

IMM-2645-17
2018 FC 1145

IMM-2645-17
2018 CF 1145

Rozas Del Solar, Paola Zevallos Zuniga, Luis Zevallos Rozas, Sofia Zevallos Rozas, Macarena (*Applicants*)

Rozas Del Solar, Paola Zevallos Zuniga, Luis Zevallos Rozas, Sofia Zevallos Rozas, Macarena (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

and

et

The Canadian Association of Refugee Lawyers, the Canadian Council for Refugees and l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration (*Interveners*)

L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, le Conseil canadien pour les réfugiés et l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration (*intervenants*)

INDEXED AS: ROZAS DEL SOLAR v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : ROZAS DEL SOLAR c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Diner J.—Toronto, May 28; November 14 and December 28, 2018.

Cour fédérale, juge Diner—Toronto, 28 mai; 14 novembre et 28 décembre 2018.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Refugee Appeal Division — Standard of review — Judicial review of decision made by Refugee Appeal Division (RAD) of Immigration and Refugee Board (IRB) dismissing applicants' refugee claim, upholding rejection of claim by Refugee Protection Division (RPD) — Applicants, Chilean family of refugee claimants — Claim determined not to be credible — IRB Chairperson ordering applicants' appeal be heard by three-member panel under Immigration and Refugee Protection Act, s. 163 — In Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration), Federal Court of Appeal leaving open question of how RAD should show restraint or deference to some of RPD's conclusions on credibility where RPD better-positioned to make them — Main issues whether RAD's conclusions on standard of review reasonable; more specifically, whether RAD reasonably concluding having to apply two standards of review: correctness to most of RPD's findings, deference to some of RPD's findings relating to credibility; whether RAD reasonably identifying conditions triggering deferential standard; whether RAD reasonably defining content of deferential standard — Reasonable for RAD to conclude that, under Act, it should apply two standards of review to RPD findings: correctness in most cases, deference on occasion — Given statutory analysis in Huruglica, outcome clearly open to RAD — However, RAD's conclusions on conditions triggering deferential standard of

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Section d'appel des réfugiés — Norme de contrôle — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), qui a rejeté la demande d'asile des demandeurs, maintenant le rejet de la demande par la Section de la protection des réfugiés (SPR) — Les demandeurs sont une famille de demandeurs d'asile d'origine chilienne — Leur demande d'asile a été jugée non crédible — Le président de la CISR a ordonné que l'appel des demandeurs soit instruit par un tribunal de trois commissaires en vertu de l'art. 163 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Dans l'arrêt Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration), la Cour d'appel fédérale a laissé en suspens la question de savoir si la SAR devrait faire preuve de retenue ou de déférence à l'égard de certaines des conclusions de la SPR concernant la crédibilité dans les situations où cette dernière était dans une meilleure position pour tirer ces conclusions — Il s'agissait principalement de savoir si les conclusions de la SAR quant à la norme de contrôle applicable étaient raisonnables et, plus particulièrement, si la SAR a raisonnablement conclu qu'elle devait appliquer deux normes de contrôle, soit la norme de la décision correcte, à la plupart des conclusions tirées par la SPR, et la norme déférente, à certaines conclusions de la SPR concernant la crédibilité; si la SAR a raisonnablement relevé les conditions d'application de la norme déférente; et si la

review unreasonable — RAD erring in failing to outline for future panels when RPD's general fact-finding advantage becoming specific, meaningful advantage, which in turn would justify application of deferential standard of review — RAD's conclusions on content of deferential standard not consistent with Federal Court of Appeal's instructions in Huruglica that RAD not review RPD decisions in manner of judicial review — To be reasonable, deferential standard selected by RAD cannot simply duplicate supervisory role of the Federal Court on judicial review — RAD's decision accordingly sent back to be decided anew by differently constituted panel — Finally, questions involving issues in present case certified — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision made by the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (IRB). The applicants are a Chilean family of refugee claimants. Their claim was determined not to be credible and, as a result, rejected by the Refugee Protection Division (RPD). After the RPD dismissed the applicants' claims, the applicants appealed to the Refugee Appeal Division (RAD), which also dismissed the refugee claim. In all preceding cases, RAD appeals had been decided by a single panel member. However, on June 22, 2016, the Immigration and Refugee Board (IRB) Chairperson ordered the applicants' appeal to be heard by a three-member panel under section 163 of the *Immigration and Refugee Protection Act* for the first time since the RAD's establishment in December 2012. The reason the IRB Chairperson ordered a three-member panel goes back to a claim involving a different family of refugee claimants, a case ultimately appealed in *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*. In *Huruglica*, the Federal Court of Appeal held that, when considering the RPD's factual and legal conclusions on appeal, the RAD must typically apply a correctness standard of review. What the Federal Court of Appeal left open in *Huruglica*, however, was the question of how the RAD should show restraint or deference to some of the RPD's conclusions on credibility where the RPD was better-positioned to make them. Therefore, the IRB Chairperson decided that the RAD appeal in this case provided the factual backdrop for a three-member panel. It

SAR a raisonnablement défini le contenu de la norme déférente — Il était raisonnable pour la SAR de conclure que, sous le régime de la Loi, elle devrait appliquer deux normes de contrôle aux conclusions tirées par la SPR : la norme de la décision correcte, dans la plupart des cas, et la norme de la déférence, à l'occasion — Compte tenu de l'analyse de la loi effectuée dans l'arrêt Huruglica, il était clairement loisible à la SAR de tirer cette conclusion — Toutefois, les conclusions tirées par la SAR au sujet des conditions déclenchant l'application d'une norme de contrôle déférente étaient déraisonnables — La SAR a commis une erreur en omettant de décrire aux tribunaux qui seront constitués les cas où l'avantage général de la SPR en matière d'établissement des faits devient un avantage à la fois précis et certain, ce qui justifierait alors l'application d'une norme de contrôle déférente — Les conclusions de la SAR quant au contenu de sa norme déférente n'étaient pas compatibles avec les directives de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Huruglica selon lesquelles la SAR ne doit pas procéder au contrôle des décisions de la SPR comme s'il s'agissait d'un contrôle judiciaire — Pour être raisonnable, une norme déférente façonnée par la SAR ne peut pas tout simplement reproduire le rôle de surveillance de la Cour fédérale dans le contexte du contrôle judiciaire — La décision de la SAR a donc été renvoyée pour qu'une nouvelle décision soit rendue par un tribunal différemment constitué — Enfin, trois questions soulevées dans la présente affaire ont été certifiées — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). Les demandeurs sont une famille de demandeurs d'asile d'origine chilienne. Leur demande d'asile a été jugée non crédible et, par conséquent, elle a été rejetée par la Section de la protection des réfugiés (SPR). Après le rejet de leur demande d'asile par la SPR, les demandeurs ont interjeté appel auprès de la Section d'appel des réfugiés (SAR), qui a elle aussi rejeté la demande d'asile. Toutes les affaires précédentes, ce qui comprend les appels instruits par la SAR, ont été tranchées par un tribunal constitué d'un seul commissaire. Cependant, le 22 juin 2016, le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a ordonné que l'appel des demandeurs soit instruit par un tribunal de trois commissaires en vertu de l'article 163 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ce qui constituait une première depuis la création de la SAR en décembre 2012. La raison pour laquelle le président de la CISR a ordonné la constitution d'un tribunal de trois commissaires est liée à une demande d'asile présentée par une autre famille, qui avait en fin de compte fait l'objet d'un appel et qui s'est soldée par l'arrêt *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a statué que la SAR doit habituellement appliquer la norme de contrôle de la décision correcte lorsqu'elle examine en appel les conclusions de fait et de droit tirées par la SPR. Cependant, dans l'arrêt *Huruglica*,

would also allow the RAD to develop its own law in appeals on credibility findings as *Huruglica* had urged.

