par la Cour dans l’affaire *Belzile*.

[127] Ayant pondéré chacun des facteurs énumérés à l’arrêt *Baker*, j’en viens à la conclusion que la procédure mise en place par la Commission, plus particulièrement au niveau de la phase d’enquête — qui est cruciale — ne respecte pas les attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude et est gravement déficiente. Dans le cas de la demanderesse, les preuves de non-respect des principes d’équité procédurale sont accablantes, et c’est à se demander, comment le défendeur, au nom de la Commission, peut se permettre de défendre devant la Cour l’indéfendable, et ce, même au nom de l’intérêt public.

*Evidence in the record*

[128] The only sworn evidence on the conduct of the investigation is the applicant's detailed affidavit dated October 17, 2010, which must be read in light of the material that is reproduced in the two volumes of the certified record filed by the Commission on October 6, 2010, following the request made under rules 317 and 318.

[129] In respect of the breach of procedural fairness, I find the applicant entirely credible. In particular, I accept the allegations in paragraphs 10 to 15, 20 and 21 of her affidavit, which are not contradicted by the documentary evidence in the record.

[130] In this case, I have no reason to believe that the applicant is not telling the truth before this Court. I also accept that the personal or relevant information that could incriminate her was gathered by the investigator from DFAIT without her knowledge and without her being informed of the suspicions weighing against her. I also accept that it was only when she read the final report sent on June 10, 2010 (impugned investigation report), that the applicant truly learned that the purpose of the investigation, apparently conducted from August 16, 2009, to April 27, 2010, was also to determine whether she, specifically, had committed fraud.

[131] I also accept that during the interview the applicant provided a version of the facts to the investigator that she, at the time, could "supervise" the candidate's work even if she did not have the title of her "supervisor". Nevertheless, the investigator did not contact the applicant's "managers", which would have enabled her to gather essential information on her tasks and which was likely to corroborate the information she had provided as part of the investigation.

[132] I also accept that the evidence of fraud—contradicted by the applicant's testimony—accepted by the investigator is based on what the applicant may have said to Ms. Cousineau, and, specifically, on what she stated in her handwritten notes (hearsay evidence, the

*Preuves au dossier*

[128] La seule preuve assermentée touchant la conduite de l'enquête se trouve à être l'affidavit circonstancié de la demanderesse en date du 17 octobre 2010, et qu'il faut lire à la lumière des documents qui sont reproduits dans les deux volumes du dossier certifié produit par la Commission le 6 octobre 2010, suite à la demande formulée en vertu des règles 317 et 318.

[129] Sur la question de la violation de l'équité procédurale, je trouve la demanderesse entièrement crédible. En particulier, j'accepte notamment les allégations aux paragraphes 10 à 15, 20 et 21 de son affidavit et qui ne sont pas contredites par la preuve documentaire au dossier.

[130] En l'espèce, je n'ai aucune raison de croire que la demanderesse ne dit pas la vérité devant cette Cour. J'accepte aussi que de l'information personnelle ou pertinente pouvant l'incriminer a été recueillie par l'enquêteur auprès du MAÉCI, hors sa connaissance, et sans qu'elle ait été informée des soupçons pesant contre elle. J'accepte également que c'est seulement au moment où elle a pris connaissance du rapport final transmis le 10 juin 2010 (le rapport d'enquête contesté) que la demanderesse a véritablement su que l'enquête, apparemment conduite du 16 août 2009 au 27 avril 2010, avait également pour objet de déterminer si elle avait personnellement commis une fraude.

[131] J'accepte également que la demanderesse a offert lors de l'entrevue une version des faits à l'enquêteur, selon laquelle elle pouvait à l'époque « superviser » le travail de la candidate, et ce, même si elle n'était pas sa « superviseuse » en titre. Pourtant, l'enquêteur n'a pas eu de contact avec les « gestionnaires » de la demanderesse, ce qui lui aurait permis de recueillir des informations essentielles sur ses tâches et qui étaient de nature à corroborer les informations qu'elle avait fournies dans le cadre de l'enquête.

[132] J'accepte également que la preuve de fraude — contredite par le témoignage de la demanderesse — retenue par l'enquêteur, repose sur ce qu'aurait pu dire la demanderesse à M<sup>me</sup> Cousineau, et plus particulièrement sur ce qu'elle a consigné dans ses notes manuscrites

reliability of which was never really established). Nevertheless, the investigator did not disclose the relevant documents and Ms. Cousineau's testimony (or even a summary of it) before the interview.

[133] Today, the respondent would like the Court to accept the fact, much disputed according to the evidence, that, supposedly, [TRANSLATION] "the Commission never changed its mandate". Even if that is true, there were very serious breaches to procedural fairness. In fact, the Commission completely lacked transparency, and the actions taken by the investigator, while being a source of substantial injustice to the applicant, seriously damaged the integrity of the investigation conducted in this case.

*Notice of investigation not involving the applicant specifically*

[134] On June 5, 2009, Marième Seck (candidate) was formally informed that an investigation would be taking place to determine whether she had committed fraud. The notice of investigation, signed by Suzanne Charbonneau, Director at the Commission's Investigations Directorate (Director), specified that the investigation would deal with the following allegations:

[TRANSLATION] There is reason to believe that fraudulent documents were submitted as part of these two appointment processes. More specifically, it would seem that the written references provided about you by Rose M'Kounga were written in whole or in part by your mother, Gisèle Seck, or yourself. Please find attached a copy of the information received.

[135] The Commission also sent a copy of the notice of investigation to PWGSC (the interested employer), which was treated as an interested party throughout the investigation concerning internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, the purpose of which was to fill an ES-5 level analyst position. In fact, the interested employer was specifically asked by the investigator to review and comment on the revised factual report dated April 29, 2010, as well as the corrective actions proposed on June 28, 2010, by the investigator following

(une preuve par ouï-dire dont la fiabilité n'a jamais été vraiment établie). Pourtant, l'enquêteur n'a jamais communiqué avant l'entrevue les documents pertinents et le témoignage de M<sup>me</sup> Cousineau (sinon un résumé de celui-ci).

[133] Le défendeur veut aujourd'hui faire accepter par la Cour le fait très contesté selon la preuve, que, soi-disant, « la Commission n'a jamais changé de mandat ». Même si cela est vrai, il y a eu de très graves accrocs à l'équité procédurale. Dans les faits, la Commission a totalement manqué de transparence et les actes posés par l'enquêteur, tout en étant source d'une grave injustice à l'endroit de la demanderesse, portent gravement atteinte à l'intégrité de l'enquête menée dans cette affaire.

*Avis d'enquête ne visant pas spécifiquement la demanderesse*

[134] Le 5 juin 2009, M<sup>me</sup> Marième Seck (candidate), est formellement avisée qu'une enquête aura lieu pour déterminer si elle a commis une fraude. L'avis d'enquête, signé par M<sup>me</sup> Suzanne Charbonneau, Directrice à la direction des enquêtes de la Commission (directrice), précise que l'enquête portera sur les allégations suivantes :

Il y a des motifs de croire que des documents frauduleux auraient été soumis dans le cadre de ces deux processus de nomination. Plus particulièrement, il semblerait que les références écrites fournies à votre sujet par Rose M'Kounga ont en fait été rédigées en tout ou en partie par votre mère, Gisèle Seck ou par vous-même. Vous trouverez en pièce jointe copie de l'information reçue.

[135] La Commission a également transmis copie de l'avis d'enquête à TPSGC (employeur intéressé), qui a été traité comme une partie intéressée tout au long de l'enquête visant le processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, qui visait à combler un poste d'analyste de niveau ES-5. Dans les faits, l'employeur intéressé a été notamment invité par l'enquêteur à réviser et commenter le rapport factuel modifié du 29 avril 2010, ainsi que les mesures correctives proposées le 28 juin 2010 par l'enquêteur, suite à la transmission de son



the transmittal of her final investigation report on June 10, 2010 (impugned investigation report).

[136] As will be seen below, the applicant was not entitled to such notice and was treated differently since the Commission's investigator decided to change the rules of the game at the very end of the investigation process, to the detriment of her duty to act fairly and the applicant's legitimate hopes, which warrants the intervention of the Court (*El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111).

*Legitimate hopes of the person suspected of fraud*

[137] As of June 5, 2009, the candidate was also informed via the notice of investigation of her right to be represented throughout the investigation by a person of her choice, while it was up to the person in charge of the investigation to establish the most appropriate approach for the conduct of the investigation. The applicant did not receive the same treatment and was excluded from the investigation process.

[138] In fact, the Commission's investigation was conducted in the form of "individual interviews" by Marie La Terreur, Manager, Investigations Support (investigator). Reference is made to interviews, but reference should instead be made to formal questioning sessions at which the person summoned is sworn and cannot refuse to answer the investigator's questions. From the start, the investigator confirmed that she would prepare separate reports for each appointment process: (1) a factual report addressing the highlights revealed during the interviews; and (2) a final report containing her conclusions and recommendations.

[139] There was therefore no indication that the investigation could also involve the applicant, as the impugned investigation report suggests. In fact, on August 6 and September 2, 2009, the investigator heard the respective evidence from the manager responsible for the appointment process, Franckel Meus, and from Ms. Cousineau, who was responsible for verifying some of the references submitted as part of the appointment

rapport d'enquête final en date du 10 juin 2010 (rapport d'enquête contesté).

[136] Comme nous le verrons plus loin, la demanderesse n'aura pas droit à un tel avis et elle sera traitée de façon différente, alors que l'enquêteur de la Commission décidera de modifier les règles de jeu à la toute fin du processus d'enquête, et ce, au détriment de son obligation d'agir de façon équitable et des espérances légitimes de la demanderesse, ce qui justifie l'intervention de la Cour (*El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111).

*Espérances légitimes de la personne soupçonnée de fraude*

[137] Dès le 5 juin 2009, la candidate est également avisée par l'avis d'enquête de son droit d'être représentée tout au long de l'enquête par une personne de son choix, alors qu'il incombera à la personne chargée de l'enquête d'établir quelle approche semble plus appropriée pour mener l'enquête. La demanderesse n'a pas eu le même traitement et a été tenue à l'écart du processus d'enquête.

[138] Dans les faits, l'enquête de la Commission a été menée sous forme d'« entrevues individuelles » par M<sup>me</sup> Marie La Terreur, Gestionnaire, soutien aux enquêtes (l'enquêteur). On parle d'entrevues, mais il faut plutôt parler d'interrogatoires formels où la personne convoquée est assermentée et ne peut pas refuser de répondre aux questions de l'enquêteur. Dès le début, l'enquêteur confirme qu'elle préparera des rapports distincts pour chaque processus de nomination : 1) un rapport factuel faisant état des faits saillants révélés lors des entrevues; et 2) un rapport final contenant les conclusions et les recommandations de l'enquêteur.

[139] Rien ne laissait donc présager que l'enquête pouvait porter également sur la demanderesse comme le laisse entendre le rapport d'enquête contesté. Dans les faits, l'enquêteur a recueilli le 6 août et le 2 septembre 2009 les témoignages respectifs du gestionnaire responsable du processus de nomination, Franckel Meus, et de M<sup>me</sup> Cousineau, qui était chargée de vérifier certaines des références soumises dans le cadre du

process. The investigator then confronted the candidate and Ms. M’Kounga, who were questioned on October 7 and December 1, 2009. On those two occasions, the candidate and Ms. M’Kounga were accompanied by a representative who, *inter alia*, raised the Commission’s lack of jurisdiction. All the individuals were questioned under oath.

*Factual report dated January 20, 2010*

[140] On January 20, 2010, as announced by the investigator, the “factual report” that summarizes the relevant facts of the investigation that emerged from the interviews was sent to the candidate, Ms. M’Kounga, Mr. Meus and Ms. Cousineau. In passing, there is no need to determine, as the candidate alleged in the other applications for judicial review, whether the investigator should have contacted her mother and obtained another version from her; she had apparently left Canada in August 2009 to live in Africa.

[141] Under the “Purpose of the Investigation” heading, the investigator specified the following:

The purpose of this investigation, undertaken pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act (PSEA)*, was to determine if fraud has occurred during internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, held by the Department of Public Works and Government Services Canada to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level. In particular, it is alleged that references provided by Rose M’Kounga concerning Ms. Marième Seck, a candidate in the appointment process, may have been written by the candidate’s mother, Gisèle Seck.

[142] Under the “Purpose of the Factual Report” heading, the investigator specified the following:

This factual report is disclosed to persons affected by the investigation so that they can provide their comments or any additional information that they believe is relevant.

[143] At the hearing before the Court, counsel for the respondent argued that an inference could be drawn from certain passages of the factual report dated January 20, 2010, that the applicant was also suspected

processus de nomination. Puis, l’enquêteur a confronté la candidate et M<sup>me</sup> M’Kounga, qui ont été interrogées les 7 octobre et 1<sup>er</sup> décembre 2009. À ces deux occasions, la candidate et M<sup>me</sup> M’Kounga étaient accompagnées d’un représentant qui a notamment soulevé l’incompétence de la Commission. Tous les individus ont été interrogés sous serment.

*Rapport factuel du 20 janvier 2010*

[140] Le 20 janvier 2010, tel qu’annoncé par l’enquêteur, le « rapport factuel » qui résume les faits pertinents à l’enquête ressortant des entrevues est transmis à la candidate, à M<sup>me</sup> M’Kounga, à M. Meus et à M<sup>me</sup> Cousineau. Au passage, il n’est pas nécessaire de déterminer, comme l’allègue la candidate dans les autres demandes de contrôle judiciaire, si l’enquêteur aurait dû rejoindre et recueillir autrement la version de sa mère qui avait apparemment quitté le Canada en août 2009 pour vivre en Afrique.

[141] Sous le titre « Purpose of the Investigation », l’enquêteur précise :

[TRADUCTION] Le but de cette enquête, menée en application de l’article 69 de la Loi sur l’emploi dans la fonction publique (LEFP), était de déterminer si une fraude a été commise au cours du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, tenu par le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada en vue de pourvoir un poste d’analyste de groupe et de niveau ES-5. En particulier, il est allégué que les références fournies par Rose M’Kounga concernant M<sup>me</sup> Marième Seck, candidate dans le processus de nomination, auraient été écrites par la mère de la candidate, Gisèle Seck.

[142] D’autre part, sous le titre « Purpose of the Factual Report », l’enquêteur précise :

[TRADUCTION] Ce rapport factuel est communiqué aux personnes touchées par l’enquête afin qu’elles puissent présenter leurs observations ou toute information supplémentaire qu’elles jugent pertinente.

[143] À l’audience devant la Cour, l’avocate du défendeur a fait valoir qu’on pouvait inférer de certains passages du rapport factuel du 20 janvier 2010 que la demanderesse était également soupçonnée de fraude et

of fraud and that the investigation was not complete. I do not share this view. First, the investigator did not send her factual report to the applicant. Second, upon reading the letters dated January 20, 2010, it is clear that the investigation was complete and that the investigator was ready to move to the second announced phase (analysis and conclusions).

[144] In fact, in the letters dated January 20, 2010, the candidate and Ms. M’Kounga (and Ms. Cousineau and Mr. Meus on the employer’s side) were asked to send their comments before February 5, 2010. Ms. Cousineau and Mr. Meus did not respond to the request. The candidate and Ms. M’Kounga, through their representative, made certain comments on the questionnaire that Ms. M’Kounga had completed in November 2007, without prejudice to the Commission’s lack of jurisdiction. The comments that were made had absolutely nothing to do with the applicant.

#### *Evidence of bad faith*

[145] In a dramatic turn of events, on March 10, 2010, a notice to appear at an interview with the investigator on March 23, 2010, was sent via e-mail to the applicant. That succinct message from Linda Constant, Case Management Officer with Investigations in the Commission (officer), simply included the following: [TRANSLATION] “details to follow”.

[146] Only the investigator could have explained this sudden reversal of position; the issue was never really addressed in either one of her reports. However, it is clear from the evidence in the record that the Commission’s investigator had a hidden agenda. In fact, the investigator was very careful not to reveal to the applicant, in a timely manner, her intentions and the evidence that she had already collected. Not only did the investigator lack transparency, but the series of events suggests that she acted in bad faith.

[147] The applicant explained in her affidavit that she did try to obtain relevant details with respect to her notice to appear before the investigator, but to no avail; all of her efforts were unsuccessful. In another brief

que l’enquête n’était pas complétée. Je ne suis pas de cet avis. D’une part, l’enquêteur ne transmet pas son rapport factuel à la demanderesse. D’autre part, à la lecture des lettres du 20 janvier 2010, on voit bien que l’enquête est complétée et que l’enquêteur s’apprête à passer à la deuxième phase annoncée (analyse et conclusions).

[144] En effet, dans les lettres du 20 janvier 2010, on invite la candidate, M<sup>me</sup> M’Kounga, et M<sup>me</sup> Cousineau et M. Meus du côté de l’employeur à transmettre leurs commentaires avant le 5 février 2010. M<sup>me</sup> Cousineau et M. Meus ne répondent pas à l’invitation. De leur côté, la candidate et M<sup>me</sup> M’Kounga, par l’entremise de leur représentant, apportent certaines précisions de fait touchant le questionnaire complété en novembre 2007 par M<sup>me</sup> M’Kounga, sans préjudice à l’absence de compétence de la Commission. Les précisions apportées n’ont absolument rien à voir avec la demanderesse.

#### *Preuve de mauvaise foi*

[145] Coup de théâtre, le 10 mars 2010, une convocation à se présenter à une entrevue le 23 mars 2010 devant l’enquêteur est adressée par courriel à la demanderesse. Dans cette missive laconique de M<sup>me</sup> Linda Constant, Agent de Gestion de cas à la Direction des enquêtes de la Commission (agent), il est seulement indiqué que « [l]es détails suivront ».

[146] Seul l’enquêteur aurait pu expliquer ce revirement subit de position; la question n’est jamais vraiment abordée dans l’un ou l’autre de ses rapports. Toutefois, il est clair selon la preuve au dossier que l’enquêteur de la Commission avait un « agenda caché » — si l’on peut se permettre d’emprunter ce calque tiré de la langue anglaise. En effet, l’enquêteur s’est bien gardé de révéler en temps utile à la demanderesse ses intentions et les preuves qu’il avait déjà recueillies. Non seulement l’enquêteur a-t-il manqué de transparence, mais la suite des choses permet de conclure qu’il a agi de mauvaise foi.

[147] La demanderesse explique dans son affidavit qu’elle a bien tenté d’obtenir des détails pertinents au sujet de sa convocation devant l’enquêteur, mais peine perdue, toutes ses démarches se sont soldées par un

e-mail, this one dated March 29, 2010, the Commission officer's only response was this:

This pertains to the ongoing investigation of Aida Marième Seck. I am not permitted to give you the details, however, you are requested to present yourself for an interview. Please confirm your availability as well as the language you wish to be interviewed in. If you decide on representation, please inform of the person's name and title.

Your cooperation in this matter is appreciated.

[148] Two days later, on March 31, 2010, the officer sent an official notice to appear to the applicant. She had to appear without fail before the investigator on April 27, 2010. The notice to appear still did not say exactly why the applicant was being summoned, other than that an investigation was being conducted under section 69 of the PSEA.

*Insufficiency of the notice to appear at the interview*

[149] At the hearing before this Court, counsel for the respondent stated emphatically that the official notice to appear was sufficient in this case because it contained the following information:

At the end of the investigation, the investigator will come to a conclusion on the matter. The investigator may make negative or adverse findings regarding any person involved regarding any person involved in the process or matter under investigation.

You may be represented or accompanied by a person of your choice. This person may be a union representative, a friend, a lawyer etc. If you decide that you want to be represented or accompanied by someone, please ensure that this person is available at the time and on the day mentioned above and inform us as soon as possible of this person's name and title.

The proceedings will be recorded and testimonies will be rendered under a solemn affirmation or oath. If you wish to testify under oath, you are required to bring with you a holy book or artifact of your choice (such as a Bible, a Koran etc.). Otherwise, a solemn affirmation will be administered.

échec. Dans un autre courriel laconique, celui-là du 29 mars 2010, l'agent de la Commission lui offre pour toute réponse :

[TRADUCTION] La présente se rapporte à l'enquête en cours mettant en cause Aida Marième Seck. Je ne suis pas autorisé à vous donner les détails; cependant, vous êtes priée de vous présenter à une entrevue. Veuillez confirmer votre disponibilité ainsi que la langue dans laquelle vous souhaitez être interviewée. Si vous décidez d'être représentée, veuillez nous faire connaître le nom et le titre de votre représentant.

Nous vous remercions vivement de votre coopération à ce sujet.

[148] Deux jours plus tard, le 31 mars 2010, l'agent transmet une convocation officielle à la demanderesse. Celle-ci devra se présenter sans faute devant l'enquêteur le 27 avril 2010. L'avis de convocation ne dit toujours pas pourquoi au juste la demanderesse est convoquée, sinon qu'une enquête est conduite en vertu de l'article 69 de la LEFP.

*Lacunes de l'avis de convocation à l'entrevue*

[149] À l'audition devant cette Cour, l'avocate du défendeur a soutenu avec force que l'avis de convocation officiel était suffisant en l'espèce parce qu'on y retrouve les mentions suivantes :

[TRADUCTION] À la fin de l'enquête, l'enquêteur en arrivera à une conclusion sur la question. L'enquêteur peut tirer des conclusions négatives ou défavorables concernant toute personne impliquée dans le processus ou l'affaire faisant l'objet de l'enquête.

Vous pouvez être représentée ou accompagnée par une personne de votre choix. Cette personne peut être notamment un représentant syndical, un ami ou un avocat. Si vous décidez d'être représentée ou accompagnée par quelqu'un, veuillez vous assurer que cette personne est disponible à l'heure et à la date mentionnées ci-dessus et nous informer dès que possible du nom et du titre de cette personne.

Les procédures seront enregistrées et les témoignages seront rendus sous affirmation solennelle ou sous serment. Si vous souhaitez témoigner sous serment, vous êtes tenue d'apporter un livre saint ou un objet de votre choix (comme une Bible, le Coran, etc.). Sinon, une affirmation solennelle sera administrée.

If you intend to present or to refer to documents, please bring 2 additional copies of these documents with you.

[150] The notice to appear dated March 31, 2010, is clearly insufficient. It must be stated again that it in no way mentions that the Commission suspected the applicant of fraud at that time. Furthermore, the general information given by the respondent is the same information that is in all of the Commission's notices to appear at an interview, whether or not the person summoned is suspected of fraud. Moreover, a similar notice to appear was addressed to the candidate for her interview on December 1, 2009, and the investigator also read a warning that was almost identical to the wording of the notice dated March 31, 2010, before starting to question Ms. Cousineau, Ms. M'Kounga and the candidate on September 2, October 7 and December 1, 2009.

*Failure to communicate essential evidence before the applicant's interview*

[151] In the alternative, the respondent maintains that the insufficiency of the notice dated March 31, 2010, caused no prejudice to the applicant. In fact, he states that she had every opportunity to give her own version of the facts during the interview with the investigator on April 27, 2010, if not after the investigator sent her a copy of her revised factual report dated April 29, 2010, for comments. By consulting that document and the differing explanations, the respondent argues that the nature of the investigation should have been obvious given that Ms. Cousineau herself had indicated that the applicant had been Ms. Seck's supervisor. Once again, this is a truncated argument that does not take the reality into consideration and unfortunately does not hold water.

[152] At the outset, it is important to reject any suggestion by the respondent that the procedure put in place by the investigator was consistent with the legitimate expectations of a person suspected of fraud. The evidence in the record shows that the investigator meticulously prepared each interview that was conducted in the case. In fact, Ms. La Terreur had a well-thought-out

Si vous avez l'intention de présenter des documents ou de vous y référer, veuillez apporter deux copies supplémentaires de ces documents avec vous.

[150] L'avis de convocation du 31 mars 2010 est nettement insuffisant. Faut-il le répéter, celui-ci ne mentionne d'aucune manière que la Commission soupçonne alors la demanderesse de fraude. D'autre part, les mentions générales invoquées par le défendeur sont celles que l'on retrouve dans tous les avis de convocation à une entrevue de la Commission, que la personne convoquée soit ou non soupçonnée de fraude. D'ailleurs, une convocation semblable avait été adressée à la candidate pour son entrevue du 1<sup>er</sup> décembre 2009, alors que l'enquêteur avait également lu une mise en garde à peu près identique au texte de l'avis du 31 mars 2010 avant que ne débute les interrogatoires de M<sup>me</sup> Cousineau, M<sup>me</sup> M'Kounga et la candidate, les 2 septembre, 7 octobre et 1<sup>er</sup> décembre 2009.

*Défaut de communiquer des éléments de preuve essentiels avant l'entrevue de la demanderesse*

[151] De façon subsidiaire, le défendeur soutient que l'insuffisance de l'avis du 31 mars 2010 n'a causé aucun préjudice à la demanderesse. En effet, on affirme que cette dernière a eu tout le loisir de présenter sa propre version des faits durant l'entrevue avec l'enquêteur le 27 avril 2010, sinon après que l'enquêteur lui ait transmis pour commentaires copie de son Rapport factuel révisé en date du 29 avril 2010. En consultant ce dernier document et les explications divergentes, le défendeur plaide que la nature de l'enquête aurait dû être évidente, vu que M<sup>me</sup> Cousineau avait elle-même indiqué que la demanderesse était la superviseuse de M<sup>me</sup> Seck. Encore une fois, il s'agit d'une argumentation tronquée qui ne tient pas compte de la réalité et qui ne tient malheureusement pas la route.

[152] Il faut d'emblée écarter toute suggestion du défendeur que la procédure mise en place par l'enquêteur était conforme aux attentes légitimes d'une personne qu'on soupçonne alors de fraude. La preuve au dossier révèle que l'enquêteur a minutieusement préparé chacune des entrevues qui ont été conduites dans le dossier. En effet, M<sup>me</sup> La Terreur avait un plan de match bien

game plan when she questioned the applicant on April 27, 2010. Not only did the investigator not want to disclose her suspicions in advance, but she kept two trump cards that she had every intention of using in the interview and thereafter against the applicant.

[153] Remember that in 2007 Ms. Cousineau was in charge of verifying some of the references submitted for the appointment process that was the subject of the Commission's investigation. After passing the written examination, Ms. Seck was asked to attend an interview and to provide references, which was done by e-mail on October 23, 2007.

[154] That e-mail, which, from the start of the investigation, was given to the investigator, is of paramount importance as the investigator relied on its content in her final report dated June 10, 2010, to find that the applicant had committed fraud. First, the candidate's e-mail mentioned the names of the applicant and Ms. M'Kounga as "supervisors". Second, the applicant's name as well as Ms. M'Kounga's appeared on the cc. line.

[155] The other trump card that the investigator held before the interview on April 27, 2010, was Ms. Cousineau's testimony, which relied on notes from a telephone conversation that she took in October 2007 when she contacted the applicant. According to Ms. Cousineau, the applicant told her that she had supervised Ms. Seck's work for two years. However, the applicant never had the title of the candidate's "supervisor" according to the information the investigator would have previously obtained from DFAIT.

[156] Once again, the investigator completely lacked transparency. Even though some of the investigator's questions were related to the candidate—for example, whether the applicant was aware that the candidate had pressed charges against her former director, Mr. Giroux, which may seem out of place—the true and, up until then, concealed purpose of the interview on April 27, 2010, was to incriminate the applicant. It was only then that the investigator gave the applicant the e-mail dated

arrêté lorsqu'elle a interrogé la demanderesse le 27 avril 2010. Non seulement l'enquêteur ne voulait pas dévoiler à l'avance ses soupçons, mais elle gardait dans son jeu deux cartes maîtresses qu'elle avait bien l'intention d'utiliser à l'entrevue et par la suite contre la demanderesse.

[153] Rappelons que M<sup>me</sup> Cousineau était chargée de vérifier en 2007 certaines des références soumises dans le cadre du processus de nomination visé par l'enquête de la Commission. Ayant réussi l'examen écrit, M<sup>me</sup> Seck a été invitée à passer une entrevue et à fournir des références, ce qui a été fait par l'envoi d'un courriel le 23 octobre 2007.

[154] Or, ce courriel — qui dès le début de l'enquête a été communiqué à l'enquêteur, est d'une importance capitale, car c'est sur son contenu que, dans son rapport final du 10 juin 2010, l'enquêteur se fonde pour conclure que la demanderesse a commis une fraude. D'une part, le courriel de la candidate mentionne les noms de la demanderesse et de M<sup>me</sup> M'Kounga à titre de « superviseuses ». D'autre part, le nom de la demanderesse apparaît en copie avec celui de M<sup>me</sup> M'Kounga.

[155] L'autre carte maîtresse que l'enquêteur détenait dans son jeu avant l'entrevue du 27 avril 2010, était le témoignage de M<sup>me</sup> Cousineau elle-même, qui s'appuie sur les notes d'une conversation téléphonique qu'elle aurait prises en octobre 2007 au moment où elle a contacté la demanderesse. Aux dires de M<sup>me</sup> Cousineau, la demanderesse lui aurait dit qu'elle avait supervisé le travail de M<sup>me</sup> Seck pendant deux ans. Or, la demanderesse n'avait jamais été la « superviseuse » en titre de la candidate selon les informations que l'enquêteur aurait par ailleurs obtenues au préalable du MAÉCI.

[156] Encore une fois, l'enquêteur a totalement manqué de transparence. Bien que certaines questions de l'enquêteur aient porté sur la candidate — par exemple, si la demanderesse était au courant que la candidate avait porté des accusations contre son ancien directeur, M. Giroux, ce qui peut sembler déplacé — l'objet véritable et jusqu'alors dissimulé de l'entrevue du 27 avril 2010 était d'incriminer la demanderesse. C'est seulement à ce moment-là que l'enquêteur remet à la



October 23, 2007, and the notes taken by Ms. Cousineau to confront her.

[157] In my view, the rules of procedural fairness required, at a minimum, that the investigator disclose, before the interview on April 27, 2010, the documentary evidence likely to be used in the interview, in this case the e-mail dated October 23, 2007, the handwritten notes by Ms. Cousineau, and since the summary or the full content of Ms. Cousineau's prior testimony had not been provided, the factual report dated January 20, 2010—to the extent that it contained relevant information in respect of which the investigator had the intention of questioning the applicant.

*Revised factual report dated April 29, 2010*

[158] On April 29, 2010, that is, only two days after the applicant was questioned, the investigator requested comments from the candidate, Ms. Cousineau, the PWGSC representatives and finally the applicant with respect to a “revised factual report”; all of their comments had to be submitted in writing before May 7, 2010. Once again, the content of that letter suggested that the investigator was finished and would soon move to the “analysis and conclusions” phase.

[159] It is important to note that the purpose of the investigation indicated in the revised factual report dated April 29, 2010, had not changed:

The purpose of this investigation, undertaken pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act (PSEA)*, was to determine if fraud has occurred during internal appointment process 2006-SVC-IA-HQ-95563, held by the Department of Public Works and Government Services Canada to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level. In particular, it is alleged that references provided by Rose M’Kounga concerning Ms. Marième Seck, a candidate in the appointment process, may have been written by the candidate’s mother, Gisèle Seck.

[160] It is apparent that there is no reference, directly, at least, to any fraud committed by the applicant, whose testimony could not be clearer: it was not because she had the title of the candidate’s “supervisor” that she provided a reference, but because she “supervised” and assessed

demanderesse, pour la confronter, le courriel du 23 octobre 2007 et les notes de M<sup>me</sup> Cousineau.

[157] À mon avis, les règles d'équité procédurale exigeaient, au minimum, que l'enquêteur communique avant l'entrevue du 27 avril 2010, les éléments de preuve documentaire susceptibles d'être utilisés à l'entrevue, en l'occurrence le courriel du 23 octobre 2007, les notes manuscrites de M<sup>me</sup> Cousineau, et à défaut de transmettre un résumé ou le contenu intégral du témoignage antérieur de M<sup>me</sup> Cousineau, le rapport factuel du 20 janvier 2010 — dans la mesure où celui-ci contient des informations pertinentes au sujet desquelles l'enquêteur avait l'intention d'interroger la demanderesse.

*Rapport factuel révisé du 29 avril 2010*

[158] Le 29 avril 2010, soit deux jours seulement après l'interrogatoire de la demanderesse, l'enquêteur transmet pour commentaires à la candidate, à M<sup>me</sup> Cousineau, aux représentants de TPSGC et enfin à la demanderesse un « rapport factuel révisé »; tous leurs commentaires doivent être faits par écrit avant le 7 mai 2010. Encore une fois, la teneur de cette lettre laisse entendre que l'enquête est terminée et que l'enquêteur va bientôt passer à la phase « analyse et conclusions ».

[159] Il est important de noter que l'objet de l'enquête indiqué au rapport factuel révisé du 29 avril 2010 n'a pas changé :

[TRADUCTION] Le but de cette enquête, menée en application de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP)*, était de déterminer si une fraude a été commise au cours du processus de nomination interne 2006-SVC-IA-HQ-95563, tenu par le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada en vue de pourvoir un poste d'analyste de groupe et de niveau ES-5. En particulier, il est allégué que les références fournies par Rose M’Kounga concernant M<sup>me</sup> Marième Seck, candidate dans le processus de nomination, auraient été écrites par la mère de la candidate, Gisèle Seck.

[160] Comme on peut le constater, il n'est pas question directement, du moins, d'une fraude commise par la demanderesse dont le témoignage ne peut être plus clair : ce n'est pas à titre de « superviseure » en titre de la candidate qu'elle a fourni des références, mais parce qu'elle

the quality of her work when she and the candidate worked together at DFAIT. Furthermore, the applicant had invited Ms. Cousineau to speak directly to the candidate's supervisor if she wanted more information.

[161] Under the circumstances, the applicant was entitled to legitimately expect that that would be the end of the matter; her testimony under oath was finished—it was not directly contradicted by other testimony reported in the revised factual report.

[162] However, Ms. Cousineau does not agree with the version given by the applicant, and, in an e-mail dated May 17, 2010—thus 10 days after the comments deadline—she completed her prior testimony with a series of factual statements that shed new light:

[TRANSLATION] I apologize for not replying by the deadline but, like I said, this is the busiest time of the year in our sector (PWGSC Treasury Board Submissions).

[ORIGINAL] I have read the Revised Factual Report provided to me with a letter dated April 29, 2010 seeking my feedback. I have no further comments regarding Mme M'Kounga's statements on the reference process for Marième Seck during the ES-05 staffing process in 2007.

I have read the additional information provided below by Mme Samatar as well as Mme Samatar's statements in the Revised Factual Report. I disagree with Mme Samatar's comment (#30 of the Revised Factual Report) that she was not aware that Mme Seck provided her name as a reference for the ES-05 staffing process. The first question I asked referees during the reference verification was, in fact, if they had directly supervised the candidate. I then confirmed where the referee currently worked, during which period they supervised the candidate and at which organization. The purpose of my call was clearly stated to Mme Samatar as I explained that I would be asking standard reference check questions and would need time to write Mme Samatar's responses to comply with the established process (as supported by my hand-written notes in the Reference Check questionnaire).

I am unable to confirm or deny Mme Samatar's statement about my sending her an electronic copy of the reference

a pu « superviser » et évaluer la qualité de son travail durant la période où la candidate et la demanderesse ont travaillé ensemble au MAÉCI. D'ailleurs, la demanderesse a invité M<sup>me</sup> Cousineau à parler directement au superviseur de la candidate si elle désirait plus d'informations.

[161] Dans les circonstances, la demanderesse peut légitimement s'attendre que ce sera la fin de l'affaire; son témoignage sous serment étant concluant — celui-ci n'étant pas directement contredit par les autres témoignages qui sont rapportés dans le rapport factuel révisé.

[162] Mais voilà, M<sup>me</sup> Cousineau n'est pas d'accord avec la version donnée par la demanderesse, et dans un courriel en date du 17 mai 2010 — donc 10 jours après la date de tombée des commentaires — elle complète son témoignage antérieur par une série d'affirmations de fait qui viennent apporter un nouvel éclairage :

Je m'excuse de ne pas avoir répondu par la date demandée mais tel que mentionné, ceci est la période la plus occupée de l'année de notre secteur (le Centre des Présentations au Conseil du Trésor de TPSGC).

[TRADUCTION] J'ai lu le rapport factuel révisé qui m'a été fourni accompagné d'une lettre datée du 29 avril 2010 dans laquelle on me demande de fournir de commentaires. Je n'ai pas d'autres commentaires sur les déclarations de M<sup>me</sup> M'Kounga sur le processus de référence pour Marième Seck au cours du processus de dotation ES-5 tenu en 2007.

J'ai lu les renseignements supplémentaires fournis ci-dessous par M<sup>me</sup> Samatar ainsi que les déclarations de M<sup>me</sup> Samatar dans le rapport factuel révisé. Je suis en désaccord avec les commentaires formulés par M<sup>me</sup> Samatar (commentaire n° 30 du rapport factuel révisé) selon lesquels elle ne savait pas que M<sup>me</sup> Seck avait fourni son nom comme référence pour le processus de dotation ES-05. La première question que j'ai posée aux références lors du processus de vérification était, en fait, si elles avaient supervisé directement la candidate. J'ai ensuite confirmé l'endroit où elles travaillaient à l'heure actuelle et je leur ai demandé durant quelle période elles avaient supervisé la candidate et dans quel organisme. Le but de mon appel a été clairement indiqué à M<sup>me</sup> Samatar; je lui ai expliqué que je poserais des questions standards de vérification des références et que j'aurais besoin de temps pour écrire ses réponses pour me conformer à la procédure établie (comme indiqué dans mes notes manuscrites dans le questionnaire de vérification des références).

Je suis incapable de confirmer ou d'infirmer la déclaration de M<sup>me</sup> Samatar sur le fait que je lui ai envoyé une copie

verification questionnaire. As you are aware, I left PWGSC just before the pool for this staffing process was established, and I returned to the same sector just over 1 year ago. As a result, my PWGSC e-mail account was closed and most of my e-mail was lost. However, as per my hand-written notes in the Reference Check questionnaire, since Mme Samatar and I conducted the reference check by telephone and discussed each question in the questionnaire, the purpose of my call was clear.

I hope this information is helpful and again, my apologies for the delay in responding.

Please don't hesitate to contact me if you have any additional questions.

[163] It is already very surprising that the investigator agreed to consider the late so-called comments by Ms. Cousineau—who would eventually have the last word in the case, when it was not Ms. Cousineau who was suspected of fraud. It is even more surprising that the investigator, without previously providing all of Ms. Cousineau's testimony to the applicant, was then inclined, in her final report dated June 10, 2010, to attach more weight to the new information in the nature of additional evidence. That type of conduct can give the impression that the investigator had a "double standard", and one may wonder whether there is a reasonable apprehension of bias, at least in appearance, and this is what matters in this type of case.

[164] In light of what was announced from the beginning by the investigator, the applicant was entitled to legitimately expect that, along the way, the investigator would not change the rules of the game. From the outset, the investigator was gathering evidence, other than purely documentary evidence, by means of interviews where the people questioned were duly sworn. At the very least, in the absence of giving that new evidence to the applicant, the investigator should have, once again, sent a revised factual report that incorporated the new information provided by Ms. Cousineau on May 17, 2010.

électronique du questionnaire de vérification des références. Comme vous le savez, j'ai quitté TPSGC juste avant que le bassin de candidats pour ce processus de dotation soit créé, et je suis revenue dans ce secteur il y a un peu plus d'un an. En conséquence, mon compte de messagerie de TPSGC a été fermé et la plupart de mes messages ont été perdus. Toutefois, selon mes notes manuscrites qui figurent dans le questionnaire de vérification des références, étant donné que M<sup>me</sup> Samatar et moi avons procédé à cette vérification des références par téléphone et examiné chaque question du questionnaire, le but de mon appel était clair.

J'espère que cette information est utile et encore une fois, je vous prie d'accepter mes excuses pour le retard de ma réponse.

N'hésitez pas à communiquer avec moi si vous avez d'autres questions.

[163] Il est déjà très surprenant que l'enquêteur ait accepté de considérer hors délai les soi-disant commentaires de M<sup>me</sup> Cousineau — qui aura finalement eu le dernier mot dans cette affaire, alors que ce n'est pas elle qui est soupçonnée de fraude. Il est encore plus surprenant que l'enquêteur, sans communiquer au préalable l'ensemble du témoignage de M<sup>me</sup> Cousineau à la demanderesse, veuille ensuite, dans son rapport final du 10 juin 2010, accorder un poids supérieur à des informations nouvelles de la nature d'une preuve additionnelle. Ce type de comportement peut donner l'impression que l'enquêteur a « deux poids, deux mesures », et on peut se demander s'il existe une crainte raisonnable de partialité, du moins en apparence, et c'est ce qui compte dans ce type de dossier.

[164] Compte tenu de ce qui avait été annoncé au départ par l'enquêteur, la demanderesse pouvait légitimement s'attendre qu'en cours de route, l'enquêteur ne changerait pas les règles du jeu. Depuis le début, l'enquêteur recueillait la preuve, autre que purement documentaire, par le biais d'entrevues où les personnes interrogées étaient dûment assermentées. Au minimum, à défaut de communiquer cette nouvelle preuve à la demanderesse, l'enquêteur aurait dû, une nouvelle fois, transmettre un rapport factuel révisé incorporant les informations nouvelles fournies par M<sup>me</sup> Cousineau le 17 mai 2010.

*Prejudice to the applicant*

[165] The Commission's investigation is not complete. For example, the actual description of the applicant's tasks at DFAIT (including any supervisory functions) could not have been established by Ms. Cousineau, Mr. Meus or the employer (PWGSC). This is a critical aspect.

[166] Let us note what the applicant wrote in paragraph 20 of her affidavit dated October 7, 2010:

[TRANSLATION] Throughout the investigation process, the investigator, Marie La Terreur, did not contact my managers to obtain qualitative information on my working relationships with clients. Such contact would have enabled the investigator to collect additional information and contact other people who would have either corroborated the information at her disposal or, at best, provided information that would have had a significant impact on the investigator's description of the facts and therefore on her conclusions about me.

[167] Any suggestion by the respondent that the investigator's approach did not cause prejudice to the applicant is completely refuted by the evidence in the record, and it is clear that very important aspects of the investigation seem to have been botched. This is obvious in the investigator's haste to finish with the applicant, who was questioned only two days before the revised factual report dated April 29, 2010.

*No communication of a draft that contained the investigator's analysis and conclusions*

[168] The respondent skilfully insists at paragraph 43 of his memorandum on the fact that [TRANSLATION] "[t]he investigator gave the applicant the opportunity to make comments on the revised factual report", which she did on May 7, 2010, and [TRANSLATION] "[t]he investigator gave the applicant the opportunity, on June 28, 2010, to make submissions against the proposed corrective actions".