The RAD's three-person panel decided this appeal in a split decision. Both the two-member majority and the single-member minority upheld the RPD's refusal but each under a different analytical framework and for different reasons. In short, the RAD majority decided that: (i) the RAD owes deference to the RPD's credibility findings in some situations; (ii) these situations may arise in various different contexts in which the RPD has a meaningful advantage in making such credibility conclusions; and (iii) in order to show deference when one of these situations arises, the RAD will not interfere with the conclusions if the RPD's reasoning process was comprehensible and if the RPD's conclusions were based on the evidence. Applying its framework to the evidence before it, the RAD majority dismissed the applicants' appeal. What was problematic, however, was the RAD majority's framework regarding when there will be a meaningful advantage and the concept of RAD reasonableness. The RAD minority also dismissed the appeal but approached the legal analysis differently from the majority. It concluded that some deference was owed where the RPD had a meaningful advantage in making credibility conclusions but found that neither the framework nor deference itself should be defined to limit the RAD's authority to intervene in the RPD's decision as it felt the majority had done.

The main issues were whether the RAD's conclusions on the standard of review were reasonable and, more specifically, whether the RAD reasonably concluded that it had to apply two standards of review—correctness to most of the RPD's findings and deference to some of the RPD's findings relating to credibility; whether the RAD reasonably identified the conditions triggering the deferential standard; and whether the RAD reasonably defined the content of the deferential standard.

la Cour d'appel fédérale avait laissé en suspens la question de savoir si la SAR devrait faire preuve de retenue ou de déférence à l'égard de certaines des conclusions de la SPR concernant la crédibilité dans les situations où cette dernière était dans une meilleure position pour tirer ces conclusions. Par conséquent, le président de la SPR a jugé que le contexte factuel de l'appel interjeté auprès de la SAR se prêtait à une instruction devant un tribunal constitué de trois commissaires. Cela permettrait aussi à la SAR d'élaborer son propre droit lorsqu'elle siège en appel relativement à des conclusions concernant la crédibilité, comme la Cour d'appel fédérale le lui avait demandé avec insistance dans l'arrêt *Huruglica*.

Le tribunal de la SAR constitué de trois commissaires a tranché cet appel en rendant une décision partagée. Les deux commissaires majoritaires ainsi que la commissaire minoritaire ont confirmé le rejet de la demande d'asile prononcé par la SPR, mais en fonction d'un cadre analytique différent et pour différents motifs. En résumé, les commissaires majoritaires de la SAR ont décidé que : (i) la SAR doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR dans certaines situations; (ii) ces situations peuvent survenir dans différents contextes, dans lesquels la SPR a un avantage certain lorsqu'elle tire de telles conclusions concernant la crédibilité; et (iii) la SAR, pour faire montre de déférence dans une telle situation, ne modifiera pas les conclusions si le raisonnement de la SPR est compréhensible et que ses conclusions sont fondées sur la preuve. Les commissaires majoritaires de la SAR, en appliquant leur cadre à la preuve dont ils disposaient, ont rejeté l'appel interjeté par les demandeurs. Cependant, le cadre adopté par les commissaires majoritaires de la SAR posait problème en ce qui a trait aux situations dans lesquelles il y aura un avantage certain et en ce qui concerne le concept de la norme de la décision raisonnable de la SAR. La commissaire minoritaire de la SAR a elle aussi rejeté l'appel, mais elle a adopté une analyse juridique différente de celle des commissaires majoritaires. Elle a conclu qu'une certaine déférence s'imposait à l'égard de la SPR lorsque cette dernière dispose d'un avantage certain pour tirer des conclusions concernant la crédibilité, mais elle a conclu que ni le cadre ni la déférence elle-même ne devraient être définis de manière à limiter le pouvoir de la SAR d'intervenir relativement à la décision de la SPR, comme elle jugeait que la majorité avait fait.

Il s'agissait principalement de savoir si les conclusions de la SAR quant à la norme de contrôle applicable étaient raisonnables et, plus particulièrement, si la SAR a raisonnablement conclu qu'elle devait appliquer deux normes de contrôle, soit la norme de la décision correcte, à la plupart des conclusions tirées par la SPR, et la norme déférente, à certaines conclusions de la SPR concernant la crédibilité; si la SAR a raisonnablement relevé les conditions d'application de la norme déférente; et si la SAR a raisonnablement défini le contenu de la norme déférente.

Held, the application should be allowed.

The RAD majority concluded that the RPD is generally in a better position to make credibility findings and has expertise in doing so, which would justify some deference to those findings. The controversy between the parties came down to how they read the comments in *Huruglica* on the RAD's standard of review in RPD appeals. The applicants' argument that the RAD must apply a single correctness review to all of the RPD's findings and defer by showing restraint before applying correctness, despite *Huruglica* mentioning a degree of restraint, was rejected. It was reasonable for the RAD majority to conclude that, under the Act, it should apply two standards of review to RPD findings: correctness in most cases and deference on occasion. Given the statutory analysis in *Huruglica*, this was clearly an outcome open to the RAD.

In the decision, the RAD majority decided, based on its reading of *Huruglica*, that a deferential standard was only appropriate where the RPD truly had a meaningful advantage in making the finding at issue. The RAD majority's conclusions on the conditions triggering a deferential standard of review were unreasonable. This is because the RAD majority failed to identify any principled framework for determining whether the RPD had a meaningful advantage in making a credibility finding in a given case. Although the RAD majority found that the RPD may be in a better position to make certain findings when it has seen, heard, and questioned a witness, it offered no way to determine if such a meaningful advantage truly exists on a case-by-case basis. Thus, the RAD majority erred in failing to outline for future panels when the RPD's general fact-finding advantage becomes a specific, meaningful advantage, which in turn would justify the application of a deferential standard of review.

With respect to deference, the RAD majority concluded that the level of deference to be shown to the RPD's credibility findings was not the same as that owed on judicial review because, even where deference was warranted, the RAD still had to independently review the evidence on which the finding was based. For most of the RPD's findings, the RAD is required to conduct a correctness review and substitute its own conclusions where they differ from those of the RPD. But even

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que la SPR est généralement mieux placée pour tirer des conclusions concernant la crédibilité et qu'elle dispose de l'expertise pour le faire, ce qui justifie de faire preuve d'une certaine déférence à l'égard de ce type de conclusions. Le litige entre les parties s'est résumé à leur interprétation des passages de l'arrêt *Huruglica* se rapportant à la norme de contrôle appliquée par la SAR lorsqu'elle siège en appel de décisions rendues par la SPR. Les arguments des demandeurs selon lesquels la SAR doit appliquer une norme unique de la décision correcte à toutes les conclusions de la SPR, et faire preuve de déférence en faisant montre de retenue avant d'appliquer la norme de la décision correcte, et ce, bien que l'arrêt *Huruglica* ait fait mention d'une certaine retenue, ont été écartés. Il était raisonnable pour la majorité de conclure que, sous le régime de la Loi, elle devrait appliquer deux normes de contrôle aux conclusions tirées par la SPR : la norme de la décision correcte, dans la plupart des cas, et la norme de la déférence, à l'occasion. Compte tenu de l'analyse de la loi effectuée dans l'arrêt *Huruglica*, il était clairement loisible à la SAR de tirer cette conclusion.

Dans la décision, les commissaires majoritaires de la SAR ont décidé, en se fondant sur leur interprétation de l'arrêt *Huruglica*, que le recours à une norme déférente ne convenait que lorsque la SPR avait réellement un avantage certain pour tirer la conclusion en cause. Les conclusions tirées par les commissaires majoritaires de la SAR au sujet des conditions déclenchant l'application d'une norme de contrôle déférente étaient déraisonnables. Cela s'explique par le fait que les commissaires majoritaires de la SAR n'ont pas fait mention d'un cadre fondé sur des principes pour trancher la question de savoir si la SPR avait un avantage certain pour tirer des conclusions concernant la crédibilité dans une affaire donnée. Bien que les commissaires majoritaires de la SAR aient conclu que la SPR peut être mieux placée pour tirer certaines inférences lorsqu'elle a vu, entendu et questionné un témoin, ils n'ont pas formulé de démarche permettant d'établir, au cas par cas, si l'avantage certain existe véritablement. Donc, les commissaires majoritaires de la SAR ont commis une erreur en omettant de décrire aux tribunaux qui seront constitués les cas où l'avantage général de la SPR en matière d'établissement des faits devient un avantage à la fois précis et certain, ce qui justifierait alors l'application d'une norme de contrôle déférente.

En ce qui concerne la déférence, les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que le degré de déférence dont il convenait de faire preuve envers les conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR n'était pas le même que celui dont la Cour doit faire preuve en contrôle judiciaire, parce que, même dans les cas où il est justifié de faire montre de déférence, la SAR doit tout de même procéder à un examen indépendant de la preuve sur laquelle la conclusion était fondée. La SAR

for those findings that attract a deferential review, an independent assessment of some form is also needed. Deference never equates to blind endorsement. The RAD majority's conclusions on the content of its deferential standard was not consistent with the Federal Court of Appeal's instructions in *Huruglica* that the RAD is not to review RPD decisions in the manner of a judicial review. Reasonableness review as developed for the judicial review has no application in the RAD context. To be reasonable, a deferential standard selected by the RAD cannot simply duplicate the supervisory role of the Federal Court on judicial review. The RAD reasonableness standard runs the risk of curtailing the opportunity to have flawed credibility determinations corrected.

The RAD's decision was accordingly sent back to be decided anew by a differently constituted panel. Finally, questions involving the issues in this case were certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 107(2), 107.1, 110, 111, 162(1), 163, 171(c).

CASES CITED

APPLIED:

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

CONSIDERED:

Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 167; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *X (Re)*, 2017 CanLII 142903

doit procéder à un examen de la plupart des conclusions de la SPR selon la norme de la décision correcte et substituer ses propres conclusions lorsqu'elles diffèrent de celles de la SPR. Toutefois, même pour les conclusions qui appellent à l'utilisation d'une norme de contrôle déférente, il est nécessaire de faire un examen indépendant, de quelque nature que ce soit. La déférence n'équivaut jamais à une approbation aveugle. Les conclusions des commissaires majoritaires de la SAR quant au contenu de sa norme déférente n'étaient pas compatibles avec les directives de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica* selon lesquelles la SAR ne doit pas procéder au contrôle des décisions de la SPR comme s'il s'agissait d'un contrôle judiciaire. L'examen selon la norme de la décision raisonnable qui a été élaboré pour les besoins du contrôle judiciaire ne s'applique pas dans le contexte de la SAR. Pour être raisonnable, une norme déférente façonnée par la SAR ne peut pas tout simplement reproduire le rôle de surveillance de la Cour fédérale dans le contexte du contrôle judiciaire. La norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR présente le risque de limiter la possibilité d'obtenir la correction de conclusions concernant la crédibilité qui sont viciées.

La décision de la SAR a donc été renvoyée pour qu'une nouvelle décision soit rendue par un tribunal différemment constitué. Enfin, trois questions soulevées dans la présente affaire ont été certifiées.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 107(2), 107.1, 110, 111, 162(1), 163, 171c).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ré: Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 234; *X (Re)*, 2017 CanLII

(I.R.B.); *X (Re)*, 2017 CanLII 61324 (I.R.B.); *X (Re)*, 2017 CanLII 142477 (I.R.B.); *Odia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 363; *Ozdemir v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 621; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726.

REFERRED TO:

Singh v. Canada (Citizenship and Immigration), 2014 FC 1077, [2015] 3 F.C.R. 414; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *R. v. Skinner*, 2016 NSCA 54, 374 N.S.R. (2d) 365; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Ahi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1028; *Moya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 315, [2016] 4 F.C.R. 113; *Koech v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 752; *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 199, [2008] 1 F.C.R. 155; *X (Re)*, 2017 CanLII 94169 (I.R.B.); *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199, [1991] F.C.J. No. 228 (QL) (C.A.); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Gebrewold*, 2018 FC 374; *R. v. Rhayel*, 2015 ONCA 377, 324 C.C.C. (3d) 362; *L. L. v. R.*, 2016 QCCA 1367, [2016] R.D.Q. n° 3828; *R. v. Pelletier*, 1995 ABCA 128, 165 A.R. 138; *R. v. R.D.*, 2016 ONCA 574, 342 C.C.C. (3d) 236; *Paye v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 685; *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319; *Khachatourian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 182; *Al Moussawi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 441; *Sinnaraja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 778; *Gabila v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 574, 43 Imm. L.R. (4th) 151; *Marin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 847, 44 Imm. L.R. (4th) 51; *Taqadees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1072; *Daniel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1049; *Kayitankore v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1030; *Guo v. Canada (Citizenship*

142903 (C.I.S.R.); *X (Re)*, 2017 CanLII 61324 (C.I.S.R.); *X (Re)*, 2017 CanLII 142477 (C.I.S.R.); *Odia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 363; *Ozdemir c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 621; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726.

DÉCISIONS CITÉES :

Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CF 1077, [2015] 3 R.C.F. 414; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *R. v. Skinner*, 2016 NSCA 54, 374 N.S.R. (2d) 365; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Ahi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1028; *Moya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 315, [2016] 4 R.C.F. 113; *Koech c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 752; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 199, [2008] 1 R.C.F. 155; *X (Re)*, 2017 CanLII 94169 (C.I.S.R.); *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Gebrewold*, 2018 CF 374; *R. v. Rhayel*, 2015 ONCA 377, 324 C.C.C. (3d) 362; *L. L. c. R.*, 2016 QCCA 1367, [2016] R.D.Q. n° 3828; *R. v. Pelletier*, 1995 ABCA 128, 165 A.R. 138; *R. v. R.D.*, 2016 ONCA 574, 342 C.C.C. (3d) 236; *Paye c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 685; *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319; *Khachatourian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 182; *Al Moussawi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 441; *Sinnaraja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 778; *Gabila c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 574; *Marin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 847; *Taqadees c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1072; *Daniel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1049; *Kayitankore c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1030; *Guo c. Canada*

and Immigration), 2017 FC 317; *Jeyaseelan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 278, 51 Imm. L.R. (4th) 313; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Doshi v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 710, [2019] 1 F.C.R. 157; *Workers Comp. of P.E.I. v. Dyment*, 2016 PECA 10; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Rozas del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 156.

AUTHORS CITED

Cameron, Hilary Evans. *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk and the Wrong Mistake*, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2018.