[169] At the same time, the respondent is silent on a determinative element: the Commission's final approval on or around June 10, 2010, of the impugned investigation report without the applicant having had

*Préjudice causé à la demanderesse*

[165] L'enquête de la Commission n'est pas complète. Par exemple, la description réelle des tâches de la demanderesse au MAÉCI (incluant toute fonction de supervision) ne pouvait pas être établie par M<sup>me</sup> Cousineau, M. Meus ou l'employeur (TPSGC). C'est pourtant un aspect essentiel.

[166] Retenons ce qu'écrit la demanderesse au paragraphe 20 de son affidavit du 7 octobre 2010 :

Tout au long de son processus d'enquête, l'enquêtrice, Madame Marie La Terreur n'a pas eu de contact avec mes « managers » pour obtenir de l'information qualitative sur mes relations de travail avec les clients. Un tel contact aurait permis à l'enquêtrice de collecter des informations additionnelles et de contacter d'autres personnes qui auraient soit corroborer les informations en sa disposition soit, au mieux, auraient fourni des informations qui auraient eu un impact significatif sur la description des faits qu'a faite l'enquêtrice et donc sur les conclusions auxquelles l'enquêtrice est parvenue sur moi.

[167] Toute suggestion du défendeur à l'effet que la façon de procéder de l'enquêteur n'a pas causé de préjudice à la demanderesse est formellement démentie par la preuve au dossier, et il est clair que des aspects très importants de l'enquête semblent avoir été bâclés. Cela est manifeste dans la hâte de l'enquêteur d'en finir avec la demanderesse qui a été interrogée seulement deux jours avant le rapport factuel révisé du 29 avril 2010.

*Aucune communication d'un projet contenant l'analyse et les conclusions de l'enquêteur*

[168] De manière habile, le défendeur insiste au paragraphe 43 de son mémoire sur le fait que « [l']enquêteur a donné la chance à la demanderesse de faire des commentaires sur le Rapport factuel révisé », ce qu'elle a fait le 7 mai 2010, alors que « [l']enquêteur a donné la chance à la demanderesse le 28 juin 2010 de faire des submissions à l'encontre des mesures correctives proposées ».

[169] Du même coup, le défendeur passe sous silence un élément déterminant : l'approbation finale par la Commission, le ou vers le 10 juin 2010, du rapport d'enquête contesté, et ce, en l'absence de toute possibilité

the opportunity to comment on the investigator's final conclusions and analysis with respect to the alleged fraud in this case.

[170] Thus, in her letter dated June 10, 2010, to which the impugned investigation report is attached, the investigator informed the applicant of the following:

This is to inform you that the Investigations Directorate of the Public Service Commission (PSC) has now completed its investigation into internal appointment process number 2006-SVC-IA-HQ-95563, to fill a position of Analyst, at the ES-5 group and level, at the Department of Public Works and Government Services. The investigation was conducted pursuant to section 69 of the *Public Service Employment Act* (PSEA).

To that effect, please find enclosed the final investigation report, which sets out the facts, the analysis and the conclusion of the investigation. This report is "Protected B" and should only be disclosed, on a need to know basis, to authorized individuals.

The investigation has concluded that this matter is founded. This is the PSC's final decision for the investigation.

As previously advised, the PSC may decide to publish an investigation summary, which may include names and personal information. In accordance with section 19 of the *Public Service Employment Regulations*, the PSC has the discretionary authority to disclose personal information obtained in the course of an investigation. The Regulations require that the PSC consider whether the public interest in disclosure outweighs privacy interests. Should the PSC consider exercising its discretion with respect to disclosure of personal information you will be consulted and given an opportunity to comment.

Given that the investigation has concluded that this matter is founded, the PSC will now proceed to determine the corrective actions that it considers appropriate in the circumstances. You will receive shortly the proposed corrective actions for your comments. [Emphasis added.]

[171] An internal note in the record confirms that the Commission decided to approve the impugned investigation report and that that left only obtaining the Commission's approval with respect to the corrective actions proposed by the investigator and approved by the Director of Investigations. The impugned investigation

pour la demanderesse de commenter l'analyse et les conclusions finales de l'enquêteur au niveau de la fraude qui lui est reprochée en l'espèce.

[170] Ainsi, dans sa lettre du 10 juin 2010, à laquelle est joint le rapport d'enquête contesté, l'enquêteur avise la demanderesse :

[TRADUCTION] La présente est pour vous informer que la Direction des enquêtes de la Commission de la fonction publique (CFP) a terminé son enquête sur le processus de nomination interne n° 2006-SVC-IA-HQ-95563, qui avait pour but de pourvoir un poste d'analyste de groupe et de niveau ES-5 au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. L'enquête a été menée en vertu de l'article 69 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP).

À cet effet, vous trouverez ci-joint le rapport final d'enquête, qui expose les faits, l'analyse et la conclusion de l'enquête. Ce rapport est classé « Protégé B » et ne devrait être communiqué, selon le principe de connaissance sélective, qu'aux personnes autorisées.

Selon la conclusion de l'enquête, la présente affaire est fondée. Il s'agit de la décision finale de la CFP.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la CFP peut décider de publier un résumé de l'enquête, qui peut inclure des noms et des renseignements personnels. Conformément à l'article 19 du *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique*, la CFP a le pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements personnels obtenus dans le cadre d'une enquête. Le *Règlement* exige que la CFP examine si des raisons d'intérêt public l'emportent sur la protection de la vie privée. Si la CFP devait envisager d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de communication de renseignements personnels, vous serez consultée et aurez l'occasion de fournir vos commentaires.

Comme il a été conclu dans le cadre de l'enquête que la présente affaire était fondée, la CFP déterminera maintenant les mesures correctives qu'elle estime appropriées dans les circonstances. Vous serez informée sous peu des mesures correctives proposées pour vos commentaires. [Non souligné dans l'original.]

[171] Une note interne au dossier confirme que la Commission a décidé d'entériner le rapport d'enquête contesté et qu'il ne reste plus qu'à obtenir son approbation quant aux mesures correctives proposées par l'enquêteur et approuvées par la directrice des enquêtes. Le rapport d'enquête contesté en date du 10 juin 2010

report dated June 10, 2010, was “final”; it was not a simple reproduction of the revised factual report dated April 29, 2010, accompanied by a few factual additions suggested by the applicant, the interested employer and the other people to which it was addressed.

[172] The impugned investigation report constitutes both the investigator’s summary and the Commission’s final decision concerning the fraud committed by the public servants involved; the only thing left was for the Commission’s President to approve it. Once again, the differences between the impugned investigation report and the revised factual report are major. One can see—this is a first—that the purpose of the investigation was modified to include new allegations, including the fraud allegations against the applicant, whose guilt is now established. Furthermore, new sections were added to reflect the analysis of the evidence and the law applicable in this case.

[173] In fact, the applicant had no say in the second phase (analysis and conclusions) that the investigator announced at the start of her investigation during the summer of 2009. It must be noted that the impugned investigation report was final and would be sent—as we now know—to the employers of the public servants involved and to the RCMP. It could even be disclosed as a summary on the Web. So how could one imagine for one moment that the people directly affected by it would not receive and be able to comment on a draft of the final investigation report before it was submitted for approval to the Commission?

[174] To ask the question is to answer it at the same time.

*Too little, too late*

[175] There is a third phase in this case, that is, that of the corrective actions. Regarding the finding of fraud, everything was said, everything was confirmed, and despite all of the nice displays by counsel for the applicant, the Commission would remain inflexible; the impugned decision, which contains the corrective actions, would soon follow on August 9, 2010.

est « final »; ce n’est pas une simple reproduction du rapport factuel révisé du 29 avril 2010, agrémenté de quelques additions au niveau factuel ayant pu être suggérées par la demanderesse, l’employeur intéressé et les autres personnes à qui il était adressé.

[172] Le rapport d’enquête contesté constitue à la fois le réquisitoire de l’enquêteur et la décision finale de la Commission concernant les fraudes commises par les fonctionnaires visées; il ne reste plus à la présidente de la Commission qu’à l’entériner. Encore une fois, les différences entre le rapport d’enquête contesté et le rapport factuel révisé sont majeures. On peut voir — c’est une première — que l’objet de l’enquête a été modifié pour inclure de nouvelles allégations dont la fraude reprochée à la demanderesse et dont la culpabilité est maintenant établie. De plus, de nouvelles sections ont été ajoutées pour rendre compte de l’analyse de la preuve et du droit applicable en l’espèce.

[173] En fait, la demanderesse n’a eu aucun mot à dire au niveau de la deuxième phase (analyse et conclusions) qu’avait annoncée l’enquêteur au début de son enquête durant l’été 2009. Faut-il le répéter, le rapport d’enquête contesté est final et sera transmis — comme on le sait maintenant — aux employeurs des fonctionnaires visées et à la GRC. Il pourra même être diffusé sous forme de résumé sur le Web. Alors, comment peut-on imaginer un seul instant que les personnes directement affectées par son contenu, puissent ne pas recevoir et commenter un projet dudit rapport d’enquête final, avant qu’il ne soit soumis pour approbation à la Commission?

[174] Poser la question, c’est y répondre du même coup.

*Trop peu, trop tard*

[175] En fait, on peut parler d’une troisième phase dans ce dossier, soit celle des mesures correctives. Au niveau de la conclusion de fraude, tout a été dit, tout a été consommé, et malgré toutes les belles parades du procureur de la demanderesse, la Commission demeurera inflexible; la décision contestée, qui contient les mesures correctives, suivra rapidement, c’est-à-dire le 9 août 2010.



[176] On June 28, 2010, the applicant was asked to make written submissions on the corrective actions proposed by the investigator, which were the same for the three public servants affected by the impugned investigation report, but with the investigator's ground work, this was, in my opinion, too little, too late under the circumstances.

[177] In fact, on July 23, 2010, former counsel for the applicant, who had just been retained, eloquently complained of the breach of the principles of procedural fairness with respect to the applicant during the investigation. He also argued that the proposed corrective actions did not take into account the applicant's specific situation and the seriousness of the mistake of the applicant, who continues to assert her innocence, and that the proposed actions were too vague and too severe. The applicant once again reiterates that she never presented herself as the candidate's former supervisor and that she did not know the candidate had named her as a supervisor.

[178] One might think that the serious allegations by former counsel for the applicant with respect to a breach of procedural fairness would have raised serious questions, but no, that was not the case based on the content of the memorandum dated August 9, 2010, by the Commission's Investigations Directorate:

Comments were provided on behalf of Ms. Anissa Samatar by her legal counsel, Chris Rootham. During the investigation, Ms. Samatar had been advised that she could be represented by legal counsel but had chosen not to at that time. Mr. Rootham claims that the rules of procedural fairness were breached during the investigation. In particular, he claimed that Ms. Samatar was not informed that she was the subject of an investigation, and that she was also not informed prior to her interview of the evidence that was already before the investigator. On the first issue, Ms. Samatar was informed, both in writing before her interview and verbally during the interview, of the appointment process that was under investigation under section 69 PSEA, and of the possibility that adverse conclusions could be drawn against anybody involved in the appointment process or in the matter under investigation. On the second issue, after her interview, Ms. Samatar was provided with a factual report containing the facts gathered from the file and from all the individuals interviewed.

[176] Le 28 juin 2010, la demanderesse est invitée à faire des représentations écrites au sujet des mesures correctives proposées par l'enquêteur, et qui sont les mêmes pour les trois fonctionnaires visées par le rapport d'enquête contesté, mais avec le travail de sappe de l'enquêteur, c'est à mon avis trop peu, trop tard dans les circonstances.

[177] De fait, le 23 juillet 2010, l'ancien procureur de la demanderesse, dont les services viennent d'être retenus, se plaint d'une façon éloquent du déni des principes d'équité procédurale à l'endroit de la demanderesse au cours de l'enquête. De plus, il fait valoir que les mesures correctives proposées ne tiennent pas compte de la situation particulière et de la gravité de la faute de la demanderesse qui continue d'affirmer son innocence, alors que les mesures proposées sont trop vagues et trop sévères. La demanderesse réitère encore une fois qu'elle ne s'est jamais présentée comme l'ancienne superviseure de la candidate et qu'elle ne savait pas que cette dernière l'avait désignée comme superviseure.

[178] On pourrait croire que les graves allégations au sujet du non-respect de l'équité procédurale faites par l'ancien procureur de la demanderesse auraient été de nature à soulever un sérieux questionnement, mais non, il n'en est rien si l'on se fie au contenu de la note de service adressée le 9 août 2010 par la direction des enquêtes à la Commission :

[TRADUCTION] Les commentaires ont été fournis au nom de M<sup>me</sup> Anissa Samatar par son avocat, Chris Rootham. Au cours de l'enquête, M<sup>me</sup> Samatar avait été informée qu'elle pouvait être représentée par un avocat, mais avait choisi de ne pas le faire à ce moment-là. M. Rootham affirme que les règles d'équité procédurale ont été violées au cours de l'enquête. En particulier, il a affirmé que M<sup>me</sup> Samatar n'a pas été informée qu'elle faisait l'objet d'une enquête, et qu'elle n'avait pas non plus été informée avant son entrevue des éléments de preuve dont disposait déjà l'enquêteur. Sur le premier point, M<sup>me</sup> Samatar a été informée, à la fois par écrit avant son entrevue et verbalement lors de l'entretien, du processus de nomination qui faisait l'objet d'une enquête en vertu de l'article 69 de la LEFP, et de la possibilité que des conclusions défavorables puissent être tirées à l'égard de toute personne impliquée dans le processus de nomination ou dans l'affaire faisant l'objet de l'enquête. Sur la deuxième question, après son entrevue, M<sup>me</sup> Samatar a été saisie d'un rapport factuel contenant

She was given the opportunity to comment on the factual report, which she did.

[179] The breach of procedural fairness is flagrant in the applicant's case. It is very unfortunate that further investigation into the applicant's allegations was not requested in August 2010 by the Commission's President. Furthermore, at the hearing before this Court, counsel for the respondent, on behalf of the Commission, continued to strongly and convincingly defend the untenable position that the investigation had been conducted in accordance with the rules of natural justice and that there was no injustice with respect to the applicant. The specious arguments made by the respondent have no merit and are borderline "frivolous and vexatious", if not completely inappropriate and abusive under the circumstances.

## VII. EXERCISE OF JUDICIAL DISCRETION

[180] Given the reasons provided above, the application for judicial review will be allowed. On this point, subsection 18.1(3) of the FCA confers broad discretion on the Court to choose the appropriate remedy. The same is true for the award of costs; the plenary and discretionary power of the Court in this area requires consideration of the factors listed in subsection (3) of rule 400 [as am. by SOR/2010-176, s. 11 of the Rules] and any other issue that it deems relevant.

[181] It is in exercising that judicial discretion that the Court is more apt to engage in meaningful dialogue with the parties; despite what it looks like, it is not a monologue or soliloquy, pardon the pleonasm. For the judge, alone in his chambers after the "truth-telling", comes the difficult arbitration between right and wrong; the right words must be used, especially when, like today, the judge is addressing the losing party. I hope to perform a useful function and convince both parties that it is not the argument of the "strongest" that should prevail, but that of the "sharpest", in the figurative sense of the word, certainly, in both cases.

les faits recueillis à partir du dossier et auprès de toutes les personnes interrogées. Elle a eu l'occasion de commenter le rapport factuel, ce qu'elle a fait.

[179] La violation à l'obligation d'équité procédurale est flagrante dans le cas de la demanderesse. Il est très malheureux qu'une enquête plus poussée sur les allégations de la demanderesse n'ait pas été demandée en août 2010 par la présidente de la Commission. D'ailleurs, à l'audition devant cette Cour, l'avocate du défendeur, au nom de la Commission, a continué à défendre avec force et conviction la position intenable que l'enquête a été menée conformément aux règles de justice naturelle et qu'il n'y a eu aucune injustice à l'égard de la demanderesse. Les arguments spécieux présentés par le défendeur n'ont aucun mérite et sont à la limite du « frivole et vexatoire », s'ils ne sont pas carrément déplacés et abusifs dans les circonstances.

## VII. EXERCICE DE LA DISCRÉTION JUDICIAIRE

[180] Vu les motifs fournis plus haut, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. À ce chapitre, le paragraphe 18.1(3) de la LCF confère une large discrétion à la Cour dans le choix de la réparation appropriée. Il en est de même au niveau de l'adjudication des dépens; le pouvoir plénier et discrétionnaire que la Cour possède en cette matière fait appel à la considération des facteurs énumérés au paragraphe (3) de la règle 400 [mod. par DORS/2010-176, art. 11 des Règles], ainsi que toute autre question qu'elle juge pertinente.

[181] C'est dans l'exercice de cette discrétion judiciaire que la Cour est la plus apte à engager un véritable dialogue avec les parties; malgré les apparences, ce n'est pas un monologue, ni un soliloque, excusez-moi le pléonasm. Pour le juge, seul dans sa chambre, après le « dire-vrai », vient le difficile arbitrage entre les torts et la raison; il faut trouver les mots les plus justes, surtout lorsque, comme aujourd'hui, le juge s'adresse au perdant. J'espère pouvoir faire œuvre utile et convaincre les deux parties que ce n'est pas la raison du plus « fort » qui doit l'emporter, mais celle du plus « fin », au sens figuré du terme, il va sans dire, dans les deux cas.

[182] I will therefore begin with the issue of remedies, but I could also have started with costs; regardless of the process, the result of my reflection, of this voluntary decision after deliberation, is the same, and here is the fiat. While considering the facts of the matter, there is a need to “repair” in the noblest sense of the word; I say “repair” and not “excuse” what is inexcusable.

[183] First, I wish only to offer a solution to the dispute that is fair and as expeditious and economic as possible. I, myself, acknowledge that the issue of jurisdiction or reasonableness—regardless of its qualifier—is one that is difficult and that merits particular attention from the higher courts. Also, despite the strong doubts that I may harbour on the Commission’s jurisdiction and the reasonableness of the impugned decision, to prevent, as much as possible, the applicant from having to justify before a court of appeal the correctness in law of the opinion that I may have on this subject, I have decided that it is in the best interests of justice to not provide a final ruling on these issues.

[184] There will therefore be no declaration in my judgment on the Commission’s jurisdiction or the reasonableness of the impugned decision. Moreover, the scope of any declaration of illegality and nullity in the judgment that follows is to the exclusive benefit of the applicant and relates entirely to the finding of fraud and to the “corrective actions” in the impugned decision and in the impugned investigation report, in so far as the applicant is affected by the impugned decision and the impugned investigation report.

[185] I repeat, according to the evidence in the record, the Commission’s breach of the rules of procedural fairness is flagrant and is sufficient in itself to set aside the impugned decision, which adopts the impugned investigation report. Normally, when that is the only defect, the Court may refer the matter back to the tribunal in accordance with instructions that it deems appropriate in the circumstances. In all cases, it is a discretionary power and, because of the conduct of a party, or even the possible mootness of a referral to the

[182] Je commencerai donc par la question de la réparation, mais j’aurais pu tout autant débiter par celle des dépens; peu importe le cheminement, le résultat de ma réflexion, de cette décision volontaire après délibération, est le même, en voici le fiat. Tout en tenant compte des faits de l’affaire, il s’agit de « réparer », et ce, dans le sens le plus noble du terme; je dis « réparer » et ne pas « excuser » ce qui est inexcusable.

[183] Tout d’abord, mon seul souhait, c’est apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Je reconnais moi-même que la question de compétence ou de raisonabilité — peu importe son qualificatif — en est une qui est difficile et qui mérite une attention particulière des tribunaux supérieurs. Aussi, malgré les forts doutes que je peux entretenir sur la compétence de la Commission et la raisonabilité de la décision contestée, pour éviter à la demanderesse, autant faire que se peut, d’avoir à justifier devant une cour d’appel la justesse en droit de l’opinion que je peux avoir à ce sujet, j’ai décidé qu’il était dans le meilleur intérêt de la justice de ne pas trancher de façon finale ces questions.

[184] Il n’y aura donc aucune déclaration dans mon jugement sur la compétence de la Commission ou la raisonabilité de la décision contestée. De même, la portée de toute déclaration d’illégalité et de nullité dans le jugement qui suit, est au bénéfice exclusif de la demanderesse, et se rapporte exclusivement à la conclusion de fraude et aux « mesures correctives » que l’on retrouve dans la décision contestée et dans le rapport d’enquête contesté, en autant que la demanderesse est visée par la décision contestée et le rapport d’enquête contesté.

[185] Je le répète encore une fois, selon la preuve au dossier, la violation par la Commission des règles d’équité procédurale est flagrante et suffit en elle-même pour casser la décision contestée, qui entérine le rapport d’enquête contesté. Normalement, lorsque c’est le seul vice, la Cour peut renvoyer l’affaire à l’office fédéral, et ce, conformément aux instructions qu’elle estime appropriées dans les circonstances. Dans tous les cas, il s’agit d’un pouvoir de nature discrétionnaire, et à cause du comportement d’une partie, ou encore du caractère

tribunal, the Court may choose to simply set aside the impugned decision.

[186] That is the case here. In my opinion, the severity of the injustice committed against the applicant, the intransigence shown by the Commission up until now, the apprehensions one may have of bias or the predisposition taken by the Investigations Directorate, the stubbornness and the ferocity with which certain positions were advanced by the respondent (whether or not on behalf of the Commission), the fact that it was not until March 2010 that an investigation was conducted into allegations that go back to 2007, the absence of guarantees that the Commission will put in place new investigative and adjudicative processes to take into account the legitimate expectations of persons suspected of fraud make referring the applicant's case back to the Commission not in the best interests of justice.

[187] And now for costs. Fortunately, there is at least one point on which both parties agree: it is desirable that the Court award to the successful party a lump sum in lieu of taxed costs. That is, of course, the applicant. In the end, she obtained a perfect score.

[188] The applicant is claiming, on a solicitor and client basis, costs in the amount of \$14 134.25 for the application for judicial review, together with fees and disbursements in the amount of \$1 261.58, which the applicant paid to her former counsel at the time of submissions made to the Commission in the summer of 2010 before the filing of this application for judicial review.

[189] The respondent concedes that, if the applicant is successful, she is entitled to costs, which should be assessed in accordance with column III of the table to Tariff B [of the Rules]. That is the minimum the successful party is normally entitled to. The applicant should not have one cent more. The respondent therefore agrees to pay \$2 484.25, which includes the disbursements. The respondent also notes that the applicant did not pay the amount of \$650 attributed to him following the dismissal of the applicant's motion for production of documents.

académique que pourrait avoir un renvoi à l'office fédéral, la Cour peut choisir de simplement casser la décision contestée.

[186] C'est le cas en l'espèce. À mon avis, la gravité de l'injustice commise à l'endroit de la demanderesse, l'intransigence jusqu'ici manifestée par la Commission, les craintes qu'on peut avoir sur la partialité ou le parti pris de la Direction des enquêtes, l'opiniâtreté et la férocité avec lesquelles certaines positions ont été avancées par le défendeur (au nom ou pas de la Commission), le fait que l'on ait attendu jusqu'au mois de mars 2010 pour faire enquête sur des allégations qui remontent en 2007, l'absence de garanties que la Commission va mettre en place de nouveaux processus d'enquête et d'adjudication pour tenir compte des attentes légitimes des personnes soupçonnées de fraude, font en sorte qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de la justice que le dossier de la demanderesse retourne à la Commission.

[187] J'en arrive aux dépens. Heureusement, il y a au moins un point sur lequel les deux parties sont d'accord : il est souhaitable que la Cour adjuge au gagnant une somme globale au lieu des dépens taxés. C'est bien entendu la demanderesse. Elle a obtenu, au final, un score parfait.

[188] Pour sa part, la demanderesse réclame sur une base avocat-client des dépens de 14 134,25 \$ pour la demande de contrôle judiciaire, auxquels s'ajoutent les honoraires et déboursés de l'ordre de 1 261,58 \$ que la demanderesse a payé à son ancien procureur à l'occasion des représentations ayant été effectuées devant la Commission à l'été 2010 avant le dépôt de la présente demande de contrôle judiciaire.

[189] De son côté, le défendeur concède que si la demanderesse obtient gain de cause, elle a droit à des dépens, lesquels devraient être taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B [des Règles]. C'est le minimum auquel la partie gagnante a normalement droit. La demanderesse ne devrait pas avoir un écu de plus. Le défendeur se dit donc prêt à payer une somme de 2 484,25 \$, ce qui inclut les déboursés. Le défendeur note également que la demanderesse n'a pas acquitté le montant de 650 \$ qui lui a été attribué à

[190] In the exercise of my discretion, given the specific—and I would say, exceptional—circumstances of this case, I am of the view that the applicant is entitled to an increased award of costs that exceeds the party and party costs normally awarded in the absence of an order to the contrary by the Court; that means those assessed in accordance with column III of the table to Tariff B of the Rules. Beyond the importance and the complexity of the issues and the other usual criteria, in this case, the irreparable harm already suffered by the applicant, the conduct of the opposing party—which had the effect of unnecessarily prolonging the case—the public interest, the better administration of justice and the maintenance of public confidence in the justice system are determining factors in the exercise of my discretion with respect to costs.

[191] We are talking here about a simple public servant who had to spend thousands of dollars to assert her rights and have the impugned decision, the unlawfulness of which is blatant, set aside. The Court does not have the authority to retroactively set aside the impugned decision, which is unlawful and the negative effects of which—simply think of the obligation to obtain written permission from the Commission before participating in a competition since August 2010—continue to this day.

[192] I cannot even imagine the consequences on the applicant's reputation and all of the distress related to the communication of the impugned decision and the impugned investigation report to her employer, let alone the communication to the RCMP of “any other relevant information”, and I am not forgetting all of the stress that this may have caused the applicant for more than two years, even though public dissemination on the Web has not yet occurred.

[193] Clearly, nothing has been easy in this case, which was vigorously defended, on behalf of the Commission, by the respondent. Even if the applicant's “victory” seems complete today, it might as well be a “pyrrhic victory”, since she has already suffered irreparable harm because of the Commission. The public

la suite du rejet de la requête en production de documents de la demanderesse.

[190] Dans l'exercice de ma discrétion, compte tenu des circonstances particulières de ce dossier — et je dirais, exceptionnelles — je suis d'avis que la demanderesse a droit à une indemnité de dépens accrue, qui dépasse les dépens partie-partie habituellement accordés en l'absence d'ordonnance contraire de la Cour; c'est-à-dire ceux taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B des Règles. Au-delà de l'importance et de la complexité des questions en litige, ainsi que des autres critères usuels, dans cette instance, le préjudice irréparable déjà subi par la demanderesse, la conduite de la partie adverse — qui a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance, l'intérêt public, la meilleure administration de la justice et la préservation de la confiance dans le système judiciaire, sont des critères déterminants de l'exercice de ma discrétion au chapitre des dépens.

[191] On parle ici d'une simple fonctionnaire qui a dû dépenser des milliers de dollars pour faire valoir ses droits et obtenir l'annulation de la décision contestée dont l'illégalité est criante. La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler rétroactivement la décision contestée qui est illégale et dont les effets négatifs — pensons seulement à l'obligation depuis août 2010 d'obtenir la permission écrite de la Commission avant de participer à un concours — perdurent jusqu'à ce jour.

[192] Je n'imagine même pas les conséquences sur la réputation de la demanderesse et tous les tracas reliés à la communication de la décision contestée et du rapport d'enquête contesté à son employeur, sans parler de la communication également à la GRC de « toute information pertinente », et je n'oublie pas tout le stress que cela a pu causer à la demanderesse pendant plus de deux ans même s'il n'y a pas encore eu de diffusion publique sur le Web.

[193] Décidément, rien n'aura été facile dans cette cause qui a été farouchement défendue, au nom de la Commission, par le défendeur. Même si la « victoire » de la demanderesse apparaît totale aujourd'hui, cela pourrait bien être une « victoire à la Pyrrhus », alors qu'un préjudice irréparable lui a déjà été causé par la

interest requires this to be taken into consideration. Otherwise, the Court's message may not get out and the confidence in the administration of justice and in the justice system may suffer irrevocably.

[194] Many people in the same situation as the applicant—I hope this not to be the case—might not have, in the future, the applicant's courage, resources and tenacity to denounce, at the risk of losing their career and everything they have, something that appears to be, at least in the case at bar, an investigative process that is totalitarian and has no place in a free and democratic society. It seems to me that public servants accused of fraud have the right to know that suspicions weigh against them and that they can defend themselves before the final verdict from the Commission.

[195] I do not judge the Commission or its staff; others will do that in my place and will ask the questions that need to be asked when the time comes. However, an investigative process must not—as laudable as it is in the beginning—invite people in power to embark on a type of “witch hunt” under the guise of legality: to go beyond the information received, to search for and flush out, using sometimes questionable means (interception of private e-mails), everyone suspected of fraud, at the risk of doing “collateral damage”. I repeat, in a context where we are talking about ensuring public confidence in our institutions, the end cannot justify the unfair means that were used by the investigator in this case. A blind institutional machine must not get carried away and start making “innocent victims” in the name of some administrative or operational imperative.

[196] I am also not saying that the applicant is “innocent” of the actions alleged by the Commission—others may have to determine that someday, who knows? However, today, given the evidence before me, and limiting my comments to the applicant's specific case, I say “no”: no to the inconsistency, no to the concealment and no to the inequities throughout the investigation in this case. We live in a system of democracy where there is a rule of law that everyone must respect, including

Commission. L'intérêt public exige qu'on en tienne compte. Autrement le message de la Cour risque de ne pas passer et la confiance qu'on peut avoir dans l'administration de la justice et dans le système judiciaire pourra en souffrir de manière irrémédiable.

[194] Nombre de personnes dans la même situation que la demanderesse — j'espère que ce n'est pas le cas — n'auront peut-être pas à l'avenir le courage, les ressources et la ténacité de la demanderesse pour dénoncer, au risque de perdre leur carrière et tout ce qu'ils possèdent, ce qui m'apparaît être, du moins dans le cas sous étude, un processus d'enquête totalitaire et qui n'a pas sa raison d'être dans une société libre et démocratique. Il me semble qu'un fonctionnaire accusé de fraude a le droit de savoir que des soupçons pèsent contre lui et qu'il a le droit de se défendre avant que ne tombe le verdict final de la Commission.

[195] Je ne juge pas la Commission, ni son personnel, d'autres se chargeront de le faire à ma place et de poser le moment venu les questions qui s'imposent. Toutefois, il ne faut pas qu'un processus d'enquête — aussi louable soit-il au départ — invite les personnes en pouvoir à entreprendre sous le couvert de la légalité une sorte de « chasse aux sorcières » : aller au-delà des dénonciations reçues, chercher et débusquer par des moyens peut-être discutables (interception de courriels privés) tous ceux et celles qu'on soupçonne de fraude, au risque de faire des « dommages collatéraux ». Je le répète, dans un contexte où l'on parle d'assurer la confiance du public dans nos institutions, la fin ne peut justifier les moyens déloyaux qui ont été utilisés par l'enquêteur dans ce dossier. Il ne faut surtout pas qu'une machine institutionnelle aveugle s'emballer et se mette à faire des « victimes innocentes » au nom de quelque impératif d'ordre administratif ou opérationnel.

[196] Je ne dis pas non plus que la demanderesse est « innocente » des actions qui lui sont reprochées par la Commission — d'autres auront à en juger peut-être un jour, qui sait? Toutefois, aujourd'hui, vu la preuve devant moi, et limitant mes commentaires au cas particulier de la demanderesse, je dis « non » : non à l'inconséquence, non à la dissimulation et non aux iniquités que l'on retrouve tout au long de l'enquête dans ce dossier. Nous vivons dans un système démocratique où règne la *rule*



public institutions and the Commission, which have such an important mandate.

[197] I am indignant and dismayed by the Commission's intransigence to not want to repair the serious errors committed during the investigation process in respect of the applicant, and I am shocked by the respondent's stubborn refusal to not simply consent to judgment. It is clear that this application for judicial review should not have proceeded on the merits and that a satisfactory resolution for the applicant should have intervened in the meantime, long ago. Add to that the respondent's extreme position (whether or not on behalf of the Commission) on the issues of natural justice and procedural fairness.

[198] I cast no individual aspersions on counsel for the Department of Justice who acted in good faith in this case. They have a difficult and important task to accomplish and, at times, have to deal with difficult "clients". In particular, I would like to note the impeccable conduct of counsel for the respondent who argued before me. In every respect, counsel for the respondent accomplished a difficult task under the circumstances with professionalism and courtesy. In short, she was a true officer of the court. Therefore, my criticisms today are exclusively directed to "the institution", that is, the "client", who "instructs" its counsel.

[199] It goes without saying that the applicant cannot claim the fees and disbursements that were paid to her former counsel because they were not incurred on this application for judicial review. However, the fees and disbursement related to the preparation and presentation of the motion for production of documents that was dismissed by Prothonotary Tabib must be deducted. I am also of the opinion that a lump sum of \$12 000 as costs is reasonable in this case, and given the comments mentioned above, they are payable forthwith to the applicant, after deducting the amount of \$650 payable to the respondent, if that amount has not yet been paid by the applicant.

*of law*, que tous et toutes doivent respecter, incluant les institutions publiques et la Commission qui a un mandat aussi important.

[197] Je suis indigné et consterné par l'intransigence de la Commission à ne pas vouloir réparer les graves erreurs commises durant le processus d'enquête à l'endroit de la demanderesse, et je suis choqué par le refus obstiné du défendeur de ne pas simplement consentir à jugement. Il est manifeste que cette demande de contrôle judiciaire n'aurait pas dû procéder au mérite et qu'un règlement satisfaisant pour la demanderesse aurait dû intervenir dans l'intervalle, et ce, depuis fort longtemps déjà. À cela s'ajoutent les prises de position extrêmes du défendeur (au nom ou pas de la Commission) au sujet des questions de justice naturelle et d'équité procédurale.

[198] Je n'adresse aucun reproche individuel aux avocats du ministère de la Justice qui ont agi en toute bonne foi dans le présent dossier. Ces derniers ont une tâche difficile et importante à accomplir, et parfois, ils ont à traiter avec des « clients » difficiles. En particulier, je désire souligner la conduite impeccable de l'avocate du défendeur qui a plaidé devant moi. À tous égards, celle-ci a accompli avec professionnalisme et courtoisie une tâche difficile dans les circonstances. Bref, elle a agi comme un véritable officier de justice. Donc, les reproches que j'adresse aujourd'hui visent exclusivement « l'institution », c'est-à-dire le « client », qui donne les « instructions » à ses procureurs.

[199] Il va de soi que la demanderesse ne peut réclamer les honoraires et déboursés qui ont été payés à son ancien procureur puisque ceux-ci n'ont pas été encourus à l'occasion de la présente demande de contrôle judiciaire. D'un autre côté, il faut déduire les honoraires et déboursés relatifs à la préparation et à la présentation de la requête en production de document qui a été rejetée par la protonotaire Tabib. Aussi, je suis d'avis qu'un montant forfaitaire de 12 000 \$ à titre de dépens est raisonnable en l'espèce, et compte tenu des observations que j'ai déjà formulées plus haut, ceux-ci devront être payés sans délai à la demanderesse, déduction faite du montant de 650 \$ payable au défendeur, si ce dernier montant n'a pas encore été acquitté par la demanderesse.

[200] In closing, I would like to thank counsel who appeared before me, and I hope that this painful affair for the parties involved, including the Commission, ends with this judgment, which will be final and binding upon the expiry of rights of appeal. Finally, to ensure that the systemic deficiencies or gaps—in investigative or adjudicative processes—outlined above are not the source of new injustices, I ask the Commission to be magnanimous and to, without delay, engage in reflection that should lead to a review of its practices in cases where it must determine whether fraud has occurred in an appointment process. Thank you for the attention you will give to these reasons.

#### JUDGMENT

##### THE COURT DECLARES AND ORDERS:

1. This application for judicial review is allowed with costs to the applicant;
2. The Commission breached its duty of fairness owed to the applicant;
3. The Commission's impugned decision is set aside, in so far as the applicant is affected by the finding of fraud and the corrective action contained therein;
4. The corrective action and conclusions affecting the applicant specifically in the impugned decision and the impugned investigation report are illegal and invalid with respect to the applicant for all legal purposes;
5. The applicant is entitled to a lump sum amount of \$12 000 in costs; they are payable forthwith to the applicant, after deducting the amount of \$650 payable to the respondent, if that amount has not yet been paid by the applicant; and
6. This judgment will be final and binding upon the expiry of rights of appeal.

[200] En terminant, je tiens à remercier les procureurs qui ont comparu devant moi, tout en souhaitant que cette pénible affaire pour les parties en cause, incluant la Commission, se termine avec le présent jugement, qui deviendra final et exécutoire à l'expiration des délais d'appel. Enfin, pour que les déficiences ou lacunes d'ordre systémique — dans les processus d'enquête et d'adjudication — exposées plus haut ne soient pas la source de nouvelles injustices, j'invite la Commission à faire preuve de magnanimité et à entreprendre sans délai une réflexion qui devrait l'amener à réviser ses pratiques dans les cas où elle doit déterminer si une fraude a été commise dans un processus de nomination. Merci donc de l'attention qui sera apportée aux présents motifs.

#### JUGEMENT

##### LA COUR STATUE, DÉCLARE ET ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens en faveur de la demanderesse;
2. La Commission a manqué à son obligation d'agir de façon équitable à l'endroit de la demanderesse;
3. La décision contestée de la Commission est cassée, en autant que la demanderesse est visée par la conclusion de fraude et les mesures correctives y contenues;
4. Les conclusions et les mesures correctives visant personnellement la demanderesse que l'on retrouve dans la décision contestée et dans le rapport d'enquête contesté, sont illégales et de nul effet à l'égard de la demanderesse, et ce, à toutes fins que de droit;
5. La demanderesse a droit à un montant forfaitaire de 12 000 \$ à titre de dépens; ceux-ci devront être payés sans délai à la demanderesse, déduction faite du montant de 650 \$ payable au défendeur, si ce dernier montant n'a pas encore été acquitté par la demanderesse; et
6. Le présent jugement deviendra final et exécutoire à l'expiration des délais d'appel.

IMM-1515-12  
2012 FC 1190

IMM-1515-12  
2012 CF 1190

**Ibrahim Caliskan** (*Applicant*)

**Ibrahim Caliskan** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: CALISKAN v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : CALISKAN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Hughes J.—Calgary, October 10 and 12, 2012.

Cour fédérale, juge Hughes—Calgary, 10 et 12 octobre 2012.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of decision by officer denying application for permanent residence on humanitarian, compassionate (H&C) grounds — Applicant refused claim for refugee protection — H&C application considered under IRPA, s. 25 as amended by Balanced Refugee Reform Act — Officer finding applicant's fears falling under scope of IRPA, ss. 96, 97, not within her jurisdiction — Whether officer following proper interpretation of amended s. 25 — Officer concluding there was personalized risk to applicant — Officer improperly focusing on risk, not on hardship — Amended provisions of s. 25 to be interpreted by focusing on intent of provision, i.e. hardship to individual — Question certified as to what is nature of risk to be assessed with respect to H&C considerations under amended s. 25 — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente d'immigration a rejeté une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire — La demande d'asile du demandeur a été refusée — La demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire a été examinée sous le régime de l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR), modifié par la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés — L'agente a conclu que les craintes du demandeur relevaient des art. 96 ou 97 et qu'elle n'avait donc pas compétence pour les prendre en compte — Il s'agissait de savoir si l'agente a appliqué correctement la bonne interprétation de l'art. 25 modifié — L'agente a conclu que le demandeur serait personnellement exposé à un risque — L'agente s'est concentrée à tort sur le risque plutôt que sur les difficultés — Les dispositions modifiées de l'art. 25 doivent être interprétées de manière à mettre l'accent sur l'objet de la disposition en question, soit les difficultés de l'intéressé — La question relative à la nature du risque qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'art. 25 modifié a été certifiée — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by an immigration officer denying an application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente d'immigration a rejeté une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire.

The applicant, a citizen of Turkey, feared extreme discrimination and ill treatment due to his religious beliefs and his association with and support of the Kurdish people. The Refugee Protection Division refused his initial claim for refugee protection partly on the basis that he had not established personalized risk. His subsequent application for permanent residence was considered under the provisions of section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), as

Le demandeur, un citoyen de la Turquie, craignait de subir de la discrimination et des mauvais traitements extrêmes à cause de ses convictions religieuses et de son association et son soutien au peuple kurde. La Section de la protection des réfugiés a rejeté sa première demande, principalement pour des motifs liés au fait qu'il n'avait pas établi un risque personnalisé. Sa deuxième demande de résidence permanente a été examinée sous le régime de l'article 25 de la *Loi sur*

amended by the *Balanced Refugee Reform Act*. The amendments removed from H&C applications the consideration of risks defined under sections 96 and 97 of IRPA, but not certain hardship factors. The officer examined evidence that the applicant had been subjected to repetitive, persistent discrimination and harassment, and had suffered personal consequences at the hands of both the police and the general public. The officer found that the fears that the applicant had enumerated in his H&C application fell under the scope of sections 96 and 97 and were thus not within her jurisdiction to consider.

At issue was whether the officer correctly followed the proper interpretation of section 25 as amended, particularly with respect to the question of risk.

*Held*, the application should be allowed.

The officer, instead of avoiding a determination of risk, plunged into a risk analysis and concluded, contrary to the findings of the Refugee Protection Division, that there was personalized risk to the applicant. The officer's reasons improperly focused on risk and embarked on an exercise of distinguishing personalized from generalized risk, which should not have been done. The focus should have been on hardship, including any adverse country conditions that might have had a direct negative impact on the applicant. The question was whether the amended subsection 25(1.3) of IRPA, which exempts section 96 and subsection 97(1) considerations, is itself constrained by the exemption to subsection 97(1) afforded by subparagraph 97(1)(b)(ii). The answer to the interpretation of the amended provisions of section 25 of IRPA lies in drawing back from the constraints of lingo such as "personalized" or "generalized" and focusing on the intent of that provision, i.e. the hardship to the individual.

The question as to what is the nature of risk, if any, to be assessed with respect to H&C considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act* was certified.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, s. 4.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 96, 97(1).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

*l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*. Ces réformes supprimaient l'examen, pour les demandes d'asile fondées sur des motifs d'ordre humanitaire, des risques définis aux articles 96 et 97 de la LIPR, mais pas celui de certaines difficultés exceptionnelles. L'agente a examiné les éléments de preuve selon lesquels le demandeur avait subi de la discrimination et du harcèlement répétitifs et continus de la part de la police et de la population en général et en avait subi de graves conséquences personnelles. Elle a estimé que les craintes que le demandeur avait évoquées dans sa demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire relevaient des articles 96 ou 97 et qu'elle n'avait donc pas compétence pour les prendre en compte.