Daly, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope* (Cambridge (U.K.): Cambridge University Press, 2012.

Daly, Paul. "Effective Administrative Appeals (Again): Re X, 2017 CanLII 33034 (CA IRB)" *Administrative Law Matters* (16 July 2018), online (blog): <www.administrativelawmatters.com>.

Daly, Paul. "Les appels administratifs au Canada" (2015), 93 *Can. Bar Rev.* 71.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (I.R.B.)) by the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board upholding the decision of the Refugee Protection Division rejecting the applicants' claims for refugee protection. Application allowed.

APPEARANCES

Amedeo Clivio and *Cheryl Robinson* for applicants.

James Todd and *Amy King* for respondent.

Prasanna Balasundaram for intervener the Canadian Council for Refugees.

Anthony Navaneelan for intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Stéphanie Valois and *Guillaume Cliche-Rivard* for intervener l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

(*Citoyenneté et Immigration*), 2017 CF 317; *Jeyaseelan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 278; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Doshi c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 710, [2019] 1 R.C.F. 157; *Workers Comp. of P.E.I. v. Dyment*, 2016 PECA 10; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Rozas del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 156.

DOCTRINE CITÉE

Cameron, Hilary Evans. *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk and the Wrong Mistake*, Cambridge, R.-U. : Cambridge University Press, 2018.

Daly, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope* (Cambridge (R.-U.): Cambridge University Press, 2012.

Daly, Paul. « Effective Administrative Appeals (Again) : Re X, 2017 CanLII 33034 (CA IRB) » *Administrative Law Matters* (16 juillet 2018), en ligne (blog) : <www.administrativelawmatters.com>.

Daly, Paul. « Les appels administratifs au Canada » (2015), 93 *R. du B. can.* 71.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (C.I.S.R.)) rendue par la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés de rejeter les demandes d'asile des demandeurs. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Amedeo Clivio et *Cheryl Robinson* pour les demandeurs.

James Todd et *Amy King* pour le défendeur.

Prasanna Balasundaram pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Anthony Navaneelan pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Stéphanie Valois et *Guillaume Cliche-Rivard* pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

SOLICITORS OF RECORD

Clivio Law Professional Corporation, Toronto, for applicants.

Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Downtown Legal Services, Toronto, for intervening the Canadian Council for Refugees.

Refugee Law Office, Toronto, for intervening the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Doyon, Nguyen, Tutunjian et Cliche-Rivard, Montréal, et *Stéphanie Valois*, Montréal, for intervening l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

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

DINER J.:

I. Introduction

[1] The applicants are a Chilean family of refugee claimants whose claim was rejected by both the first and second level administrative tribunals. They have come to this Court seeking judicial review of the second tribunal decision [*X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (I.R.B.)] (Decision), made by the Refugee Appeal Division (RAD). The outcome of this judicial review turns on important but highly technical questions involving the standard of review applied by the RAD to its assessment of credibility findings made by the lower tribunal, the Refugee Protection Division (RPD). Despite the technicality of the legal issues being addressed, I attempt to explain the law and key legal concepts in a clear and simple way, including why I ultimately conclude that the Decision is fatally flawed and must be redetermined.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Clivio Law Professional Corporation, Toronto, pour les demandeurs.

Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP, Toronto, pour les demandeurs.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

Downtown Legal Services, Toronto, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Refugee Law Office, Toronto, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Doyon, Nguyen, Tutunjian et Cliche-Rivard, Montréal, et *Stéphanie Valois*, Montréal, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

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

LE JUGE DINER :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande présentée par une famille de demandeurs d'asile d'origine chilienne qui ont été déboutés devant le premier et le deuxième palier de tribunal administratif. Ils s'adressent à la Cour pour lui demander de procéder au contrôle judiciaire de la deuxième décision [*X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (C.I.S.R.)] (la décision), soit celle rendue par la Section d'appel des réfugiés (la SAR). L'issue du présent contrôle judiciaire est tributaire de questions importantes, mais fortement techniques, liées à la norme de contrôle que la SAR doit appliquer dans le contexte de son examen des conclusions quant à la crédibilité qui ont été tirées par le tribunal inférieur, la Section de la protection des réfugiés (la SPR). Malgré la nature technique des questions juridiques traitées, je tenterai d'expliquer le droit et les concepts juridiques déterminants de façon claire et simple, notamment les motifs pour lesquels je conclus, en fin de compte, que la décision est irrémédiablement viciée et qu'une nouvelle décision doit être rendue.

II. Background

[2] The family—a husband, wife and their two daughters—are citizens of Chile, where they claim that a loan shark is threatening to harm them over an unpaid, high-interest debt. This claim was determined not to be credible and, as a result, rejected first by the RPD, and then on appeal by the RAD. For those not familiar with the refugee determination process, both the RPD and the RAD are divisions of the Immigration and Refugee Board of Canada (I.R.B.)—the largest independent administrative tribunal in Canada specialized in refugee adjudication. The *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), provides the I.R.B. with its statutory jurisdiction.

[3] At first instance, an RPD member heard the applicants' claim over two days, on December 8, 2015 and January 7, 2016. The tribunal dismissed the claim in written reasons dated February 19, 2016, finding that the husband's and wife's stories were not credible and that adequate state protection was available to them in Chile.

[4] The applicants appealed to the RAD. In all preceding cases, RAD appeals, like RPD hearings, had been decided by a single panel member. However, on June 22, 2016, the I.R.B. Chairperson ordered the applicants' appeal to be heard by a three-member panel under section 163 of IRPA for the first time since the RAD's establishment in December 2012.

[5] The reason why the I.R.B. Chairperson ordered a three-member panel goes back to a claim involving a different family of refugee claimants, a case ultimately appealed in *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157 (*Huruglica*). In *Huruglica*, the Federal Court of Appeal held that, when considering the RPD's factual and legal conclusions on appeal, the RAD must typically apply a correctness standard of review.

II. Le contexte

[2] La famille est composée d'un homme, d'une femme et de leurs deux filles, tous des citoyens du Chili. Ils allèguent qu'un usurier menace de leur causer du tort en raison d'une dette impayée assujettie à un taux d'intérêt élevé. Cette allégation a été jugée non crédible et, par conséquent, elle a été rejetée par la SPR, puis par la SAR en appel. Pour ceux qui ne sont pas familiarisés avec le processus d'examen des demandes d'asile, la SPR et la SAR sont des sections de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la C.I.S.R.), le plus important tribunal administratif indépendant au Canada, qui se spécialise dans les décisions en matière de protection des réfugiés. La C.I.S.R. tire sa compétence de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[3] En première instance, un commissaire de la SPR a mis deux jours, soit le 8 décembre 2015 et le 7 janvier 2016, pour entendre la demande d'asile présentée par les demandeurs. Le tribunal a rejeté la demande d'asile dans des motifs écrits datés du 19 février 2016, dans lesquels il concluait que les récits de l'homme et de la femme n'étaient pas crédibles et que la famille pouvait se réclamer d'une protection de l'État adéquate au Chili.

[4] Les demandeurs ont interjeté appel auprès de la SAR. Toutes les affaires précédentes, ce qui comprend les appels instruits par la SAR et les audiences de la SPR, ont été tranchées par un tribunal constitué d'un seul commissaire. Cependant, le 22 juin 2016, le président de la C.I.S.R. a ordonné, en vertu de l'article 163, que l'appel des demandeurs soit instruit par un tribunal de trois commissaires, ce qui constituait une première depuis la création de la SAR en 2012.

[5] La raison pour laquelle le président de la C.I.S.R. a ordonné la constitution d'un tribunal de trois commissaires est liée à une demande d'asile présentée par une autre famille, qui avait en fin de compte fait l'objet d'un appel et qui s'est soldée par l'arrêt *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157 (*Huruglica*). Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a statué que la SAR doit habituellement appliquer la norme de contrôle de la décision correcte

[6] What the Federal Court of Appeal left open in *Huruglica*, however, was the question of how the RAD should show restraint or deference to some of the RPD's conclusions on credibility where the RPD was better-positioned to make them. Therefore, the I.R.B. Chairperson decided that this RAD appeal provided the factual backdrop for a three-member panel, which has a precedential effect for future RAD and RPD panels (IRPA, paragraph 171(c)). This would allow the RAD to develop its own law in appeals on credibility findings, as *Huruglica* had urged.

[7] The RAD's three-person panel decided this appeal in a May 17, 2017 split decision. Both the two-member majority and the single-member minority upheld the RPD's refusal, but each under a different analytical framework and for different reasons. In short, the RAD majority decided that:

- (i) the RAD owes deference to the RPD's credibility findings in some situations;
- (ii) these situations may arise in various different contexts, in which the RPD has a meaningful advantage in making such credibility conclusions; and
- (iii) in order to show deference when one of these situations arises, the RAD will not interfere with the conclusions if the RPD's reasoning process was comprehensible, and if the RPD's conclusions were based on the evidence.

[8] Applying its framework to the evidence before it, the RAD majority dismissed the family's appeal. What is

lorsqu'elle examine en appel les conclusions de fait et de droit tirées par la SPR.

[6] Cependant, dans l'arrêt *Huruglica*, la Cour d'appel fédérale avait laissé en suspens la question de savoir si la SAR devrait faire preuve de retenue ou de déférence à l'égard de certaines des conclusions de la SPR concernant la crédibilité dans les situations où cette dernière était dans une meilleure position pour tirer ces conclusions. Par conséquent, le président de la SPR a jugé que le contexte factuel de l'appel interjeté auprès de la SAR se prêtait à une instruction devant un tribunal constitué de trois commissaires, conférant ainsi à la décision un caractère contraignant pour les tribunaux de la SAR et de la SPR (LIPR, alinéa 171c)). Cela permettrait à la SAR d'élaborer son propre droit lorsqu'elle siège en appel relativement à des conclusions concernant la crédibilité, comme la Cour d'appel fédérale le lui avait demandé avec insistance dans l'arrêt *Huruglica*.

[7] Le tribunal de la SAR constitué de trois commissaires a tranché cet appel en rendant, le 17 mai 2017, une décision partagée. Les deux commissaires majoritaires ainsi que la commissaire minoritaire ont confirmé le rejet de la demande d'asile prononcé par la SPR, mais en fonction d'un cadre analytique différent et pour différents motifs. En résumé, les commissaires majoritaires de la SAR ont décidé que :

- (i) la SAR doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR dans certaines situations;
- (ii) ces situations peuvent survenir dans différents contextes, dans lesquels la SPR a un avantage certain lorsqu'elle tire de telles conclusions concernant la crédibilité;
- (iii) la SAR, pour faire montre de déférence dans une telle situation, ne modifiera pas les conclusions si le raisonnement de la SPR est compréhensible et que ses conclusions sont fondées sur la preuve.

[8] Les commissaires majoritaires de la SAR, en appliquant leur cadre à la preuve dont ils disposaient, ont

problematic, however, is the RAD majority's framework regarding (ii), when there will be a meaningful advantage, and (iii) the concept of RAD reasonableness. The weaknesses in the RAD's Decision will be addressed below.

[9] The RAD minority also dismissed the appeal, but approached the legal analysis differently from the majority. In a nutshell, the minority concluded that some deference was owed where the RPD had a meaningful advantage in making credibility conclusions, but found that neither the framework, nor deference itself, should be defined to limit the RAD's authority to intervene in the RPD's decision, as it felt the majority had done.

[10] Before turning to the analysis of these issues, it is important to understand what lies at the heart of any judicial review, which is the standard of review that the Court applies to the decision maker below which, in this case, is the RAD.

III. Standard of Review

[11] The applicants have asked the Federal Court to judicially review the RAD's Decision under subsection 72(1) of IRPA. A judicial review is not an appeal or a rehearing of the applicants' case (*Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1077, [2015] 3 F.C.R. 414, at paragraph 9). Instead, the Federal Court's role on judicial review is far more limited and supervisory in nature, namely to ensure that the tribunal's decision is consistent with the rule of law (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 37).

[12] In other words, the Court's task on judicial review is not to retry cases. With respect to the applicants, this means that my role is not to decide their refugee claims. Rather, it is to review whether the RAD's Decision contains reviewable errors (*Tsleil-Waututh Nation v. Canada*

rejeté l'appel interjeté par la famille. Cependant, le cadre adopté par les commissaires majoritaires de la SAR pose problème en ce qui a trait au point (ii), à savoir les situations dans lesquelles il y aura un avantage certain, et au point (iii), en ce qui concerne le concept de la norme de la décision raisonnable de la SAR. Les lacunes dans la décision de la SAR seront traitées ci-dessous.

[9] La commissaire minoritaire de la SAR a elle aussi rejeté l'appel, mais elle a adopté une analyse juridique différente de celle des commissaires majoritaires. En résumé, la commissaire minoritaire a conclu qu'une certaine déférence s'impose à l'égard de la SPR lorsque cette dernière dispose d'un avantage certain pour tirer des conclusions concernant la crédibilité, mais elle a conclu que ni le cadre ni la déférence elle-même ne devraient être définis de manière à limiter le pouvoir de la SAR d'intervenir relativement à la décision de la SPR, comme elle jugeait que la majorité avait fait.

[10] Avant d'analyser ces questions en litige, il est important de comprendre l'élément fondamental de tout contrôle judiciaire, soit la norme de contrôle que la Cour applique à la décision du tribunal inférieur, soit, en l'espèce, la SAR.

III. La norme de contrôle applicable

[11] Les demandeurs, en vertu du paragraphe 72(1) de la LIPR, ont demandé à la Cour fédérale de procéder au contrôle judiciaire de la décision de la SAR. Un contrôle judiciaire n'est ni un appel ni un réexamen du dossier des demandeurs (*Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1077, [2015] 3 R.C.F. 414, au paragraphe 9). Lors d'un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a un rôle beaucoup plus limité; elle exerce la fonction de surveillance des cours de justice de s'assurer que la décision du tribunal respecte la primauté du droit (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 37).

[12] En d'autres termes, la Cour n'a pas pour tâche, lors d'un contrôle judiciaire, de mener un nouveau procès. En ce qui concerne les demandeurs, cela signifie que mon rôle n'est pas de rendre une décision quant à leur demande d'asile. Mon rôle est plutôt d'examiner si la

(*Attorney General*), 2017 FCA 128, at paragraphs 78 and 85). Should the Court find such errors, the appropriate remedy in such cases is, in general, to send the matter back for redetermination.

The Difference Between Correctness and Reasonableness Review

[13] In any judicial review, the Court must first select what standard of review applies to the issues raised. This is because the standard of review is the lens through which the Court analyzes the decision maker's conclusions to determine whether judicial intervention is warranted (see *R. v. Skinner*, 2016 NSCA 54, 374 N.S.R. (2d) 365 (*Skinner*), at paragraph 17).