Il s'agissait de savoir si l'agente a appliqué correctement la bonne interprétation de l'article 25 modifié, en particulier en ce qui a trait à la question du risque.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'agente, plutôt que d'éviter de se prononcer sur la question du risque, s'est plongée dans une analyse du risque et a conclu, contrairement à ce qu'avait conclu la Section de la protection des réfugiés, que le demandeur serait personnellement exposé à un risque. Les motifs de l'agente se concentraient à tort sur le risque et s'évertuaient à opérer une distinction entre le risque personnalisé et le risque généralisé qui n'a pas sa place. Les motifs auraient dû se concentrer sur les difficultés, et notamment sur les conditions défavorables dans le pays qui auraient pu avoir une incidence néfaste directe sur le demandeur. Il s'agissait donc de savoir si le paragraphe 25(1.3) de la LIPR modifié, qui exclut la prise en compte des facteurs visés à l'article 96 et au paragraphe 97(1), est lui-même assujéti à l'exception au paragraphe 97(1) prévue au sous-alinéa 97(1)(b)(ii). Pour trancher la question de l'interprétation des dispositions modifiées de l'article 25 de la LIPR, il faut se dégager des contraintes liées au jargon des risques « personnalisés » et « généralisés » et se concentrer sur l'objet de la disposition en question, c'est-à-dire les difficultés qu'éprouvait l'intéressé.

La question relative à la nature du risque, s'il en est, qui doit être examinée au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, a été certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8, art. 4.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 96, 97(1).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Ye v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1072; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, 208 D.L.R. (4th) 107; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, 212 D.L.R. (4th) 139.

## REFERRED TO:

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, 317 Nfld. & P.E.I.R. 340.

## AUTHORS CITED

Canada. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 019, 3rd Sess., 40th Parl. (May 27, 2010), online: <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/403/CIMM/Evidence/EV4561694/CIMMEV19-E.PDF>>.

Canada. Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 11 (June 22, 2010), online: <<http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/pdf/11issue.pdf>>.

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

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer denying an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds. Application allowed.

## APPEARANCES

*Rekha P. McNutt* for applicant.  
*Rick Garvin* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Caron & Partners LLP*, Calgary, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ye c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1072; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358.

## DÉCISION CITÉE :

*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 019, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég. (27 mai 2010), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/403/CIMM/Evidence/EV4561694/CIMMEV19-F.PDF>>.

Canada. Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 11 (22 juin 2010), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/403/soci/pdf/11issue.pdf>>.

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

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente d'immigration a rejeté une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Rekha P. McNutt* pour le demandeur.  
*Rick Garvin* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Caron & Partners, LLP*, Calgary, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

HUGHES J.:

[1] The applicant is an adult male citizen of Turkey. He claims to be of the Alevi religion and a Kurdish sympathizer, and for these reasons he feared remaining in Turkey and instead entered Canada in 2006, where he claimed refugee protection. The Refugee Protection Division, in a decision in 2009, rejected his claim largely on the basis of credibility, and that he had not established personalized risk. That decision is final.

[2] The applicant, after June 29, 2010, made an application for permanent residence in Canada on humanitarian and compassionate grounds (H&C). Because this submission was made after that date, the matter was considered under the provisions of section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, s. 4; [S.C. 2012, c. 17, s. 13] (Balanced Act). In a decision dated January 26, 2012, that application was denied. This is a judicial review of that decision.

[3] The only live issues for determination are those relating to the meaning of section 25 of IRPA, as amended by the Balanced Act, and whether the officer making the decision, particularly with respect to the question of risk, correctly followed the proper interpretation of that section as amended. The applicant, in his counsel's written material also raised an issue as to adequacy of reasons, but that matter was not pursued in oral argument, largely in view of the Supreme Court of Canada's decision in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

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

LE JUGE HUGHES :

[1] Le demandeur est un adulte citoyen de la Turquie. Il prétend être un sympathisant kurde de religion alévie, qui, pour ces raisons, avait peur de demeurer en Turquie et a plutôt décidé d'entrer au Canada en 2006, où il a demandé l'asile. La Section de la protection des réfugiés a rejeté sa demande dans une décision rendue en 2009, principalement pour des motifs liés à la crédibilité et au fait qu'il n'avait pas établi un risque personnalisé. Cette décision est finale.

[2] Après le 29 juin 2010, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire. Étant donné que cette demande avait été faite après cette date, l'affaire a été examinée sous le régime de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8, art. 4; [L.C. 2012, ch. 17, art. 13] (Loi sur des mesures de réforme). Dans une décision datée du 26 janvier 2012, cette demande a été rejetée. La présente instance est un contrôle judiciaire de cette dernière décision.

[3] Les seules véritables questions à trancher sont celles qui concernent le sens de l'article 25 de la LIPR, modifié par la Loi sur des mesures de réforme, et la question de savoir si l'agente ayant rendu la décision a appliqué correctement la bonne interprétation de cet article modifié, en particulier en ce qui a trait à la question du risque. Dans les observations écrites de son avocate, le demandeur a également soulevé la question du caractère suffisant des motifs, mais cette question n'a pas été reprise dans les plaidoiries, principalement eu égard à l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, de la Cour suprême du Canada.



1. INTERPRETATION OF SECTION 25 OF IRPA,  
AS AMENDED

[4] It is useful to set out the provisions of section 25 of IRPA as they stood before the amendments made by the Balanced Act and afterward. Prior to the amendment, section 25 [S.C. 2010, c. 8, s. 4] read:

Humanitarian and compassionate considerations—request of foreign national

**25.** (1) The Minister must, on request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

Payment of fees

(1.1) The Minister is seized of a request referred to in subsection (1) only if the applicable fees in respect of that request have been paid.

Exceptions

(1.2) The Minister may not examine the request if the foreign national has already made such a request and the request is pending.

Non-application of certain factors

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

Provincial criteria

(2) The Minister may not grant permanent resident status to a foreign national referred to in subsection 9(1) if the foreign national does not meet the province's selection criteria applicable to that foreign national.

[5] After the amendment, section 25 [S.C. 2012, c. 17, s. 13] read as follows; I repeat only subsections 25(1) and 25(1.3):

1. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 25 DE LA  
LIPR MODIFIÉ

[4] Il est utile de citer les dispositions de l'article 25 de la LIPR dans leurs libellés antérieur puis postérieur aux modifications apportées par la Loi sur des mesures de réforme. Avant la modification, l'article 25 [L.C. 2010, ch. 8, art. 4] était ainsi rédigé :

**25.** (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

(1.1) Le ministre n'est saisi de la demande que si les frais afférents ont été payés au préalable.

Paiement des frais

(1.2) Le ministre ne peut étudier la demande de l'étranger si celui-ci a déjà présenté une telle demande et celle-ci est toujours pendante.

Exceptions

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

Non-application de certains facteurs

(2) Le statut de résident permanent ne peut toutefois être octroyé à l'étranger visé au paragraphe 9(1) qui ne répond pas aux critères de sélection de la province en cause qui lui sont applicables.

Critères provinciaux

[5] Après la modification, l'article 25 [L.C. 2012, ch. 17, art. 13] était ainsi rédigé; je reprends uniquement les paragraphes 25(1) et 25(1.3) :

Humanitarian and compassionate considerations—request of foreign national

25. (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible or does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

...

Non-application of certain factors

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

[6] There is very little jurisprudence as to the meaning of subsections 25(1) and (1.3), as amended. In *Ye v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1072, Justice Harrington made the following comment *in obiter*, at paragraph 10:

In the past, circumstances which did not quite amount to persecution or to the need of protection under sections 96 and 97 of IRPA, which serve as the basis of a refugee claim, might nevertheless have been found to constitute undue, undeserved or disproportionate hardship. However, those circumstances can no longer be taken into account in a humanitarian and compassionate application as a result of amendments made to IRPA in 2010. Section 25(1.3) now provides:

(1.3) In examining the request of a foreign national in Canada, the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

[7] The guidelines provided to officers making decisions such as that at issue here in section 5.16 provide

25. (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

[...]

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

[6] Il y a très peu de jurisprudence sur le sens des paragraphes 25(1) et 25(1.3) modifiés. Dans la décision *Ye c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1072, le juge Harrington a formulé les remarques incidentes suivantes, au paragraphe 10 :

Il est déjà arrivé que des circonstances n'équivalant pas tout à fait à de la persécution ou à un besoin de protection aux termes des articles 96 et 97 de la LIPR (les dispositions régissant les demandes d'asile) soient tout de même considérées comme des difficultés inhabituelles, injustifiées ou démesurées. Toutefois, depuis les modifications apportées à la LIPR en 2010, ces circonstances ne peuvent plus être prises en compte dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Le paragraphe 25(1.3) prévoit à présent :

(1.3) Le ministre, dans l'étude de la demande faite au titre du paragraphe (1) d'un étranger se trouvant au Canada, ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

[7] Les lignes directrices à l'intention des agents qui rendent des décisions comme celle dont il est question

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

Non-application de certains facteurs

the following instruction (in part) [*Inland Processing (IP)*, Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds]:

#### 5.16. H&C and hardship: Factors in the country of origin to be considered

While A96 and A97 factors may not be considered, the decision-maker must take into account elements related to the hardships that affect the foreign national. Some examples of what those “hardships” may include are:

- lack of critical of medical/healthcare;
- discrimination which does not amount to persecution;
- adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.

[8] Respondent’s counsel has drawn to the Court’s attention certain discussions as recorded in the Commons and in the Senate Standing Committee in discussing the amendments as proposed in bill form, Bill C-11. In the meeting of the Commons Committee held on May 27, 2010, Mr. Peter MacDougall, Director General, Refugees, Department of Citizenship and Immigration, made the following remarks in his address to the Committee [Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 019, 3rd Sess., 40th Parl., at page 2]:

In addition, these H and C applications often raise issues related to personal risk and country conditions, factors that are already considered by the IRB when it assesses the asylum claim. As a result, the proposed reforms also include removing the consideration of certain kinds of risks from humanitarian and compassionate applications.

Specifically, this concerns risks as defined under sections 96 and 97 of the Immigration and Refugee Protection Act, which are also assessed as part of the refugee protection process and in a pre-removal risk assessment. This reform would clarify the distinction between H and C decision-making and the refugee protection and pre-removal risk assessment processes.

Under the proposed measures H and C decisions would focus on considerations such as establishment in Canada, the best interests of the child, relationships in Canada, the country

ici comportent l’instruction suivante à la section 5.16 (reproduite en partie) [*Traitement des demandes au Canada (IP)*, Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire] :

#### 5.16. Considérations d’ordre humanitaire et difficultés : facteurs pertinents à l’égard du pays d’origine

Bien qu’il ne puisse tenir compte des facteurs visés aux L96 et L97, le décideur doit tenir compte des éléments liés aux difficultés auxquelles l’étranger fait face. Voici quelques exemples de « difficultés » :

- l’incapacité d’obtenir des traitements médicaux essentiels;
- une forme de discrimination qui n’équivaut pas à de la persécution;
- des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur.

[8] L’avocat du défendeur a attiré l’attention de la Cour sur certains débats à la Chambre des communes et au sein du comité permanent du Sénat concernant les modifications proposées aux termes du projet de loi C-11. Lors de la réunion du 27 mai 2010 du comité de la Chambre des communes, M. Peter MacDougall, directeur général, Réfugiés, ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration, a présenté les observations suivantes [Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, *Témoignages*, n° 01, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., à la page 2] :

De plus, les demandes CH soulèvent souvent des questions liées au risque personnel et à la situation dans le pays — des facteurs déjà examinés par la CISR lorsqu’elle évalue une demande d’asile. En conséquence, les réformes proposées comprennent également la suppression de l’examen de certains types de risques pour les demandes CH.

En particulier, il s’agit des risques — tels que définis aux articles 96 et 97 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — qui sont aussi évalués dans le cadre du processus de protection des réfugiés et dans l’examen des risques avant renvoi. Cette réforme clarifierait la distinction entre la prise de décisions CH et les processus de protection des réfugiés et d’examen des risques avant renvoi.

Aux termes des mesures proposées, les décisions CH se concentreraient sur des considérations telles que l’établissement au Canada, l’intérêt supérieur de l’enfant, les relations au

of origin's ability to provide medical treatment, and risks of discrimination in that country, as well as generalized risk in the country of origin.

In conclusion, as the minister has said, the proposed measures meet and exceed Canada's domestic and international obligations and maintain the balance and fairness that are the principles of our entire immigration, refugee, and citizenship systems.

[9] At the meeting of the Senate Committee held on June 22, 2010, Ms. Jennifer Irish, Director, Asylum Policy Program Development, made the following remarks during her address [Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 11, at pages 11:86–11:87]:

**Ms. Irish:** The rationale for separating risk considerations from the H and C is to make clear that there are two different streams. The refugee system will continue to be dedicated to assessing risk, which, in Canada, is embodied in sections 96 and 97 of the IRPA, Immigration and Refugee Protection Act.

In the future, H and C will not be able to look at these risk factors, so that will remove an important redundancy in our system. Rather than having two arms of the Canadian government looking at the same application under the same criteria, effectively now, if you are a refugee, you will be expected to go through the refugee determination system. If you have humanitarian and compassionate considerations, you can file separately for those. There will be no overlap in terms of assessment of risk.

To ensure that an H and C application can still consider risk-like factors that do not meet the threshold of sections 96 and 97, it was made clear in the amendment that humanitarian and compassionate consideration can consider hardship factors.

I do not mean to try to come up with an exhaustive list, but factors like generalized country situations, systemic discrimination, best interests of the child as well as traditional agency factors can continue to be considered in the humanitarian and compassionate consideration process. Anything that meets that threshold of sections 96 and 97 risk will be the purview of

Canada, la capacité du pays d'origine d'offrir un traitement médical, et les risques de discrimination ainsi que les risques en général dans le pays d'origine.

En conclusion, comme l'a dit le ministre, les mesures proposées répondent aux obligations nationales et internationales et les dépassent, et elles maintiendraient l'équilibre et l'équité qui sont les principes de nos systèmes d'immigration, d'octroi de l'asile et de citoyenneté.

[9] Lors de la réunion du 22 juin 2010 du comité sénatorial, M<sup>me</sup> Jennifer Irish, directrice, Développement des programmes et politiques des droits d'asile, a formulé les observations suivantes [Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n<sup>o</sup> 11, aux pages 11:86 et 11:87] :

**Mme Irish :** Nous avons retiré les facteurs de risque du processus d'évaluation des demandes d'asile pour motifs d'ordre humanitaire parce que nous voulions établir clairement une distinction entre les deux programmes. Le système de détermination du statut de réfugié continuera de se consacrer à l'évaluation des risques illustrée au Canada par les articles 96 et 97 de la LIPR, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

À l'avenir, les gens qui seront chargés d'évaluer les demandes d'asile pour motifs d'ordre humanitaire ne seront pas en mesure de tenir compte des facteurs de risque, ce qui éliminera l'important chevauchement qui existe à l'heure actuelle dans notre système. Au lieu d'avoir deux branches du gouvernement qui examinent la même demande en fonction des mêmes critères, dorénavant, s'il s'agit d'un réfugié, on s'attendra à ce qu'il fasse appel au système de détermination du statut de réfugié. S'il souhaite que des facteurs humanitaires soient pris en considération, il peut présenter une demande distincte à cet effet. Il n'y aura plus de chevauchement en matière d'évaluation des risques.

Pour veiller à ce qu'une demande d'asile pour motifs d'ordre humanitaire puisse toujours tenir compte de facteurs apparentés aux risques qui ne répondent pas aux critères énoncés aux articles 96 et 97, on a indiqué clairement dans la modification que les difficultés exceptionnelles peuvent être prises en considération.

Je n'ai pas l'intention d'essayer de dresser une liste complète des aspects à prendre en considération, mais des facteurs tels que des situations généralisées à l'échelle du pays, une discrimination systématique, l'intérêt de l'enfant ainsi que les facteurs dont l'organisme a tenu compte dans le passé peuvent toujours être étudiés dans le cadre de l'évaluation

the Immigration and Refugee Board and the refugee status determination system.

[10] In this case, we may focus on the following words used in subsections 25(1) and (1.3) of IRPA, as amended:

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

**25.** (1) ... justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national...

...

Non-application of certain factors

(1.3) ... the Minister may not consider the factors that are taken into account in the determination of whether a person is a convention refugee under section 96 or a person in need of protection under subsection 97(1) but must consider elements related to the hardships that affect the foreign national.

[11] Turning to section 96, it requires consideration as to whether a person has a well-founded fear of persecution by reason of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion:

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.

[12] Subsection 97(1) speaks of a person in need of protection who, in their home country, would be subjected personally to a risk to their life or cruel or unusual treatment:

des demandes d'asile pour motifs d'ordre humanitaire. Tout facteur qui répond aux critères énoncés aux articles 96 et 97 relèvera de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ainsi que du système de détermination du statut de réfugié.

[10] En l'espèce, nous pouvons nous concentrer sur les passages suivants des paragraphes 25(1) et (1.3) de la LIPR modifiés :

**25.** (1) [...] des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient [...]

[...]

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

(1.3) Le ministre [...] ne tient compte d'aucun des facteurs servant à établir la qualité de réfugié — au sens de la Convention — aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger au titre du paragraphe 97(1); il tient compte, toutefois, des difficultés auxquelles l'étranger fait face.

Non-application de certains facteurs

[11] Quant à l'article 96, il exige que soit examinée la question de savoir si une personne craint 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 :

**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 :

Définition de « réfugié »

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.

[12] Le paragraphe 97(1) parle de la personne ayant qualité de personne à protéger qui, dans son pays d'origine, serait personnellement exposée à une menace à sa vie ou au risque de traitements cruels et inusités :

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.

[13] Subparagraph 97(1)(b)(ii) should be particularly noted because it *exempts* risk “faced generally by other individuals in or from that country”. In the language sometimes used in this field of law, “generalized risk” is exempted from subsection 97(1) consideration; “personalized risk” is what subsection 97(1) deals with.

[14] The question is, therefore, whether subsection 25(1.3) of IRPA, as amended, which exempts section 96 and subsection 97(1) considerations is itself constrained by the exemption to subsection 97(1) afforded by subparagraph 97(1)(b)(ii). Put another way, is the Minister, or Minister’s officer, still required to consider “generalized risk” in the context of considering “hardship”?

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.

[13] Il convient de noter en particulier le sous-alinéa 97(1)b(ii) parce que celui-ci exclut le risque auquel d’autres personnes originaires du pays concerné ou qui s’y trouvent sont généralement exposées. Dans le jargon juridique, on dit parfois que le paragraphe 97(1) exclut la prise en compte du « risque généralisé » et vise plutôt le « risque personnalisé ».

[14] La question qui se pose est donc celle de savoir si le paragraphe 25(1.3) de la LIPR modifié, qui exclut la prise en compte des facteurs visés à l’article 96 et au paragraphe 97(1), est lui-même assujéti à l’exception au paragraphe 97(1) prévue au sous-alinéa 97(1)b(ii). Autrement dit, le ministre, ou l’agent qui agit en son nom, doit-il tenir compte du « risque généralisé » lorsqu’il examine les « difficultés »?



[15] There is no doubt that, in addressing the Commons and Senate committees, proponents of the Bill providing for the amendments believed that the Bill would eliminate consideration of all risks, personalized or generalized. The guidelines quoted previously are little more than vague; they indicate that an officer is to consider, for instance, “adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.”

[16] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, states that legislation is intended to be remedial and is to be given a fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objectives.

Enactments  
deemed  
remedial

**12.** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[17] There is a long history of jurisprudence respecting subsection 97(1) that distinguishes between “generalized risk” and “personalized risk”, so much so that those terms have become imbedded into the culture of those dealing with that provision.

[18] This case is a good example of “personalized” or “generalized” risk. The applicant sought refugee protection and was denied that protection. It was determined by the Refugee Protection Division that he had not demonstrated “personalized” risk. Now the matter comes on an H&C application for determination. Must the H&C officer accept the finding that there was no “personalized” risk? Must the officer assume, by default, that generalized risk was established? Must the applicant demonstrate that there is a generalized risk? Should the officer ignore risk altogether, whether personalized or generalized?

[19] We are left with what is, in effect, the sort of semantic exercise, in which lawyers delight in engaging, and into which the courts are too often drawn. I believe that the true answer to the interpretation of the

[15] Il ne fait aucun doute que, lorsqu’ils se sont adressés aux comités de la Chambre des communes et du Sénat, les promoteurs du projet de loi prévoyant les modifications croyaient que ce projet de loi excluait la prise en compte de tous les risques, aussi bien les risques généralisés que les risques personnalisés. Les lignes directrices précitées sont plutôt vagues; elles indiquent que l’agent doit prendre en compte, par exemple, les « conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur ».

[16] L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, énonce que tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

**12.** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Principe et  
interprétation

[17] Il existe une jurisprudence établie sur une longue période concernant le paragraphe 97(1) qui opère une distinction entre le « risque généralisé » et le « risque personnalisé », à telle enseigne que ces expressions font partie du langage courant de ceux qui ont affaire à cette disposition.

[18] La présente affaire illustre bien la différence entre le risque « personnalisé » et le risque « généralisé ». Le demandeur a demandé l’asile et sa demande a été rejetée. La Section de la protection des réfugiés a statué que le demandeur n’avait pas démontré l’existence d’un risque « personnalisé ». Lorsqu’un agent est ensuite appelé à statuer sur le cas dans le cadre d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, cet agent doit-il admettre la conclusion selon laquelle il n’y avait aucun risque « personnalisé »? Doit-il présumer, par défaut, qu’un risque généralisé a été établi? Le demandeur doit-il démontrer l’existence d’un risque généralisé? L’agent devrait-il ne tenir compte d’aucun risque, qu’il soit personnalisé ou généralisé?

[19] Ainsi, il semblerait que nous en soyons réduits, en pratique, à devoir nous prêter au genre d’exercice de sémantique dont les avocats raffolent, et dans lesquels les tribunaux sont trop souvent entraînés. Je crois

amended provisions of section 25 of IRPA lies in drawing back from the constraints of lingo such as “personalized” or “generalized” and focusing on the intent of that provision.

[20] The role of humanitarian and compassionate provisions in legislation dealing with refugees who find their way into Canada has been longstanding. In *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, particularly at paragraphs 63 and 64, the Supreme Court of Canada recognized that such provisions are not to be considered as a matter of general recourse; but rather, essentially as a plea to the executive branch of government for special consideration not otherwise explicitly provided for in the legislation.

[21] The Federal Court of Appeal in *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, acknowledged what the Supreme Court had written in *Chieu*, above, and affirmed that humanitarian and compassionate grounds are discretionary powers to be exercised by the Minister. Décarý J.A. wrote at paragraphs 15 to 19:

Subsection 114(2) is an exceptional measure and, what’s more, a discretionary one. As noted by Justice Iacobucci in *Chieu, supra*, at paragraph 64:

... an application to the Minister under s. 114(2) is essentially a plea to the executive branch for special consideration which is not even explicitly envisioned by the Act.

This exceptional measure is a part of a legislative framework where “[n]on-citizens do not have a right to enter or remain in Canada”, where “[i]n general, immigration is a privilege not a right” (*Chieu, supra*, at paragraph 57) and where “the Act treats citizens differently from permanent residents, who in turn are treated differently from Convention refugees, who are treated differently from individuals holding visas and from illegal residents. It is an important aspect of the statutory scheme that these different categories of individuals are treated differently, with appropriate adjustments to the varying rights and contexts of individuals in these groups” (*Chieu*, paragraph 59).

cependant que, pour trancher la question de l’interprétation des dispositions modifiées de l’article 25 de la LIPR, il faut se dégager des contraintes liées au jargon des risques « personnalisés » et « généralisés » et se concentrer sur l’objet de la disposition en question.

[20] Le rôle des dispositions relatives aux motifs d’ordre humanitaire dans les lois applicables aux réfugiés qui réussissent à se frayer un chemin jusqu’au Canada est établi de longue date. Dans l’arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, en particulier aux paragraphes 63 et 64, la Cour suprême du Canada a reconnu que ces dispositions ne devaient pas être considérées comme offrant un recours général, mais plutôt comme permettant essentiellement un plaidoyer auprès de l’exécutif en vue d’obtenir un traitement spécial qui n’est pas par ailleurs explicitement prévu par la loi.

[21] Dans l’arrêt *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, la Cour d’appel fédérale a souscrit aux propos de la Cour suprême dans l’arrêt *Chieu*, précité, et a affirmé que la prise en compte de motifs d’ordre humanitaire relevait du pouvoir discrétionnaire du ministre. Le juge Décarý a écrit, aux paragraphes 15 à 19 :

Le paragraphe 114(2) est une mesure d’exception, discrétionnaire par surcroît. Ainsi que le note le juge Iacobucci dans *Chieu, supra*, au paragraphe 64:

[...] la demande faite au ministre en vertu du par. 114(2) est essentiellement un plaidoyer auprès de l’exécutif en vue d’obtenir un traitement spécial qui n’est même pas explicitement envisagé par la Loi.

Cette mesure d’exception s’inscrit dans un régime légal en vertu duquel « [l]es non-citoyens n’ont pas de droit d’entrer ou de s’établir au Canada », où « [e]n règle générale, l’immigration est un privilège, et non un droit » (*Chieu, supra*, au paragraphe 57) et dans lequel « la Loi traite les citoyens différemment des résidents permanents, qui à leur tour sont traités différemment des réfugiés au sens de la Convention, lesquels sont traités différemment des détenteurs de visas et des résidents illégaux. C’est un aspect important du régime législatif que différentes catégories de personnes soient traitées différemment, avec les adaptations voulues selon les différents droits et les différentes situations des personnes faisant partie de ces groupes » (*Chieu*, au paragraphe 59).

Parliament chose, at subsection 114(2), to restrain the discretionary exercise to cases where there are compassionate and humanitarian considerations. Once these grounds are established, the Minister may allow the exception, but he may also choose not to allow it. That is the essence of the discretion, which must be exercised within the general context of Canadian laws and policies on immigration. The Minister can refuse to allow the exception when he is of the view that public interest reasons supersede humanitarian and compassionate ones.

The Canadian government encourages immigration, as stated in the objectives of the Act at paragraphs 3(a) (attainment of demographic goals) and 3(b) (enrichment and strengthening of the cultural and social fabric of Canada). Subsection 5(2) of the Act foresees that “[a]n immigrant shall be granted landing if he ... meets the requirements of this Act and the regulations”. According to subsection 6(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 3], an immigrant may obtain the right of landing in Canada “if it is established to the satisfaction of an immigration officer that the immigrant meets the selection standards established by the regulation”. Every year, the Minister, upon consulting with the provinces, must table in Parliament “the immigration plan for the next calendar year” (subsection 7(1) [as am. *idem*]). It is the responsibility of the immigrant to prove that he “has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations” (subsection 8(1)). Finally, an immigrant must, in principle, “make an application for and obtain a visa before that person appears at a port of entry” (subsection 9(1)) and “answer truthfully all questions put ... by a visa officer” (subsection 9(3)).

In short, the *Immigration Act* and the Canadian immigration policy are founded on the idea that whoever comes to Canada with the intention of settling must be of good faith and comply to the letter with the requirements both in form and substance of the Act. Whoever enters Canada illegally contributes to falsifying the immigration plan and policy and gives himself priority over those who do respect the requirements of the Act. The Minister, who is responsible for the application of the policy and the Act, is definitely authorized to refuse the exception requested by a person who has established the existence of humanitarian and compassionate grounds, if he believes, for example, that the circumstances surrounding his entry and stay in Canada discredit him or create a precedent susceptible of encouraging illegal entry in Canada. In this sense, the Minister is at liberty to take into consideration the fact that the humanitarian and compassionate grounds that a person claims are the result of his own actions.

[22] I conclude that the guidelines got it right in construing how the amended provisions of section 25 of IRPA are to be interpreted. We are to abandon the old

Le Parlement a choisi, au paragraphe 114(2), de restreindre l'exercice de la discrétion aux seuls cas où il existe des raisons d'ordre humanitaire. Une fois ces raisons établies, le ministre peut accorder la dispense, mais il peut aussi ne pas l'accorder. C'est l'essence même de sa discrétion, laquelle s'exerce dans le contexte général des lois et politiques canadiennes d'immigration. Le ministre peut ne pas accorder la dispense quand il est d'avis que des considérations d'intérêt public l'emportent sur les raisons d'ordre humanitaire.

Le gouvernement canadien encourage l'immigration, tel qu'il appert des objectifs énoncés à l'alinéa 3a) de la Loi (réalisation d'objectifs démographiques) et 3b) (enrichissement et renforcement du tissu culturel et social du Canada). Le paragraphe 5(2) de la Loi prévoit qu'ont droit de s'établir au Canada les immigrants « qui remplissent les conditions prévues à la présente loi et à ses règlements ». Aux termes du paragraphe 6(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 3], un immigrant peut obtenir le droit d'établissement au Canada « si l'agent d'immigration est convaincu que l'immigrant satisfait aux normes réglementaires de sélection ». Chaque année, le ministre, après consultation des provinces, dépose au Parlement « le plan d'immigration pour l'année civile suivante » (paragraphe 7(1) [mod., *idem*]). Il incombe à l'immigrant de prouver qu'il a le droit d'« entrer au Canada » ou « que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements » (paragraphe 8(1)). Enfin, un immigrant doit en principe « demander et obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée » (paragraphe 9(1)) et « répondre franchement aux questions de l'agent des visas. » (paragraphe 9(3)).

Bref, la *Loi sur l'immigration* et la politique canadienne en matière d'immigration sont fondées sur la prémisse que quiconque vient au Canada avec l'intention de s'y établir doit être de bonne foi et respecter à la lettre les exigences de fond et de forme qui sont prescrites. Quiconque entre illégalement au Canada contribue à fausser le plan et la politique d'immigration et se donne une priorité sur tous ceux qui, eux, respectent les exigences. Le ministre, qui est responsable de l'application de la politique et de la Loi, est très certainement autorisé à refuser la dispense que demande une personne qui a établi l'existence de raisons d'ordre humanitaire, s'il est d'avis, par exemple, que les circonstances de l'entrée ou du séjour au Canada de cette personne la discréditent ou créent un précédent susceptible d'encourager l'entrée illégale au Canada. En ce sens, il est loisible au ministre de prendre en considération le fait que les raisons d'ordre humanitaire dont une personne se réclame soient le fruit de ses propres agissements.

[22] Je conclus que les auteurs des lignes directrices ont vu juste quant à l'interprétation qu'il convient de faire des dispositions modifiées de l'article 25 de la

lingo and jurisprudence respecting personalized and generalized risk and focus upon the hardship to the individual. Included within the broader exercise in considering such hardship is consideration of “adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant.”

## 2. DECISION OF THE OFFICER

[23] The relevant portion of the reasons of the officer is as follows:

### Fear of Discrimination in Turkey

According to CIC Inland Processing Manual #5, the definition of discrimination is: A distinction based on the personal characteristics of an individual that results in some disadvantage to that individual. Within the humanitarian and compassionate context, discrimination must be examined against a test of hardship that is unusual and undeserved; or disproportionate.

In order for discrimination to amount to persecution it is normally repetitive, persistent and has grave personal consequences such as serious body injury, torture, mistreatment or in the denial of fundamental human rights.

In this application, the applicant indicates that he fears extreme discrimination and ill-treatment due to his Alevi beliefs and his association with and support of Kurdish people. Counsel for the applicant states, “Based on the foregoing country condition evidence, it is our submission that the Applicant will suffer undue, undeserved, and disproportionate hardship on many fronts. Firstly, because of the human rights violations committed by state and security personnel. Secondly, because of the persecution of Kurdish nationals. And finally, because of the persecution of those who follow the Alevi faith. Although the Applicant is not Kurdish, he actively supported Kurds in his community. As such, he faced similar consequences. In our submissions, it is not undisputed that Kurds continue to face extreme discrimination and hardships in Turkey. It is also our submission that those who sympathize with their cause also face similar treatment. Finally, the Applicant is Alevi, and experienced discrimination and harassment as a result of his faith. Once again, the reports are consistent in reporting that Alevi in Turkey continue to be persecuted. Despite promises made by the European Union to reform the treatment of Alevi

LIPR. Nous devons abandonner le vieux jargon et l’ancienne jurisprudence relatifs aux risques personnalisés et généralisés et nous concentrer sur les difficultés qu’éprouverait l’intéressé. Cet exercice plus général d’examen des difficultés en question comprend la prise en compte « des conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur ».

## 2. LA DÉCISION DE L’AGENTE

[23] La partie pertinente des motifs de l’agente est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

### Crainte de discrimination en Turquie

Le Guide sur le traitement des demandes au Canada IP5 de CIC définit la discrimination comme une distinction fondée sur les caractéristiques personnelles d’une personne qui entraîne un désavantage pour cette dernière. Dans le contexte de l’examen de motifs d’ordre humanitaire, la discrimination doit être examinée au regard du critère des difficultés inhabituelles et injustifiées ou démesurées.

Pour que de la discrimination constitue de la persécution, les actes doivent normalement être répétitifs, continus et avoir des conséquences personnelles graves, comme les blessures physiques graves, la torture, les mauvais traitements ou la privation des droits fondamentaux de la personne.

Dans la présente demande, le demandeur indique qu’il craint de subir de la discrimination et des mauvais traitements extrêmes à cause de ses convictions aléviennes et de son association et son soutien au peuple kurde. Le conseil du demandeur affirme : « Compte tenu de la preuve précitée concernant la situation dans le pays, nous estimons que le demandeur éprouvera des difficultés excessives, injustifiées et démesurées sur de nombreux fronts. Premièrement, à cause des violations des droits de la personne commises par des agents de l’État et des forces de sécurité. Deuxièmement, à cause de la persécution des citoyens appartenant à l’ethnie kurde. Et enfin, à cause de la persécution des personnes de conviction alévie. Bien que le demandeur ne soit pas Kurde, il soutient activement les Kurdes au sein de sa collectivité. Aussi, il a subi des conséquences similaires. Il n’est pas contesté que les Kurdes continuent de subir de la discrimination extrême et d’éprouver des difficultés extrêmes en Turquie. En outre, les sympathisants à la cause des Kurdes subissent également un traitement similaire. Enfin, le demandeur est alévi, et il a subi de la discrimination et du harcèlement du fait de sa religion. Encore une fois, les rapports

in Turkey, the country has done little to commit to those promises and practices.”

The applicant has also given three examples of when he was arrested for protesting against the government in Turkey and subjected to beatings and torture while in custody and indicates that he will be targeted by the police upon his return to Turkey.

The evidence submitted before me indicates that the applicant has been subjected to repetitive, persistent discrimination and harassment, and has suffered grave personal consequences at the hands of both the police and the general public. I find that the fears that the applicant has enumerated in this H&C application fall under the scope of 96 and/or 97 and thus are not within my jurisdiction to consider in this H&C with discrimination application.

Counsel for the applicant indicates that the applicant demonstrates personalized risk to life and undue hardship in Turkey. I note that this application is an H&C with Discrimination application. Additionally, counsel quotes, “It is further submitted that, where allegations of risk are made in an H&C application, the elements of risk must be analyzed not only in accordance with the definition of a Person in Need of Protection. The elements of risk must also be considered as part and parcel of a consideration of undue, undeserved and disproportionate hardship. Often, it is submitted, individuals may not meet the definition of a person in need of protection. However, that does not negate the weight to be given to allegations of risk. That is, even when the refugee protection cannot be conferred, the elements of risk may weigh significantly in a “hardship” analysis.” However, this H&C application was submitted post 29 June 2010 and as such is considered an H&C with Discrimination application, not an H&C with Risk application, and the appropriate tests will apply.

[24] The officer, instead of avoiding a determination of risk, appears to have plunged into a risk analysis and concluded, contrary to the findings of the Refugee Protection Division, that there was personalized risk to

indiquer invariablement que les alévis en Turquie continuent d’être persécutés. Malgré les promesses de l’Union européenne de réformer le traitement des alévis en Turquie, le pays n’a pas fait grand-chose pour donner suite à ces promesses et changer les pratiques en cause. »

Le demandeur a également cité en exemple trois occasions où il avait été arrêté pour avoir protesté contre le gouvernement en Turquie et avait été battu et torturé alors qu’il était en détention, et il indique qu’il sera pris pour cible par la police à son retour en Turquie.

Les éléments de preuve qui m’ont été présentés indiquent que le demandeur a subi de la discrimination et du harcèlement répétitifs et continus de la part de la police et de la population en général et qu’il en a subi de graves conséquences personnelles. J’estime que les craintes que le demandeur a évoquées dans sa demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire relèvent des articles 96 ou 97 et que je n’ai donc pas compétence pour les prendre en compte dans le cadre de l’examen de la présente demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire alléguant de la discrimination.

Le conseil du demandeur affirme que le demandeur a démontré qu’il serait personnellement exposé à une menace à sa vie et au risque d’éprouver des difficultés excessives en Turquie. Je note que la présente demande est une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire alléguant de la discrimination. En outre, le conseil affirme : « De plus, lorsque des allégations de risque sont formulées dans une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, les éléments de risque doivent être analysés non seulement au regard de la définition d’une personne à protéger. Ils doivent également être considérés comme faisant partie intégrante des éléments à prendre en considération dans le cadre de l’examen des difficultés excessives, injustifiées et démesurées. Il arrive souvent que des personnes ne cadrent pas avec la définition d’une personne à protéger. Cependant, cela n’atténue en rien le poids qui doit être accordé aux allégations de risque. Autrement dit, même lorsque le demandeur ne peut pas obtenir l’asile, les éléments de risque peuvent avoir un poids important dans le cadre d’une analyse des “difficultés”. » Cependant, la présente demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire a été déposée après le 29 juin 2010 et est donc considérée comme une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire alléguant de la discrimination, et non comme une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire alléguant un risque, et les critères appropriés s’appliqueront.

[24] L’agente, plutôt que d’éviter de se prononcer sur la question du risque, semble s’être plongée dans une analyse du risque et avoir conclu, contrairement à ce qu’avait conclu la Section de la protection des réfugiés,

the applicant. I repeat part of what applicant's counsel wrote in her memorandum of argument:

12. The Applicant submits that the Immigration Officer made these findings in order to preclude herself from having to undertake a hardship analysis based on the country conditions present in Turkey.

13. What the Immigration Officer is stating is that the Applicant is a person who will face such high degrees of discrimination that it amounts to persecution, but refuses to determine whether someone in such a position might also face significant degree of hardship.

14. Said another way, the Immigration Officer is stating that a person who is discriminated against "a little" will have their H&C case considered. Whereas a person who is discriminated against "a lot", as was found in this case, will not have their case reviewed. In our submission, such a conclusion is perverse.

[25] Counsel for the respondent agrees that the reasons are not very skilfully written. He then entered into a very close reading of those reasons and endeavoured to argue that, upon close examination, they make sense.

[26] I find that the reasons improperly focus on risk and embark on an exercise of distinguishing personalized from generalized risk, which should not be done. The focus should be on hardship, including any adverse country conditions that have a direct negative impact on the applicant. The matter will be sent back for redetermination by a different officer, having these principles in mind.

[27] I recognize that this case raises a new issue not considered by earlier jurisprudence and will certify the following question:

What is the nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

que le demandeur serait personnellement exposé à un risque s'il était renvoyé en Turquie. Je reprends une partie de ce que l'avocate du demandeur a écrit dans son exposé d'arguments :

[TRADUCTION]

12. Le demandeur soutient que l'agente d'immigration a tiré ces conclusions afin de ne pas avoir à entreprendre une analyse des difficultés fondée sur les conditions ayant cours actuellement en Turquie.

13. L'agente d'immigration affirme en fait que le demandeur est une personne qui subira des formes de discrimination tellement graves qu'elles constituent de la persécution, mais elle refuse de se prononcer sur la question de savoir si une personne se trouvant dans une telle situation éprouvera également des difficultés importantes.

14. Autrement dit, l'agente d'immigration affirme que la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire de la personne qui subit « un peu » de discrimination sera examinée, tandis que celle de la personne qui subit « beaucoup » de discrimination ne le sera pas. En toute déférence, une telle conclusion nous paraît aberrante.

[25] L'avocat du défendeur a convenu que les motifs n'étaient pas très bien rédigés. Il a ensuite procédé à une lecture très minutieuse de ces motifs et a cherché à convaincre la Cour qu'à y regarder de près, ces motifs étaient cohérents.

[26] J'estime que les motifs se concentrent à tort sur le risque et s'évertuent à opérer une distinction entre le risque personnalisé et le risque généralisé qui n'a pas sa place. Les motifs devraient se concentrer sur les difficultés, et notamment sur les conditions défavorables dans le pays qui ont une incidence néfaste directe sur le demandeur, le cas échéant. L'affaire sera renvoyée pour nouvelle décision par un agent différent, qui devra avoir ces principes à l'esprit.

[27] Je reconnais que la présente affaire soulève une question nouvelle qui n'a pas encore été examinée par la jurisprudence, et je certifierai la question suivante :

Quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?



[28] Presumably, it will follow that the appeal court will consider whether the correct interpretation was followed in this case.

[28] Selon toute vraisemblance, il s'ensuivra que la cour d'appel examinera la question de savoir si la bonne interprétation a été retenue dans la présente affaire.

#### JUDGMENT

FOR THE REASONS PROVIDED:

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is allowed and the matter is returned for redetermination by a different officer;

2. The following question is certified:

What is the nature of risk, if any, to be assessed with respect to humanitarian and compassionate considerations under section 25 of IRPA, as amended by the *Balanced Refugee Reform Act*?

3. No order as to costs.

#### JUGEMENT

POUR LES MOTIFS QUI PRÉCÈDENT,

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande est accueillie, et l'affaire est renvoyée pour nouvelle décision par un agent différent;

2. La question suivante est certifiée :

Quelle est la nature du risque, s'il en est, qui doit être examiné au titre des considérations d'ordre humanitaire visées à l'article 25 de la LIPR, modifié par la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*?

3. Aucuns dépens ne sont adjugés.

IMM-2309-12  
2012 FC 1282

IMM-2309-12  
2012 CF 1282

**B306** (*Applicant*)

**B306** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeur*)

**INDEXED AS: B306 v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : B306 c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Gagné J.—Toronto, September 13; Ottawa, November 9, 2012.

Cour fédérale, juge Gagné—Toronto, 13 septembre; Ottawa, 9 novembre 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division, to issue deportation order against applicant following determination of inadmissibility pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) — Applicant, Tamil refugee, volunteering to assist MV Sun Sea crew in exchange for food — Board applying IRPA, s. 117(1) factors, finding that applicant aiding, abetting smugglers, acting knowingly — Whether Board erring in finding that applicant engaged in people smuggling by cooperating with smugglers — Board's conclusion unreasonable — Large reading of s. 117(1) suggesting any services aiding, abetting smuggling unreasonable — Board's analysis not informed by context — Unreasonable to disregard applicant's lack of role, authority in smuggling operation — Mere knowledge that passengers lacking documents not sufficient — Board not turning mind to reasons applicant sought to help smugglers — Distinction to be made between IRPA, ss. 117, 131 — Questions certified: whether appropriate to define "people smuggling" by relying on s. 117 rather than international instrument to which Canada signatory; in what circumstances definition of people smuggling in IRPA s. 37(1)(b) extending to s. 131 — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir conclu qu'il était interdit de territoire au Canada conformément à l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Le demandeur, un réfugié tamoul, a offert d'aider l'équipage du MV Sun Sea en échange de nourriture additionnelle — Appliquant les facteurs énumérés à l'art. 117(1) de la LIPR, la Commission a conclu que le demandeur avait aidé et encouragé les passeurs et qu'il avait agi sciemment — Il s'agissait de déterminer si la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le demandeur s'était livré au passage de clandestins en coopérant avec les gens qui le faisaient passer — La conclusion de la Commission est déraisonnable — C'est interpréter de manière déraisonnablement large l'art. 117(1) que de laisser entendre que tout service peut être considéré comme une aide et un encouragement à la venue au Canada d'étrangers clandestins — L'analyse de la Commission ne tenait pas compte du contexte — Il était déraisonnable de ne pas tenir compte de l'absence de rôle d'autorité du demandeur dans cette opération de passage de clandestins — La simple connaissance du fait que les autres passagers n'étaient pas munis des documents légaux requis n'était pas suffisante — La Commission ne s'est pas interrogée quant à savoir pour quels motifs le demandeur avait cherché à aider les passeurs — Il y a lieu d'opérer une distinction entre les art. 117 et 131 de la LIPR — Les questions de savoir s'il est approprié de définir l'expression « passage de clandestins » en s'appuyant sur l'art. 117 plutôt que sur un instrument international dont le Canada est signataire et dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l'art. 37(1)(b) de la LIPR s'étend aux infractions visées à l'art. 131 ont été certifiées — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to issue a deportation order against the applicant after determining that he was inadmissible on grounds of organized criminality in the context of a transnational crime of people smuggling pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The applicant, a Tamil of Sri Lankan nationality, arrived as a refugee on board the MV *Sun Sea*. During the journey, the appellant was sick and hungry. In exchange for extra food, he volunteered to cook for the crew and to watch for other ships from the bridge. The applicant received no monetary compensation in exchange for his tasks. Applying the factors enumerated under subsection 117(1) of the IRPA, the Board found that the applicant understood that he was travelling illegally and was aiding and abetting the smugglers by offering his services to the crew in violation of immigration laws. The Board also found that the applicant had acted knowingly despite his inability to articulate what laws were being violated because *mens rea* could reasonably be inferred from the nature of his conduct.

An issue was whether the Board arrived at an unreasonable conclusion or based its conclusion on errors of law when it found that the applicant engaged in people smuggling by cooperating with the people who were smuggling him.

*Held*, the application should be allowed.

The Board reached an unreasonable conclusion in the circumstances of the case when it found that the applicant's acts constituted "aiding and abetting" the coming into Canada of unauthorized people, pursuant to subsection 117(1). It was an unreasonably large reading of subsection 117(1) to suggest that any services performed in favour of smugglers can be viewed as aiding and abetting the coming into Canada of illegal aliens. In this sense, the Board's analysis was not informed by the context of complete dependency, vulnerability and power imbalance in which the applicant found himself. It was also unreasonable to disregard the lack of role and authority of the applicant in the organization or in the process of the smuggling operation. Mere knowledge of the fact that the passengers were not in possession of the required documents to enter Canada cannot reasonably justify a conclusion that the applicant engaged in people smuggling. Such a conclusion was even less reasonable in a case where the applicant acted to protect himself against hunger, illness and other dangers and difficulties. In order to establish *mens rea* the Board had to turn its mind to the reasons for which the applicant sought to help the smugglers, and it erred in law by failing to

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir statué que celui-ci était interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée dans le contexte d'un crime transnational de passage de clandestins en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur, un Tamoul de nationalité sri lankaise, est arrivé comme réfugié à bord du MV *Sun Sea*. Pendant le voyage, il était malade et affamé. En échange de nourriture supplémentaire, il a fait la cuisine pour l'équipage et a occupé un poste de vigie qui consistait à scruter l'horizon à partir du pont pour déceler la présence éventuelle d'autres navires. Le demandeur n'a tiré aucune rémunération en échange des tâches qu'il a accomplies à bord. Appliquant les facteurs énumérés au paragraphe 117(1) de la LIPR, la Commission a conclu que le demandeur comprenait qu'il voyageait illégalement et qu'il aidait et encourageait les passeurs en offrant ses services à l'équipage en violation des lois sur l'immigration. La Commission a également conclu que malgré qu'il ait été incapable de dire précisément quelles lois étaient violées, le demandeur avait agi sciemment parce que la *mens rea* pouvait raisonnablement s'inférer de la nature de sa conduite.

Il s'agissait de déterminer si la Commission a tiré une conclusion déraisonnable ou a fondé sa conclusion sur des erreurs de droit lorsqu'elle a conclu que le demandeur s'était livré au passage de clandestins en coopérant avec les gens qui le faisaient passer.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Commission a tiré une conclusion déraisonnable, dans les circonstances particulières de la présente affaire, lorsqu'elle a conclu que les actes du demandeur revenaient à « aider et encourager » l'entrée au Canada de personnes non autorisées, au sens du paragraphe 117(1) de la LIPR. C'était interpréter de manière déraisonnablement large le paragraphe 117(1) que de laisser entendre que tout service fourni au profit de passeurs peut être considéré comme une aide et un encouragement à la venue au Canada d'étrangers clandestins. En ce sens, l'analyse de la Commission ne tenait pas compte du contexte de dépendance complète, de vulnérabilité et d'inégalité des forces dans lequel se trouvait le demandeur. Il était également déraisonnable de ne pas tenir compte de l'absence de rôle et d'autorité du demandeur dans l'organisation ou le déroulement de l'opération de passage. La simple connaissance du fait que les autres passagers n'étaient pas munis du visa ou des autres documents légaux requis pour entrer au Canada ne saurait raisonnablement justifier la conclusion selon laquelle le demandeur s'est livré à l'activité de passage de clandestins. Une telle conclusion était encore moins raisonnable dans un contexte où le demandeur a agi

do so. A distinction should be made between the offence of people smuggling contemplated in section 117 and the offence of conspiring with, being accomplice to, or being an accessory after the fact of the smugglers as contemplated in section 131 of the IRPA. The following questions were certified: whether it is appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 rather than on a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory; and in what circumstances would the definition of people smuggling in paragraph 37(1)(b) of the IRPA extend to the offences referred to in section 131.

afin de se protéger contre la faim, la maladie et d’autres dangers et difficultés liés au voyage. Afin d’établir la *mens rea*, la Commission devait s’interroger quant à savoir pour quels motifs le demandeur avait cherché à aider les passeurs, et elle a commis une erreur de droit en omettant de le faire. Il y a lieu d’opérer une distinction entre l’infraction de passage de clandestins visée à l’article 117 et l’infraction de complot, de complicité ou de complicité après le fait avec les passeurs visée à l’article 131 de la LIPR. Les questions de savoir s’il est approprié de définir l’expression « passage de clandestins » en s’appuyant sur l’article 117 plutôt que sur une définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire, et dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR s’étend aux infractions visées à l’article 131 ont été certifiées.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, s. 18(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 37(1)(b),(2)(a), 44, 74(d), 96, 97, 117, 131.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 31.

#### CASES CITED

##### DISTINGUISHED:

*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569.

##### CONSIDERED:

*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471, 75 Imm. L.R. (3d) 304 (Ont. S.C.J.); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167.

##### REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985) 17 D.L.R. (4th)

#### 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.  
*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 37(1)(b),(2)(a), 44, 74d), 96, 97, 117, 131.  
*Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, art. 18(1).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 31.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471, 75 Imm. L.R. (3d) 304 (C.S.J. Ont.); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 899; *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Sittampalam c.*

422; *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, 254 D.L.R. (4th) 200; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487; *Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8549 (F.C. T.D.); *Boni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 68, 61 Admin. L.R. (4th) 21.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to issue a deportation order against the applicant after determining that he was inadmissible for engaging in people smuggling pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). Application allowed.

#### APPEARANCES

*Raoul Boulakia* for applicant.  
*Balqees Mihirig* and *Gregory G. George* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] GAGNÉ J.: The applicant (identified as B306 in the proceedings before this Court) seeks judicial review of a decision of Member Adamidis of the Immigration Division, Immigration and Refugee Board of Canada (panel), dated February 14, 2012, wherein the panel issued a deportation order against the applicant after determining that he was inadmissible to Canada for engaging in people smuggling, in the context of transnational crime, as set out in paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). For the application of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, the panel relied on the definition of people (or human) smuggling found in subsection 117(1) of the same Act.

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 100; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487; *Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8549 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 68.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de prendre une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir statué que celui-ci était interdit de territoire au Canada pour s'être livré au passage de clandestins en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Raoul Boulakia* pour le demandeur.  
*Balqees Mihirig* et *Gregory G. George* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Raoul Boulakia*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE GAGNÉ : Le demandeur (identifié comme B306 dans l'instance devant la Cour) demande le contrôle judiciaire d'une décision du commissaire Adamidis de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) datée du 14 février 2012, aux termes de laquelle le tribunal a pris une mesure d'expulsion contre le demandeur après avoir statué que celui-ci était interdit de territoire au Canada pour s'être livré au passage de clandestins, dans le contexte de la criminalité transnationale, conformément à l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Pour l'application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, le tribunal s'est appuyé sur la définition de passage de

[2] As a result of this decision the applicant is now ineligible to make a refugee claim under sections 96 and 97 of the IRPA.

#### Facts

[3] The facts which gave rise to this application are distinguishable from those of a recent case decided by my colleague Justice Simon Noël on May 15, 2012 in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569 (*B010*).

[4] Like in that case, the case before me involves one of the 492 migrants, including refugee seekers, who were smuggled into Canada aboard the MV *Sun Sea* on August 13, 2010. At the time, the incident received significant media coverage, reporting the unspeakably difficult conditions of the journey that put the lives of all passengers in serious jeopardy.

[5] The applicant is a 26-year-old Tamil of Sri Lankan nationality. Like many other passengers travelling on the MV *Sun Sea*, he was kept in detention for several months upon arrival in Canada and immediately claimed refugee status.

[6] In a series of interviews conducted by the Canada Border Services Agency (CBSA) the applicant stated that he was an ordinary passenger who had to pay for his travel on the ship. The applicant had paid \$3 500 and his father had promised to sell a land to pay the balance of \$20 000 to the smugglers. The applicant also stated that while on board, he cooked for the crew and collected rain water with other passengers in exchange for extra food. Like many other passengers of the MV *Sun Sea*, the applicant was sick and hungry. He testified that, once at sea, he personally approached the crew members and asked to cook for them in exchange for additional food. He further stated that later during the journey, he held a watchkeeping post six hours per day which consisted of surveying the sea from the bridge wing and watching for other ships or trawlers.

clandestins (organisation d'entrée illégale) énoncée au paragraphe 117(1) de la même loi.

[2] Par suite de cette décision, le demandeur est maintenant inadmissible à demander l'asile en vertu des articles 96 et 97 de la LIPR.

#### Les faits

[3] Les faits qui ont donné lieu à la présente demande se distinguent de ceux d'une affaire récente, tranchée par mon collègue le juge Simon Noël le 15 mai 2012, dans la décision *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569 (*B010*).

[4] Tout comme dans cette affaire, l'affaire dont je suis saisi met en cause un des 492 migrants, dont des demandeurs d'asile, qui ont été introduits clandestinement au Canada à bord du MV *Sun Sea* le 13 août 2010. À l'époque, l'incident avait fait l'objet d'une couverture médiatique importante, qui relatait les conditions incroyablement pénibles du voyage qui avait gravement mis en péril les vies de tous les passagers.

[5] Le demandeur est un Tamoul âgé de 26 ans de nationalité sri lankaise. Comme beaucoup d'autres passagers voyageant à bord du MV *Sun Sea*, il a été maintenu en détention pendant plusieurs mois à son arrivée au Canada et a tout de suite demandé l'asile.

[6] Au cours d'une série d'entrevues menées par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), le demandeur a affirmé qu'il était un passager ordinaire qui avait payé son passage à bord du navire. Le demandeur avait payé 3 500 \$ et son père avait promis de vendre un terrain pour payer le solde de 20 000 \$ aux passeurs. Le demandeur a également affirmé qu'à bord du navire, il avait fait la cuisine pour l'équipage et avait recueilli de l'eau de pluie avec d'autres passagers en échange de nourriture additionnelle. Comme beaucoup d'autres passagers du MV *Sun Sea*, le demandeur était malade et affamé. Il a affirmé qu'une fois en mer, il s'était adressé personnellement aux membres de l'équipage et avait demandé de cuisiner pour eux en échange de nourriture additionnelle. Il a affirmé en outre que plus tard au cours du voyage, il avait occupé un poste de vigie



[7] It is important to note that during the interviews, the applicant confirmed that he did not receive compensation—such as a reduction of his travel fees—in exchange for his tasks on board.

[8] On January 4, 2011, a section 44 report was made and referred to the Immigration Division for an admissibility hearing in order to determine whether there were reasonable grounds to believe that the applicant was inadmissible for having engaged in a transnational crime, namely, that of people smuggling. Accordingly, the applicant's refugee claim was suspended pending the outcome of his admissibility hearing.

[9] In a subsequent detention review hearing held on January 31, 2011, Member Mackie of the Immigration Division found that the fact that the applicant had admitted performing regular cooking and watchkeeping tasks on the ship in order to obtain extra food was insufficient to find that he was “associated with a criminal organization within the meaning of subsection 121(2) of the Act” or “in any meaningful way engaged in people smuggling or trafficking in persons, both of which are extremely serious criminal offences”. The applicant was accordingly released from detention under the standard terms and conditions.

#### Decision under Review

[10] The applicant was found inadmissible to Canada on grounds of organized criminality in the context of a transnational crime of people smuggling pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA, and as defined in subsection 117(1) of the IRPA under the heading “*Human Smuggling and Trafficking*”. In *B010*, at paragraphs 38–48, the Court held that the definition of “human smuggling” in subsection 117(1) can be relied on for guidance as to what activities are within the scope of “people smuggling” in paragraph 37(1)(b). These provisions read as follows:

six heures par jour qui consistait à scruter l’horizon à partir de l’aile de passerelle pour déceler la présence éventuelle d’autres navires ou chalutiers.

[7] Il importe de souligner qu’au cours des entrevues, le demandeur a confirmé qu’il n’avait tiré aucune rémunération — telle qu’une réduction de ses frais de transport — en échange des tâches qu’il avait accomplies à bord.

[8] Le 4 janvier 2011, un rapport a été établi en application de l’article 44 et a été transmis à la Section de l’immigration en vue d’une enquête visant à déterminer s’il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire pour avoir commis un crime transnational, à savoir, le passage de clandestins. En conséquence, la demande d’asile du demandeur a été suspendue en attendant l’issue de son enquête.

[9] Lors d’un contrôle subséquent des motifs de détention tenu le 31 janvier 2011, le commissaire Mackie de la Section de l’immigration a conclu que le fait que le demandeur ait admis avoir accompli régulièrement des tâches de cuisinier et de vigie à bord du navire afin d’obtenir de la nourriture additionnelle était insuffisant pour conclure qu’il était [TRADUCTION] « [associé] à une organisation criminelle au sens du paragraphe 121(2) de la Loi » ou qu’il [TRADUCTION] « se livrait de manière concrète au passage de clandestins ou au trafic de personnes, qui sont tous deux des infractions criminelles extrêmement dangereuses ». Le demandeur a donc été remis en liberté aux conditions habituelles.

#### La décision faisant l’objet du présent contrôle

[10] Le demandeur a été déclaré interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée dans le contexte d’un crime transnational de passage de clandestins en vertu de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR, tel que défini au paragraphe 117(1) de la LIPR sous la rubrique « *Organisation d’entrée illégale au Canada* ». Dans l’affaire *B010*, aux paragraphes 38 à 48, la Cour a statué que la définition d’« organisation d’entrée illégale » au paragraphe 117(1) pouvait servir de guide quant à savoir quelles activités étaient visées par l’expression « passage de clandestins » à l’alinéa 37(1)b). Ces dispositions sont ainsi rédigées :

Organized  
criminality

**37.** (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

...

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

...

Organizing  
entry into  
Canada

**117.** (1) No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

[11] At the outset, the panel noted that the transnational nature of the offence was established based on the fact that “much of the preparation, planning, and the direction of such a large scale people smuggling operation took place overseas”.

[12] The panel stated that under subsection 117(1) of the IRPA the offence of people (or human) smuggling requires one to (i) knowingly (ii) organize, induce, aid or abet the coming into Canada (iii) for people who do not have the required visa, passport or other document required by the IRPA. Applying these factors to the matter before it, the panel found that (i) the applicant understood that he and other passengers of the ship were travelling illegally and that he was aiding the crew in violation of immigration laws even if the applicant had an unsophisticated knowledge of the relevant legal issues. The applicant’s inability to articulate precisely what laws were being violated does not prevent him from being found to have acted knowingly because *mens rea* can reasonably be inferred from the nature of his conduct.

[13] In addition, the panel found that (ii) the applicant had “meaningfully supported the people smuggling operation” by performing watchkeeping and cooking

**37.** (1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

[...]

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[...]

**117.** (1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

[11] Le tribunal a tout d’abord souligné que la nature transnationale de l’infraction était établie sur le fondement du fait qu’« une partie substantielle de la préparation, de la planification et de la conduite d’une opération de passage de clandestins de cette ampleur a eu lieu à l’étranger ».

[12] Le tribunal a affirmé qu’aux termes du paragraphe 117(1) de la LIPR, l’infraction de passage de clandestins (ou organisation d’entrée illégale) suppose qu’une personne i) organise, incite, aide ou encourage l’entrée au Canada, ii) et ce, sciemment, iii) pour des personnes qui ne sont pas munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la LIPR. Après avoir appliqué ces facteurs à l’affaire dont il était saisi, le tribunal a conclu que i) le demandeur comprenait que lui et d’autres passagers du navire voyageaient illégalement et qu’il aidait l’équipage en violation des lois sur l’immigration même s’il avait une compréhension très rudimentaire des questions juridiques pertinentes. Le fait que le demandeur ait été incapable de dire précisément quelles lois étaient violées ne fait pas obstacle à ce qu’il soit conclu qu’il a agi sciemment parce que la *mens rea* peut raisonnablement s’inférer de la nature de sa conduite.

[13] En outre, le tribunal a conclu que ii) le demandeur avait apporté « une contribution appréciable à l’opération de passage de clandestins » en accomplissant des

Activités de  
criminalité  
organiséeEntrée  
illégale

duties for the benefit of the crew. The applicant testified that after the ship had sailed he approached a crew member of the MV *Sun Sea* and asked to cook for the crew in exchange for extra food and he did so for the rest of the journey. In the course of working as the crew cook, the applicant was also assigned a daily duty of watchkeeping and as such, he “helped to prevent the potential interception of the ship as it proceeded to Canada”. The applicant was therefore engaged in human smuggling because he aided and abetted the smugglers by offering his services to the crew.

[14] Lastly, the panel noted that (iii) it was not disputed that the people who arrived in Canada aboard the MV *Sun Sea* did not have an entry visa, passport or other documents required by law.

[15] The panel relied entirely on the applicant’s testimony at his inadmissibility hearing, accepting that he “testified in a straightforward manner” and that his testimony was “credible and trustworthy”. The panel then stated that its findings of fact were based on the uncontradicted and credible evidence of the applicant, and therefore met the required standard of “reasonable grounds to believe” as set out in section 33 of the IRPA.

[16] In considering the applicant’s defence of necessity, the panel found that:

- The applicant’s flight to safety in Canada as a refugee claimant did not depend on the work he did for the smugglers;
- The difficult circumstances in which the applicant found himself when he decided to cook for the smugglers did “not rise to the level of ‘imminent peril and danger’ as is required to establish a defence of necessity.... Being sick and hungry is difficult to endure, but there is no evidence that [the applicant] faced any sort of impending harm or injury”;
- The applicant’s vulnerability as an illegal immigrant *vis-à-vis* the crew also failed to establish necessity

tâches de vigie et de cuisinier au profit de l’équipage. Le demandeur a affirmé dans son témoignage qu’après que le navire eut pris la mer, il s’était adressé à un membre de l’équipage du MV *Sun Sea* et avait demandé de cuisiner pour l’équipage en échange de nourriture additionnelle, ce qu’il avait ensuite fait jusqu’à la fin voyage. En travaillant comme cuisinier de l’équipage, le demandeur s’était également vu confier une tâche quotidienne de vigie et, de ce fait, il « contribuait à empêcher l’interception éventuelle du navire pendant qu’il se rendait au Canada ». Le demandeur s’était donc livré au passage de clandestins parce qu’il avait aidé et encouragé les passeurs en offrant ses services à l’équipage.

[14] Enfin, le tribunal a fait remarquer iii) qu’il n’était pas contesté que les gens qui étaient arrivés au Canada à bord du MV *Sun Sea* n’étaient pas munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la LIPR.

[15] Le tribunal s’est fié entièrement au témoignage du demandeur à l’enquête, en reconnaissant que le demandeur avait « témoigné avec franchise » et que son témoignage était « crédible et digne de foi ». Le tribunal a ensuite affirmé que ses conclusions de fait étaient fondées sur les éléments de preuve non contestés et crédibles présentés par le demandeur, et qu’il était donc satisfait à la norme des « motifs raisonnables de croire » énoncée à l’article 33 de la LIPR.

[16] Lorsqu’il a examiné la défense de nécessité invoquée par le demandeur, le tribunal a conclu que :

- L’arrivée du demandeur en sécurité au Canada à titre de demandeur d’asile ne dépendait pas du travail qu’il avait exécuté pour les passeurs;
- La situation difficile dans laquelle se trouvait le demandeur au moment où il avait décidé de cuisiner pour les passeurs « n’équivaut pas au “danger imminent” nécessaire pour établir l’existence d’une défense de nécessité [...]. Le fait d’être malade et d’avoir faim est difficile à supporter, mais rien ne permet de penser que [le demandeur] devait subir un quelconque préjudice imminent » ;
- La vulnérabilité du demandeur en tant qu’immigrant illégal vis-à-vis de l’équipage n’établissait pas non plus

because the applicant “was not recruited to perform this task. He voluntarily cooked during the journey because he wanted more food”.

[17] Finally, in rejecting the applicant’s Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] challenge to paragraph 37(1)(b), the panel stated that this provision “and by extension, 117(1) of the IRPA has not been applied to a refugee claimant who merely co-operated with smugglers en route to Canada [but] to someone who proactively approached the smugglers and asked to work for them”. Therefore, the applicant’s argument that he was being penalized for merely having cooperated with the smugglers as a passenger was rejected. The panel further noted that the inadmissibility finding did not hinder the applicant’s statutory right to apply for a PRRA [pre-removal risk assessment] or ask for discretionary relief under paragraph 37(2)(a) of the IRPA.

#### Issues

[18] The applicant has submitted the following issues:

(1) whether the panel arrived at an unreasonable conclusion or based its conclusion on errors of law when it found that the applicant engaged in people smuggling by cooperating with the people who were smuggling him;

(2) whether the panel erred in law or reached an unreasonable conclusion by failing to acknowledge or discuss another panel’s conclusions analyzing the same evidence and allegations for purposes of detention review;

(3) whether the panel erred in law by interpreting paragraph 37(1)(b) of the IPRA in a manner inconsistent with the Act’s refugee protection component, Canada’s international law obligations to refugees and section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982* [Charter];

de nécessité parce que le demandeur « n’a pas été recruté pour accomplir cette tâche. Il la faisait volontairement parce qu’il voulait avoir plus de nourriture ».

[17] Enfin, le demandeur contestait l’alinéa 37(1)b sur le fondement de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], mais le tribunal a rejeté cette contestation au motif que la disposition ainsi attaquée « et par extension, le paragraphe 117(1) de la LIPR ne s’appliquent pas au demandeur d’asile qui a simplement coopéré avec des passeurs de clandestins en route vers le Canada. L’alinéa 37(1)b s’applique aux personnes qui se sont adressées aux passeurs pour leur demander de travailler pour eux ». Par conséquent, l’argument du demandeur selon lequel il était pénalisé pour avoir simplement coopéré avec les passeurs en tant que passage a été rejeté. Le tribunal a noté en outre que l’enquête ne faisait pas obstacle à ce que le demandeur exerce les droits que lui conférerait la loi de demander un ERAR [examen des risques avant renvoi] ou une mesure de redressement discrétionnaire en application de l’alinéa 37(2)a de la LIPR.

#### Questions en litige

[18] Le demandeur a formulé les questions suivantes :

1) Le tribunal a-t-il tiré une conclusion déraisonnable ou a-t-il fondé sa conclusion sur des erreurs de droit lorsqu’il a conclu que le demandeur s’était livré au passage de clandestins en coopérant avec les gens qui le faisaient passer?

2) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit ou a-t-il tiré une conclusion déraisonnable en omettant de reconnaître ou de mentionner les conclusions d’un autre tribunal analysant les mêmes éléments de preuve et allégations dans le cadre d’un contrôle des motifs de détention?

3) Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en interprétant l’alinéa 37(1)b de la LIPR d’une manière incompatible avec le volet « protection des réfugiés » de la Loi, les obligations du Canada envers les réfugiés en vertu du droit international et l’article 7 de la *Charte des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [la Charte]?

(4) whether paragraph 37(1)(b) of the IRPA, if interpreted correctly by the panel, violates section 7 of the Charter when it is applied to refugee claimants.

#### Standard of Review

[19] The applicant submits that while the panel's factual findings should be reviewed on a standard of reasonableness, its conclusions which are predicated on a particular interpretation of the law, including its interpretation of paragraph 37(1)(b), are to be reviewed on a standard of correctness. The applicant contends that the panel is owed no deference on issues 2, 3 and 4, which are pure questions of law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*).

[20] The respondent relies on *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paragraph 26, where, Justice Fish, writing for the majority of the Supreme Court, stated:

... reasonableness is normally the governing standard where the question: (1) relates to the interpretation of the tribunal's enabling (or "home") statute or "statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (para. 54); (2) raises issues of fact, discretion or policy; or (3) involves inextricably intertwined legal and factual issues (paras. 51 and 53-54).

[21] The respondent also relies on the decision of this Court in *B010*, above, where the same issue arose in the case of a *MV Sun Sea* passenger who was accused of people smuggling under paragraph 37(1)(b) of the IRPA for having [at paragraph 4] "serv[ed] as the ship's crew during the voyage" by working [at paragraph 7] "twice a day in three-hour shifts in the engine room, monitoring the temperature, water and oil level of the equipment." In that case, Noël J. held that the standard of reasonableness applies to the panel's application and interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, stating that [at paragraph 36]:

4) Dans l'hypothèse où le tribunal l'aurait interprété correctement, l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR viole-t-il l'article 7 de la Charte lorsqu'il est appliqué aux demandeurs d'asile?

#### La norme de contrôle

[19] Le demandeur soutient que, bien que les conclusions factuelles du tribunal soient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les conclusions du tribunal qui sont fondées sur une interprétation particulière de la loi, y compris son interprétation de l'alinéa 37(1)(b), sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Le demandeur soutient qu'il n'y a lieu de faire preuve d'aucune retenue à l'égard des conclusions du tribunal au regard des questions 2, 3 et 4, qui sont de pures questions de droit : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*).

[20] Le défendeur invoque l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, au paragraphe 26, où le juge Fish, s'exprimant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, a affirmé :

[...] c'est généralement la norme de la décision raisonnable qui s'applique dans les cas suivants : (1) la question se rapporte à l'interprétation de la loi habilitante (ou « constitutive ») du tribunal administratif ou à « une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (par. 54); (2) la question soulève à son tour des questions touchant les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d'intérêt général; (3) la question soulève des questions de droit et de fait intimement liées (par. 51 et 53-54).

[21] Le défendeur invoque également la décision de la Cour dans l'affaire *B010*, précitée, où la même question s'est posée dans le cas d'un passager du *MV Sun Sea* qui avait été accusé de passage de clandestins en vertu de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR pour avoir [au paragraphe 4] « fai[t] partie de l'équipage du navire au cours du voyage » en travaillant [au paragraphe 7] « deux fois par jour pendant des quarts de travail de trois heures dans la salle des machines, où il surveillait la température, l'eau et le niveau d'huile du matériel ». Dans cette affaire, le juge Noël a statué que la norme de la décision raisonnable s'appliquait à l'application et l'interprétation de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR par le tribunal, affirmant que [au paragraphe 36] :

... in applying the reasonableness standard of review, this Court's task is not to assess the applicant's proposed definition, but only to determine whether the ID's chosen interpretation falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, above, at paras 47 and 54).

[22] Having considered the case law submitted by the parties and their representations on this issue, I believe that this Court's decision in *B010*, above, at paragraphs 32-33 (endorsed by Hughes J.'s decision *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899, is dispositive of the issue. I agree with the respondent that the panel's reading and application of the relevant provisions of the IRPA raise questions of mixed fact and law, reviewable against the standard of reasonableness.

[23] At issues 3 and 4, the applicant has raised broader questions of law, taking issue with the panel's interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA as being inconsistent with Canada's constitutional guarantees (section 7 of the Charter) and international law obligations (Article 31 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Refugee Convention)).

[24] However, having found that the panel erred in its application of the law to the facts at hand and reached an unreasonable conclusion with respect to the applicant, I need not dwell on the question of whether the panel's reliance on the ministerial relief available under subsection 37(2) of the IRPA or on the PRRA alternative as an adequate substitute to a proper refugee hearing when a refugee claimant is found inadmissible, violates refugee claimants' rights to security of the person under section 7 of the Charter (*Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177); or whether the interpretation given to paragraph 37(1)(b) of the IRPA—read jointly with subsection 117(1)—penalizes refugee claimants for illegal mode of entry contrary to the principle set out in Article 31 of the Refugee Convention.

[...] pour appliquer la norme de contrôle de la décision raisonnable, notre Cour n'est pas tenue d'apprécier la définition proposée par le demandeur, mais uniquement de déterminer si l'interprétation retenue par la SI appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 47 et 54).

[22] Après avoir examiné la jurisprudence présentée par les parties et leurs observations sur cette question, je crois que la décision *B010* de la Cour, précitée, aux paragraphes 32 et 33 (à laquelle le juge Hughes a souscrit dans la décision *B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 899, dicte la réponse à la question. Je conviens avec le défendeur que l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes de la LIPR par le tribunal soulèvent des questions mixtes de fait et de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[23] Aux questions 3 et 4, le demandeur a soulevé des questions de droit plus générales, en laissant entendre que le tribunal aurait fait de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR une interprétation incompatible avec les garanties constitutionnelles du Canada (article 7 de la Charte) et les obligations du Canada en vertu du droit international (article 31 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can n° 6 (la Convention sur les réfugiés)).

[24] Toutefois, puisque j'ai conclu que le tribunal avait commis une erreur dans son application du droit aux faits de l'espèce et avait tiré une conclusion déraisonnable à l'égard du demandeur, je n'ai pas besoin d'aborder la question de savoir si le fait que le tribunal ait évoqué le redressement ministériel prévu au paragraphe 37(2) de la LIPR ou la solution de rechange de l'ERAR comme substitut adéquat à une audience formelle concernant une demande d'asile lorsqu'un demandeur d'asile est déclaré interdit de territoire, viole les droits du demandeur d'asile à la sécurité de sa personne prévus à l'article 7 de la Charte (*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177); ou si l'interprétation faite de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR — lu conjointement avec le paragraphe 117(1) — pénalise les demandeurs d'asile à cause d'un mode d'entrée illégale en violation du principe énoncé à l'article 31 de la Convention sur les réfugiés.



[25] For the reasons that follow, I find that even if the rather large interpretation that is being given to paragraph 37(1)(b) of the IRPA is owed deference from the Court (*Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198, at paragraphs 34–41), the panel reached an unreasonable conclusion, in the specific circumstances of this case, when it found that the applicant’s acts constitute “aiding and abetting” the coming into Canada of unauthorized people, pursuant to subsection 117(1) of the IRPA.

#### Analysis

[26] As a preliminary remark, I note that the facts relied on by this Court and by the panel were established by uncontradicted evidence and were found to be entirely credible. Therefore, the “reasonable grounds to believe” standard mandated by section 33 of the IRPA—which has been held to require more than mere suspicion but less than the civil standard of proof on a balance of probabilities when deciding factual matters under the inadmissibility provisions of IRPA (*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100)—does not come into play insofar as there is no dispute as to what the facts are.

#### Application of subsection 117(1) of the IRPA

[27] The applicant takes issue with the panel’s assessment of the constitutive elements of subsection 117(1). For ease of reference, the provision, along with section 131 of the IRPA, are reproduced below:

Organizing  
entry into  
Canada

**117. (1)** No person shall knowingly organize, induce, aid or abet the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by this Act.

...

[25] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, même si la Cour doit faire preuve de retenue à l’égard de l’interprétation large qui est faite de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR (*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198, aux paragraphes 34 à 41), le tribunal a tiré une conclusion déraisonnable, dans les circonstances particulières de la présente affaire, lorsqu’il a conclu que les actes du demandeur revenaient à « aider et encourager » l’entrée au Canada de personnes non autorisées, au sens du paragraphe 117(1) de la LIPR.

#### Analyse

[26] À titre de remarque préliminaire, je note que les faits sur lesquels la Cour et le tribunal se sont appuyés ont été établis au moyen d’éléments de preuve non contestés et qu’ils ont été jugés tout à fait crédibles. Par conséquent, la norme des « motifs raisonnables de croire » prévue à l’article 33 de la LIPR — dont il a été statué qu’elle exigeait plus qu’une suspicion mais moins que la norme de civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités lorsqu’il s’agissait de trancher des questions factuelles sous le régime des dispositions de la LIPR qui concernent les interdictions de territoire de la LIPR (*Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100) — n’entre pas en jeu dans la mesure où la réalité des faits est acquise aux débats.

#### Application du paragraphe 117(1) de la LIPR

[27] Le demandeur critique l’évaluation que le tribunal a faite des éléments constitutifs du paragraphe 117(1). Par souci de commodité, la disposition, de même que l’article 131 de la LIPR, sont reproduits ci-dessous :

**117. (1)** Commet une infraction quiconque sciemment organise l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes non munies des documents —passeport, visa ou autre —requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

Entrée  
illégitime

[...]

Counselling  
offence

**131.** Every person who knowingly induces, aids or abets or attempts to induce, aid or abet any person to contravene section 117, 118, 119, 122, 124 or 129, or who counsels a person to do so, commits an offence and is liable to the same penalty as that person. [Emphasis added.]

[28] The applicant submits that the panel erred by ignoring his vulnerability and the relationship of dependence between him and the smugglers, while accepting that the applicant was sick and hungry and that he volunteered to do tasks in order to get more food. He asserts that it is unreasonable to treat a refugee's cooperation with his smuggler, in a situation of complete dependency, as converting the refugee into a person who engaged in smuggling because his cooperation somehow aided the smugglers.

[29] Moreover, the finding that the applicant's awareness of the fact that the fellow passengers did not have the required legal documents to enter Canada is sufficient to give him the *mens rea* of a human smuggler completely disregards the uncontradicted fact that the applicant had no authority or organizing role in the ship in relation to the coming into Canada of any passengers other than himself. The applicant submits that he intended to travel to Canada illegally but had no intention to smuggle other people. It is worth noting that the panel did not reach a finding that the applicant intended to smuggle other people or otherwise facilitate the operation.

[30] The applicant submits that his watchkeeping duties were nothing more than acts of obedience towards people who had control over his life. He argues that the fact that his self-interest benefited the smugglers or coincided with the interest of other passengers is insufficient to establish his *mens rea* as a smuggler.

[31] In addition, the panel's conclusion that the services performed by the applicant were such that he was part

Aide

**131.** Commet une infraction quiconque, sciemment, incite, aide ou encourage ou tente d'inciter, d'aider ou d'encourager une personne à commettre l'infraction visée aux articles 117, 118, 119, 122, 124 ou 129 ou conseille de la commettre ou complotte à cette fin ou est un complice après le fait; l'auteur est passible, sur déclaration de culpabilité de la peine prévue à la disposition en cause. [Non souligné dans l'original.]

[28] Le demandeur soutient que le tribunal a commis une erreur en ne tenant pas compte de sa vulnérabilité et du lien de dépendance entre lui et les passeurs, tout en admettant que le demandeur était malade et affamé et qu'il avait offert d'accomplir des tâches pour obtenir plus de nourriture. Le demandeur affirme qu'il est déraisonnable de traiter la coopération d'un réfugié avec son passeur, dans une situation de dépendance complète, comme ayant pour effet de convertir le réfugié en une personne qui s'est livrée au passage de clandestins parce que sa coopération a aidé d'une certaine façon les passeurs.

[29] En outre, la conclusion selon laquelle la connaissance qu'avait le demandeur du fait que ses compagnons de voyage n'étaient pas munis des documents légaux requis pour entrer au Canada suffit à lui conférer la *mens rea* d'un passeur d'êtres humains ne tient aucunement compte du fait non contesté que le demandeur n'avait aucune autorité ni ne jouait aucun rôle d'organisateur à bord du navire en rapport avec l'entrée au Canada de passagers autres que lui-même. Le demandeur soutient qu'il avait l'intention de venir au Canada illégalement, mais qu'il n'avait aucune intention d'y faire entrer clandestinement d'autres personnes. Il est intéressant de noter que le tribunal n'a pas conclu que le demandeur avait eu l'intention de faire entrer clandestinement d'autres personnes au Canada ou de faciliter autrement l'opération.

[30] Le demandeur soutient que ses fonctions de vigie n'étaient rien de plus que des actes d'obéissance envers des personnes qui exerçaient un contrôle sur sa vie. Il soutient que le fait que son intérêt personnel ait profité aux passeurs ou ait coïncidé avec l'intérêt d'autres passagers est insuffisant pour établir la *mens rea* à titre de passeur.

[31] En outre, la conclusion du tribunal selon laquelle les services fournis par le demandeur étaient tels que

of the smuggling operation is inconsistent with the uncontradicted evidence that the applicant's family in Sri Lanka had to pay the balance of his debt to the smugglers.

[32] I have considered the respondent's arguments that the role of this Court is not to develop a definition of people smuggling but to assess whether the panel's definition falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law, having in mind that the jurisprudence is in favour of an "unrestricted and broad" interpretation of section 37 of the IRPA (*Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraph 36; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, at paragraph 29; and *B010*, above, at paragraphs 51-55). However, the respondent has failed to satisfy me that the decision must stand in this case.

[33] In its assessment under subsection 117(1) of the IRPA, the panel applied the constitutive elements described in *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (Ont. S.C.J.), at paragraph 10:

... in order to establish a breach of this section, the Crown must prove that: (i) the person being smuggled did not have the required documents to enter Canada; (ii) the person was coming into Canada; (iii) the accused was organizing, inducing, aiding or abetting the person to enter Canada; and (iv) the accused had knowledge of the lack of required documents... [Emphasis added.]

[34] In my view, it is an unreasonably large reading of subsection 117(1) to suggest that any services performed in favour of smugglers can be viewed as aiding and abetting the coming into Canada of illegal aliens. In this sense, I agree with the applicant that the panel's analysis was not informed by the context of complete dependency, vulnerability and power imbalance in which the applicant found himself during the three-month journey to Canada.

[35] It is also unreasonable to disregard the lack of role and authority of the applicant in the organization or

celui-ci faisait partie de l'opération de passage de clandestins est incompatible avec les éléments de preuve non contestés selon lesquels la famille du demandeur au Sri Lanka a dû payer le solde de sa dette aux passeurs.

[32] J'ai examiné l'argument du défendeur selon lequel le rôle de la Cour n'est pas d'élaborer une définition du passage de clandestins, mais plutôt d'évaluer si la définition du tribunal appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, en gardant à l'esprit que la jurisprudence favorise une interprétation « libérale, sans restriction aucune » de l'article 37 de la LIPR (*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), au paragraphe 36; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, au paragraphe 29; et *B010*, précitée, aux paragraphes 51 à 55). Cependant, le défendeur n'a pas réussi à me convaincre que la décision doit être confirmée en l'espèce.

[33] Dans le cadre de son évaluation au regard du paragraphe 117(1) de la LIPR, le tribunal a appliqué les éléments constitutifs décrits dans la décision *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 10 :

[TRADUCTION] [...] afin d'établir une violation de cette disposition, le ministère public doit prouver que : i) la personne qui est passée n'était pas munie des documents requis pour entrer au Canada; ii) la personne entré au Canada; iii) l'accusé organisait, incitait, aidait ou encourageait la personne à entrer au Canada; et iv) l'accusé savait que les documents requis faisaient défaut [...] [Non souligné dans l'original.]

[34] À mon avis, c'est interpréter de manière déraisonnablement large le paragraphe 117(1) que de laisser entendre que tout service fourni au profit de passeurs peut être considéré comme une aide et un encouragement à la venue au Canada d'étrangers clandestins. En ce sens, je conviens avec le demandeur que l'analyse du tribunal ne tenait pas compte du contexte de dépendance et de vulnérabilité complètes et d'inégalité des forces en présence dans lequel se trouvait le demandeur au cours du voyage de trois mois jusqu'au Canada.

[35] Il est également déraisonnable de ne pas tenir compte de l'absence de rôle et d'autorité du demandeur

in the process of the smuggling operation. As I said earlier, the facts of this case should be distinguished from those that were established in *B010*, above, where the panel found that the applicant [at paragraph 21] “had boarded the ship knowing that he would be a crew member.” In that case the Minister had submitted three photographs that showed the applicant posing with three members of the crew (including the captain) while they were still in Bangkok. That applicant was part of the team who voluntarily replaced the crew who had resigned prior to departure. In the matter at bar, there is no evidence of the applicant’s involvement with crew members prior to departure. The evidence established that the applicant approached the crew during the journey and asked to work for them in exchange for additional food.

[36] Mere knowledge of the fact that the fellow passengers were not in possession of the required visa or other legal documents to enter Canada cannot reasonably justify a conclusion that the applicant *engaged* in the activity of people smuggling, as prescribed in paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Such a conclusion is even less reasonable in a case where the applicant was found to have acted with a view to protecting himself against hunger, illness and other dangers and difficulties of the journey.