[14] Today, there are only two such lenses: correctness and reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 34). A good analogy for this correctness versus reasonableness approach is darts. Sometimes, the decision maker must answer the question exactly as the reviewer deems correct, or hit the bull's eye. Nothing less will do for a correctness review, as there is no margin for error (*Skinner*, at paragraph 22); for a reasonableness review, the outer rings will do.

[15] Simply put, when a correctness lens is used, the reviewer decides the question before it exactly as it thinks it should. If the reviewer's conclusion ends up being different than the decision maker's, the reviewer will substitute its own answer as the correct one (*Dunsmuir*, at paragraph 50).

[16] For other types of questions, there is no one correct answer. This is where a reasonableness standard of review applies, and where there is typically a range

décision de la SAR contient des erreurs susceptibles de contrôle (*Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, aux paragraphes 78, 85). Si la Cour conclut à l'existence de telles erreurs, la réparation appropriée est généralement de renvoyer l'affaire à la SAR pour nouvelle décision.

La différence entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme de la décision raisonnable

[13] Dans tout contrôle judiciaire, la Cour doit d'abord choisir la norme de contrôle qu'elle appliquera aux questions soulevées. Cela s'explique par le fait que la norme de contrôle est le prisme à travers lequel la Cour analyse les conclusions du décideur pour établir si l'intervention judiciaire est justifiée (voir l'arrêt *R. v. Skinner*, 2016 NSCA 54, 374 N.S.R. (2d) 365 (*Skinner*), au paragraphe 17).

[14] De nos jours, il n'existe que deux prismes : la décision correcte et la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 34). Je vais expliquer la distinction entre la norme de la décision correcte et la norme de la décision raisonnable en faisant une analogie avec le jeu de fléchettes. Parfois, le décideur doit répondre à la question de la manière qu'exige la cour siégeant en révision, ou, lancer une fléchette dans le double centre. Rien d'autre ne suffira dans le contexte d'un contrôle effectué selon la norme de la décision correcte, puisqu'il n'existe aucune marge d'erreur (*Skinner*, au paragraphe 22); dans le contexte d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les cercles extérieurs suffiront.

[15] Autrement dit, lorsque la Cour examine le dossier dont elle est saisie à travers le prisme de la décision correcte, elle tranche la question exactement comme elle la perçoit. Si sa conclusion est en fin de compte différente de celle du décideur, la Cour substituera sa propre réponse, puisqu'il s'agit de la réponse correcte (*Dunsmuir*, au paragraphe 50).

[16] Pour les autres types de questions, il n'y a pas qu'une seule réponse correcte. C'est dans ces cas-là que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique

of acceptable approaches to and outcomes for the legal questions raised. The decision maker will have a margin of appreciation, or a range of acceptable solutions (*Dunsmuir*, at paragraph 47). Even if the conclusion is not the reviewer's preferred solution, the decision maker's process and outcome just has to fall somewhere in that range of possible outcomes, although, sometimes there is only one possible outcome.

[17] This view of a reasonableness review has been consistently reinforced by the Supreme Court in the decade since *Dunsmuir* (see for instance, *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (CHRC), at paragraph 55, and *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraphs 21–22).

[18] Turning back to our dartboard, in a reasonableness review, as long as the decision maker hits a point that is not out of bounds, the reviewer will not intervene: s/he does not have to hit what the Court views as the bull's-eye (*Skinner*, at paragraph 23). Most dart players will not be able to hit the bull's-eye, and in judicial review decision makers usually do not have to. Accordingly, tribunal decisions do not have to be perfect. On review, they should be approached as an organic whole, rather than the reviewer conducting a line-by-line treasure hunt for errors (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paragraph 54).

[19] Of the two standards that comprise judicial review today, it should not be surprising, then, that reasonableness is far more common than correctness. Indeed, the Supreme Court has recently indicated that, “[i]n most cases, a contextual assessment leads to the conclusion that the appropriate standard of review is reasonableness”

et qu’il existe habituellement un éventail de démarches et d’issues acceptables relativement aux questions juridiques soulevées. Le décideur dispose d’une marge de manœuvre, ou de différentes solutions acceptables (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Le processus adopté par le décideur et l’issue à laquelle il parvient n’a qu’à appartenir à ces issues possibles acceptables; il n’est pas nécessaire que la conclusion soit celle que préfère la cour siégeant en révision. Toutefois, dans certains cas, il n’existe qu’une seule issue possible.

[17] Cette façon de percevoir le contrôle selon la norme de la décision raisonnable a été constamment renforcée par la Cour suprême du Canada au cours de la décennie ayant suivi l’arrêt *Dunsmuir* (voir, à titre d’exemple, *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (CCDP), au paragraphe 55, et *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, aux paragraphes 21–22).

[18] Revenons à notre jeu de fléchettes. Dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, tant et aussi longtemps que le décideur lance sa fléchette dans les limites, la cour siégeant en révision n’interviendra pas : le décideur n’a pas à lancer sa fléchette dans ce que la Cour considère être le double centre (*Skinner*, au paragraphe 23). La plupart des joueurs de fléchettes ne seront pas capables de lancer la fléchette dans le double centre et, en contrôle judiciaire, les décideurs n’ont habituellement pas à être capables de le faire. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que les décisions des tribunaux administratifs soient parfaites. Lors du contrôle, ces décisions doivent être examinées comme un tout, et la cour siégeant en révision n’a pas à faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur (*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier; section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, au paragraphe 54).

[19] Par conséquent, des deux normes appliquées en contrôle judiciaire de nos jours, il n’est pas surprenant que la norme de la décision raisonnable soit bien plus fréquemment employée que la norme de la décision correcte. En fait, la Cour suprême du Canada a récemment mentionné que, « [d]ans la plupart des cas, l’analyse contextuelle

(*West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (*West Fraser*), at paragraph 8).

[20] Reasonableness—in name at least—thus appears to have become the default standard, not only in *West Fraser*, but also in other recent Supreme Court decisions such as *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772 (at paragraphs 45–47). Certainly, where the decision maker interprets the legislation that created the tribunal—its home statute—there is a strong presumption of reasonableness (*CHRC*, at paragraph 27). Here, the RAD was interpreting various sections of IRPA, its home statute.

[21] Ultimately, the difference between correctness and reasonableness comes down to deference. Deference is the attitude that must be adopted when conducting a reasonableness review. Deference means that on some questions, the reviewer must respect the decision maker's conclusions and accept them, even if the reviewer would have concluded differently based on the same arguments and evidence. This is because certain questions can be legitimately answered by an administrative decision maker in more than one way (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

[22] A correctness standard, on the other hand, requires no deference—the decision lies with the reviewer and no margin for error exists for the decision maker below. The reviewer undertakes its own analysis of the question raised (*Dunsmuir*, at paragraph 50; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795, at paragraph 28).

Which Standard Applies to this Judicial Review

[23] Now I turn to which standard of review, correctness or reasonableness, applies in this case. Here, the

mène à la conclusion que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable » (*West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser*), au paragraphe 8).

[20] La norme de la décision raisonnable — du moins par son nom — semble donc être devenue la norme par défaut, non seulement si l'on se fie à l'arrêt *West Fraser*, mais aussi aux autres récents arrêts de la Cour suprême du Canada, comme, par exemple, *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772 (aux paragraphes 45–47). Certes, lorsque le décideur interprète la loi ayant créé le tribunal (sa loi habilitante), il existe une forte présomption selon laquelle sa décision est assujettie à la norme de la décision raisonnable (*CCDP*, au paragraphe 27). En l'espèce, la SAR interprétait divers articles de la LIPR, sa loi habilitante.

[21] En fin de compte, la différence entre la norme de la décision correcte et la norme de la décision raisonnable tient à la déférence. La déférence est l'attitude qui doit être adoptée dans le contexte d'un contrôle assujetti à la norme de la décision raisonnable. La déférence signifie que, relativement à certaines questions, la cour siégeant en révision doit respecter les conclusions du décideur et les accepter, et ce, même si elle aurait tranché les questions de façon différente si on lui avait soumis les mêmes arguments et la même preuve. Il en est ainsi, parce que certaines questions peuvent être légitimement tranchées de plus d'une façon par un décideur administratif (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[22] D'un autre côté, la norme de la décision correcte n'appelle à aucune déférence : la cour siégeant en révision prend la décision et le décideur de l'instance inférieure ne dispose d'aucune marge de manœuvre. La cour siégeant en révision entreprendra sa propre analyse des questions soulevées (*Dunsmuir*, au paragraphe 50; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795, au paragraphe 28).

Quelle norme de contrôle s'applique en l'espèce?

[23] J'aborde maintenant la question de savoir s'il convient, en l'espèce, d'appliquer la norme de la décision

applicants say that the RAD erred in its answers to both of the key issues before it, namely:

1. Whether the RAD must apply a deferential standard of review when the RPD had a meaningful advantage in making a finding, using the majority's framework; and
2. whether in applying the framework to the facts, the applicants' appeal should have been dismissed.

[24] It is clear that the first issue is reviewable on a reasonableness standard because it involves the interpretation of IRPA, the RAD's home statute (*Huruglica*, at paragraph 30). This gives rise to a presumption of reasonableness, which has not been rebutted here (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at paragraph 138; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at paragraph 15).

[25] The second issue of whether the RAD's Decision was reasonable in light of the answer to the first question is also reviewable on a reasonableness standard, since it involves a matter of mixed fact and law (*Huruglica*, at paragraph 35). When it comes to questions of home statute interpretation, the range of reasonable answers can still be very narrow (*Huruglica*, at paragraph 44). In fact, sometimes the ordinary tools of statutory interpretation will permit only one reasonable answer (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 38; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraphs 34 and 64).

correcte ou la norme de la décision raisonnable. Dans la présente affaire, les demandeurs affirment que la SAR a commis une erreur dans sa réponse aux deux questions principales dont elle était saisie, soit :

1. La question de savoir si, selon le cadre d'analyse de la majorité, la SAR doit appliquer une norme de contrôle déférente dans une situation où la SPR avait un avantage certain pour tirer une conclusion;
2. La question de savoir si, en appliquant le cadre aux faits, l'appel des demandeurs aurait dû être rejeté.

[24] Il ne fait aucun doute que la première question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, puisqu'elle comporte l'interprétation de la LIPR, soit la loi habilitante de la SAR (*Huruglica*, au paragraphe 30). Cela soulève une présomption quant à l'applicabilité de la norme de la décision raisonnable, laquelle n'a pas été réfutée en l'espèce (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 138; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, au paragraphe 15).

[25] La deuxième question en litige, qui consiste à savoir si la décision de la SAR était raisonnable compte tenu de la réponse à la première question, est aussi susceptible de contrôle selon la norme de décision raisonnable, puisqu'elle comporte l'examen d'une question mixte de fait et de droit (*Huruglica*, au paragraphe 35). Les issues possibles raisonnables peuvent néanmoins être peu nombreuses (*Huruglica*, au paragraphe 44). En fait, certains des outils d'interprétation législative usuels n'ouvriront la porte qu'à une seule réponse raisonnable (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 38; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, aux paragraphes 34 et 64).

Conclusion on Standard of Review

[26] Therefore, for the issues at bar, I must decide whether the RAD's conclusions were reasonable—whether they were justified, transparent, and intelligible, and if they fall within the range of answers that are defensible in fact and law (*Dunsmuir*, at paragraph 47). Although I am applying a reasonableness standard of review to these issues, and although the first issue may only have a very narrow range of reasonable answers or even a single answer, I must still be careful not to conduct a disguised correctness review. That would be to decide, in my view, the bull's eye answer and then find that any other answer is unreasonable. Rather, the RAD's conclusion and the process of how the tribunal reached that outcome must be justified, transparent and intelligible.

IV. Analysis

Issue 1: Were the RAD's Conclusions on the Standard of Review Reasonable?

[27] To decide the first issue, I must first analyze whether the RAD made reasonable conclusions on its own standard of review for the RPD's credibility findings. To undertake this analysis, I will divide the first issue into the following three questions:

- (i) Did the RAD reasonably conclude that it must apply two standards of review—correctness to most of the RPD's findings, and deference to some of the RPD's findings relating to credibility?
- (ii) Did the RAD reasonably identify the conditions triggering the deferential standard?

La conclusion au sujet de la norme de contrôle applicable

[26] Par conséquent, en ce qui concerne les questions en litige soulevées en l'espèce, je dois trancher la question de savoir si les conclusions de la SAR étaient raisonnables, à savoir si elles étaient justifiées, transparentes et intelligibles, et si elles appartenaient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Bien que j'applique la norme de contrôle de la décision raisonnable à ces questions en litige, et que l'éventail de réponses raisonnables pour la première question en litige puisse être très restreint, voir même constitué d'une seule et unique réponse, je dois toutefois éviter de procéder à un contrôle selon la norme de la décision correcte de façon déguisée, car cela, selon moi, équivaudrait à déterminer la réponse exacte (soit, le double centre), et à ensuite conclure que toute autre réponse est déraisonnable. Il convient plutôt de juger si la conclusion de la SAR et le processus qu'elle a adopté pour parvenir à cette conclusion est justifié, transparent et intelligible.

IV. Analyse

La première question en litige : Les conclusions de la SAR quant à la norme de contrôle applicable étaient-elles raisonnables?

[27] Pour trancher la première question en litige, je dois d'abord procéder à une analyse à savoir si la SAR a tiré des conclusions raisonnables quant à la norme de contrôle qu'elle devait appliquer relativement aux conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR. Pour entreprendre cette analyse, je vais scinder la première question en litige en trois questions, à savoir :

- (i) La SAR a-t-elle raisonnablement conclu qu'elle doit appliquer deux normes de contrôle, soit la norme de la décision correcte, à la plupart des conclusions tirées par la SPR, et la norme déferente, à certaines conclusions de la SPR concernant la crédibilité?
- (ii) La SAR a-t-elle raisonnablement relevé les conditions d'application de la norme déferente?

(iii) Did the RAD reasonably define the content of the deferential standard?

[28] Before proceeding to my analysis of these three questions, I note that the first issue before me is quite narrow, despite the breadth of argument and analysis offered by the parties. Specifically, when the RPD makes a credibility finding based on oral evidence, and that finding is then challenged by way of appeal to the RAD, how does the RAD go about determining whether it should intervene? That is really what is meant by standard of review.

[29] Under a correctness standard, the RAD intervenes if the finding does not line up with its own reading of the record. If deference is due, then another framework must guide the RAD's review for error. My task is, therefore, simply to determine the reasonability of the RAD majority's conclusions.

Question (i): Did the RAD reasonably conclude that it must apply two standards of review—correctness to most of the RPD's findings, and deference to some of the RPD's findings relating to credibility?

The RAD on Question (i)

[30] In its majority decision, the RAD found that it should show deference to some findings of the RPD in specific cases. The RAD majority based this conclusion primarily on two observations.