[37] The respondent acknowledges that intent is a requirement of paragraph 37(1)(b) of the IRPA but insists that the evidence required to establish intent is minimal. However, the only fact upon which the panel inferred *mens rea* of people smuggling on the part of the applicant was that “he chose to help the smugglers, who he knew where [*sic*] illegally transporting people into Canada”. However, in order to establish *mens rea* the panel had to turn its mind to the reasons for which the applicant sought to help the smugglers, and it erred in law by failing to do so. In other words, the applicant aided the smugglers in exchange for food; he did not aid the coming into Canada of “one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by [the] Act.” Nor did he induce or abet such actions. A distinction should be made between the offence of people smuggling contemplated in

dans l’organisation ou le déroulement de l’opération de passage. Tel qu’indiqué précédemment, les faits de la présente affaire devraient être distingués de ceux qui ont été établis dans l’affaire *B010*, précitée, où le tribunal avait conclu que le demandeur [au paragraphe 21] « était monté à bord du navire tout en sachant qu’il ferait partie de l’équipage ». Dans cette affaire, le ministre avait produit trois photos qui montraient le demandeur posant avec trois membres de l’équipage (dont le capitaine) alors qu’ils étaient encore à Bangkok. Ce demandeur faisait partie de l’équipe qui avait volontairement remplacé l’équipage qui avait démissionné avant le départ. Dans la présente espèce, il n’y a aucun élément de preuve démontrant quelque lien que ce soit entre le demandeur et les membres de l’équipage avant le départ. Les éléments de preuve ont établi que le demandeur avait abordé l’équipage au cours du voyage et lui avait offert ses services en échange de nourriture additionnelle.

[36] La simple connaissance du fait que les autres passagers n’étaient pas munis du visa ou des autres documents légaux requis pour entrer au Canada ne saurait raisonnablement justifier la conclusion selon laquelle le demandeur *s’est livré* à l’activité de passage de clandestins, au sens de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR. Une telle conclusion est encore moins raisonnable dans un contexte où il a été démontré que le demandeur avait agi afin de se protéger contre la faim, la maladie et d’autres dangers et difficultés liés au voyage.

[37] Le défendeur reconnaît que l’intention est une exigence de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, mais il insiste pour dire que la preuve requise pour établir l’intention est minimale. Cependant, le tribunal a inféré la *mens rea* de passage de clandestins chez le demandeur du seul fait qu’« [i]l a choisi d’aider les passeurs de clandestins alors qu’il savait que ceux-ci transportaient des gens illégalement vers le Canada ». Cependant, afin d’établir la *mens rea*, le tribunal devait s’interroger quant à savoir pour quels motifs le demandeur avait cherché à aider les passeurs, et il a commis une erreur de droit en omettant de le faire. Autrement dit, le demandeur a aidé les passeurs en échange de nourriture; il n’a pas aidé la venue au Canada « d’une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la [Loi] ». Il n’a pas non plus incité ou encouragé de tels actes. Il y a lieu d’opérer une distinction entre l’infraction

section 117 of the IRPA and the offence of conspiring with, being accomplice to, or being an accessory after the fact of the smugglers as contemplated in section 131 of the IRPA (reference is made to its French version). Paragraph 37(1)(b) refers to people smuggling, it does not refer to complicity or conspiracy.

[38] I find that the panel's approach to paragraph 37(1)(b) and section 117 of the IRPA was erroneous. In particular, the panel erred in law by failing to establish the required *mens rea*; it also erred in its analysis of the applicant's level of engagement and the nature of his dependence *vis-à-vis* the smugglers. I conclude that the outcome of the decision, in that regard, does not fall within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts before me and the applicable law.

[39] For these reasons, the decision under review is set aside.

[40] Counsel for the applicant proposed the following five questions for certification:

a. For the purposes of para 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term "people smuggling" by relying on section 117 of the same statute rather than on a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory? (Cited from *B010*, above.)

b. In determining whether a refugee claimant who has assisted the smuggler bringing him (or himself and other refugee claimants) to Canada has aided and abetted the smuggler, is the defence of necessity available to the refugee claimant – pending the determination of his refugee claim?

c. Does the defence of necessity apply to a refugee claimant who was smuggled to Canada in a ship and who having no control over his own food rations, assisted the crew of the ship in exchange for food he considered necessary to restore and maintain his health, if he believed based on reasonable grounds that his health was in imminent peril?

d. Is an interpretation of para. 37(1)(b) of the IRPA which permits a refugee claimant who assisted his smugglers to be defined as specially inadmissible and therefore barred from having his claim to Convention refugee status determined inconsistent with: the Act's refugee protection component; Canada's international law obligations to refugees; Article 31

de passage de clandestins visée à l'article 117 de la LIPR et l'infraction de complot, de complicité ou de complicité après le fait avec les passeurs visée à l'article 131 de la LIPR (voir version française). L'alinéa 37(1)(b) parle de passage de clandestins, mais non de complicité ou de complot.

[38] J'estime que l'interprétation et l'application de l'alinéa 37(1)(b) et de l'article 117 de la LIPR par le tribunal étaient erronées. En particulier, le tribunal a commis une erreur de droit en omettant d'établir la *mens rea* requise; il a également commis une erreur dans son analyse du degré de participation du demandeur et de la nature de sa dépendance *vis-à-vis* des passeurs. Je conclus que le résultat de la décision, à cet égard, n'appartient pas aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits dont je dispose et du droit applicable.

[39] Pour ces motifs, la décision faisant l'objet du présent contrôle est cassée.

[40] L'avocat du demandeur a proposé les cinq questions suivantes aux fins de certification :

a. Pour l'application de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR, est-il approprié de définir l'expression « passage de clandestins » en s'appuyant sur l'article 117 de la même loi plutôt que sur une définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire? (Repris de la décision *B010*, précitée.)

b. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un demandeur d'asile qui a aidé le passeur à l'amener (ou à l'amener ainsi que d'autres demandeurs d'asile) au Canada a aidé et encouragé le passeur, le demandeur d'asile peut-il invoquer la défense de nécessité – en attendant qu'il soit statué sur sa demande d'asile?

c. La défense de nécessité s'applique-t-elle au revendicateur du statut de réfugié qui a été introduit clandestinement au Canada à bord d'un navire et qui, n'ayant aucun contrôle sur ses propres rations alimentaires, a aidé l'équipage du navire en échange de nourriture qu'il estimait nécessaire pour rétablir et préserver sa santé, s'il avait des motifs raisonnables de croire qu'un danger imminent pesait sur sa santé?

d. Est-ce qu'une interprétation de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR qui permet de considérer un demandeur d'asile qui a aidé ses passeurs comme spécialement interdit de territoire et donc inadmissible à demander l'asile au sens de la Convention incompatible avec : le volet « asile » de la Loi; les obligations du Canada envers les réfugiés en vertu du droit international;



of the Convention relating to the status of refugees, or section 7 of the Charter?

e. For a person to be found to have aided and abetted in “organizing entry into Canada” as prescribed in section 117 of the IRPA, is it necessary for that person to have aided and abetted in organizing entry into Canada? [Is] there a distinction between aiding and abetting in organizing entry as opposed to aiding and abetting while within a vessel and in the course of travel?

[41] The test for certification is set out in paragraph 74(d) of the IRPA and subsection 18(1) of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22. The threshold required for certifying a question is whether “there is a serious question of general importance which would be dispositive of an appeal” (*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167 (*Zazai*), at paragraph 11, citing *Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 8549 (F.C.T.D.)). Since the Court did not need to answer the second, third and fourth questions raised by the applicant, they will not be certified (see *Zazai*, above).

[42] A “serious question of general importance” is a question that transcends the particular factual context in which it arose, lending itself to a generic approach leading to an answer of general application (*Boni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 68, 61 Admin. L.R. (4th) 21, at paragraphs 4-6). The first and fifth questions both meet this requirement.

[43] As this Court did in *B010* and *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899 [cited above], I will certify the first question raised by the applicant.

[44] As to the fifth question, it will be reformulated as follows:

For the application of paragraph 37(1)(b) and section 117 of the IRPA, is there a distinction to be made between aiding and abetting the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa,

l'article 31 de la Convention sur les réfugiés ou l'article 7 de la Charte?

e. Pour pouvoir conclure qu'une personne a aidé et encouragé l'« organisation de l'entrée au Canada » au sens de l'article 117 de la LIPR, est-il nécessaire que cette personne ait aidé et encouragé l'organisation de l'entrée au Canada? Y a-t-il une distinction entre aider et encourager l'organisation de l'entrée par opposition à aider et encourager à bord d'un navire et en cours de voyage?

[41] Le critère applicable à la certification est énoncé à l'alinéa 74d) de la LIPR et au paragraphe 18(1) des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22. Pour qu'une question puisse être certifiée, il faut se poser la question suivante : « Y a-t-il une question grave de portée générale qui permettrait de régler un appel? » (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89 (*Zazai*), au paragraphe 11, citant *Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 8549 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Puisqu'il n'est pas nécessaire que la Cour réponde aux deuxième, troisième et quatrième questions soulevées par le demandeur, celles-ci ne seront pas certifiées (voir *Zazai*, précité).

[42] Une « question grave de portée générale » est une question qui transcende le contexte factuel particulier dans lequel elle a surgi et qui se prête à traitement générique menant à une réponse d'application générale (*Boni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 68, aux paragraphes 4 à 6). Les première et cinquième questions satisfont toutes deux à cette exigence.

[43] Comme la Cour l'a fait dans les affaires *B010* et *B072 c. Canada (Citoyenneté Immigration)*, 2012 CF 899 [précitée], je certifierai la première question soulevée par le demandeur.

[44] Pour ce qui est de la cinquième question, celle-ci sera reformulée comme suit :

Pour l'application de l'alinéa 37(1)b) et de l'article 117 de la LIPR, y a-t-il une distinction à faire entre aider et encourager l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes qui ne sont pas munies d'un visa, passeport ou



passport or other document required by this Act, as opposed to aiding and abetting the smugglers while within a vessel and in the course of being smuggled? In other words, in what circumstances would the definition of people smuggling in paragraph 37(1)(b) of the IRPA extend to the offences referred to in section 131 of the IRPA?

### JUDGMENT

THE COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is allowed;
2. The impugned decision is set aside and the matter is referred back to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for redetermination by a differently constituted panel according to the law and in light of these reasons;
3. The following questions are certified:
  - (a) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than on a definition contained in an international instrument to which Canada is a signatory?
  - (b) For the application of paragraph 37(1)(b) and section 117 of the IRPA, is there a distinction to be made between aiding and abetting the coming into Canada of one or more persons who are not in possession of a visa, passport or other document required by the IRPA, as opposed to aiding and abetting the smugglers while within a vessel and in the course of being smuggled? In other words, in what circumstances would the definition of people smuggling in paragraph 37(1)(b) of the IRPA extend to the offences referred to in section 131 of the IRPA?

autre document exigé par la Loi, par opposition à aider et encourager les passeurs à bord d’un navire en cours de passage clandestin? Autrement dit, dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR s’étendrait-elle aux infractions visées à l’article 131 de la LIPR?

### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ET STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. La décision attaquée est cassée et l’affaire est renvoyée à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour nouvelle décision, par un tribunal différemment constitué, en conformité avec le droit et en tenant compte des présents motifs;
3. Les questions suivantes sont certifiées :
  - a) Pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage de clandestins » en s’appuyant sur l’article 117 de la même loi plutôt que sur une définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?
  - b) Pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) et de l’article 117 de la LIPR, y a-t-il une distinction à faire entre aider et encourager l’entrée au Canada d’une ou plusieurs personnes qui ne sont pas munies d’un visa, passeport ou autre document exigé par la Loi, par opposition à aider et encourager les passeurs à bord d’un navire en cours de passage clandestin? Autrement dit, dans quelles circonstances la définition de passage de clandestins à l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR s’étendrait-elle aux infractions visées à l’article 131 de la LIPR?

IMM-2041-12  
2012 FC 1466

IMM-2041-12  
2012 CF 1466

**J.P. and G.J. (Applicants)**

**J.P. et G.J. (demandeurs)**

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Respondent)**

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (défendeur)**

**INDEXED AS: J.P. v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : J.P. c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Mosley J.—Toronto, October 10; Ottawa, December 12, 2012.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 10 octobre; Ottawa, 12 décembre 2012.

\* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-29-13, A-498-12, A-563-12, 2013 FCA 262). The reasons for judgment, handed down November 12, 2013 will be published in the *Federal Courts Reports*.

\*Note de l'arrêtiŕste : Cette dŕcision a ŕtŕ infirmŕe en appel (A-29-13, A-498-12, A-563-12, 2013 CAF 262). Les motifs du jugement, prononcŕs le 12 novembre 2013, seront publiŕs dans le *Recueil des dŕcisions des Cours fŕdŕales*.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Immigration Division, determining that applicants inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 37(1)(b), 42(b) — Applicant arriving in Canada on board MV Sun Sea — During voyage, applicant assisting operators of MV Sun Sea, benefiting from better conditions, rations — Board accepting that applicant participating in human smuggling based on elements of offence in IRPA, s. 117 — Whether Board failing to interpret “people smuggling” for purposes of s. 37(1)(b) in manner consistent with international instruments to which Canada signatory — Board erring in interpreting s. 37 term “people smuggling” — S. 117 not defining “people smuggling” — Line between penalizing human traffickers, protecting those being smuggled blurred by overly expansive interpretation of s. 37(1)(b) encompassing those not carrying out human smuggling — Not possible for Board to determine whether claimant falling within scope of s. 37(1)(b) by strict reliance on factual elements of s. 117 offence — Questions certified as to whether appropriate to define “people smuggling” by relying on s. 117; whether interpretation of s 37(1)(b), term “people smuggling” reviewable on standard of correctness or reasonableness — Application allowed.*

*Citoyennetŕ et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrŕle judiciaire d'une dŕcision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de rŕfugiŕ a conclu que les demandeurs ŕtaient interdits de territoire au Canada par application des art. 37(1)b) et 42b) de la Loi sur l'immigration et la protection des rŕfugiŕs (LIPR) — Les demandeurs sont arrivŕs au Canada ŕ bord du navire ŕ moteur Sun Sea — Pendant le voyage, le demandeur a aidŕ les opŕrateurs du navire ŕ moteur Sun Sea afin de pouvoir bŕnŕficier de meilleures conditions et de meilleures rations — La Commission a reconnu que le demandeur s'ŕtait livrŕ au passage de clandestins, eu ŕgard aux ŕlŕments constitutifs de l'infraction prŕvus ŕ l'art. 117 de la LIPR — Il s'agissait de savoir si la Commission a omis d'interprŕter l'expression « passage de clandestins » pour l'application de l'alinŕa 37(1)b) conformŕment aux instruments internationaux dont le Canada est signataire — La Commission a commis une erreur dans son interprŕtation de l'expression « passage de clandestins » ŕ l'art. 37 — L'art. 117 ne dŕfinit pas le « passage de clandestins » — La ligne de dŕmarcation entre pŕnaliser ceux qui se livrent ŕ la traite de personnes et protŕger ceux qui en sont victimes risque d'ŕtre difficile ŕ tracer si l'on retient une interprŕtation trop large de l'art. 37(1)b) qui englobe des personnes qui n'exŕcutent pas le plan de passage de clandestins — Il ŕtait impossible pour la Commission de dŕterminer si l'intŕressŕ tombait sous le coup de l'art. 37(1)b) en se fondant uniquement sur les ŕlŕments factuels de l'infraction prŕvus ŕ l'art. 117 — Les questions de savoir s'il est appropriŕ de dŕfinir l'expression « passage de clandestins » sur le fondement de l'art. 117 et si l'interprŕtation de l'expression « passage de clandestins » ŕ l'art. 37(1)b) est susceptible*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board, determining that the applicants were inadmissible pursuant to paragraphs 37(1)(b) and 42(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) due to their involvement in human smuggling.

The applicants claimed refugee status after arriving on board the MV *Sun Sea*. The allegations of human smuggling were based on the fact that the applicant J.P. had accepted to assist the operators of the vessel by serving as a lookout and navigator. He lived in the crew quarters and benefited from better conditions and rations. The applicant G.J. was inadmissible as an accompanying family member. The Board accepted that the applicant J.P. was involved in people smuggling based on the elements of the offence of aiding and abetting entry in section 117 of IRPA, i.e. entering Canada without the required documents, aiding or abetting the entry, and knowing of the lack of required documents. The Board found that section 117 provided an appropriate definition of “people smuggling”, although it lacked the elements of “financial or other material benefit” or of a “secret or clandestine” manner set out in the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (UNCATOC). The Board considered that the broader Canadian definition encompassed the more specific elements set out in the international instruments.

The main issue was whether the Board erred in law by failing to interpret “people smuggling” for the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA in a manner consistent with international instruments to which Canada is a signatory.

*Held*, the application should be allowed.

The Board erred in its interpretation of the term “people smuggling” in section 37 of the IRPA and the decision was unreasonable. Subsection 117(1) does not, strictly speaking, provide a definition of “people smuggling”, but sets out the elements of the offence of aiding and abetting illegal entry. The line between penalizing human traffickers and protecting those who are being smuggled may be blurred by an overly expansive interpretation of paragraph 37(1)(b) that encompasses those who did not plan or agree to carry out the scheme and have no prospect of a reward other than a modest

*de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable ont été certifiées — Demande accueillie.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire au Canada par application des alinéas 37(1)(b) et 42(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) parce qu’ils s’étaient livrés au passage de clandestins.

Les demandeurs ont demandé l’asile après être arrivés au Canada à bord du navire à moteur *Sun Sea*. Les allégations de passage de clandestins étaient fondées sur le fait que le demandeur J.P. avait accepté d’aider les opérateurs du navire en servant de vigie et de navigateur. Il logeait dans les quartiers réservés à l’équipage et bénéficiait de meilleures conditions et de meilleures rations. La demanderesse G.P. a été jugée interdite de territoire en tant que membre de la famille accompagnant le demandeur. La Commission a reconnu que le demandeur J.P. s’était livré au passage de clandestins, eu égard aux éléments constitutifs de l’infraction consistant à aider ou à encourager des personnes à entrer illégalement au Canada prévus à l’article 117 de la LIPR, soit entrer au Canada sans les documents requis, aider ou encourager l’entrée au Canada et être au courant de l’absence des documents requis. La Commission a conclu qu’on trouvait à l’article 117 une définition appropriée de l’expression « passage de clandestins », même si l’on n’y trouve pas les éléments « avantage financier ou autre avantage matériel » ou l’aspect « secret ou clandestin » prévu dans la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* (la Convention). Elle a estimé que la définition canadienne plus large englobait les éléments plus précis prévus dans les instruments internationaux.

Il s’agissait principalement de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en n’interprétant pas l’expression « passage de clandestins » pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Commission a erronément interprété l’expression « passage de clandestins » à l’article 37 de la LIPR et sa décision est déraisonnable. À strictement parler, le paragraphe 117(1) ne définit pas le « passage de clandestins »; il énumère les éléments constitutifs de l’infraction consistant à aider et à encourager une entrée illégale. La ligne de démarcation entre pénaliser ceux qui se livrent à la traite de personnes et protéger ceux qui en sont victimes risque d’être difficile à tracer si l’on retient une interprétation trop large de l’alinéa 37(1)(b) qui englobe des personnes qui n’ont pas planifié ou accepté

improvement in their living conditions enroute. The question of whether it is a “modest improvement” or a share as a partner in the smugglers’ enterprise that may bring the claimant within the scope of paragraph 37(1)(b) is a question of fact for the Board to determine, but it cannot avoid that task by a strict reliance on the factual elements of the offence set out in subsection 117(1).

Questions were certified as to whether it is appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is signatory; and whether the interpretation of paragraph 37(1)(b), and in particular of the phrase “people smuggling” therein is reviewable on the standard of correctness or reasonableness.

#### 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].  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 159.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 37, 42(b), 72(1), 117.  
*Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, r. 47.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 507, art. 2, 3.  
*United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209, Art. 3(2).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (Ont. S.C.J.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1417, 45 Admin.

d’exécuter le plan ou qui n’espèrent obtenir comme récompense rien de plus qu’une modeste amélioration de leurs conditions de vie. La question de savoir si une « amélioration modeste » ou une quote-part en tant qu’associé dans une entreprise de passeurs qui pourrait faire tomber l’intéressé sous le coup de l’alinéa 37(1)(b) constitue une question de fait que la Commission doit trancher. Or, la Commission ne peut se soustraire à cette tâche en se retranchant derrière les éléments factuels de l’infraction prévus au paragraphe 117(1).

Les questions de savoir s’il est approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur le fondement de l’article 117 plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire, et si l’interprétation de l’alinéa 37(1)(b), et plus particulièrement de l’expression « passage de clandestins » figurant dans ledit alinéa, est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable ont été certifiées.

#### 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].  
*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 37, 42b), 72(1), 117.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 159.  
*Règles de la Section de l’immigration*, DORS/2002-229, règle 47.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209, Art. 3(2).  
*Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 507, art. 2, 3.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 (C.S.J. Ont.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection*

L.R. (5th) 267; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Torres Victoria v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1392, [2013] 3 F.C.R. 414; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655; *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899, 13 Imm. L.R. (4th) 281; *B306 v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128.

## REFERRED TO:

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Dhillon*, 2012 FC 726, [2014] 1 F.C.R. 325; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404, (1999), 68 C.R.R. (2d) 48 (C.A.); *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Li*, 2001 BCSC 458, 14 Imm. L.R. (3d) 225; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297, (2000), 195 D.L.R. (4th) 422 (C.A.); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 85, [2004] 4 F.C.R. 48.

## AUTHORS CITED

*House of Commons Debates*, Vol. 137, 1st Sess., 37th Parl. (17 May 2001).  
*Le Petit Larousse Illustré*. Paris: Larousse, 2003, "clandestin", "secret".  
*Merriam-Webster Dictionary*, Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1997, "smuggle".  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "smuggle".  
 United Nations Office on Drugs and Crimes. *Basic Training Manual on Investigating and Prosecuting the Smuggling of Migrants*. New York: United Nations, 2010.  
 United Nations Office on Drugs and Crimes. *Model Law Against Trafficking in Persons*. Vienna: United Nations, 2009.

*civile*, 2012 CF 1417; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Torres Victoria c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 1392, [2013] 3 R.C.F. 414; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655; *B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 899; *B306 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Dhillon*, 2012 CF 726, [2014] 1 R.C.F. 325; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.); *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. v. Li*, 2001 BCSC 458, 14 Imm. L.R. (3d) 225; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 85, [2004] 4 R.C.F. 48.

## DOCTRINE CITÉE

*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég. (17 mai 2001).  
*Le Petit Larousse Illustré*. Paris: Larousse, 2003, « clandestin », « secret ».  
*Merriam-Webster Dictionary*, Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1997, « smuggle ».  
 Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Loi type contre la traite des personnes*. Vienne: Nations Unies, 2010.  
 Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Manuel de formation de base sur les enquêtes et les poursuites relatives au trafic illicite de migrants*. New York : Nations Unies, 2009.  
*Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1989, « smuggle ».



APPLICATION for judicial review of a decision by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board, determining that the applicants were inadmissible pursuant to paragraphs 37(1)(b) and 42(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* due to their involvement in human smuggling. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire au Canada par application des alinéas 37(1)b) et 42b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce qu'ils s'étaient livrés au passage de clandestins. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Lorne Waldman* for applicants.  
*David Cranton* and *Christopher Ezrin* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Lorne Waldman* pour les demandeurs.  
*David Cranton* et *Christopher Ezrin* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Lorne Waldman & Associates*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Lorne Waldman & Associates*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] MOSLEY J.: This is an application for judicial review under to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) of the February 17, 2012, decision by the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, determining that the applicants were inadmissible to Canada pursuant to paragraphs 37(1)(b) and 42(b) of the IRPA due to the male applicant's involvement in human smuggling.

[1] LE JUGE MOSLEY : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) visant la décision, en date du 17 février 2012, par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et de la protection des réfugiés a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire au Canada par application des alinéas 37(1)b) et 42b) de la LIPR parce que le demandeur s'était livré au passage de clandestins.

#### BACKGROUND

[2] The applicants arrived in Canada aboard the MV *Sun Sea* in August 2010. Both made claims for refugee protection. The Minister alleged that J.P. was inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of the IRPA, and that G.J. was inadmissible as an accompanying family member. The factual basis for the allegation against J.P. is that, after a first refusal, he had accepted

#### CONTEXTE

[2] Les demandeurs sont arrivés au Canada à bord du navire à moteur *Sun Sea* en août 2010. Ils ont tous les deux demandé l'asile. Le ministre a fait valoir que J.P. était interdit de territoire au Canada par application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR et que G.J. était interdite de territoire en tant que membre de la famille accompagnant le demandeur. Le fondement factuel de l'allégation



to assist the operators of the vessel by serving as a lookout and navigator. He then lived in the crew quarters and had the benefit of better conditions and rations.

#### DECISION UNDER REVIEW

[3] The Board member accepted that J.P. was involved in people smuggling based on the elements of the offence of aiding and abetting entry in section 117 of the IRPA identified by the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471: (1) entering Canada, (2) without the required documents, (3) aiding or abetting the entry, and (4) knowing of the lack of required documents. She found that J.P. had entered Canada. He had not had the required documents, having left his valid passport behind in Thailand where he was living as a registered refugee. His role as an assistant navigator made him one of the crew, thus a person aiding the entry. He knew that G.J. was also without documentation and the member believed that he was aware that many other persons on the ship were in similar circumstances.

[4] The member considered paragraph 3(3)(f) of the IRPA, which requires the statute to be construed and applied in a manner consistent with international human rights instruments to which Canada is a signatory. She examined the definition of “transnational” crime at subsection 3(2) of the *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* [15 November 2000, 2225 U.N.T.S. 209] (UNCATOC) and found that an offence was transnational if it was committed in more than one state, or prepared in one state but committed in another, or committed in one state but caused substantial effects in another. In this case, the travel arrangements were made in Thailand and the end result took place in Canada, and the member was satisfied that this met the definition of transnational crime.

formulée contre J.P. était qu’après avoir d’abord refusé d’aider les opérateurs du navire, il avait fini par accepter de le faire en servant de vigie et de navigateur. Il avait ensuite pu loger dans les quartiers réservés à l’équipage et bénéficier de meilleures conditions et de meilleures rations.

#### DÉCISION À L’EXAMEN

[3] La commissaire a reconnu que J.P. s’était livré au passage de clandestins, eu égard aux éléments constitutifs de l’infraction consistant à aider ou à encourager des personnes à entrer illégalement au Canada, prévus à l’article 117 de la LIPR et énumérés par la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *R. v. Alzehrani*, 2008 CanLII 57164, 237 C.C.C. (3d) 471 : 1) entrer au Canada; 2) sans les documents requis; 3) aider ou encourager l’entrée au Canada; 4) en étant au courant de l’absence des documents requis. La commissaire a conclu que J.P. était entré au Canada. Il n’était pas muni des documents requis : il avait laissé son passeport en cours de validité en Thaïlande, où il vivait comme réfugié enregistré. Son rôle d’assistant navigateur faisait de lui un membre de l’équipage et, partant, une personne ayant contribué à l’entrée illégale d’autres personnes. Il savait que G.J. était sans papier, et la commissaire croyait qu’il était au courant que bon nombre d’autres personnes à bord du navire se trouvaient dans la même situation.

[4] La commissaire a examiné l’alinéa 3(3)f) de la LIPR, qui prévoit que la Loi doit être interprétée et mise en œuvre conformément aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire. Elle a examiné la définition de criminalité « transnationale » que l’on trouve au paragraphe 3(2) de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* [15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. 209] (la Convention) et a conclu qu’une infraction était de nature transnationale si elle était commise dans plus d’un État, si elle était commise dans un État mais qu’une partie substantielle de sa préparation avait lieu dans un autre État, ou si elle était commise dans un État mais avait des effets substantiels dans un autre État. Dans le cas qui nous occupe, les dispositions prises pour le voyage avaient été prises en Thaïlande et le résultat

[5] Counsel for J.P. argued that section 37 was overbroad, as it punished those being smuggled along with the smugglers. The member agreed with the Minister that the requirements at rule 47 of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 (the Rules), for a constitutional challenge had not been met, and declined to rule on that aspect of the applicant's submissions.

[6] G.J. was also found to be inadmissible on the grounds of being an accompanying family member of J.P., an inadmissible person.

## ISSUES

[7] The issues raised by this application are:

1. Did the Board err in law by declining to address the applicants' constitutional arguments because they had failed to file a notice of constitutional question?
2. Did the Board err in law by failing to interpret "people smuggling" for the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA in a manner consistent with international instruments to which Canada is a signatory?

## ANALYSIS

### *Standard of Review*

[8] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 57, the Supreme Court established that a standard of review

final s'était produit au Canada, de sorte que la commissaire s'est dite convaincue que la situation répondait à la définition de crime transnational.

[5] L'avocat de J.P. a soutenu que l'article 37 avait une portée excessive étant donné qu'il punissait tant les passagers clandestins que les passeurs. La commissaire a quant à elle abondé dans le sens du ministre, qui a fait valoir que les exigences de la règle 47 des *Règles de la Section de l'immigration* [DORS/2002-229 (Règles)] n'avaient pas été respectées lors de la présentation de la contestation constitutionnelle. Elle a par conséquent refusé de statuer sur cet aspect des prétentions du demandeur.

[6] G.J. a également été déclarée interdite de territoire au motif qu'elle accompagnait un membre de sa famille qui était lui-même interdit de territoire, en l'occurrence, J.P.

## QUESTIONS EN LITIGE

[7] Les questions soulevées dans le cadre de la présente demande sont les suivantes :

1. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en refusant d'examiner les arguments constitutionnels des demandeurs au motif qu'ils avaient omis de déposer un avis de question constitutionnelle?
2. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'interprétant pas l'expression « passage de clandestins » pour l'application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire?

## ANALYSE

### *Norme de contrôle*

[8] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 57, la Cour suprême explique qu'il n'est pas

analysis is not required when existing jurisprudence identifies the proper standard.

[9] In a case arising from the same events and a similar determination, Justice Simon Noël found that the appropriate standard applicable to the Board's interpretation of paragraph 37(1)(b) of the IRPA was reasonableness based on recent Supreme Court jurisprudence: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers'*), at paragraph 30; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Alliance Pipeline*), at paragraphs 37–39.

[10] Justice Noël declined to certify a question in response to a request from the applicant in that proceeding in relation to the standard in light of his conclusion that the Supreme Court jurisprudence was clear on this point: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 569, [2014] 1 F.C.R. 95 (*B010*), at paragraph 76.

[11] *Dunsmuir*, at paragraph 53, establishes that “[w]here the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically ... the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.” At paragraph 60, the Court laid down the standard of correctness for questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise.

[12] In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 44, the Supreme Court reaffirmed that “[e]rrors of law are generally governed by a correctness standard” and added that:

*Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at para. 37, for example, held that the general questions of international law and criminal law at issue in that case had to be decided on a standard of correctness. *Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of

toujours nécessaire de se livrer à une analyse de la norme de contrôle lorsque la jurisprudence a déjà arrêté la norme applicable.

[9] Dans une affaire portant sur des faits semblables et appelant une décision similaire, le juge Simon Noël a conclu, sur le fondement de la jurisprudence récente de la Cour suprême, que la norme de contrôle applicable à l'interprétation, par la Commission, de l'alinéa 37(1)(b) de la LIPR était la décision raisonnable (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers'*), au paragraphe 30; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Alliance Pipeline*), aux paragraphes 37 à 39).

[10] Le juge Noël a refusé de certifier une question en réponse à la demande que lui avait faite le demandeur dans cette instance relativement à la norme applicable, étant donné qu'il avait conclu que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada était claire à cet égard (*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 569, [2014] 1 R.C.F. 95 (*B010*), au paragraphe 76).

[11] L'arrêt *Dunsmuir* [au paragraphe 53] établit qu'« [e]n présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée [...] la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés ». Au paragraphe 60, la Cour a précisé en quoi consistait la norme de contrôle de la décision correcte dans le cas des questions de droit qui à la fois revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et sont étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre.

[12] Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 44, la Cour suprême a réaffirmé que « [l]es erreurs de droit sont généralement assujetties à la norme de la décision correcte » et a ajouté que :

Dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 37, par exemple, la Cour a statué que les questions générales de droit international et de droit pénal soulevées dans cette affaire devaient être tranchées suivant la norme de la décision

the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention. Accordingly, para. (c) provides a *ground* of intervention, but the common law will stay the hand of the judge(s) in certain cases if the interpretation is by an expert adjudicator interpreting his or her home statute or a closely related statute. This nuance does not appear on the face of para. (c), but it is the common law principle on which the discretion provided in s. 18.1(4) is to be exercised. Once again, the open textured language of the *Federal Courts Act* is supplemented by the common law. [Emphasis in original.]

[13] In this case, the issue of whether the Board should have ruled on the constitutional argument is one which falls within the normal scope of an expert adjudicator's interpretation of her home statute (in this case the Rules) and is therefore governed by the standard of reasonableness. However, the issue of the interpretation of "people smuggling" in section 37 of the IRPA appears to me to be a question of law which is both beyond the adjudicator's expertise and a matter of central importance to the legal system requiring the correctness standard. A similar conclusion was recently reached by Justice Snider in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Dhillon*, 2012 FC 726, [2014] 1 F.C.R. 325 and by Justice Zinn in *Hernandez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1417, 45 Admin. L.R. (5th) 267 (*Hernandez*). Given that he had reached a different conclusion on the question of the standard from that of Justice Noël in *B010*, Justice Zinn found it appropriate to certify a question on that issue.

*Did the Board err in law by declining to address the applicants' constitutional arguments because they had failed to file a notice of constitutional question?*

[14] Subsection 47(1) of the Rules requires a party who wants to challenge the constitutional validity of a provision to complete a notice of constitutional question. Although the Board is a "court of competent jurisdiction" for the purpose of considering Charter issues

correcte. Selon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable. L'alinéa c) prévoit donc un *motif* d'intervention, mais la common law empêchera les juges d'intervenir dans certains cas, lorsqu'un organisme administratif spécialisé interprète sa loi constitutive ou une loi intimement liée à celle-ci. Cette nuance n'apparaît pas à la simple lecture de l'al. c), mais c'est le principe de common law qui doit guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au par. 18.1(4). Encore une fois, le libellé général de la *Loi sur les Cours fédérales* est complété par la common law. [Souligné dans l'original.]

[13] Dans le cas qui nous occupe, la question de savoir si la Commission aurait dû se prononcer sur l'argument constitutionnel est une question qui relève du cadre normal de l'interprétation par le décideur spécialisé de sa loi constitutive (dans le cas qui nous occupe, les Règles) et est donc assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Toutefois, la question de l'interprétation de l'expression « passage de clandestins » à l'article 37 de la LIPR me semble être une question de droit qui déborde le cadre de l'expertise du décideur et qui revêt une importance capitale pour le système juridique, ce qui commande l'application de la norme de la décision correcte. La juge Snider est arrivée récemment à une conclusion semblable dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Dhillon*, 2012 CF 726, [2014] 1 R.C.F. 325, tout comme le juge Zinn dans la décision *Hernandez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 FC 1417 (*Hernandez*). Compte tenu du fait qu'il était arrivé à une conclusion différente de celle du juge Noël sur la question de la norme applicable dans la décision *B010*, le juge Zinn a jugé bon de certifier une question à ce sujet.

*La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en refusant d'examiner les arguments constitutionnels des demandeurs au motif qu'ils avaient omis de déposer un avis de question constitutionnelle?*

[14] Le paragraphe 47(1) des Règles exige que la partie qui souhaite contester la constitutionnalité d'une disposition dépose un avis de question constitutionnelle. Bien que la Commission soit un « tribunal compétent » lorsqu'il s'agit d'examiner des questions portant sur la

[*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]], it does not have the jurisdiction to strike down legislation unlike the Federal Court: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paragraph 24; *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404 (C.A.), at paragraph 6.

[15] The Board stated that it would not rule on the validity of section 37 because the required notice had not been given. The applicants argue that they were not challenging the validity of the provision, but the interpretation of paragraph 37(1)(b) by which “people smuggling” was defined overly broadly. They did not contend that the section should be struck down but that it should be interpreted correctly, in a manner consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), and with Charter values. They submit that the interpretation given to the provision by the member is in breach of Charter values.

[16] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), the Court found the disputed section of the IRPA to be constitutional but held that the Minister had to exercise his discretion in a manner consistent with the Charter and Charter values (at paragraph 77, “[t]he Minister is obliged to exercise the discretion conferred upon her by the *Immigration Act* in accordance with the Constitution.... the balance struck by the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.”).

[17] The respondent disagrees with the assertion that the applicants never challenged the constitutionality of section 37 and merely demanded that it should be interpreted in a manner consistent with the Charter. Reference is made to the applicants’ written submissions to the Board which noted that a law can be struck down

Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], elle n’a pas compétence pour invalider des dispositions législatives, contrairement à la Cour fédérale (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, au paragraphe 24; *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.), au paragraphe 6).

[15] La Commission a refusé de se prononcer sur la validité de l’article 37 au motif que l’avis exigé n’avait pas été donné. Les demandeurs affirment qu’ils ne contestent pas la validité de la disposition, mais bien l’interprétation de l’alinéa 37(1)b) : selon eux, l’expression « passage de clandestins » a été définie de façon trop large. Ils ne prétendent pas que l’article devrait être invalidé, mais qu’il devrait être interprété correctement conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) et aux valeurs véhiculées par la Charte. Ils affirment que l’interprétation que la commissaire a donnée à cette disposition va à l’encontre des valeurs consacrées par la Charte.

[16] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), la Cour a jugé constitutionnel l’article de la LIPR qui était contesté, mais a déclaré que la ministre devait exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Charte et les valeurs véhiculées par la Charte (« La ministre a l’obligation d’exercer conformément à la Constitution le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur l’immigration* [...] le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l’art. 7 de la *Charte* » (au paragraphe 77)).

[17] Le défendeur n’est pas d’accord avec l’affirmation selon laquelle les demandeurs n’ont jamais contesté la constitutionnalité de l’article 37 et ont simplement exigé qu’il soit interprété conformément à la Charte. Il cite à ce propos les observations écrites que les demandeurs ont soumises à la Commission dans lesquelles ils



for overbreadth if it uses means that go further than necessary to accomplish the law's purpose. The respondent submits that the applicants were incorrect in asserting that the Board did not have the jurisdiction to strike down section 37, citing *Torres Victoria v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1392, [2013] 3 F.C.R. 414, at paragraph 38, in which Justice de Montigny concluded that the Immigration Division is clearly empowered to resolve constitutional questions that are inextricably linked to matters properly before it.

[18] The respondent then notes that a tribunal is not always required to interpret enactments in accordance with Charter values when there is no constitutional challenge or genuine ambiguity: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell ExpressVu*), at paragraph 62. In the absence of a challenge, the Board had no obligation to consider Charter values, and, in any event, its decision was consistent with Charter values, the respondent submits.

[19] In my view, applicants' counsel's lengthy written submissions to the Board focussed on the interpretation of the enactment with reference to the Charter but did not ask that the provision be struck down. Reference to the Supreme Court's holding that a law can be struck down for overbreadth is one step (at paragraph 65 of a section running from paragraph 63 to paragraph 74) in 12 paragraphs of argumentation about the definition, which closes not with a proposal to strike the section, but with the following:

74. In sum, [J.P.] submits that section 37 must be interpreted in a manner consistent with the objectives of the IRPA, the ordinary meaning of the English and French words, and the international instruments which Canada has signed. The term smuggling must be interpreted to require evidence of financial profit or material benefit, and evidence that the conduct involved the illegal entry

mentionnent qu'une loi peut être invalidée pour cause de portée excessive si elle utilise des moyens démesurés pour atteindre l'objectif fixé. Le défendeur affirme que les demandeurs ont tort de prétendre que la Commission n'avait pas compétence pour déclarer l'article 37 inconstitutionnel, citant à l'appui la décision *Torres Victoria c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 1392, [2013] 3 R.C.F. 414, au paragraphe 38, dans laquelle le juge de Montigny conclut que la Section de l'immigration a clairement compétence pour résoudre des questions constitutionnelles qui sont inextricablement liées aux questions dont elle est régulièrement saisie.

[18] Le défendeur signale par ailleurs que les tribunaux ne sont pas toujours tenus d'interpréter les textes législatifs conformément aux valeurs consacrées par la Charte lorsqu'il n'y a pas de contestation constitutionnelle ou d'ambiguïté véritable (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (*Bell ExpressVu*), au paragraphe 62). À défaut de contestation, la Commission n'était nullement tenu de tenir compte des valeurs véhiculées par la Charte et, en tout état de cause, sa décision était, selon le défendeur, conforme à ces valeurs.

[19] À mon avis, les longues observations écrites que l'avocat des demandeurs a soumises à la Commission étaient axées sur l'interprétation du texte législatif en fonction de la Charte et elles ne visaient pas l'invalidation de la disposition législative en cause. Certes, l'avocat cite l'arrêt de la Cour suprême dans lequel celle-ci déclare qu'une loi peut-être invalidée pour cause de portée excessive (au paragraphe 65, au milieu d'une section allant du paragraphe 63 au paragraphe 74), dans un plaidoyer de 12 paragraphes portant sur la définition. Toutefois, l'avocat ne termine pas son plaidoyer en demandant la radiation de l'article en question, mais par les propos suivants :

[TRADUCTION]

74. En somme, [J.P.] affirme que l'article 37 doit être interprété conformément aux objectifs de la LIPR suivant les sens courant des mots anglais et français et conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire. L'expression « passage de clandestins » doit être interprétée de manière à exiger des éléments de preuve démontrant que



of people into Canada. Such an interpretation would allow for a finding of inadmissibility against the person who planned the operation and profited from it, but would preclude its application against the victims of people smuggling, who sought only a safe country in which to make a refugee claim.

[20] This is also borne out by the transcript of the oral argument at the hearing. The Minister's counsel stated in submissions at the hearing that paragraphs 65 to 74 (above) of the applicants' written submission "amount to a constitutional challenge". Counsel continues on to say that the panel must first decide on the question of statutory interpretation, and if the result of that is that paragraph 37(1)(b) has the breadth to be applicable, then the panel has the jurisdiction to entertain a constitutional challenge, but that in this case such a challenge cannot be heard because the rules for it have not been followed. Counsel then returns to discussing the definition.

[21] I do not read *Torres Victoria*, above, as suggesting that the Board has the jurisdiction to strike a legislative provision, as the respondent conceded at the hearing of this application. At best, as a tribunal of competent jurisdiction, it could decline to apply the enactment if it concluded that it infringed the Charter: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504. As an administrative decision maker it was required to act consistently with the values underlying the grant of discretion, including Charter values: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraph 24; *Conway*, above, at paragraph 78. *Bell ExpressVu*, above, does not preclude application of the Charter to prevent an overbroad interpretation, but limits reliance on Charter values in the interpretation of legislation to cases where there is a genuine constitutional challenge or ambiguity.

l'intéressé cherchait à tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel ainsi que des éléments de preuve démontrant que les actes reprochés impliquaient l'entrée illégale de personnes au Canada. Une telle interprétation permettrait de déclarer interdite de territoire une personne ayant planifié pareille opération et en ayant tiré un avantage, mais empêcherait son application contre les victimes de cette opération qui ne cherchaient qu'un pays sûr où demander l'asile.

[20] Cette façon de voir est également confirmée par la transcription des débats à l'audience. L'avocat du ministre a déclaré à l'audience que les paragraphes 65 à 74 susmentionnés des observations écrites des demandeurs [TRADUCTION] « équivalaient à une contestation constitutionnelle ». L'avocat a poursuivi en affirmant que le tribunal devait d'abord trancher la question de l'interprétation législative et que, s'il concluait que l'alinéa 37(1)(b) avait une portée suffisamment large pour trouver application, le tribunal avait compétence pour statuer sur une contestation constitutionnelle, ajoutant que, dans le cas qui nous occupe, cette contestation ne pouvait être instruite parce que les règles applicables n'avaient pas été suivies. L'avocat revient ensuite à l'analyse de la définition.

[21] À mon sens, la décision *Torres Victoria*, précitée, n'indique pas que la Commission a compétence pour invalider une disposition législative comme le défendeur l'a admis lors de l'instruction de la présente demande. Tout au plus, en tant que tribunal compétent, la Commission pourrait refuser d'appliquer le texte législatif si elle conclut qu'il contrevient à la Charte (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504). En tant que décideur administratif, la Commission était tenue d'agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la Charte (*Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, au paragraphe 24, arrêt *Conway*, précité, au paragraphe 78). L'arrêt *Bell ExpressVu*, précité, n'exclut pas l'application de la Charte pour empêcher une interprétation trop large, mais restreint le recours aux valeurs consacrées par la Charte pour interpréter des textes législatifs aux cas où il existe une véritable contestation constitutionnelle ou une véritable ambiguïté.

[22] I conclude, therefore, that the Board misinterpreted the thrust of the applicants' submissions and erred in declining to consider their Charter arguments notwithstanding the lack of notice. This was an unreasonable decision in the sense that it was not justified and was outside the range of appropriate outcomes.

*Did the Board err in law by failing to interpret "people smuggling" for the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA in a manner consistent with international instruments to which Canada is a signatory?*

[23] The Board member acknowledged that paragraph 3(3)(f) of the IRPA requires that the legislation be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is a signatory. The member found, however, that section 117 of the IRPA provided an appropriate definition of "people smuggling", although it lacked the elements of "financial or other material benefit" or of a "secret or clandestine" manner set out in the UNCATOC and the supplementing *Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air [supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, 2241 U.N.T.S. 507]*. She considered that the broader Canadian definition encompassed the more specific elements set out in the international instruments.

[24] The applicants submit that this was an error of law, as the broader definition would capture many people who would not be included under the definition in the UNCATOC and the supplementing Protocol. The applicants note that the Protocol provides two definitions at Article 3, while its Article 2 emphasizes that any efforts to combat smuggling must protect the rights of the victims of smuggling. The applicants argue that the definitions suggest that "smuggling" means procuring illegal entry into a country, for financial or material benefits. Similarly, the United Nations *Model Law Against Trafficking in Persons*, UNODC [United Nations Office on Drugs and Crime] 2009 and *Basic Training Manual on Investigating and Prosecuting the Smuggling of Migrants*,

[22] Je conclus par conséquent que la Commission a mal interprété l'essentiel des arguments des demandeurs et que, malgré l'absence d'avis, elle a commis une erreur en refusant d'examiner les arguments que les demandeurs tiraient de la Charte. Cette décision était déraisonnable en ce sens qu'elle n'était pas justifiée et qu'elle n'appartenait pas aux issues raisonnables.

*La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'interprétant pas l'expression « passage de clandestins » pour l'application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR conformément aux instruments internationaux dont le Canada est signataire?*

[23] La commissaire a reconnu que l'alinéa 3(3)f) de la LIPR exige que la LIPR soit interprétée et appliquée conformément aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. Elle a toutefois conclu qu'on trouvait à l'article 117 de la LIPR une définition appropriée de l'expression « passage de clandestins », même si l'on n'y trouve pas les éléments « avantage financier ou autre avantage matériel » ou l'aspect « secret ou clandestin » prévu dans la Convention et dans le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention [des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, 2241 R.T.N.U. 507]* (le Protocole). Elle a estimé que la définition canadienne plus large englobait les éléments plus précis prévus dans les instruments internationaux.

[24] Les demandeurs affirment que cette conclusion est erronée en droit, étant donné que la définition plus large viserait bon nombre de personnes qui ne tomberaient pas sous le coup de la définition de la Convention et du Protocole additionnel. Les demandeurs signalent que le Protocole comporte deux définitions à son article 3 et que son article 2 souligne que les mesures prises pour combattre le trafic illicite de migrants doivent également protéger les droits des migrants qui font l'objet d'un tel trafic. Les demandeurs soutiennent que ces définitions donnent à penser que le « passage de clandestins » s'entend de l'acte consistant à assurer l'entrée illégale dans un pays en contrepartie d'un avantage financier ou d'un autre avantage matériel. Dans le même ordre

UNODC, 2010 emphasize the element of financial or material reward in the definition of people smuggling and need to protect the rights of smuggled migrants.

[25] The applicants say that the modern approach to statutory interpretation, as cited by the Supreme Court in *Bell ExpressVu*, at paragraphs 26 and 27, requires that the ordinary meaning of the words of the statute be considered first. This is done by reference to dictionaries. Both the *Oxford English Dictionary* and the *Merriam-Webster Dictionary* provide definitions of “smuggle” which emphasize the element of secret, clandestine, or surreptitious behaviour.

[26] The French and the English versions of a bilingually enacted statute have equal status: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 774. The French version of paragraph 37(1)(b) refers to “*le passage de clandestins*”. The Larousse dictionary indicates a connotation of secrecy for the word “*clandestin*”. The applicants argue that this language was meant to catch economic migrants who enter Canada clandestinely with no intention of reporting at a port of entry to make refugee claims: *R. v. Li*, 2001 BCSC 458, 14 Imm. L.R. (3d) 225, at paragraph 5.

[27] The applicants provided the Board with an excerpt from Hansard, *House of Commons Debates* (17 May 2001) (Hansard), of the proceedings of the Standing Committee on Citizenship and Immigration in which the provisions then being proposed for the IRPA were discussed. One of those was the proposed section 117 which would make organizing entry into Canada an offence. Members of Parliament were concerned that those assisting on a humanitarian basis would be caught by the provision and were repeatedly assured that this would not be the case due to the safeguard provision at subsection 117(4). The applicants note that “the government representatives clearly stated that it is here where the Attorney General would weigh the motives of the

d’idées, la *Loi type contre la traite des personnes*, ONUDC [Office des Nations Unies contre la drogue et le crime], 2009, et le *Manuel de formation de base sur les enquêtes et les poursuites relatives au trafic illicite de migrants*, ONUDC, 2010, des Nations Unies insistent sur la recherche d’un avantage financier ou d’un autre avantage matériel que comporte la définition du trafic illicite de migrants et sur la nécessité de protéger les droits des migrants clandestins.

[25] Les demandeurs affirment que la méthode moderne d’interprétation législative préconisée par la Cour suprême dans l’arrêt *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 26 et 27, exige que l’on examine d’abord le sens courant des mots de la loi. Pour ce faire, on consulte d’abord les dictionnaires. L’*Oxford English Dictionary* et le *Merriam-Webster Dictionary* proposent des définitions du terme anglais « *smuggle* » qui insistent sur l’aspect secret, clandestin ou furtif du comportement reproché.

[26] Les versions anglaise et française des lois adoptées dans les deux langues font pareillement autorité (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la page 774). La version française de l’alinéa 37(1)b parle de « *passage de clandestins* ». Selon le dictionnaire Larousse, le mot « *clandestin* » évoque le secret. Les demandeurs soutiennent que ce choix de mot visait à englober les migrants économiques qui entrent au Canada clandestinement sans intention de se présenter à un point d’entrée pour y demander l’asile (*R. v. Li*, 2001 BCSC 458, 14 Imm. L.R. (3d) 225, au paragraphe 5).

[27] Les demandeurs ont soumis à la Commission un extrait des *Débats de la Chambre des communes* (le Hansard) tenus le 17 mai 2001 dans le cadre des travaux du Comité permanent sur la citoyenneté et l’immigration, au cours desquels il a été discuté de certaines dispositions proposées pour la LIPR. Parmi ces dispositions, il y avait l’article 117, qui aurait érigé en infraction le fait d’organiser l’entrée de personnes au Canada. Les députés craignaient que ceux qui aideraient des personnes à entrer au Canada pour des raisons d’ordre humanitaire tombent sous le coup de cette disposition. On les a rassurés à plusieurs reprises en leur disant que tel ne serait pas le cas en raison de la garantie prévue au paragraphe 117(4). Les demandeurs font observer que

individual, as well as humanitarian considerations”. No such safeguard is included in paragraph 37(1)(b), which they contend has the effect of penalizing those who assist refugees. The applicants argue that the wording in section 117 can not merely be adapted for use in paragraph 37(1)(b) without its accompanying safeguards.

[28] Further, the applicants submit, the words of paragraph 37(1)(b) must be interpreted in light of the objectives of IRPA. These include national security, the protection of refugees and other victims, and respecting and promoting Canada’s domestic and international human rights commitments. As noted at paragraph 23 above, the IRPA should be applied and construed in a manner which complies with the international human rights instruments to which Canada is a signatory: *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655 (*de Guzman*), at paragraphs 82, 83 and 87. At paragraph 83 of *de Guzman*, the Federal Court of Appeal stated:

On its face, the directive contained in paragraph 3(3)(f) that the IRPA “is to be construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory”, is quite clear: the IRPA must be interpreted and applied consistently with an instrument to which paragraph 3(3)(f) applies, unless, on the modern approach to statutory interpretation, this is impossible.

[29] Together, the ordinary meaning of the words, the objectives of the Act, and the objectives and definitions in UNCATOC and Protocol all suggest that “smuggling” involves clandestine entry for reward, the applicants submit. The Board member’s finding that for the purposes of paragraph 37(1)(b) “people smuggling” did not require clandestine or illegal entry, and did not require payment or reward was an error in statutory interpretation. Defining smuggling solely in reference to section 117 would result in a definition which was

[TRANSLATION] « les représentants du gouvernement ont clairement déclaré qu’en pareil cas, le procureur général tiendrait compte des motivations de l’intéressé ainsi que de considérations d’ordre humanitaire ». On ne retrouve pas de garantie semblable à l’alinéa 37(1)(b), ce qui, suivant les demandeurs, a pour effet de pénaliser les personnes qui viennent en aide aux réfugiés. Les demandeurs soutiennent que le libellé de l’article 117 ne peut être tout simplement adapté pour être utilisé dans le contexte de l’alinéa 37(1)(b) sans les garanties correspondantes.

[28] De plus, suivant les demandeurs, le libellé de l’alinéa 37(1)(b) doit être interprété à la lumière des objectifs de la LIPR, à savoir, notamment, la sécurité nationale, la protection des réfugiés et des autres victimes et la promotion et le respect des engagements nationaux et internationaux du Canada en matière de droits de la personne. Ainsi que nous l’avons déjà fait observer au paragraphe 23, la LIPR devrait être appliquée et interprétée conformément aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire (*de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655 (*de Guzman*), aux paragraphes 82, 83 et 87. Au paragraphe 83 de l’arrêt *de Guzman*, la Cour d’appel fédérale déclare :

À première vue, la directive de l’alinéa 3(3)(f) de la LIPR selon laquelle « [l]’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire » est assez claire. La LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d’une manière compatible avec les instruments visés à l’alinéa 3(3)(f), à moins que ce ne soit impossible selon l’approche moderne de l’interprétation législative.

[29] Les demandeurs font valoir que le sens courant des mots, les objectifs de la Loi et les objectifs et les définitions de la Convention et du Protocole donnent tous à penser que le « passage de clandestins » suppose l’entrée clandestine en contrepartie d’un avantage. La conclusion de la commissaire suivant laquelle, pour l’application de l’alinéa 37(1)(b), l’expression « passage de clandestins » n’exige pas une entrée clandestine ou illégale ni un paiement ou un avantage constitue une erreur d’interprétation législative. Le fait de définir le

unconstitutionally broad and which would violate the applicants' rights.

[30] The applicants argue that the Minister's approach of requiring only four elements to be defined as a people smuggler—a person without the required documents, entry to Canada by that person, assistance by the accused, and the accused's knowledge of the lack of documents—is overbroad, as the overbreadth principle is explained in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pages 792–794. This interpretation of section 37 covers any action by migrants being smuggled that may have assisted in the smuggling operation. It would capture individuals who are clearly not smugglers, including relatives, refugee advocates, settlement service workers, and human rights organizations. This is not necessary to achieve the purpose of anti-smuggling legislation. The provision should be targeted only at those engaged in the illegal activity of exploiting vulnerable migrants for profit.

[31] The respondent points out that the Federal Court of Appeal has held that section 37 should be given an “unrestricted and broad” interpretation. The IRPA signifies an intention to prioritize the security of Canada: *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraph 21. Organized crime is a major threat to that security: *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraphs 46 and 58). The availability of Ministerial relief alleviated any harshness or inequity under section 37 and facilitated a broad and liberal interpretation of the provision: *Sittampalam*, at paragraph 28.

passage de clandestins uniquement en fonction de l'article 117 conduirait à une définition qui serait trop large et, de ce fait, inconstitutionnelle, et porterait atteinte aux droits des demandeurs.

[30] Les demandeurs soutiennent que la méthode qu'a retenue le ministre, qui consiste à n'exiger que quatre conditions soient réunies pour répondre à la définition de passeur, à savoir l'existence d'une personne non munie des documents requis, l'entrée au Canada de cette personne, le fait qu'elle soit aidée par l'accusé et le fait que l'accusé soit au courant que la personne n'est pas munie des documents requis, est trop large eu égard au principe de la portée excessive, expliqué dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, aux pages 792 à 794. Cette interprétation de l'article 37 englobe tout acte du migrant ayant fait l'objet d'un trafic illicite qui a pu faciliter l'opération de passage de clandestins. Elle engloberait les personnes qui ne sont de toute évidence pas des passeurs, y compris les membres de la famille, les défenseurs des droits des réfugiés, les employés des services d'établissement et des organisations de défense des droits de la personne, ce qui n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif des mesures législatives visant à empêcher le passage de clandestins. La disposition ne devrait viser que ceux qui se livrent à l'activité illégale consistant à exploiter des migrants vulnérables en vue d'en tirer un profit.

[31] Le défendeur souligne que la Cour d'appel fédérale a jugé que l'article 37 devait être interprété « de manière libérale, sans restriction aucune ». Dans la LIPR, le législateur a exprimé son intention de donner la priorité à la sécurité du Canada (*Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), au paragraphe 21). Le crime organisé représente une importante menace pour la sécurité du Canada (*Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), aux paragraphes 46 et 58). La possibilité d'obtenir une dispense ministérielle atténue la sévérité ou l'iniquité entraînée par l'application de l'article 37 et facilite une interprétation large et libérale de cette disposition (*Sittampalam*, au paragraphe 28).



[32] The Board’s interpretation of “people smuggling” respected both the maxims of statutory interpretation and the requirement for consistency with international instruments, in the respondent’s submission. The Board considered the definitions in UNCATOC and the Protocol and found that the definition in subsection 117(1) complied with their purpose of prohibiting the transport of migrants without documentation. It concluded that the definition in subsection 117(1) was appropriate for the paragraph 37(1)(b) context because it encompassed the Protocol definition and did not undermine it or omit any persons captured by the Protocol definition. The Board was entitled to rely on that definition as it was contained in the same statute, before turning to dictionaries: *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 85, [2004] 4 F.C.R. 48 (*Medovarski* FCA), at paragraph 27.

[33] The respondent notes that the alternative meaning of “*clandestin*” provided by Larousse (in addition to “*secret*”) is of [TRANSCRIPTION] “something done in contravention of the laws and regulations”. The word is rarely translated as “clandestine” or “secret” in the immigration context nor in other statutes such as the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, which at section 159 expressly excludes the notion of clandestine from the offence of smuggling.

[34] Turning to the international instruments, the respondent argues that the definition of “human smuggling” in subsection 117(1) of the IRPA is consistent with the definition of “[s]muggling of migrants” in the UNCATOC Protocol, and that any person included under the Protocol will also be included under subsection 117(1). The definition at 117(1) therefore fulfills Canada’s international obligations. In the event that there is a conflict with the international instruments, validly enacted domestic legislation will prevail: *B010*, above, at paragraph 48.

[32] Suivant le défendeur, l’interprétation que la Commission a faite de l’expression « passage de clandestins » respecte à la fois les principes d’interprétation législative et l’obligation de se conformer aux instruments internationaux. La Commission a tenu compte des définitions contenues dans la Convention et le Protocole et a estimé que la définition que l’on trouve au paragraphe 117(1) de la Loi était conforme à l’objectif de la Convention et du Protocole d’interdire le transport de migrants non munis des documents requis. La Commission a conclu que la définition du paragraphe 117(1) était appropriée dans le contexte de l’alinéa 37(1)b) étant donné qu’elle englobait la définition prévue par le Protocole et qu’elle n’excluait ou n’omettait aucune des personnes visées par la définition figurant dans le Protocole. La Commission avait le droit de se fonder sur cette définition avant de recourir aux dictionnaires, étant donné que cette définition se trouvait dans la même loi (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 85, [2004] 4 R.C.F. 48 (*Medovarski* CAF), au paragraphe 27).

[33] Le défendeur fait observer que le deuxième sens du mot « clandestin » que donne le Larousse (autre « qui se fait en secret ») est le suivant : « qui est en contravention avec les lois et règlements ». Le mot « clandestin » est rarement traduit en anglais par « clandestine » ou « secret » dans le contexte de l’immigration ou d’autres lois comme la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, qui, à son article 159, exclut expressément le concept de clandestinité de l’infraction de contrebande.

[34] Pour ce qui est des instruments internationaux, le défendeur soutient que la définition de « passage de clandestins » au paragraphe 117(1) de la LIPR est compatible avec la définition de « trafic illicite de migrants » du Protocole additionnel à la Convention et que toute personne tombant sous le coup du Protocole sera aussi visée par le paragraphe 117(1). La définition du paragraphe 117(1) satisfait donc aux obligations internationales du Canada. En cas de conflit avec un instrument international, un texte de loi interne valablement édicté a toujours préséance sur le droit international (*décision B010*, précitée, au paragraphe 48).



[35] Alternatively, the respondent submits, if financial profit or material gain was a necessary element of the definition of a smuggler, the applicant had received a material benefit in the form of better accommodation on board ship and therefore the Board's factual finding was reasonable.

[36] Justice Noël, in *B010*, at paragraphs 51–53, held that the primary objective of IRPA is to protect the security of Canadians:

As mentioned in *Medovarski*, above [2005 SCC 51], at paragraph 10, the objective of the IRPA set out in section 3 is to prioritize security. With this objective in mind, when applying some of the inadmissibility provisions in Division 4 of the IRPA, our courts have given a broad and unrestricted approach to such terms as “danger to the security of Canada” and “member of an organization” found in section 34 (for example, see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 90; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487, at paragraph 29; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, at paragraphs 85–88; *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, [2005] 3 F.C.R. 389, at paragraphs 35 and 36).

[37] Justice Noël concluded in *B010* that it was reasonable for the Immigration Division to define “people smuggling” under section 37 by recourse to section 117. In his analysis at paragraphs 38–64, he found that both provisions were clearly meant to address the same activity and that adopting two different definitions would create a contradiction within the IRPA, permitting an individual to be convicted of people smuggling under section 117 but not found inadmissible under section 37. While noting that there were two competing interpretations of the legislation, the tribunal's interpretation, which excluded a profit element, fell within the range of acceptable outcomes applying the reasonableness standard.

[38] Justice Hughes endorsed this view in *B072 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 899,

[35] Le défendeur fait valoir à titre subsidiaire que si l'avantage financier ou l'avantage matériel constitue un élément essentiel de la définition du passeur, le demandeur a effectivement obtenu un avantage matériel sous forme de meilleures conditions de logement à bord du navire, de sorte que la conclusion de fait tirée par la Commission était raisonnable.

[36] Dans la décision *B010*, aux paragraphes 51 à 53, le juge Noël a déclaré que le principal objectif de la LIPR était de protéger la sécurité des Canadiens :

Comme la Cour suprême l'a mentionné dans l'arrêt *Medovarski*, précité, au paragraphe 10, l'objectif de la LIPR énoncé à l'article 3 est de donner priorité à la sécurité. Tenant compte de cet objectif, nos tribunaux ont, pour appliquer certaines des dispositions de la section 4 de la LIPR concernant l'interdiction de territoire, donné une interprétation large et sans restriction à des expressions comme « danger pour la sécurité du Canada » et « membre d'une organisation » que l'on trouve à l'article 34 (voir, par exemple, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 90; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487, au paragraphe 29; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, aux paragraphes 85 à 88; *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, [2005] 3 R.C.F. 389, aux paragraphes 35 et 36).

[37] Dans la décision *B010*, le juge Noël a conclu qu'il était raisonnable de la part de la Section de l'immigration de définir l'expression « passage de clandestins » à l'article 37 en recourant à l'article 117. Dans son analyse, que l'on trouve aux paragraphes 38 à 64, le juge a conclu que les deux dispositions en question visaient clairement la même activité, et que le fait d'adopter deux définitions différentes créerait une contradiction au sein de la LIPR permettant de reconnaître un individu coupable d'avoir organisé l'entrée illégale de personnes au Canada au sens de l'article 117 sans toutefois le déclarer interdit de territoire au Canada en vertu de l'article 37. Tout en relevant l'existence de deux interprétations contradictoires de la Loi, le juge a estimé que, si l'on appliquait la norme de la décision raisonnable, l'interprétation du tribunal, qui excluait tout élément de profit, appartenait aux issues acceptables.

[38] Pour des raisons de courtoisie judiciaire et parce qu'il souscrivait entièrement à l'analyse du juge Noël

13 Imm. L.R. (4th) 281 (*B072*), a case turning on the same issue, on the basis of judicial comity and in full agreement with the analysis in *B010*. Justice Zinn, in *Hernandez*, above, reached a different conclusion. He found that “people smuggling” in paragraph 37(1)(b) includes a profit element. Applying the correctness standard required that the tribunal’s decision be overturned.

[39] In *B306 v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1282, [2014] 2 F.C.R. 128, Justice Gagné distinguished the facts of that case from those established in *B010*, above. The applicant in *B306* had approached a crew member of the MV *Sun Sea* and asked to cook for the crew in exchange for extra food. He was also assigned a daily duty of watch keeping. This was in contrast to the facts in *B010* where the panel had found that the applicant had boarded the ship knowing that he would be a crew member. Similarly, in the present matter the male applicant had not been a crew member at the outset of the voyage.

[40] Justice Gagné found that even if the “rather large interpretation that is being given to paragraph 37(1)(b) of the IRPA is owed deference from the Court” (at paragraph 25) the panel had reached an unreasonable conclusion in finding that the applicant had the necessary *mens rea* of a human smuggler. It was unreasonable for the panel to disregard the context of dependency and the lack of a role or authority of the applicant in the smuggling operation (at paragraphs 34 and 35). Mere knowledge of the fact that the fellow passengers were not in possession of the required documents to enter Canada could not justify a conclusion that the applicant had engaged in the activity of people smuggling as prescribed in paragraph 37(1)(b) (at paragraph 36).

[41] I note that subsection 117(1) does not, strictly speaking, provide a definition of “people smuggling”. It sets out the elements of the offence of aiding and

dans la décision *B010*, le juge Hughes a souscrit à cette façon de voir dans la décision *B072 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 899 (*B072*), affaire qui portait sur la même question. Dans la décision *Hernandez*, précitée, le juge Zinn est arrivé pour sa part à une conclusion différente. Il a estimé que le passage de clandestins au sens de l’alinéa 37(1)(b) comportait un élément de profit. L’application de la norme de contrôle de la décision correcte exigeait l’infirmité de la décision du tribunal.

[39] Dans la décision *B306 c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1282, [2014] 2 R.C.F. 128, le juge Gagné a établi une distinction entre les faits de l’affaire dont il était saisi et ceux de l’affaire *B010*, précitée. Dans l’affaire *B306*, le demandeur avait abordé un membre de l’équipage du navire à moteur *Sun Sea* pour lui demander de cuisiner pour les membres de l’équipage en échange de nourriture additionnelle. On lui avait également confié une tâche quotidienne de vigie. Sa situation était différente de celle du demandeur dans l’affaire *B010*, dans laquelle le tribunal avait conclu que le demandeur avait embarqué en sachant qu’il ferait partie de l’équipage. De même, en l’espèce, le demandeur ne faisait pas partie de l’équipage au début du voyage.

[40] Le juge Gagné a conclu que « même si la Cour doit faire preuve de retenue à l’égard de l’interprétation large qui est faite de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR » (au paragraphe 25), le tribunal avait tiré une conclusion déraisonnable en estimant que le demandeur avait la *mens rea* nécessaire pour être considéré comme un passeur. Il était déraisonnable de la part du tribunal de ne pas tenir compte du contexte de dépendance et de l’absence de rôle d’autorité du demandeur dans cette opération de passage de clandestins (aux paragraphes 34 et 35). La simple connaissance du fait que les autres passagers n’étaient pas munis des documents requis pour entrer au Canada ne pouvait raisonnablement justifier la conclusion que le demandeur s’était livré à l’activité de passage de clandestins au sens de l’alinéa 37(1)(b) (au paragraphe 36).

[41] Je relève qu’à strictement parler, le paragraphe 117(1) ne définit pas le « passage de clandestins ». Il énumère les éléments constitutifs de l’infraction

abetting illegal entry. As Justice Gagné states, a successful prosecution would require proof of intent. For example, to convict the applicant J.P. on the facts of the present case would require that the criminal court be satisfied beyond a reasonable doubt that he intended to “aid and abet” the commission of the offence by the organizers.

[42] Canada agreed to enact strict measures to penalize human traffickers when it signed on to the UNCATOC and Protocol. It also undertook, at that time, to take steps to protect those who were being smuggled. The line between the two responsibilities may be blurred by an overly expansive interpretation of paragraph 37(1)(b) which encompasses those who did not plan or agree to carry out the scheme and have no prospect of a reward other than a modest improvement in their living conditions enroute. The question of whether it is a “modest improvement” or a share as a partner in the smugglers’ enterprise that may bring the claimant within the scope of paragraph 37(1)(b) is a question of fact for the Board to determine but it cannot avoid that task, in my view, by a strict reliance on the factual elements of the offence set out in subsection 117(1).

[43] I am satisfied that the Board erred in its interpretation of the term “people smuggling” in section 37 of the IRPA and that the decision, as a whole, was unreasonable. I will therefore send the matter back for reconsideration in accordance with these reasons.

[44] I accept the suggestion by the parties that I should certify as a serious question of general importance the question certified in common by my colleagues in *B010*, *B072* and *B306*:

(1) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is signatory?

consistant à aider et à encourager une entrée illégale. Ainsi que le juge Gagné l’explique, il faudrait démontrer l’intention pour établir la culpabilité de l’intéressé. Par exemple, condamner le demandeur J.P. au vu des faits de l’espèce exigerait qu’une cour criminelle soit convaincue hors de tout doute raisonnable qu’il avait l’intention d’« aider et d’encourager » la perpétration de l’infraction par les organisateurs de l’opération.

[42] Le Canada a accepté de prendre des mesures sévères pour pénaliser ceux qui se livrent à la traite de personnes lorsqu’il a signé la Convention et le Protocole. Il s’est également engagé à l’époque à prendre des mesures pour protéger ceux qui étaient victimes de la traite de personnes. La ligne de démarcation entre ces deux engagements risque d’être difficile à tracer si l’on retient une interprétation trop large de l’alinéa 37(1)(b) qui englobe des personnes qui n’ont pas planifié ou accepté d’exécuter le plan ou qui n’espèrent obtenir comme récompense rien de plus qu’une modeste amélioration dans leurs conditions de vie. La question qui se pose est celle de savoir si une « amélioration modeste » ou une quote-part en tant qu’associé dans une entreprise de passeurs qui pourrait faire tomber l’intéressé sous le coup de l’alinéa 37(1)(b) constitue une question de fait que la Commission doit trancher. Or, la Commission ne peut, à mon avis, se soustraire à cette tâche en se retranchant derrière les éléments factuels de l’infraction prévus au paragraphe 117(1).

[43] Je suis convaincu que la Commission a erronément interprété l’expression « passage de clandestins » à l’article 37 de la LIPR et que sa décision est, dans l’ensemble, déraisonnable. Je vais par conséquent lui renvoyer l’affaire pour qu’elle la réexamine en conformité avec les présents motifs.

[44] J’accepte la suggestion des parties de certifier la question suivante en tant que question grave de portée générale, à l’instar de mes collègues dans les affaires *B010*, *B072* et *B306* :

1) Pour l’application de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur le fondement de l’article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?

[45] I think it appropriate also to join Justice Zinn in certifying an additional question relating to the standard of review in light of the different views being expressed by the Court on this subject:

- a. Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, and in particular of the phrase “people smuggling” therein ... reviewable on the standard of correctness or reasonableness?

#### JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. the application for judicial review is allowed;
2. the February 17, 2012 decision by the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, determining that the applicants were inadmissible to Canada is set aside and the matter is referred back to the Board for redetermination by a differently constituted panel in accordance with these reasons; and
3. the following questions are certified:
  - (a) For the purposes of paragraph 37(1)(b) of the IRPA is it appropriate to define the term “people smuggling” by relying on section 117 of the same statute rather than a definition contained in an international instrument to which Canada is signatory?
  - (b) Is the interpretation of paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and in particular of the phrase “people smuggling” therein, reviewable on the standard of correctness or reasonableness?

[45] J’estime à propos de me joindre également au juge Zinn pour certifier une autre question se rapportant à la norme de contrôle, compte tenu des opinions divergentes exprimées par la Cour sur la question :

- a. L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, et plus particulièrement de l’expression « passage de clandestins » figurant dans ledit alinéa [...] est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable?

#### JUGEMENT

LA COUR :

1. ACCUEILLE la demande de contrôle judiciaire;
2. ANNULE la décision, en date du 17 février 2012, par laquelle la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et de la protection des réfugiés a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire au Canada et RENVOIE l’affaire à la Commission pour qu’une nouvelle décision soit rendue par un tribunal différemment constitué en conformité avec les présents motifs;
3. CERTIFIE les questions suivantes :
  - a) Aux fins de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR, est-il approprié de définir l’expression « passage de clandestins » sur la base de l’article 117 de ladite loi plutôt que sur la base de la définition contenue dans un instrument international dont le Canada est signataire?
  - b) L’interprétation de l’alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et, en particulier, de l’expression « passage de clandestins » est-elle susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte ou selon la norme de la décision raisonnable?

A-493-11  
2012 FCA 314

A-493-11  
2012 CAF 314

**Aida Marième Seck** (*appellant*)

**Aida Marième Seck** (*appelante*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*respondent*)

**Procureur général du Canada** (*intimé*)

**INDEXED AS: SECK v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : SECK c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier, Mainville, J.J.A.—Ottawa, November 7 and 29, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier, Mainville, J.C.A.—Ottawa, 7 et 29 novembre 2012.

*Public Service — Selection Process — Competitions — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Public Service Commission (Commission) decision finding appellant committing fraud by giving false references in appointment process within Public Service — Appellant applying for position within federal public service — Appellant naming Rose M'Kounga as immediate supervisor in previous position — Ms. M'Kounga providing reference — Appellant not selected — Following information received, Commission launching investigation under Public Service Employment Act (Act), s. 69 — Investigation finding Ms. M'Kounga not appellant's immediate supervisor, favourable comments in reference prepared by appellant, her mother, hence constituting fraud under Act, s. 69 — PSC taking corrective actions against appellant — Appellant challenging Commission's power to conduct investigation, take corrective action — Federal Court finding Act, s. 69, giving Commission power to investigate fraud in appointment process — Court also finding Commission acting fairly, assessing, analyzing evidence reasonably — At issue (1) scope of Commission's jurisdiction (2) whether procedure followed fair (3) whether Commission's analysis of evidence reasonable — Commission's power to investigate under Act, s. 69 part of vast reform to modernize public service staffing system — S. 69 must be interpreted in this context — Fraud should be defined as established in R. v. Cuerrier — S. 69 not requiring actual or proposed appointment at issue for investigation, corrective action — Commission having exclusive jurisdiction to investigate in cases of fraud — Corrective action must be reasonable — In this appeal, corrective action reasonable: action under Commission's jurisdiction, reasonable in light of circumstances at issue — As to Act, s. 69, since investigation concerning fraudulent conduct, investigator's duty of procedural fairness particularly demanding — Commission, its investigator showing particularly high degree of procedural fairness — Federal Court making no reviewable error in holding Commission's conclusions reasonable — Appeal dismissed.*

*Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant le contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de la fonction publique concluant que l'appelante avait commis une fraude en donnant de fausses références dans le cadre d'un processus de nomination au sein de la fonction publique — L'appelante a posé sa candidature à un poste au sein de la fonction publique fédérale — Elle a désigné M<sup>me</sup> Rose M'Kounga comme sa supérieure hiérarchique dans un emploi antérieur — M<sup>me</sup> M'Kounga a fourni une référence — La candidature de l'appelante n'a pas été retenue — À la suite de renseignements qu'elle a reçus, la Commission a déclenché une enquête concernant l'appelante en vertu de l'art. 69 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (Loi) — L'enquête a conclu que M<sup>me</sup> M'Kounga n'avait pas été la supérieure hiérarchique de l'appelante et que les recommandations favorables de la référence avait été préparées par l'appelante et sa mère, d'où la fraude au sens de l'art. 69 de la Loi — La Commission a pris des mesures correctives à l'égard de l'appelante — L'appelante contestait le pouvoir de la Commission de mener une enquête à son égard et de prendre des mesures correctives — La Cour fédérale a conclu que l'art. 69 de la Loi accordait le pouvoir à la Commission de mener une enquête à l'égard de toute fraude dans un processus de nomination — Elle a aussi conclu que la Commission avait agi équitablement et qu'elle avait évalué et analysé la preuve de façon raisonnable — Il s'agissait de savoir 1) la portée de la compétence de la Commission 2) si la procédure suivie était équitable et 3) si l'analyse de la preuve par la Commission était raisonnable — Le pouvoir d'enquête de la Commission prévu à l'art. 69 de la Loi fait partie d'une vaste réforme cherchant à moderniser le système de dotation de la fonction publique — L'art. 69 doit être compris et interprété dans ce contexte — Il y a lieu d'utiliser la définition de la fraude établie dans l'arrêt R. c. Cuerrier — L'art. 69 n'exige pas qu'il y ait une nomination, réelle ou proposée, en cause pour qu'il y ait une enquête et des mesures correctives — La Commission a compétence d'enquête*



*exclusive dans le cas de fraude — Les mesures correctives doivent être raisonnables — Dans le présent appel, elles le sont; elles relèvent de la compétence de la Commission et elles sont raisonnables à la lumière des circonstances en cause — Dans le cas de l’art. 69 de la Loi, puisque l’enquête vise à tirer des conclusions quant à une conduite frauduleuse, le devoir d’équité procédurale qui incombe à l’enquêteur est particulièrement élevé — La Commission et son enquêteur ont démontré un très haut niveau d’équité procédurale — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur révisable en décidant que les conclusions de la Commission étaient raisonnables — Appel rejeté.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the application for judicial review of the decision of the Public Service Commission (Commission), which found that the appellant had committed fraud by giving false references in the course of an appointment process within the federal public service.

The appellant applied for a position in the federal public service. She named Rose M’Kounga, an immediate supervisor in a previous position, as a reference. Ms. M’Kounga gave the persons responsible for the competition favourable comments concerning the appellant’s skills and qualifications. Despite this, the appellant was not selected.

Following an administrative investigation in another department, the results of which were reported to the Commission, the Commission launched its own investigation concerning the appellant under section 69 of the *Public Service Employment Act* (PSEA or the Act), which deals with fraud in an appointment process.

After summoning and hearing a number of witnesses, including the appellant and Ms. M’Kounga, the investigator found that (1) Ms. M’Kounga had not been the appellant’s immediate supervisor; (2) the reference that Ms. M’Kounga gave regarding the appellant had been prepared by the appellant and her mother; and (3) Ms. M’Kounga had simply sent it to the persons responsible for the appointment process. In the Commission’s opinion, that constituted fraud in the appointment process.

The Commission took the following corrective action: (a) for a period of three years, the appellant must obtain written permission from the Commission before accepting a position within the federal public service, failing which her appointment would be revoked; (b) the decision and the investigation report will be sent to the appellant’s employer; and (c) they will also be sent to the Royal Canadian Mounted Police.

Before the Federal Court, the appellant challenged the Commission’s power to conduct an investigation regarding her and to take corrective action under section 69 of the PSEA

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission de la fonction publique (Commission) concluant que l’appelante avait commis une fraude en donnant de fausses références dans le cadre d’un processus de nomination au sein de la fonction publique.

L’appelante a posé sa candidature à un poste au sein de la fonction publique fédérale. Elle a désigné M<sup>me</sup> Rose M’Kounga, une supérieure hiérarchique lors d’un emploi antérieur, à titre de répondante. Celle-ci a fourni des recommandations favorables aux responsables du concours concernant les compétences et les qualités de l’appelante. Malgré cela, la candidature de l’appelante n’a pas été retenue.

À la suite d’une enquête administrative dans un autre ministère dont les résultats furent communiqués à la Commission, celle-ci déclencha à son tour une enquête concernant l’appelante en vertu de l’article 69 de *la Loi sur l’emploi dans la fonction publique* (LEFP ou Loi), lequel traite de la fraude dans un processus de nomination.

Après avoir convoqué et entendu divers témoins, dont l’appelante et M<sup>me</sup> M’Kounga, l’enquêteur a conclu 1) que M<sup>me</sup> M’Kounga n’avait pas été supérieure hiérarchique de l’appelante, 2) que les recommandations de M<sup>me</sup> M’Kounga à l’égard de l’appelante avaient été préparées par l’appelante et sa mère, et 3) que M<sup>me</sup> M’Kounga les avait simplement envoyées aux responsables du processus de nomination. Pour la Commission, il s’agissait là d’une fraude dans le processus de nomination.

La Commission a pris les mesures correctives suivantes : (a) pour une période de trois ans, l’appelante doit obtenir la permission écrite de la Commission avant d’accepter un poste au sein de la fonction publique fédérale, faute de quoi sa nomination sera révoquée; (b) la décision et le rapport d’enquête seront transmis à l’employeur de l’appelante; et (c) à la Gendarmerie Royale du Canada.

Devant la Cour fédérale, l’appelante contestait le pouvoir de la Commission de mener une enquête à son égard et de prendre des mesures correctives en vertu de l’article 69 de la



considering that she had not been selected. She argued that the Commission had breached the principles of natural justice and procedural fairness and that the Commission's decision was not well founded given the evidence gathered in the course of the investigation. The Federal Court concluded that section 69 of the Act gave the Commission the power to investigate any fraud that may have been committed in the course of an appointment process in the public service, and not just fraud that has led to the appointment of a candidate who committed that fraud. It found that the Commission had acted fairly in respect of the appellant and that it had assessed and analyzed the evidence gathered during the investigation reasonably. It also found that it was reasonable for the Commission to conclude that the favourable comments regarding the appellant sent by Ms. M'Kounga had been prepared by the appellant and her mother.

The issues were (1) the scope of the Commission's jurisdiction under section 69 of the Act; (2) whether the procedure followed by the Commission was fair; and (3) whether the Commission's analysis of the evidence was reasonable.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Section 69 must be interpreted according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. The statutory context shows that the PSEA is part of a statutory framework, which implemented a major restructuring aimed at modernizing the employment and labour relations regime in the federal public service. The Commission's power to investigate under section 69 of the Act is thus part of a sweeping reform designed to modernize the public service's staffing system. Section 69 must therefore be understood and interpreted in that context.

The Act does not define "fraud". For the purposes of section 69 of the Act, the definition of "fraud" established by Justice Cory in *R. v. Cuerrier* should be used. Fraud thus has two essential elements: (1) dishonesty, which can include non-disclosure of important facts; and (2) deprivation or risk of deprivation. The victim of the fraud is not required to prove that the fraudulent acts caused actual injury or loss. Fraud within the meaning of section 69 of the Act will be found if the evidence proves on a balance of probabilities that the appellant knowingly provided false references in order to deceive the persons responsible for the appointment process and thereby increase her chances of being appointed. In most of the cases contemplated by the Act, there has to be an actual or proposed appointment at issue in order for corrective action to be taken. However, this requirement was not added to section 69, which deals with fraud. This is clearly a deliberate choice by Parliament. This section addresses the appointment process itself and not just the outcome of that process. The

LEFP, compte tenu du fait que sa candidature n'avait pas été retenue. Elle soutenait que la Commission avait violé les principes de justice naturelle et de l'équipé procédurale et que la décision de la Commission n'était pas bien fondée, vu la preuve recueillie au cours de l'enquête. La Cour fédérale a conclu que l'article 69 de la Loi accordait à la Commission le pouvoir de mener une enquête à l'égard de toute fraude dans un processus de nomination à la fonction publique, et non seulement à l'égard d'une fraude ayant conduit à la nomination d'un candidat fautif. Elle a conclu que la Commission avait agi équitablement à l'égard de l'appelante et qu'elle avait évalué et analysé la preuve recueillie au cours de l'enquête de façon raisonnable. Elle a aussi jugé que la Commission avait conclu de façon raisonnable que les commentaires favorables à l'égard de l'appelante qu'avait envoyés M<sup>me</sup> M'Kounga avaient été préparés par l'appelante et sa mère.

Les questions en litige étaient de savoir 1) la portée de la compétence de la Commission en vertu de l'article 69 de la Loi, 2) si la procédure suivie par la Commission était équitable, et 3) si l'analyse de la preuve effectuée par la Commission était raisonnable.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

L'article 69 doit être interprété d'une manière textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Le contexte législatif montre que la LEFP fait partie d'une loi-cadre qui effectue une réorganisation importante visant à moderniser le régime de l'emploi et des relations de travail dans la fonction publique fédérale. Le pouvoir d'enquête de la Commission en vertu de l'article 69 de la Loi fait partie de cette vaste réforme cherchant à moderniser le système de dotation de la fonction publique. L'article 69 doit donc être compris et interprété dans ce contexte.

La Loi ne définit pas la « fraude ». Il y a lieu d'utiliser pour l'article 69 de la Loi la définition de la « fraude » établie par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*. Ainsi, la fraude comporte deux éléments essentiels : 1) la malhonnêteté, qui peut comprendre la non-divulgence de faits importants et, 2) la privation ou le risque de privation. La victime de la fraude n'est pas tenue de prouver que les actes frauduleux lui ont réellement causé un préjudice ou une perte. On conclura qu'il y a eu fraude au sens de l'article 69 de la Loi si la preuve établit selon la prépondérance des probabilités que l'appelante a sciemment fourni de fausses recommandations dans le but de tromper les responsables du processus de nomination afin d'accroître ses chances d'être nommée. Dans la plupart des cas visés par la Loi, il doit y avoir une nomination réelle ou proposée en cause pour qu'on puisse prendre des mesures correctives. Cependant, cette exigence n'a pas été ajoutée à l'article 69, qui porte sur la fraude. Il s'agit là manifestement d'un choix délibéré du législateur. Cet article vise le

Commission may therefore investigate and take corrective action when there is fraud in an appointment process whether the fraud led to a fraudulent appointment or not. Since section 69 seeks to guard against fraud in the appointment process itself and not just in the outcome of the process, the word “and” inserted between paragraphs (a) and (b) in the English version must be interpreted as being disjunctive. The Commission has exclusive jurisdiction to investigate cases of “fraud”.

Labour law principles, such as proportionality and progressive discipline, do not apply to corrective action under section 69. Such corrective action must instead be reviewed using the principles of administrative law, that is, it must be within the jurisdiction of the Commission and be reasonable. Similarly, the corrective action contemplated in section 69 does not include imposing criminal penalties on wrong-doing employees. That falls instead to the courts of law acting under section 133 of the Act. However, nothing prevents the Commission from disclosing the conclusions of its investigation to police authorities so that they may decide whether they should conduct their own investigation. In the present case, the Commission submitted its report to the employer and to the Royal Canadian Mounted Police, and it required the appellant to obtain its written permission before accepting any position in the federal public service in the next three years. These measures are entirely consistent with the letter and the spirit of section 69 of the Act; they are within the Commission’s jurisdiction and are reasonable in light of the circumstances of the case.

With respect to the fairness of the procedure followed by the Commission, section 70 of the Act provides that in conducting any investigation under section 69 of the Act, the Commission has all the powers of a commissioner under the *Inquiries Act*. Since, in the case of section 69 of the Act, the investigation is aimed at making findings regarding fraudulent conduct, the investigator’s duty of procedural fairness is particularly demanding. In this appeal, the Commission and its investigator afforded the appellant a very high degree of procedural fairness at every stage of the investigation. The Commission clearly informed the appellant of the nature of the investigation and allegations against her at all stages of the investigation and gave her the opportunity to present her case and to be represented by counsel. The Commission and its investigator did not breach the rules of procedural fairness in the course of the investigation.

With respect to the issue of whether the Commission’s decision was well founded, the role of the judge with regard to this issue was limited to determining whether the conclusions

processus de nomination en soi, et non seulement le résultat qui en découle. La Commission peut donc mener une enquête et prendre des mesures correctives lorsqu’il y a fraude dans le processus de nomination, que cette fraude ait mené ou non à une nomination frauduleuse. Puisque l’article 69 vise à protéger contre la fraude le processus de nomination en soi, et non seulement le résultat du processus, le mot anglais « *and* » inséré entre les alinéas 69a) et b) doit être interprété comme disjonctif. La Commission a compétence d’enquête exclusive dans le cas de fraude.

En ce qui a trait aux mesures correctives de l’article 69, les principes juridiques propres au droit du travail, tels les principes de la proportionnalité et de la gradation des sanctions ne s’appliquent pas. Ces mesures correctives doivent plutôt être contrôlées en utilisant les principes du droit administratif, c’est-à-dire qu’elles doivent relever de la compétence de la Commission et être raisonnables. De même, les mesures correctives prévues à l’article 69 ne comprennent pas l’imposition de mesures pénales contre les fonctionnaires fautifs. Cette tâche appartient plutôt aux tribunaux de droit commun en vertu de l’article 133 de la Loi. Par contre, rien n’interdit à la Commission de remettre les conclusions de son enquête aux forces policières afin qu’elles puissent décider s’il y a lieu d’effectuer leur propre enquête. Dans ce cas-ci, la Commission a remis son rapport à l’employeur et à la Gendarmerie royale du Canada, et elle a exigé que l’appelante obtienne, pendant une période de trois ans, sa permission écrite avant d’accepter un poste à la fonction publique fédérale. Ces mesures sont tout à fait conformes à la lettre et à l’esprit de l’article 69 de la Loi; elles relèvent de la compétence de la Commission et sont raisonnables à la lumière des circonstances en cause.

Quant au caractère équitable de la procédure suivie par la Commission, l’article 70 de la Loi prévoit que pour les besoins de toute enquête menée en vertu de l’article 69 de la Loi, la Commission dispose des pouvoirs d’un commissaire nommé au titre de la *Loi sur les enquêtes*. Puisque l’enquête vise, dans le cas de l’article 69 de la Loi, à tirer des conclusions quant à une conduite frauduleuse, le devoir d’équité procédurale qui incombe à l’enquêteur est particulièrement élevé. Dans le présent appel, la Commission et son enquêteur ont démontré un très haut niveau d’équité procédurale envers l’appelante, et ce, tout au long de l’enquête. La Commission a clairement informé l’appelante de la nature de l’enquête et des allégations contre elle, et ce, à toutes les étapes de l’enquête, et elle lui a donné l’occasion de se faire entendre et d’être représentée par un avocat. La Commission et son enquêteur n’ont pas contrevenu aux règles de l’équité procédurale pendant l’enquête.

En ce qui a trait à la question de savoir si la décision de la Commission était bien fondée, le rôle de la juge sur cette question se limitait à déterminer si les conclusions que la

that the Commission drew from the evidence were within the range of acceptable possible outcomes that are justifiable in light of the facts uncovered in the course of the investigation. Considering the evidence adduced and the sensibleness of the conclusions drawn from it by the Commission, the judge did not make any reviewable error in holding that these conclusions were reasonable.

Commission a tirées de la preuve appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits constatés au cours de l'enquête. Vu la preuve au dossier et le caractère sensé des conclusions qu'en a tirées la Commission, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur révisable en décidant que ces conclusions étaient raisonnables.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 13.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, **ss. 12, 13**, preamble, ss. 2(1) “external appointment process”, “internal appointment process”, 15(1),(3),(4),(5), 30(1),(2)(a), 33, 34, 36, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 133.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, **s. 2**.

#### CASES CITED

##### APPLIED

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, (1998), 162 D.L.R. (4th) 513.

##### CONSIDERED

*Samatar v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1263, [2014] 2 F.C.R. 43; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, (1997), 151 D.L.R. (4th) 1.

##### REFERRED TO

*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Prairie Acid Rain*

#### 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].  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, **art. 12, 13**, préambule, art. 2(1) « processus de nomination externe », « processus de nomination interne », 15(1),(3),(4),(5), 30(1),(2)a), 33, 34, 36, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 77, 133.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 13.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, **art. 2**.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Samatar c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1263, [2014] 2 R.C.F. 43; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Prairie Acid Rain*

*Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, 171 D.L.R. (4th) 1; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *R. v. Olan et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1175, (1978), 86 D.L.R. (3d) 212; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, (1993), 100 D.L.R. (4th) 624; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hyde*, 2006 FCA 379, 57 Imm. L.R. (3d) 165; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1; *Seck v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1355.

## AUTHORS CITED

*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59) dismissing the application for judicial review of a decision of the Public Service Commission, which found that the appellant had committed fraud by giving false references in the course of an appointment process. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Séverin Ndema-Moussa* for appellant.  
*Agnieszka Zagorska* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Ndema-Moussa Law Office*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MAINVILLE J.A.: This is an appeal from the judgment (cited as *Seck v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1355, 401 F.T.R. 59) by which Justice Bédard of the Federal Court (the Judge) dismissed an application for judicial review of a decision of the Public Service Commission (the Commission). The Commission found that the appellant had given false references in the course of an appointment process within the federal public service and that fraud within the meaning of section 69 of

*Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *R. c. Olan et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hyde*, 2006 CAF 379; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

## DOCTRINE CITÉE

*Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd. par P. St. J. Langan. Londres : Sweet & Maxwell, 1969.  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham (Ont.) : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1355) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission de la fonction publique concluant que l'appelante avait donné de fausses références constituant une fraude lors d'un processus de nomination. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Séverin Ndema-Moussa* pour l'appelante.  
*Agnieszka Zagorska* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ndema-Moussa Law Office*, Ottawa, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Nous sommes saisis d'un appel du jugement portant la référence *Seck c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1355, par lequel la juge Bédard de la Cour fédérale (la juge) a rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission de la fonction publique (la Commission). La Commission a conclu que l'appelante avait donné de fausses références lors d'un processus de nomination à la fonction publique fédérale et qu'il y avait donc eu

the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, **ss. 12 and 13** (the Act), had therefore occurred in that process.

### Background

[2] The appellant applied for a position within the Department of Foreign Affairs in an internal appointment process organized by that Department in accordance with the Act. As required by the appointment process, the appellant named as a reference her immediate supervisor in a previous position, and that was Rose M’Kounga. Ms. M’Kounga gave the persons who were responsible for the competition exhaustive and very favourable written comments concerning the appellant’s skills and qualifications. Despite this, the appellant was not selected.

[3] Later, an internal administrative investigation by the Department of Natural Resources into the use of its computer system by one of its employees, Gisèle Seck (the appellant’s mother), uncovered some troubling facts that were reported to the Commission.

[4] The Commission then launched its own investigation concerning the appellant, under section 69 of the Act, which reads as follows:

Fraud **69.** If it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process, the Commission may investigate the appointment process and, if it is satisfied that fraud has occurred, the Commission may

(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and

(b) take any corrective action that it considers appropriate.

[5] After summoning and hearing a number of witnesses, including the appellant and Ms. M’Kounga, the investigator appointed by the Commission concluded: (a) that Ms. M’Kounga had not been the appellant’s supervisor, and (b) that the reference that Ms. M’Kounga gave regarding the appellant had been prepared by the appellant and her mother, and Ms. M’Kounga had simply sent it to the persons responsible for the appointment process.

fraude dans le processus en cause au sens de l’article 69 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, **art. 12 et 13** (la Loi).

### Le contexte

[2] L’appelante a postulé pour un poste au ministère des Affaires étrangères lors d’un processus de nomination interne organisé par ce ministère conformément à la Loi. Comme l’exigeait le processus de nomination, l’appelante a désigné M<sup>me</sup> Rose M’Kounga comme répondante à titre de supérieure hiérarchique lors d’un emploi antérieur. M<sup>me</sup> M’Kounga a effectivement fourni aux responsables du concours des recommandations écrites exhaustives et très favorables concernant les compétences et les qualités de l’appelante. Malgré cela, sa candidature n’a pas été retenue.

[3] Par la suite, une enquête administrative interne du ministère des Ressources naturelles sur l’usage du système informatique par l’une de ses employés, M<sup>me</sup> Gisèle Seck (la mère de l’appelante), révéla des faits troublants qui furent dénoncés à la Commission.

[4] Cette dernière déclencha à son tour une enquête concernant l’appelante en vertu de l’article 69 de la Loi, qui prévoit ce qui suit :

**69.** La Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu’il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination; si elle est convaincue de l’existence de la fraude, elle peut :

a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;

b) prendre les mesures correctives qu’elle estime indiquées.

[5] Après avoir convoqué et entendu divers témoins, dont l’appelante et M<sup>me</sup> M’Kounga, l’enquêteur désigné par la Commission a conclu : a) que M<sup>me</sup> M’Kounga n’avait pas été supérieure hiérarchique de l’appelante; b) que les recommandations que M<sup>me</sup> M’Kounga a fournies à l’égard de l’appelante avaient été préparées par l’appelante et sa mère, et que M<sup>me</sup> M’Kounga les avait simplement envoyées aux responsables du processus de



In the Commission's opinion, that constituted fraud in the appointment process.

[6] The Commission therefore took the following three corrective actions:

a. For a period of three years, the appellant must obtain written permission from the Commission before accepting a position within the federal public service. If she accepts a determinate or indeterminate appointment within the federal public service without first obtaining such permission, her appointment will be revoked.

b. A copy of the investigation report and the record of decision, as well as all other relevant information concerning the appellant, were sent to her employer, the Canada Revenue Agency.

c. A copy of the investigation report and all other relevant information were also sent to the Royal Canadian Mounted Police, since section 133 of the Act provides that every person who commits fraud in any appointment process is guilty of an offence punishable on summary conviction.

#### Judgment of the Federal Court

[7] Three issues were raised before the Judge: (a) Could the Commission conduct an investigation and take corrective action under section 69 of the Act in the circumstances of the case? (b) Did the Commission breach the principles of natural justice and procedural fairness? (c) Was the Commission's decision well founded, given the evidence gathered in the course of the investigation?

[8] The Judge used the reasonableness standard of review to assess whether the Commission had jurisdiction to conduct the investigation in question given that the appellant was not the successful candidate at the end of the selection process. She concluded that section 69 of the Act gave the Commission the power to investigate any fraud that may have been committed in the course of an appointment process in the public service, and not

nomination. Pour la Commission, il s'agissait là d'une fraude dans le processus de nomination.

[6] La Commission a donc pris les trois mesures correctives suivantes :

a. Pour une période de trois ans, l'appelante doit obtenir la permission écrite de la Commission avant d'accepter un poste à la fonction publique fédérale. Advenant qu'elle accepte une nomination pour une période déterminée ou indéterminée au sein de la fonction publique fédérale sans avoir préalablement obtenu une telle permission, sa nomination sera révoquée.

b. Une copie du rapport d'enquête et du rapport de décision, ainsi que toute information pertinente concernant l'appelante, ont été envoyées à son employeur, l'Agence du revenu du Canada.

c. Une copie du rapport d'enquête ainsi que toute information pertinente ont aussi été envoyées à la Gendarmerie royale du Canada, puisque l'article 133 de la Loi dispose que quiconque commet une fraude dans le cadre d'une procédure de nomination est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

#### Le jugement de la Cour fédérale

[7] Trois questions furent soulevées devant le juge : a) La Commission pouvait-elle mener une enquête et prendre des mesures correctives en vertu de l'article 69 de la Loi dans les circonstances en cause? b) La Commission avait-elle violé les principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale? c) La décision de la Commission était-elle bien fondée, vu la preuve recueillie au cours de l'enquête?

[8] Le juge a utilisé la norme de contrôle de la décision raisonnable pour examiner si la Commission était compétente pour mener l'enquête en cause compte tenue que la candidature de l'appelante n'avait pas été retenue suite au processus de sélection. Elle a conclu que l'article 69 de la Loi accordait à la Commission le pouvoir de mener une enquête à l'égard de toute fraude dans un processus de nomination à la fonction publique, et non



just fraud that has led to the appointment of a candidate who committed that fraud.

[9] The Judge applied the correctness standard of review when considering whether the Commission had acted fairly. She noted that the Commission, through its investigator, had clearly informed the appellant of the nature of the investigation and of the allegations against her at each step of the investigation, and that the appellant had been given the opportunity to be heard and to be represented by counsel.

[10] Finally, the Judge concluded that the Commission had been reasonable in its assessment and analysis of the evidence gathered during the investigation. On this point, the Judge noted that the facts presented by the appellant and Ms. M’Kounga were contradictory and inconsistent, particularly regarding the period during which the appellant had allegedly worked under the supervision of Ms. M’Kounga and the place at which this work had allegedly been performed. Consequently, the Judge held that it was reasonable for the Commission to conclude that Ms. M’Kounga had not supervised the appellant during the period in question.

[11] The Judge also held that it was reasonable for the Commission to conclude, on the basis of the numerous emails in the record, that the favourable comments regarding the appellant that Ms. M’Kounga had sent in the course of the appointment process in question had been prepared by the appellant and her mother.

#### Issues on appeal

[12] The fundamental issue raised by the appellant in this appeal is the scope of the Commission’s jurisdiction under section 69 of the Act. This is the main issue that this Court must consider.

[13] On appeal, as before the Federal Court, the appellant is challenging the fairness of the procedure followed by the Commission, and she still maintains that the Commission’s analysis of the evidence is unreasonable.

seulement à l’égard d’une fraude ayant conduit à la nomination d’un candidat fautif.

[9] La juge a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte pour examiner si la Commission avait agi équitablement. Elle a constaté que la Commission, par l’intermédiaire de son enquêteur, avait clairement informé l’appelante de la nature de l’enquête et des allégations contre elle, et ce, à toutes les étapes de l’enquête, et qu’elle lui avait donné l’occasion de se faire entendre et d’être représentée par un avocat.

[10] Enfin, la juge a conclu que la Commission avait évalué et analysé la preuve recueillie au cours de l’enquête de façon raisonnable. À cet égard, la juge a constaté que les faits présentés par l’appelante et par M<sup>me</sup> M’Kounga étaient contradictoires et incohérents, au regard notamment de la période de temps au cours de laquelle l’appelante aurait travaillé sous la supervision de M<sup>me</sup> M’Kounga et de l’endroit où ce travail aurait été effectué. En conséquence, la juge a statué qu’il était raisonnable pour la Commission de conclure que M<sup>me</sup> M’Kounga n’avait pas supervisé l’appelante durant la période en cause.

[11] La juge a aussi statué que la Commission, en raison des nombreux courriels versés au dossier, avait conclu de façon raisonnable que les commentaires favorables à l’égard de l’appelante qu’avait envoyés M<sup>me</sup> M’Kounga lors du processus de nomination en cause avaient été préparés par l’appelante et sa mère.

#### Les questions en litige dans le présent appel

[12] La question fondamentale soulevée par l’appelante dans le présent appel est celle de la portée de la compétence de la Commission en vertu de l’article 69 de la Loi. Il s’agit là de la principale question que notre Cour est appelée à examiner.

[13] Comme elle l’a fait en Cour fédérale, l’appelante conteste aussi en appel le caractère équitable de la procédure suivie par la Commission, et elle soutient toujours que l’analyse de la preuve par celle-ci est déraisonnable.

Main issue: The scope of the Commission’s jurisdiction to investigate and take corrective action under section 69 of the Act

*(a) Standard of review*

[14] In an appeal involving an application for judicial review, this Court must determine whether the reviewing judge chose and applied the appropriate standard of review; if the judge did not do so, this Court must then review the impugned administrative decision in light of the applicable standard. The judge’s selection of the appropriate standard of review is itself a question of law, subject to review on the standard of correctness: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraph 35; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at paragraphs 13 and 14.

[15] The Judge applied the reasonableness standard to the main issue raised by the appellant, and did so on the basis that the Commission was interpreting its home statute. At the hearing of this appeal, the respondent also submitted that the applicable standard is reasonableness. However, recently, in another appeal related to this case, namely *Samatar v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 263, [2014] 2 F.C.R. 43 (*Samatar*), Justice Martineau of the Federal Court had to deal with the same issue and disagreed (at paragraphs 35 and 75 to 93 of *Samatar*) with the standard of review applied by the Judge in the present case. Justice Martineau is of the opinion that the matter of the scope of section 69 of the Act is a question of jurisdiction or a question of law that is of vital importance for the public service appointment process and that calls for the application of the correctness standard.

[16] As the following analysis illustrates, the main issue raised by this appeal is the jurisdiction of the Commission under section 69 considering the powers of deputy heads and managers under subsection 15(3) of the Act and of the jurisdiction of the new Public Service Staffing Tribunal. Indeed, as I note further on,

La question principale : La portée de la compétence de la Commission pour mener une enquête et pour prendre des mesures correctives en vertu de l’article 69 de la Loi

*a) La norme de contrôle*

[14] Lors d’un appel d’une demande de contrôle judiciaire, notre Cour doit décider si la juge a choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée; si ce n’est pas le cas, notre Cour doit examiner la décision administrative contestée en tenant compte de la norme de contrôle applicable. Le choix par la juge de la norme de contrôle appropriée est lui-même une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 35; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, aux paragraphes 13 et 14.

[15] La juge a appliqué la norme de la décision raisonnable à la question principale soulevée par l’appelante, au motif qu’il s’agissait là d’une interprétation par la Commission de sa loi constitutive. À l’audience du présent appel, l’intimé a aussi soutenu que la norme applicable est celle de la décision raisonnable. Toutefois, récemment, dans un autre appel lié à la présente affaire, soit la décision *Samatar c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1263, [2014] 2 R.C.F. 43 (*Samatar*), le juge Martineau de la Cour fédérale était saisi de la même question, et il s’est dit (aux paragraphes 35 et 75 à 93 de la décision *Samatar*) en désaccord avec la norme de contrôle appliquée par la juge. Pour le juge Martineau, la portée de l’article 69 de la Loi est une question de compétence ou une question de droit d’une importance capitale pour le processus de nomination de la fonction publique qui appelle la norme de la décision correcte.

[16] Comme le montre l’analyse qui suit, la question principale en litige soulève celle de la compétence de la Commission en vertu de l’article 69 eu égard aux compétences des administrateurs généraux et des gestionnaires en vertu du paragraphe 15(3) de la Loi et celle de la compétence du nouveau Tribunal de la dotation de

the Commission's jurisdiction under section 69 of the Act must be determined by taking into account the concept of "fraud" referred to in that provision, which sets the Commission's jurisdiction apart from that of deputy heads under subsection 15(3) in relation to "improper conduct". Questions regarding jurisdictional lines are subject to review on the correctness standard: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 61.

[17] The Judge applied the reasonableness standard to the jurisdictional issue submitted to her, namely, whether the Commission could launch an investigation under section 69 when the appellant was not selected or appointed as a result of the selection process. This issue sparked a debate over what constitutes a "true" question of jurisdiction within the meaning of *Dunsmuir*, at paragraph 59, a debate in which the Supreme Court of Canada itself is partaking: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 34 to 39. In the present case, it is not necessary to decide whether this case raises a "true" question of jurisdiction, reviewed on a correctness standard, or a question of statutory interpretation, reviewed on a reasonableness standard. Rather, the debate before us centres on questions concerning the jurisdictional lines between the administrative agencies in question, and these questions call for the application of the correctness standard.

[18] This is sufficient to dispose of the issue of the applicable standard of review. As *Dunsmuir* in its entirety suggests, and as Justice Rothstein so aptly points out in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, above, at paragraph 38, the courts should try to avoid, to the extent possible, a drawn-out debate on the applicable standard of review and seek to deal instead with the substantive merits of the issues that are truly of interest to the parties and the Canadian public.

la fonction publique. En effet, comme je le souligne plus bas, la compétence de la Commission sous l'article 69 de la Loi doit être établie eu égard au concept de « fraude » énoncé à cet article, ce qui permet d'en délimiter la compétence avec celle des administrateurs sous le paragraphe 15(3) eu égard à une « conduite irrégulière ». La délimitation des compétences respectives est une question qui appelle la norme de la décision correcte : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 61.

[17] La juge a appliqué la norme de la décision raisonnable à la question de compétence qui lui avait été soumise, soit celle de savoir si la Commission pouvait déclencher une enquête en vertu de l'article 69 alors que l'appelante n'était pas candidate retenue ou nommée à l'issue du processus de sélection. Cette question soulevait le débat de ce qui constitue une « véritable » question de compétence au sens de l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 59, débat sur lequel s'interroge la Cour suprême du Canada : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 34 à 39. Il ne sera pas nécessaire de décider ici si nous sommes en présence ou non d'une « véritable » question de compétence qui appelle la norme de la décision correcte, ou d'une question d'interprétation d'une disposition législative qui appelle la norme de la décision raisonnable. En effet, le débat devant nous est plutôt engagé sur des questions de délimitation des compétences des agents administratifs en cause, ce qui appelle la norme de la décision correcte.

[18] Cela suffit pour disposer de la question de la norme applicable. Comme le laisse comprendre tout l'arrêt *Dunsmuir*, et comme le souligne si bien le juge Rothstein dans l'arrêt précité *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, au paragraphe 38, les tribunaux devraient tenter d'éviter, dans la mesure du possible, de débattre longuement de la norme de contrôle et chercher plutôt à aborder sur le fond les questions qui intéressent véritablement les parties et le public canadien.

*(b) The Commission's decision concerning its jurisdiction*

[19] Before the Commission, the appellant submitted that it could conduct an investigation and take corrective action under section 69 of the Act only if there had been an appointment obtained by fraud. She relied on her argument that the alleged facts did not constitute fraud. She also relied on her submission that the Commission could not proceed under this section except if it was seeking to revoke or to avoid an appointment. Since the appellant's alleged actions did not constitute fraud, since the appellant was not selected in the appointment process in question, and since as a result no appointment could be revoked or avoided, the Commission did not have the jurisdiction to conduct an investigation and to take corrective action.

[20] The Commission's investigator did not carry out a textual or contextual analysis of section 69. The investigator nevertheless rejected the appellant's objection to the Commission's jurisdiction for the reasons stated at paragraphs 44 to 46 of the investigation report:

The *Canadian Oxford Dictionary* defines fraud as follows:

The action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. A person or thing that is not what it is claimed or expected to be a dishonest trick or stratagem.

...

According to the definition, fraud contains an element of intention; the person committing an act of fraud is doing so in the hope of gaining something. The intention of committing fraud can also be inferred from the circumstances. To conclude that fraud occurred during this appointment process, the evidence must show, on the balance of probabilities that false references were provided for Marième Seck by Rose M'Kounga.

... The purpose of section 69 of the PSEA is to determine if fraud occurred during an appointment process, regardless of

*b) La décision de la Commission concernant sa juridiction*

[19] L'appelante a soutenu devant la Commission que cette dernière pouvait mener une enquête et prendre des mesures correctives en vertu de l'article 69 de la Loi que s'il y avait eu une nomination obtenue par la fraude. Elle appuyait ses prétentions notamment sur le fait que les faits allégués ne constituaient pas de la fraude. Elle soutenait aussi que la Commission ne pouvait agir sous cet article que dans la mesure où elle cherchait à révoquer ou éviter une nomination. Puisque les gestes reprochés à l'appelante ne constituaient pas une fraude, puisque la candidature de l'appelante n'avait pas été retenue lors du processus de nomination en cause, et puisqu'ainsi aucune nomination n'aurait pu être révoquée ou ne pas être faite, la Commission n'était pas compétente pour mener une enquête et pour prendre des mesures correctives.

[20] L'enquêteur de la Commission n'a pas fait d'analyse textuelle ou contextuelle de l'article 69. L'enquêteur a néanmoins rejeté l'objection de l'appelante à la compétence de la Commission pour les motifs suivants énoncés aux paragraphes 44 à 46 de son rapport d'enquête :

[TRADUCTION]

Le dictionnaire *Canadian Oxford Dictionary* définit le mot « *fraud* » (« fraude ») comme suit :

L'acte ou le fait de tromper quelqu'un afin d'obtenir illégalement un avantage, notamment pécuniaire. Une personne ou chose qui n'est pas ce qu'on prétend ou ce qu'on attend. Une tromperie ou un stratagème malhonnête.

[...]

Selon cette définition, la fraude comprend un élément délibéré; la personne commettant un geste de fraude le fait dans l'espoir d'obtenir quelque chose. L'intention de commettre une fraude peut aussi s'inférer des circonstances. Afin de conclure qu'il y a eu fraude pendant le processus de nomination, la preuve doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que Rose M'Kounga a donné de fausses recommandations pour Marième Seck.

[...] L'objet de l'article 69 de la *Loi* est d'établir si une fraude a eu lieu au cours d'un processus de nomination, que la

whether the candidate suspected of committing the fraudulent act has been appointed to the position or not. Often, the fraud is discovered before the conclusion of an appointment process and the person is never appointed. This does not mean that the allegation of fraud cannot and should not be investigated.

*(c) The modern approach to statutory interpretation*

[21] Section 69 must be interpreted according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. The modern approach to statutory interpretation was described in the following terms by Chief Justice McLachlin and Justice Major in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[22] Therefore, according to the modern contextual approach to statutory interpretation, the grammatical and ordinary sense of a provision does not necessarily determine its scope. Consideration must be given not only to the ordinary and natural meaning of the words, but also the context in which they are used and the purpose of the provision within the greater statutory scheme where it is found: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 27. The most significant element of this analysis remains the determination of legislative intent: *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26.

personne qui aurait fait l’acte frauduleux ait été nommée au poste ou non. Souvent, on découvre la fraude avant la fin du processus de nomination et la personne n’est jamais nommée. Cela ne signifie pas que l’allégation de fraude ne peut pas et ne doit pas faire l’objet d’une enquête.

*c) La méthode moderne d’interprétation*

[21] L’article 69 doit être interprété d’une manière textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. La méthode moderne d’interprétation des lois a été décrite en ces termes par la juge en chef McLachlin et le juge Major dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[22] C’est donc dire que, selon la méthode contextuelle moderne d’interprétation des lois, le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’en détermine pas nécessairement la portée. Il faut tenir compte non seulement du sens ordinaire et naturel des mots, mais aussi du contexte dans lequel ceux-ci sont employés et de l’objet de la disposition considérée dans le cadre législatif plus large dans lequel elle s’inscrit : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 27. L’élément le plus important de cette analyse demeure la détermination de l’intention du législateur : *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26.



*(d) The legislative context*

[23] The Act is part of a new statutory framework, namely, S.C. 2003, c. 22, which implemented a major restructuring aimed at modernizing the employment and labour relations regime in the federal public service. This new statutory framework resulted in the new *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, which institutes a labour relations regime based on greater cooperation and consultation between the employer and bargaining agents. It also amended the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, to put direct responsibility for certain aspects of human resources management in the hands of deputy heads, subject to policies and directives of the Treasury Board. It changed the structure of the Canadian Centre for Management Development to create the Canada School of Public Service, the organization responsible for learning and development activities for employees in the public service. Finally, it replaced the former *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, with a new statute having the same title—the Act at issue in this appeal—aimed at modernizing the staffing regime in the public service.

[24] The Act's preamble describes the fundamental values of the federal public service. In particular, it states that the public service must be based on merit and non-partisanship and that these two values must be independently safeguarded. The public service must also strive for excellence, be representative of Canada's diversity and be able to serve the public with integrity and in the official language of its choice. The preamble also sets out the principle that delegation of staffing authority should be to as low a level as possible within the public service and should afford public service managers the flexibility necessary to staff, to manage and to lead their personnel to achieve results for Canadians.

[25] Part 1 of the Act continues the Public Service Commission but gives it a very different mandate from the one it had before the new statutory framework was enacted. The Commission is still responsible for staffing within the public service, but the Act now clearly states

*d) Le contexte législatif*

[23] La Loi fait partie d'une loi-cadre, soit L.C. 2003, ch. 22, qui effectue une réorganisation importante visant à moderniser le régime de l'emploi et des relations de travail dans la fonction publique fédérale. La loi-cadre a édicté une nouvelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, qui institue un régime de relations de travail fondé sur une collaboration et une consultation accrues entre l'employeur et les agents négociateurs. Elle a aussi modifié la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, afin de confier directement aux administrateurs généraux certaines responsabilités en matière de gestion des ressources humaines, sous réserve des lignes directrices et des directives du Conseil du Trésor. Elle a modifié la structure du Centre canadien de gestion afin d'en faire l'École de la fonction publique du Canada, responsable des activités d'apprentissage et de perfectionnement des fonctionnaires. Enfin, elle a remplacé l'ancienne *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, par une nouvelle loi ayant le même titre — la Loi en cause dans le présent appel — qui vise à moderniser le régime de dotation dans la fonction publique.

[24] Le préambule de la Loi décrit les valeurs fondamentales de la fonction publique fédérale. À cet égard, le préambule énonce que la fonction publique doit être non partisane et axée sur le mérite et que ces deux valeurs fondamentales doivent être protégées de façon indépendante. La fonction publique doit aussi être vouée à l'excellence, représentative de la diversité canadienne et capable de servir la population avec intégrité et dans la langue officielle de son choix. Le préambule énonce aussi le principe que le pouvoir de dotation devrait être délégué à l'échelon le plus bas possible dans la fonction publique pour que les gestionnaires disposent de la marge de manœuvre dont ils ont besoin pour effectuer la dotation, et pour gérer et diriger leur personnel de manière à obtenir des résultats pour les Canadiens.

[25] La partie 1 de la Loi maintient la Commission de la fonction publique, mais donne à celle-ci une mission très différente de celle qu'elle avait avant l'adoption de la loi-cadre. La Commission a toujours pour mission de faire les nominations à la fonction publique, mais la



that staffing authority will be delegated to the deputy heads, who in turn may delegate it to managers in their respective organizations. The Commission may also conduct investigations and audits in accordance with the Act, but its jurisdiction in respect of most staffing complaints is largely ousted in favour of managers and a new administrative tribunal, the Public Service Staffing Tribunal.

[26] Part 2 of the Act governs appointments in the public service. Appointments must be made “on the basis of merit” (subsection 30(1)). For an appointment to be based on merit, the person to be appointed must meet “the essential qualifications for the work to be performed, as established by the deputy head” (paragraph 30(2)a)). Managers have broad appointment powers and, in exercising these powers, may use an advertised or non-advertised appointment process (section 33), determine areas of selection (section 34), and use any assessment method, such as a review of past performance and accomplishments, to determine whether a person possesses the required qualifications (section 36).

[27] Part 3 of the Act sets out the powers and obligations relating to deployments of employees within the public service. Part 4 specifies the terms and conditions of employment in the public service, particularly the obligation to take an oath to faithfully and honestly fulfil one’s duties, the effective date of an appointment, the period of employment, probationary periods, rates of pay on appointment and the rules regarding the laying off of employees.

[28] Part 5 of the Act concerns investigations and complaints relating to appointments. It describes the responsibilities and jurisdiction of the Commission regarding investigations, as well as those of the new Public Service Staffing Tribunal.

[29] The Commission’s jurisdiction to investigate and to take corrective action is essentially limited to external appointment processes (section 66). Investigations and corrective action regarding internal appointment processes are the responsibility of the deputy heads

Loi prévoit maintenant clairement que ce pouvoir sera délégué aux administrateurs généraux, qui peuvent à leur tour le déléguer aux gestionnaires de leurs administrations respectives. La Commission peut aussi effectuer des enquêtes et des vérifications conformément à la Loi, mais sa compétence à l’égard de la plupart des plaintes liées à la dotation est largement déplacée au profit des gestionnaires et d’un nouveau tribunal administratif, le Tribunal de la dotation de la fonction publique.

[26] La partie 2 de la Loi régit les nominations à la fonction publique. Celles-ci doivent être « fondées sur le mérite » (paragraphe 30(1)). Pour être fondée sur le mérite, une nomination doit viser une personne qui « possède les qualifications essentielles [...] établies par l’administrateur général pour le travail à accomplir » (alinéa 30(2)a)). Les gestionnaires ont de larges pouvoirs de nomination, et ils peuvent à ces fins utiliser des processus annoncés ou non annoncés (article 33), définir des zones de sélection (article 34), et avoir recours à toute méthode d’évaluation — notamment la prise en compte des réalisations et du rendement antérieur — pour décider si une personne possède les qualifications requises (article 36).

[27] La partie 3 de la Loi énonce les pouvoirs et les obligations liés à la mutation des fonctionnaires au sein de l’administration publique. La partie 4 précise les modalités d’emploi dans la fonction publique, notamment l’obligation de prêter serment de remplir fidèlement et honnêtement ses fonctions, la date de prise d’effet d’une nomination, la durée des fonctions, les périodes probatoires, le taux de rémunération lors de la nomination, et les règles relatives à la mise en disponibilité d’un fonctionnaire.

[28] La partie 5 de la Loi concerne les enquêtes et les plaintes relatives aux nominations. On y décrit les responsabilités et la compétence de la Commission en matière d’enquête ainsi que celles du nouveau Tribunal de la dotation de la fonction publique.

[29] La compétence de la Commission pour mener une enquête et prendre des mesures correctives se limite pour l’essentiel aux processus de nomination externe (article 66). Les enquêtes et les mesures correctives à l’égard d’un processus de nomination interne relèvent

(subsection 15(3)). Therefore, the Commission may only investigate an internal appointment process when the deputy head responsible for the process requests it or in the rare cases where the authority to make appointments has not been delegated to a deputy head (section 67), in cases where the Commission has reason to believe that an appointment or proposed appointment was not free from political influence (section 68), or if it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process (section 69).

[30] Most complaints relating to internal appointment processes are now handled by the new Public Service Staffing Tribunal, which is the subject of Part 6 of the Act. Indeed, the Tribunal considers complaints from employees concerning the revocation of an appointment (section 74) or a refusal to make an appointment in an internal appointment process (section 77), except where there are allegations of fraud or political influence (subsection 77(3)).

[31] Part 7 of the Act governs the political activities of employees and the Commission's powers to investigate and take action in such matters. Finally, Part 8 of the Act contains general provisions, including section 133, which creates the only criminal offence under the Act, namely, committing fraud in an appointment process.

[32] The Commission's power to investigate under section 69 of the Act is thus part of a sweeping reform designed to modernize the public service's staffing system, particularly by delegating most staffing decisions to the lowest level possible. However, this reform seeks to maintain and safeguard the fundamental values of the public service, including the commitment to ensuring that appointments in the public service are based on merit and non-partisanship. Section 69 must therefore be understood and interpreted in that context.

[33] In light of the legislative context, there are three aspects of section 69 that must be considered in this appeal: (1) the concept of "fraud" in section 69, as

des administrateurs généraux (paragraphe 15(3)). La Commission ne peut donc enquêter sur un processus de nomination interne que si l'administrateur général qui en est responsable le lui demande ou dans les rares cas où le pouvoir de nomination n'a pas été délégué à un administrateur général (article 67), dans les cas où elle a des raisons de croire que la nomination ou proposition de nomination résulte de l'exercice d'une influence politique (article 68), ou lorsqu'elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination (article 69).

[30] La plupart des plaintes relatives à un processus de nomination interne sont dorénavant traitées par le nouveau Tribunal de la dotation de la fonction publique visé par la partie 6 de la Loi. Ce Tribunal instruit en effet les plaintes des fonctionnaires concernant une révocation de nomination (article 74), ou un refus de nomination dans le cadre d'un processus de nomination interne (article 77), sauf s'il y a allégation de fraude ou d'influence politique (paragraphe 77(3)).

[31] La partie 7 de la Loi régit les activités politiques des fonctionnaires et les pouvoirs de la Commission de prendre des mesures et de mener des enquêtes à ces égards. Enfin, la partie 8 de la Loi comprend des dispositions générales, dont l'article 133, qui crée la seule infraction pénale en vertu de la Loi, soit celle de commettre une fraude dans le cadre d'une procédure de nomination.

[32] Le pouvoir d'enquête de la Commission en vertu de l'article 69 de la Loi fait donc partie d'une vaste réforme cherchant à moderniser le système de dotation de la fonction publique, notamment en déléguant la plupart des décisions de dotation à l'échelon le plus bas possible. Cette réforme cherche par contre à maintenir et à protéger les valeurs fondamentales de la fonction publique, notamment celles voulant que les nominations à la fonction publique soient non partisans et axées sur le mérite. L'article 69 doit donc être compris et interprété dans ce contexte.

[33] Eu égard au contexte législatif en cause, il y a trois aspects de l'article 69 qui doivent être examinés dans le présent appel : 1) le concept de la « fraude »

distinguished from “improper conduct” under subsection 15(3) of Act, in respect of which deputy heads are authorized to conduct investigations and take corrective action in the case of an internal appointment process; (2) the question of whether an appointment must be at issue before an investigation can be pursued or corrective action under section 69 can be taken; and (3) the concept of “corrective action” and how such action is distinguished from “disciplinary” action by managers and “criminal” proceedings in courts of law.

*(e) The concept of fraud in section 69 of the Act*

[34] As I noted above, the new Act profoundly changed the mandate of the Commission; in general, staffing powers with which the Commission was previously invested are now exercised in large part by managers in the public administration. Thus, with a few exceptions, investigations and corrective action regarding an internal appointment process are not the Commission’s responsibility. In this regard, subsections 15(3), (4) and (5) of the Act read as follows:

**15. ...**

Revocation  
of  
appoint-  
ments

(3) Where the Commission authorizes a deputy head to make appointments pursuant to an internal appointment process, the authorization must include the power to revoke those appointments and to take corrective action whenever the deputy head, after investigation, is satisfied that an error, an omission or improper conduct affected the selection of a person for appointment.

Exception

(4) In authorizing a deputy head under subsection (3), the Commission is not required to include the authority to revoke appointments or to take corrective action in circumstances referred to in sections 68 [political influence] and 69 [fraud].

Commission  
jurisdiction

(5) The Commission may not revoke an appointment referred to in subsection (3) or take

énoncé à l’article 69, et la façon dont il se distingue de la « conduite irrégulière » énoncée au paragraphe 15(3) de la Loi, à l’égard de laquelle les administrateurs généraux ont le droit de mener des enquêtes et de prendre des mesures correctives dans le cas d’un processus de nomination interne; 2) la question de savoir si une nomination doit être en cause pour pouvoir mener une enquête et prendre des mesures correctives en vertu de l’article 69; 3) le concept des « mesures correctives » et la façon dont ces mesures se distinguent des mesures « disciplinaires » relevant des gestionnaires et des mesures « pénales » relevant des tribunaux de droit commun.

*e) Le concept de la fraude énoncé à l’article 69 de la Loi*

[34] Comme je l’ai signalé plus haut, la nouvelle Loi a largement modifié la mission de la Commission; de façon générale, les pouvoirs de dotation antérieurement dévolus à la Commission sont maintenant exercés en grande partie par les gestionnaires de l’administration publique. Ainsi, sauf exceptions, les enquêtes et les mesures correctives à l’égard d’un processus de nomination interne ne relèvent pas de la Commission. À cet égard, les paragraphes 15(3), (4) et (5) de la Loi énoncent ce qui suit :

**15. [...]**

(3) Dans les cas où la Commission autorise un administrateur général à exercer le pouvoir de faire des nominations dans le cadre d’un processus de nomination interne, l’autorisation doit comprendre le pouvoir de révoquer ces nominations — et de prendre des mesures correctives à leur égard — dans les cas où, après avoir mené une enquête, il est convaincu qu’une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée.

(4) Le paragraphe (3) n’oblige pas la Commission à inclure dans l’autorisation le pouvoir de révoquer ou de prendre des mesures correctives dans les cas prévus aux articles 68 [nomination fondée sur des motifs d’ordre politique] et 69 [fraude].

(5) La Commission ne peut exercer le pouvoir de révocation ni celui de prendre des mesures

Révocation

Exception

Compétence  
de la  
Commission

corrective action in relation to such an appointment except in circumstances referred to in sections 68 and 69.

[35] Thus, the distinction between the Commission's jurisdiction and the jurisdiction of deputy heads with regard to investigations and corrective action in an internal appointment process depends on whether there was "improper conduct" within the meaning of subsection 15(3) of the Act or "fraud" within the meaning of section 69 of the Act. The Commission does not have jurisdiction in the case of "improper conduct" in an internal appointment process, but it does have exclusive jurisdiction to investigate cases of "fraud".

[36] The distinction is important, because if an appointment is revoked on the basis of improper conduct, the affected employee may file a complaint with the Public Service Staffing Tribunal, which will determine whether the revocation was reasonable (subsections 15(3) and 67(2) and section 74). Such a remedy is not available in cases of fraud (subsection 77(3)). In cases of fraud, the Commission's decision under section 69 is final, subject to judicial review by the Federal Court: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, sections 18 and 18.1.

[37] The Act defines neither "fraud" nor "improper conduct". In this appeal, since "fraud" is a form of "improper conduct", we need only determine the parameters of the concept of fraud in order to delineate the jurisdiction of the Commission.

[38] I note that the only criminal offence created by the Act is "fraud in any appointment process" (section 133). The distinction between sections 69 and 133 of the Act thus lies in the burden of proof that applies for the purpose of establishing fraud rather than in the definition itself of fraud. When the Commission conducts an investigation under section 69, the applicable standard of proof is that of the balance of probabilities (see *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraphs 40 and 49), whereas a court of law considering a charge under section 133 applies the more stringent standard of proof of "beyond a reasonable doubt" that is proper in criminal law.

correctives à l'égard d'une nomination visée au paragraphe (3), sauf dans les cas prévus aux articles 68 et 69.

[35] Ainsi, la distinction entre la compétence de la Commission et celle des administrateurs généraux au regard des enquêtes et des mesures correctives à la suite d'un processus de nomination interne dépend de la question de savoir s'il y a eu une « conduite irrégulière » visée au paragraphe 15(3) de la Loi ou une « fraude » visée à l'article 69 de celle-ci. La Commission n'est pas compétente dans le cas de « conduite irrégulière » dans le cadre d'un processus de nomination interne, alors qu'elle a compétence d'enquête exclusive dans le cas de « fraude ».

[36] La distinction est importante, car si la révocation d'une nomination est fondée sur une conduite irrégulière, le fonctionnaire touché peut présenter une plainte au Tribunal de la dotation de la fonction publique, qui décidera si la révocation était raisonnable (paragraphe 15(3) et 67(2) et article 74). Un tel recours n'est pas possible en cas de fraude (paragraphe 77(3)). En cas de fraude, la décision de la Commission en vertu de l'article 69 est définitive, sous réserve d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, articles 18 et 18.1.

[37] La Loi ne définit ni la « fraude », ni la « conduite irrégulière ». Puisque la « fraude » est une forme de « conduite irrégulière », il suffit, dans le présent appel, de cerner le concept de fraude pour délimiter la compétence de la Commission.

[38] Je note que la seule infraction pénale créée par la Loi est la « fraude dans le cadre d'une procédure de nomination » (article 133). La distinction entre les articles 69 et 133 de la Loi est donc le fardeau de la preuve applicable afin d'établir la fraude plutôt que la définition même de la fraude. Lorsque la Commission mène une enquête en vertu de l'article 69, la norme de la preuve qui s'applique est celle de la prépondérance des probabilités (voir *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux paragraphes 40 et 49), tandis qu'un tribunal de droit commun qui instruit une accusation en vertu de l'article 133 applique la norme plus stricte de la preuve « hors de tout doute raisonnable » propre au droit pénal.

[39] In my opinion, for the purposes of section 69 of the Act, the definition of “fraud” established by Justice Cory in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371 (*Cuerrier*), at paragraphs 110 to 116, should be used. Fraud thus has two essential elements: (1) dishonesty, which can include non-disclosure of important facts; and (2) deprivation or risk of deprivation.

[40] Dishonesty is established where deceit, lies or other fraudulent means are knowingly used in an appointment process. This may include the non-disclosure or concealment of important facts in circumstances where that would be viewed by a reasonable person as dishonest.

[41] As Justice Cory notes at paragraphs 113 and 114 of *Cuerrier*—relying on *R. v. Olan et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at page 1182, and *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at pages 25 and 26—the victim of the fraud is not required to prove that the fraudulent acts caused actual injury or loss. With regard to section 69 of the Act, to prove the second element, it therefore suffices to establish that the appointment process could have been compromised.

[42] If we apply these principles to the present case, fraud within the meaning of section 69 of the Act will be found if the evidence proves on a balance of probabilities that the appellant knowingly provided false references in order to deceive the persons responsible for the appointment process and thereby increase her chances of being appointed. Providing false references undermines the appointment process; even if the person who committed the fraud is not appointed, the constituent elements of fraud have nevertheless been proved.

*(f) Does there have to be an appointment at issue in order to investigate and take corrective action under section 69?*

[43] As I have concluded, it is not necessary that an appointment result from the fraudulent acts in order for there to be fraud within the meaning of the Act.

[39] Il y a lieu, à mon avis, d'utiliser pour l'article 69 de la Loi la définition de la « fraude » établie par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 (*Cuerrier*), aux paragraphes 110 à 116. Ainsi, la fraude comporte deux éléments essentiels : 1) la malhonnêteté, qui peut comprendre la non-divulgence de faits importants; 2) la privation ou le risque de privation.

[40] La malhonnêteté est établie lorsqu'on a sciemment employé la supercherie, le mensonge ou un autre moyen dolosif dans le cadre d'une procédure de nomination, ce qui peut également comprendre la non-divulgence ou la dissimulation de faits importants dans des circonstances où elle serait considérée comme malhonnête par une personne raisonnable.

[41] Comme le souligne le juge Cory aux paragraphes 113 et 114 de l'arrêt *Cuerrier* — il s'appuie à cet égard sur les arrêts *R. c. Olan et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1175, à la page 1182, et *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, aux pages 25 et 26 — la victime de la fraude n'est pas tenue de prouver que les actes frauduleux lui ont réellement causé un préjudice ou une perte. Dans le cas de l'article 69 de la Loi, il suffit donc d'établir, pour satisfaire au second élément, que le processus de nomination aurait pu être compromis.

[42] Si on applique ces principes à l'espèce, on conclura qu'il y a eu fraude au sens de l'article 69 de la Loi si la preuve établit selon la prépondérance des probabilités que l'appelante a sciemment fourni de fausses recommandations dans le but de tromper les responsables du processus de nomination afin d'accroître ses chances d'être nommée. Le fait de fournir de fausses recommandations met en péril le processus de nomination; même si l'auteur de la fraude n'obtient pas la nomination, les éléments constitutifs de la fraude sont néanmoins établis.

*f) Une nomination doit-elle être en cause afin de mener une enquête et prendre des mesures correctives en vertu de l'article 69?*

[43] Comme je viens de le conclure, pour qu'il y ait fraude au sens de la Loi, il n'est pas nécessaire qu'une nomination découle des actes frauduleux. Cependant,

However, the appellant asserts that the very wording of section 69 includes this requirement since, according to the appellant, paragraphs (a) and (b) of that section are conjunctive, meaning the corrective action contemplated in paragraph (b) may only be taken where, under paragraph (a), the Commission revokes an appointment, or does not make one. In support of her argument, the appellant relies on the conjunction “and” that appears between paragraphs (a) and (b) in the English version of the section.

[44] In most of the cases contemplated by the Act, there has to be an actual or proposed appointment at issue in order for corrective action to be taken. Thus, it is only if the Commission or deputy head is “satisfied that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed” following an internal appointment process that an appointment may be revoked and corrective action taken (paragraph 15(3) and section 67). Similarly, in the case of an external appointment process, the Commission may intervene under section 66 of the Act only if “the appointment was not made or proposed to be made on the basis of merit, or ... there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment”. Likewise, the Commission may intervene under section 68 of the Act only “if it is satisfied that the appointment or proposed appointment was not free from political influence”.

[45] Under all these provisions, there must be an actual or proposed appointment at issue in order for a deputy head or the Commission to be able to intervene. However, this requirement was not added to section 69, which deals with fraud. This is clearly a deliberate choice by Parliament. Thus, under section 69, the Commission may investigate “[i]f it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process”. Unlike subsection 15(3) and sections 66, 67 and 68 of the Act, section 69 does not require that an appointment, actual or proposed, be in issue for there to be an investigation and corrective action. This section addresses the appointment process itself and not just the outcome of that process.

l’appelante affirme que le texte même de l’article 69 comprend cette exigence puisque, selon elle, les alinéas a) et b) de cet article sont conjonctifs, c’est-à-dire que les mesures correctives prévues à l’alinéa b) ne peuvent être prises que si la Commission révoque une nomination ou ne fait pas de nomination en vertu de l’alinéa a). L’appelante invoque à l’appui de sa thèse le terme conjonctif « and » (« et ») qui apparaît entre les alinéas a) et b) dans la version anglaise de l’article.

[44] Dans la plupart des cas visés par la Loi, il doit y avoir une nomination réelle ou proposée en cause pour qu’on puisse prendre des mesures correctives. Ainsi, c’est seulement si la Commission ou l’administrateur général « est convaincu qu’une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée » lors d’un processus de nomination interne qu’on peut révoquer la nomination et prendre des mesures correctives (paragraphe 15(3) et article 67). De même, ce n’est que si, dans le cas d’un processus de nomination externe, « la nomination ou la proposition de nomination n’a pas été fondée sur le mérite ou qu’une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée » que la Commission peut intervenir en vertu de l’article 66 de la Loi. Pareillement, ce n’est que « si elle est convaincue que la nomination ou proposition de nomination ne s’est pas faite indépendamment de toute influence politique » que la Commission peut intervenir en vertu de l’article 68 de la Loi.

[45] En vertu de toutes ces dispositions, il doit y avoir une nomination, réelle ou proposée, en cause pour que l’administrateur ou la Commission puisse intervenir. Cependant, cette exigence n’a pas été ajoutée à l’article 69, qui porte sur la fraude. Il s’agit là manifestement d’un choix délibéré du législateur. Ainsi, en vertu de l’article 69, la Commission « peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu’il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination ». Contrairement au paragraphe 15(3) et aux articles 66, 67 et 68 de la Loi, l’article 69 n’exige pas qu’il y ait une nomination, réelle ou proposée, en cause pour qu’il y ait une enquête et des mesures correctives. Cet article vise le processus de nomination en soi, et non seulement le résultat qui en découle.



[46] Parliament is thus seeking to ensure the integrity of the appointment process in the federal public service. Keeping the appointment process free of fraud is thus a fundamental value that Parliament seeks to safeguard through sections 69 and 133 of the Act. The Commission may therefore investigate and take corrective action when there is fraud in an appointment process whether the fraud led to a fraudulent appointment or not.

[47] As regards the word “and” in the English version of section 69, it must be interpreted as being disjunctive. The English word “and” may indeed be conjunctive or disjunctive, depending on the context: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Hyde*, 2006 FCA 379, 57 Imm. L.R. (3d) 165, at paragraph 22; P. St. J. Langan, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969), at pages 232 to 234; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 81 to 84. Since section 69 seeks to guard against fraud in the appointment process itself and not just in the outcome of the process, the word “and” inserted between paragraphs 69(a) and (b) in the English version must be interpreted as being disjunctive.

(g) *Corrective action under section 69*

[48] In cases of fraud in the appointment process, the Commission may (a) “revoke the appointment or not make the appointment”, or (b) “take any corrective action that it considers appropriate.” These are administrative measures intended to ensure the integrity of the appointment process in the federal public service, not disciplinary measures *per se*. This distinction is important, both for the purpose of delimiting the action that the Commission may take under the section in issue and for the purpose of defining the Commission’s duty to deal fairly with the people it investigates.

[49] The employers of public servants are responsible for the disciplinary action taken against them, and disciplinary action is governed by the *Public Service Labour Relations Act*. The Commission therefore may not take disciplinary action under section 69 of the Act.

[46] Le législateur cherche donc à assurer la probité du processus de nomination à la fonction publique fédérale. L’absence de fraude lors du processus de nomination est donc une valeur fondamentale que le législateur cherche à défendre par les articles 69 et 133 de la Loi. La Commission peut donc mener une enquête et prendre des mesures correctives lorsqu’il y a fraude dans le processus de nomination, que cette fraude ait mené ou non à une nomination frauduleuse.

[47] Quant au mot « and » à la version anglaise de l’article 69, il doit être interprété comme disjonctif. Le mot anglais « and » peut en effet être conjonctif ou disjonctif suivant le contexte : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Hyde*, 2006 CAF 379, au paragraphe 22; P. St. J. Langan, *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd. (Londres, Sweet & Maxwell, 1969), aux pages 232 à 234; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 81 à 84. Puisque l’article 69 vise à protéger contre la fraude le processus de nomination en soi, et non seulement le résultat du processus, le mot anglais « and » inséré entre les alinéas 69a) et b) doit être interprété comme disjonctif.

g) *Les mesures correctives de l’article 69*

[48] Dans le cas de fraude dans le processus de nomination, la Commission peut : a) « révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination »; b) « prendre les mesures correctives qu’elle estime indiquées ». Il s’agit là de mesures administratives visant à assurer la probité du processus de nomination à la fonction publique fédérale, et non pas à proprement parler de mesures disciplinaires. Cette distinction est importante, tant afin de cerner les limites des mesures que peut prendre la Commission en vertu de l’article en cause qu’afin de préciser le devoir de la Commission d’agir équitablement envers ceux qui font l’objet de l’enquête.

[49] Les employeurs des fonctionnaires sont responsables des mesures disciplinaires envers eux, et celles-ci sont régies par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. La Commission ne peut donc prendre de mesures disciplinaires en vertu de l’article 69 de la

At most, it may, as it did in the appellant's case, pass on to the employer any relevant information collected in the course of its investigation. It will be up to the employer to take disciplinary action, if it sees fit to do so. The Commission's role and mandate have to do with the integrity of the appointment process in the public service rather than disciplining delinquent employees.

[50] When the Commission revokes an appointment under section 69, it is not taking disciplinary action, as such an appointment is void *ab initio*. This is not a dismissal or a lay-off that may be grieved. Nor are the other corrective measures that the Commission may take subject to grievance.

[51] If the Commission cannot take disciplinary action under section 69, the corrective action that it takes under that section cannot be grieved under the *Public Service Labour Relations Act*. The appropriate remedy is, rather, an application for judicial review before the Federal Court. Thus, labour law principles, such as proportionality and progressive discipline, do not apply to corrective action under section 69. Such corrective action must instead be reviewed using the principles of administrative law, that is, it must be within the jurisdiction of the Commission and be reasonable.

[52] Similarly, the corrective action contemplated in section 69 does not include imposing criminal penalties on wrong-doing employees. That falls instead to the courts of law acting under section 133 of the Act. However, nothing prevents the Commission from disclosing the conclusions of its investigation to police authorities so that they may decide whether they should conduct their own investigation and, if appropriate, lay charges under section 133, having regard to the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5; section 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II,

*Loi*. Elle peut tout au plus, comme elle l'a fait dans le cas de l'appelante, remettre à l'employeur l'information pertinente constatée au cours de son enquête. Il appartiendra à celui-ci, s'il le juge opportun, d'entamer les mesures disciplinaires qui s'imposent. Le rôle et le mandat de la Commission portent sur la probité du processus de nomination à la fonction publique plutôt que sur la discipline des fonctionnaires fautifs.

[50] La révocation d'une nomination par la Commission en vertu de l'article 69 n'est donc pas une mesure disciplinaire, car une telle nomination est nulle *ab initio*. Il ne s'agit pas là d'un congédiement ou d'un licenciement qui peut faire l'objet d'un grief. Les autres mesures correctives que peut prendre la Commission ne peuvent non plus faire l'objet d'un grief.

[51] Si la Commission ne peut prendre de mesures disciplinaires en vertu de l'article 69, les mesures correctives qu'elle prend en vertu de cet article ne peuvent être contestées par un grief en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Le recours approprié est plutôt une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il n'est donc pas question d'appliquer aux mesures correctives en vertu de l'article 69 les principes juridiques propres au droit du travail, tels les principes de la proportionnalité et de la gradation des sanctions. Ces mesures correctives doivent plutôt être contrôlées en utilisant les principes du droit administratif, c'est-à-dire qu'elles doivent relever de la compétence de la Commission et être raisonnables.

[52] De même, les mesures correctives prévues à l'article 69 ne comprennent pas l'imposition de mesures pénales contre les fonctionnaires fautifs. Cette tâche appartient plutôt aux tribunaux de droit commun en vertu de l'article 133 de la Loi. Par contre, rien n'interdit à la Commission de remettre les conclusions de son enquête aux forces policières afin qu'elles puissent décider s'il y a lieu d'effectuer leur propre enquête et, le cas échéant, de déposer une accusation en vertu de l'article 133, en tenant compte de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, de l'article 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle e 1982*, annexe B,

No. 44]]; and the criminal law burden of proof of beyond a reasonable doubt.

[53] In the present case, the Commission submitted its report to the employer and to the Royal Canadian Mounted Police, and it required the appellant to obtain its written permission before accepting any position in the federal public service in the next three years. In my view, these measures are entirely consistent with the letter and the spirit of section 69 of the Act; they are within the Commission's jurisdiction and are reasonable in light of the circumstances of the case.

[54] The measures taken by the Commission do not prevent the appellant from applying for other positions in the federal public service. If the appellant is required to obtain the Commission's permission beforehand, it is to ensure the integrity of the appointment process by enabling the Commission to take a closer look at any future application by her in order to, among other purposes, make sure there is no fraud. The Commission also reserves the right, for a period of three years, not to consent to the appellant accepting a position in the public service. This is an additional corrective measure aimed at safeguarding the integrity of the public service appointment process. The appellant does not have any right to a new appointment in the public service, and the Canadian public is entitled to expect that those who commit fraud will be excluded from the appointment system, at least for a reasonable time. At stake here is the very credibility of the merit-based appointment system, which remains one of the fundamental values of the federal public service.

Second question: The fairness of the Commission's procedure

[55] As the Judge stated, issues regarding the duty of fairness must be reviewed on the correctness standard: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43.

*Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], et du fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable propre au droit pénal.

[53] Dans ce cas-ci, la Commission a remis son rapport à l'employeur et à la Gendarmerie royale du Canada, et elle a exigé que l'appelante obtienne, pendant une période de trois ans, sa permission écrite avant d'accepter un poste à la fonction publique fédérale. Ces mesures m'apparaissent tout à fait conformes à la lettre et à l'esprit de l'article 69 de la Loi; elles relèvent de la compétence de la Commission et sont raisonnables à la lumière des circonstances en cause.

[54] Les mesures prises par la Commission n'empêchent pas l'appelante de postuler à d'autres postes à la fonction publique fédérale. Si l'appelante doit obtenir la permission préalable de la Commission, cela a pour but d'assurer la probité du processus de nomination en permettant à la Commission de porter un regard plus attentif à sa candidature éventuelle afin, entre autres, de vérifier qu'il n'y a pas de fraude. La Commission se réserve aussi le droit, pendant trois ans, de ne pas consentir à ce que l'appelante accepte un poste au sein de la fonction publique. Il s'agit là d'une mesure corrective additionnelle qui vise à défendre la probité du processus de nomination à la fonction publique. L'appelante n'a en effet aucun droit à une nouvelle nomination à la fonction publique, et le public canadien est en droit de s'attendre à ce que ceux qui commettent une fraude soient écartés du système de nomination, du moins pour une période raisonnable de temps. Il en va de la crédibilité même du processus de nomination selon le mérite, qui reste toujours une des valeurs fondamentales de la fonction publique fédérale.

Deuxième question : Le caractère équitable de la procédure suivie par la Commission

[55] Comme la juge l'a indiqué, les questions qui portent sur le devoir d'agir équitablement doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43.

[56] Section 70 of the Act provides that in conducting any investigation under section 69 of the Act, the Commission has all the powers of a commissioner under Part II of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. That Act provides for two types of investigations. The first is described in Part I thereof, which concerns inquiries that the Governor in Council requests “into and concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof” (section 2 of the *Inquiries Act*). The second type of investigation is described in Part II of that Act, which concerns investigations relating to the state and management of the business of a department, and the conduct of any person in the service of that department, insofar as that conduct relates to the official duties of the person (section 6 of the *Inquiries Act*). As Justice Cory noted in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at paragraph 36, “[i]t is this second type of inquiry that is more often specifically concerned with the conduct of individuals.”

[57] Since the second type of investigation specifically concerns the conduct of individuals and is aimed at, in the case of section 69 of the Act, making findings regarding fraudulent conduct, the investigator’s duty of procedural fairness is particularly demanding, even though the findings lead to corrective action that can be neither disciplinary action, nor criminal penalties.

[58] Moreover, section 72 of the Act gives a person whose appointment is at issue the right to make representations to the person conducting the investigation. In addition, section 13 of the *Inquiries Act* sets out a minimum duty of procedural fairness toward a person who is under investigation:

Notice to persons charged

**13.** No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.

[59] It is possible that, in the case of an investigation under section 69 of the Act, the duty of fairness demands

[56] L’article 70 de la Loi prévoit que pour les besoins de toute enquête menée en vertu de l’article 69 de la Loi, la Commission dispose des pouvoirs d’un commissaire nommé au titre de la partie II de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. Cette loi prévoit deux types d’enquêtes. Le premier est décrit à la partie I de la *Loi sur les enquêtes* et concerne les enquêtes que demande le gouverneur en conseil « sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques » (article 2 de la *Loi sur les enquêtes*). Le deuxième type d’enquête est décrit à la partie II de cette loi et concerne les enquêtes touchant l’état et l’administration des affaires d’un ministère et la conduite, en ce qui a trait à ses fonctions officielles, de toute personne y travaillant (article 6 de la *Loi sur les enquêtes*). Comme le signalait le juge Cory dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d’enquête sur le système d’approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, au paragraphe 36 : « C’est ce deuxième type d’enquête qui, le plus souvent, porte expressément sur la conduite des particuliers. »

[57] Puisque ce deuxième type d’enquête porte expressément sur la conduite de particuliers et qu’il vise, dans le cas de l’article 69 de la Loi, à tirer des conclusions quant à une conduite frauduleuse, le devoir d’équité procédurale qui incombe à l’enquêteur est particulièrement élevé, et ce, même si les conclusions d’une telle enquête mènent à des mesures correctives qui ne peuvent être ni des mesures disciplinaires, ni des mesures pénales.

[58] L’article 72 de la Loi confère d’ailleurs à la personne dont la nomination est en cause le droit de présenter ses observations à la personne chargée de l’enquête. L’article 13 de la *Loi sur les enquêtes* prévoit en outre un devoir minimal d’équité procédurale envers tous ceux visés par une enquête :

**13.** La rédaction d’un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu’auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu’elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d’un avocat. Préavis

[59] Il est possible que, dans le cas d’une enquête menée en vertu de l’article 69 de la Loi, le devoir d’équité

more than the minimal requirements set out in section 13 of the *Inquiries Act* and section 72 of the Act. It will be up to the federal courts to define this duty in other appropriate cases. For the purposes of this appeal, we need only note that the Commission and its investigator afforded the appellant a very high degree of procedural fairness at every stage of the investigation.

[60] Thus the appellant was informed at the outset, in a letter dated June 5, 2009, that the Commission would be conducting an investigation and that there were reasons to believe that she herself had written, in whole or in part, the reference given by Ms. M’Kounga. Moreover, a copy of the information that the Commission had received in this regard was provided to the appellant on that same occasion.

[61] The Commission also informed the appellant that she had the right to be accompanied by a person of her choosing during the investigation, and she availed herself of that right by retaining a lawyer. I note in this regard that the record does not show that the appellant asked for permission to cross-examine the witnesses who took part in the investigation.

[62] The investigator also gave the appellant a copy of the compromising emails concerning her and invited her to comment on them. The appellant had the opportunity to present her version of the events before the investigator drafted the report on the facts, and she met with the investigator with her counsel in attendance. The appellant received a copy of the investigator’s preliminary report on the facts on January 28, 2010, and she had the opportunity to comment on it. The appellant also received a copy of the final investigation report. The appellant was also given the opportunity to comment on the corrective action contemplated as a result of that report.

[63] Therefore, the Judge did not err in holding that the Commission and its investigator did not breach the rules of procedural fairness in the course of the investigation.

exige davantage que les exigences minimales énoncées à l’article 13 de la *Loi sur les enquêtes* et à l’article 72 de la Loi. Il appartiendra aux cours fédérales de préciser ce devoir en temps opportun dans des causes appropriées. Il suffit, dans le présent appel, de constater que la Commission et son enquêteur ont démontré un très haut niveau d’équité procédurale envers l’appelante, et ce, tout au long de l’enquête.

[60] Ainsi, l’appelante fut informée dès le début, par une lettre du 5 juin 2009, que la Commission mènerait une enquête et qu’il y avait des raisons de croire qu’elle avait rédigé en tout ou en partie les recommandations données par M<sup>me</sup> M’Kounga. Une copie des renseignements qu’avait reçus la Commission à ce sujet fut d’ailleurs remise à l’appelante à cette occasion.

[61] La Commission a aussi informé l’appelante qu’elle avait le droit d’être accompagnée d’une personne de son choix pendant l’enquête, droit dont elle s’est prévaluée en retenant les services d’un avocat. Je souligne à cet égard que le dossier ne montre pas que l’appelante ait demandé à être autorisée à contre-interroger les témoins qui participaient à l’enquête.

[62] L’enquêteur a également remis à l’appelante une copie des courriels compromettants la concernant et elle l’a invitée à faire des commentaires à leur égard. L’appelante a eu l’occasion de présenter sa version des événements avant que l’enquêteur ne rédige son rapport sur les faits, et elle a rencontré l’enquêteur alors qu’elle était accompagnée de son avocat. L’appelante a reçu une copie du rapport provisoire de l’enquêteur sur les faits le 28 janvier 2010, et elle a eu l’occasion de faire des commentaires à cet égard. L’appelante a également reçu une copie du rapport d’enquête définitif. L’appelante a aussi eu l’occasion de faire des commentaires à l’égard des mesures correctives qui découlaient du rapport.

[63] La juge n’a donc pas fait d’erreur en décidant que la Commission et son enquêteur n’avaient pas contrevenu aux règles de l’équité procédurale pendant l’enquête.

Third question: Was the Commission's decision correct in light of the evidence gathered during the investigation?

[64] As the Judge noted, the standard of review applicable to the Commission's analysis of the evidence is reasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 53.

[65] In the present case, the evidence in the record supports the Commission's conclusions. The appellant and Ms. M'Kounga could not clearly state where they had worked together, and the emails entered in evidence show that the appellant and her mother worked on drafting the favourable comments given by Ms. M'Kounga regarding the appellant.

[66] The appellant is asking the Court to reconsider these emails and make its own findings of fact. That is not the role of a reviewing court. In the present case, the role of the Judge with regard to this issue was limited to determining whether the conclusions that the Commission drew from the evidence were within the range of acceptable possible outcomes that are justifiable in light of the facts uncovered in the course of the investigation. Considering the evidence adduced and the sensibleness of the conclusions drawn from it by the Commission, the Judge did not make any reviewable error in holding that these conclusions were reasonable.

#### Other issues

[67] On appeal, the appellant raised two new issues that she had not raised before the Federal Court, namely, the applicable burden of proof and the unreasonableness of the corrective action imposed by the Commission. The respondent objected to having this Court consider these two issues.

[68] The reasons above dispose of these two issues, regardless of whether or not they are validly raised before this Court. As I have already noted, the applicable burden of proof is proof on a balance of probabilities, and the corrective action in issue cannot be likened to disciplinary action to which the labour law principles of proportionality and progressive discipline apply. The

Troisième question : La décision de la Commission était-elle bien fondée, vu la preuve recueillie lors de l'enquête?

[64] Comme l'a souligné la juge, la norme de contrôle qui s'applique à l'analyse de la preuve par la Commission est celle de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, au paragraphe 53.

[65] Dans ce cas-ci, la preuve au dossier appuie les conclusions de la Commission. L'appelante et M<sup>me</sup> M'Kounga n'ont pu dire clairement où elles travaillaient ensemble, et les courriels déposés au dossier montrent que l'appelante et sa mère ont travaillé à la rédaction des commentaires favorables donnés par M<sup>me</sup> M'Kounga au sujet de l'appelante.

[66] L'appelante invite la Cour à analyser à nouveau ces courriels afin d'en tirer ses propres conclusions sur les faits. Ce n'est pas le rôle d'une cour de révision. Dans ce cas-ci, le rôle de la juge sur cette question se limitait à déterminer si les conclusions que la Commission a tirées de la preuve appartenaient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits constatés au cours de l'enquête. Vu la preuve au dossier et le caractère sensé des conclusions qu'en a tirées la Commission, la juge n'a pas commis d'erreur révisable en décidant que ces conclusions étaient raisonnables.

#### Autres questions

[67] L'appelante a soulevé pendant l'appel deux nouvelles questions qu'elle n'avait pas soulevées devant la Cour fédérale, soit le fardeau de la preuve applicable et le caractère déraisonnable des mesures correctives imposées par la Commission. L'intimé s'est opposé à ce que la Cour examine ces deux questions.

[68] Les motifs qui précèdent tranchent ces deux questions, que notre Cour en soit saisie ou non. Comme je l'ai déjà signalé, le fardeau de la preuve applicable est celui de la prépondérance des probabilités, et les mesures correctives en cause ne peuvent être assimilées à des mesures disciplinaires auxquelles s'appliquent les principes de la proportionnalité et de la gradation des



additional grounds of appeal raised by the appellant would therefore be without merit, regardless of whether or not they were validly raised before this Court.

sanctions propres au droit des relations de travail. Les motifs d'appel supplémentaires soulevés par l'appelante n'auraient donc aucun fondement, que nous en étions saisis ou non.

#### Disposition

[69] In conclusion, for the reasons set out above, I would dismiss the appeal with costs.

NOËL J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

#### Dispositif

[69] En conclusion, pour les motifs exposés ci-dessus, je rejeterais l'appel avec dépens.

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

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

#### APPENDIX

Excerpts from the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, **ss. 12, 13**

Recognizing that

...

Canada will continue to benefit from a public service that is based on merit and non-partisanship and in which these values are independently safeguarded;

Canada will also continue to gain from a public service that strives for excellence, that is representative of Canada's diversity and that is able to serve the public with integrity and in their official language of choice;

...

delegation of staffing authority should be to as low a level as possible within the public service, and should afford public service managers the flexibility necessary to staff, to manage and to lead their personnel to achieve results for Canadians;...

...

#### ANNEXE

Extraits de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, **art. 12 et 13**

Attendu :

[...]

qu'il demeure avantageux pour le Canada de pouvoir compter sur une fonction publique non partisane et axée sur le mérite et que ces valeurs doivent être protégées de façon indépendante;

qu'il demeure aussi avantageux pour le Canada de pouvoir compter sur une fonction publique vouée à l'excellence, représentative de la diversité canadienne et capable de servir la population avec intégrité et dans la langue officielle de son choix;

[...]

que le pouvoir de dotation devrait être délégué à l'échelon le plus bas possible dans la fonction publique pour que les gestionnaires disposent de la marge de manoeuvre dont ils ont besoin pour effectuer la dotation, et pour gérer et diriger leur personnel de manière à obtenir des résultats pour les Canadiens;

[...]

Definitions	<p><b>2.</b> (1) The following definitions apply in this Act.</p> <p>...</p>	<p><b>2.</b> (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.</p> <p>[...]</p>	Définitions
“external appointment process” « <i>processus de nomination externe</i> »	<p>“external appointment process” means a process for making one or more appointments in which persons may be considered whether or not they are employed in the public service.</p>	<p>« processus de nomination externe » Processus de nomination dans lequel peuvent être prises en compte tant les personnes appartenant à la fonction publique que les autres.</p>	« processus de nomination externe » “ <i>external appointment process</i> ”
“internal appointment process” « <i>processus de nomination interne</i> »	<p>“internal appointment process” means a process for making one or more appointments in which only persons employed in the public service may be considered.</p> <p>...</p>	<p>« processus de nomination interne » Processus de nomination dans lequel seules peuvent être prises en compte les personnes employées dans la fonction publique.</p> <p>[...]</p>	« processus de nomination interne » “ <i>internal appointment process</i> ”
Exercise of powers and functions by deputy heads	<p><b>15.</b> (1) The Commission may authorize a deputy head to exercise or perform, in relation to his or her organization, in the manner and subject to any terms and conditions that the Commission directs, any of the powers and functions of the Commission under this Act, other than its powers under sections 17, 20 and 22, its power to investigate appointments under sections 66 to 69 and its powers under Part 7.</p> <p>...</p>	<p><b>15.</b> (1) La Commission peut, selon les modalités et aux conditions qu'elle fixe, autoriser l'administrateur général à exercer à l'égard de l'administration dont il est responsable toutes attributions que lui confère la présente loi, sauf en ce qui concerne les attributions prévues aux articles 17, 20 et 22, les pouvoirs d'enquête prévus aux articles 66 à 69 et les attributions prévues à la partie 7.</p> <p>[...]</p>	Délégation à un administrateur général
Revocation of appointments	<p>(3) Where the Commission authorizes a deputy head to make appointments pursuant to an internal appointment process, the authorization must include the power to revoke those appointments and to take corrective action whenever the deputy head, after investigation, is satisfied that an error, an omission or improper conduct affected the selection of a person for appointment.</p>	<p>(3) Dans les cas où la Commission autorise un administrateur général à exercer le pouvoir de faire des nominations dans le cadre d'un processus de nomination interne, l'autorisation doit comprendre le pouvoir de révoquer ces nominations — et de prendre des mesures correctives à leur égard — dans les cas où, après avoir mené une enquête, il est convaincu qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée.</p>	Révocation
Exception	<p>(4) In authorizing a deputy head under subsection (3), the Commission is not required to include the authority to revoke appointments or to take corrective action in circumstances referred to in sections 68 and 69.</p>	<p>(4) Le paragraphe (3) n'oblige pas la Commission à inclure dans l'autorisation le pouvoir de révoquer ou de prendre des mesures correctives dans les cas prévus aux articles 68 et 69.</p>	Exception

Commission jurisdiction	(5) The Commission may not revoke an appointment referred to in subsection (3) or take corrective action in relation to such an appointment except in circumstances referred to in sections 68 and 69.	(5) La Commission ne peut exercer le pouvoir de révocation ni celui de prendre des mesures correctives à l'égard d'une nomination visée au paragraphe (3), sauf dans les cas prévus aux articles 68 et 69.	Compétence de la Commission
	...	[...]	
Appointment on basis of merit	<b>30.</b> (1) Appointments by the Commission to or from within the public service shall be made	<b>30.</b> (1) Les nominations — internes ou externes — à la fonction publique faites par la	Principes
	on the basis of merit and must be free from political influence.	Commission sont fondées sur le mérite et sont indépendantes de toute influence politique.	
	...	[...]	
External appointments	<b>66.</b> The Commission may investigate any external appointment process and, if it is satisfied that the appointment was not made or proposed to be made on the basis of merit, or that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment, the Commission may	<b>66.</b> La Commission peut mener une enquête sur tout processus de nomination externe; si elle est convaincue que la nomination ou la proposition de nomination n'a pas été fondée sur le mérite ou qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée, la Commission peut :	Nominations externes
	<i>(a)</i> revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and	<i>a)</i> révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;	
	<i>(b)</i> take any corrective action that it considers appropriate.	<i>b)</i> prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.	
Internal appointments—no delegation	<b>67.</b> (1) The Commission may investigate an internal appointment process, other than one conducted by a deputy head acting under subsection 15(1), and, if it is satisfied that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment, the Commission may	<b>67.</b> (1) La Commission peut mener une enquête sur tout processus de nomination interne, sauf dans le cas d'un processus de nomination entrepris par l'administrateur général dans le cadre du paragraphe 15(1); si elle est convaincue qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée, la Commission peut :	Nominations internes — absence d'autorisation
	<i>(a)</i> revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and	<i>a)</i> révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;	
	<i>(b)</i> take any corrective action that it considers appropriate.	<i>b)</i> prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.	

Internal appointments—delegation	<p>(2) The Commission may, at the request of the deputy head, investigate an internal appointment process that was conducted by a deputy head acting under subsection 15(1), and report its findings to the deputy head and the deputy head may, if satisfied that there was an error, an omission or improper conduct that affected the selection of the person appointed or proposed for appointment,</p> <p>(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and</p> <p>(b) take any corrective action that he or she considers appropriate.</p>	<p>(2) La Commission peut, sur demande de l'administrateur général, mener une enquête sur le processus de nomination interne entrepris par celui-ci dans le cadre du paragraphe 15(1), et lui présenter un rapport sur ses conclusions; s'il est convaincu qu'une erreur, une omission ou une conduite irrégulière a influé sur le choix de la personne nommée ou dont la nomination est proposée, l'administrateur général peut :</p> <p>a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;</p> <p>b) prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées.</p>	Nominations internes — délégitation
Political influence	<p>68. If it has reason to believe that an appointment or proposed appointment was not free from political influence, the Commission may investigate the appointment process and, if it is satisfied that the appointment or proposed appointment was not free from political influence, the Commission may</p> <p>(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and</p> <p>(b) take any corrective action that it considers appropriate.</p>	<p>68. La Commission peut mener une enquête si elle a des raisons de croire que la nomination ou proposition de nomination pourrait avoir résulté de l'exercice d'une influence politique; si elle est convaincue que la nomination ou proposition de nomination ne s'est pas faite indépendamment de toute influence politique, elle peut :</p> <p>a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;</p> <p>b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.</p>	Nomination fondée sur des motifs d'ordre politique
Fraud	<p>69. If it has reason to believe that fraud may have occurred in an appointment process, the Commission may investigate the appointment process and, if it is satisfied that fraud has occurred, the Commission may</p> <p>(a) revoke the appointment or not make the appointment, as the case may be; and</p> <p>(b) take any corrective action that it considers appropriate.</p>	<p>69. La Commission peut mener une enquête si elle a des motifs de croire qu'il pourrait y avoir eu fraude dans le processus de nomination; si elle est convaincue de l'existence de la fraude, elle peut :</p> <p>a) révoquer la nomination ou ne pas faire la nomination, selon le cas;</p> <p>b) prendre les mesures correctives qu'elle estime indiquées.</p>	Fraude
Powers of Commission	<p>70. (1) In conducting any investigation under this Part, the Commission has all the powers of a commissioner under Part II of the <i>Inquiries Act</i>.</p>	<p>70. (1) Pour les besoins de toute enquête qu'elle mène sous le régime de la présente partie, la Commission dispose des pouvoirs d'un commissaire nommé au titre de la partie II de la <i>Loi sur les enquêtes</i>.</p>	Pouvoirs de la Commission
Informality	<p>(2) An investigation shall be conducted by the Commission as informally and expeditiously as possible.</p>	<p>(2) Les enquêtes sont menées par la Commission dans la mesure du possible sans formalisme et avec célérité.</p>	Absence de formalisme

Persons acting for Commission	<p><b>71.</b> (1) The Commission may direct that any investigation under this Part be conducted, in whole or in part, by one or more Commissioners or other persons.</p>	<p><b>71.</b> (1) La Commission peut désigner, pour mener tout ou partie d'une enquête visée à la présente partie, un ou plusieurs commissaires ou autres personnes.</p>	Représentants de la Commission
Powers of Commissioner	<p>(2) A Commissioner directed under subsection (1) has the powers referred to in section 70 in relation to the matter before the Commissioner.</p>	<p>(2) Le commissaire désigné au titre du paragraphe (1) dispose, relativement à la question dont il est saisi, des pouvoirs attribués à la Commission par l'article 70.</p>	Pouvoirs du commissaire
Powers of other person	<p>(3) Subject to any limitations specified by the Commission, a person directed under subsection (1), other than a Commissioner, has the powers referred to in section 70 in relation to the matter before the person.</p>	<p>(3) La personne désignée au titre du paragraphe (1) qui n'est pas commissaire dispose, relativement à la question dont elle est saisie, des pouvoirs attribués à la Commission par l'article 70, dans les limites que celle-ci fixe.</p>	Pouvoirs d'une personne autre qu'un commissaire
Right to make submissions	<p><b>72.</b> Where an investigation is conducted under this Part in relation to a person's appointment or</p> <p>proposed appointment, that person and the deputy head in relation to the appointment—or their representatives—re entitled to make submissions to the Commission, Commissioner or other person, whichever is conducting the investigation.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>72.</b> La personne dont la nomination ou la proposition de nomination est en cause dans le</p> <p>cadre d'une enquête visée à la présente partie et l'administrateur général concerné, ou leurs représentants, ont le droit de présenter leurs observations à la Commission ou, si une personne a été chargée de l'enquête, à celle-ci.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Droit de présenter des observations
Complaint	<p><b>74.</b> A person whose appointment is revoked by the Commission under subsection 67(1) or by the deputy head under subsection 15(3) or 67(2) may, in the manner and within the period provided by the Tribunal's regulations, make a complaint to the Tribunal that the revocation was unreasonable.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>74.</b> La personne dont la nomination est révoquée par la Commission en vertu du paragraphe 67(1) ou par l'administrateur général en vertu des paragraphes 15(3) ou 67(2) peut, selon les modalités et dans le délai fixés par règlement du Tribunal, présenter à celui-ci une plainte selon laquelle la révocation n'était pas raisonnable.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Plaintes au Tribunal
Excluded grounds	<p><b>77.</b> ...</p> <p>(3) The Tribunal may not consider an allegation that fraud occurred in an appointment process or that an appointment or proposed appointment was not free from political influence.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>77.</b> [...]</p> <p>(3) Le Tribunal ne peut entendre les allégations portant qu'il y a eu fraude dans le processus de nomination ou que la nomination ou la proposition de nomination a résulté de l'exercice d'une influence politique.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Exclusion
Fraud	<p><b>133.</b> Every person who commits fraud in any appointment process is guilty of an offence punishable on summary conviction.</p>	<p><b>133.</b> Quiconque commet une fraude dans le cadre d'une procédure de nomination est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.</p>	Fraude

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, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3