[31] First, credibility is normally determined on the basis of an oral hearing. The majority relied, in part on what it described as “the seminal Singh decision” (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177), which found, regarding credibility findings made solely on the basis of written submissions [at page 214 (paragraph 59)]:

(iii) La SAR a-t-elle raisonnablement défini le contenu de la norme déferente?

[28] Avant d'analyser ces trois questions, j'aimerais faire remarquer que la première question en litige, malgré la richesse des arguments et de l'analyse produite par les parties, est de portée plutôt étroite. Plus précisément, lorsque la SPR tire une conclusion en matière de crédibilité fondée sur des témoignages, et que cette conclusion est par la suite contestée au moyen d'un appel à la SAR, comment la SAR détermine-t-elle si elle doit intervenir? Il s'agit là de l'essence même de la norme de contrôle.

[29] La SAR, lorsqu'elle applique la norme de la décision correcte, intervient si la conclusion ne correspond pas à sa propre interprétation du dossier. Si elle doit faire preuve de déférence, son examen visant à la présence d'une erreur est orienté par un autre cadre. Ma tâche consiste donc simplement à juger si les conclusions des commissaires majoritaires de la SAR étaient raisonnables.

La question (i) : La SAR a-t-elle raisonnablement conclu qu'elle doit appliquer deux normes de contrôle, soit la norme de la décision correcte, à la plupart des conclusions tirées par la SPR, et la norme déferente, à certaines conclusions de la SPR concernant la crédibilité?

La SAR au sujet de la question (i)

[30] Dans sa décision, la majorité de la SAR a conclu qu'elle devrait faire preuve de déférence à l'égard de certaines des conclusions de la SPR dans des cas bien précis. Les commissaires majoritaires de la SAR ont fondé cette conclusion principalement sur deux observations.

[31] Tout d'abord, la crédibilité est habituellement déterminée en fonction d'un témoignage. La majorité s'est fondée en partie sur ce qu'elle décrivait comme étant « l'arrêt de principe *Singh* » (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177), dans lequel il est mentionné ce qui suit au sujet des conclusions concernant la crédibilité tirées uniquement en fonction d'observations écrites [à la page 214 (paragraphe 59)] :

... where a serious issue of credibility is involved, fundamental justice requires that credibility be determined on the basis of an oral hearing. Appellate courts are well aware of the inherent weakness of written transcripts where questions of credibility are at stake and thus are extremely loath to review the findings of tribunals which have had the benefit of hearing the testimony of witnesses in person....

[32] Second, under IRPA, the majority noted that while an oral hearing is always held by the RPD, the RAD rarely does so. The RAD majority concluded that the RPD is generally in a better position to make credibility findings and has expertise in doing so, which would justify some deference to those findings. It also referred to cases from the Federal Court supporting this conclusion, see *Ahi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1028, at paragraph 13; *Moya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 315, [2016] 4 F.C.R. 113, at paragraphs 29 and 42; and *Koech v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 752, at paragraph 32.

[33] Thus, the first question to answer in this judicial review is whether the RAD majority reasonably found that it should apply two standards of review: a correctness standard to most of the RPD's findings, and a deferential standard as the exception to some of the RPD's findings pertaining to credibility. The parties and interveners in this application diverge significantly on this question. They also argue different approaches as to how I should answer it.

Parties' Positions on Question (i)

[34] The Minister maintains that the question has already been decided by the Federal Court of Appeal in *Huruglica*, which, in his view, answered it by holding that the RAD is to apply a deferential standard of review to some RPD credibility findings where it has a

[...] [L]orsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition. Les cours d'appel sont bien conscientes de la faiblesse inhérente des transcriptions lorsque des questions de crédibilité sont en jeu et elles sont donc très peu disposées à réviser les conclusions des tribunaux qui ont eu l'avantage d'entendre les témoins en personne [...]

[32] Deuxièmement, la majorité a fait remarquer que la SPR tient toujours une audience, alors que la SAR ne le fait que rarement. Les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que la SPR est généralement mieux placée pour tirer des conclusions concernant la crédibilité et qu'elle dispose de l'expertise pour le faire, ce qui justifie de faire preuve d'une certaine déférence à l'égard de ce type de conclusions. Les commissaires majoritaires ont aussi renvoyé aux décisions de la Cour fédérale appuyant cette conclusion, notamment *Ahi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1028, au paragraphe 13; *Moya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 315, [2016] 4 R.C.F. 113, aux paragraphes 29 et 42, et *Koech c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 752, au paragraphe 32.

[33] Donc, la première question à laquelle il faut répondre dans le contexte du présent contrôle judiciaire est celle de savoir si la majorité de la SAR a raisonnablement conclu qu'elle devait appliquer deux normes de contrôle, soit la norme de contrôle de la décision correcte, à la plupart des conclusions tirées par la SPR, et une norme de contrôle déférente, à titre exceptionnel, à certaines des conclusions de la SPR se rapportant à la crédibilité. Les parties et les intervenants dans la présente instance divergent de façon importante d'opinions quant à cette question. Ils ont aussi formulé des arguments au sujet des différentes démarches que je devrais adopter pour y répondre.

Les positions des parties au sujet de la question (i)

[34] Le ministre maintient que la question a déjà été tranchée dans l'arrêt *Huruglica* par la Cour d'appel fédérale, laquelle, selon lui, y a répondu en statuant que la SAR doit appliquer une norme de contrôle déférente à certaines inférences en matière de crédibilité tirées par

meaningful advantage (see *Huruglica*, at paragraph 70, as reproduced later in these reasons).

[35] Conversely, two of the interveners, the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees (CARL/CCR) who presented joint submissions, focus on the plain language of IRPA's relevant sections and argue that these sections allow for only one standard of review for all factual findings: correctness. CARL/CCR submit that the Federal Court of Appeal's comments on deference in *Huruglica* refer only to the RAD's remedial power to remit a case back to the RPD for redetermination, and not to the lens it must use when examining the substantive part of a RPD decision.

[36] Similar to CARL/CCR, the applicants submit that the RAD must review all findings for correctness. However, they differ in proposing that deference can nevertheless play a limited role alongside a correctness review.

[37] The third intervener, l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration (AQAADI), shares the applicants' view of the RAD's role, although it notes that deference is more of a theoretical rather than a real option for the RAD. This is due to the nature of the underlying statute (i.e. IRPA) and because, according to AQAADI, there is almost never a situation where deference will be justified.

[38] The controversy between the parties comes down to how they read the comments in *Huruglica* on the RAD's standard of review in RPD appeals. The Federal Court of Appeal reformulated this Court's certified question, answering it as follows at paragraph 106 of *Huruglica*:

la SPR lorsque cette dernière a un avantage certain (voir l'arrêt *Huruglica*, au paragraphe 70, reproduit plus loin dans les présents motifs).

[35] Dans la même veine, deux des intervenants, l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les réfugiés (l'ACAADR et le CCR), qui ont présenté des observations conjointes, mettent l'accent sur le libellé clair des dispositions pertinentes de la LIPR et prétendent que ces dispositions n'ouvrent la porte qu'à l'application d'une seule norme de contrôle à toutes les conclusions de fait, soit la norme de la décision correcte. L'ACAADR et le CCR soutiennent que les commentaires au sujet de la déférence qui ont été formulés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica* renvoient uniquement au pouvoir de réparation de la SAR qui consiste à renvoyer une affaire à la SPR pour que cette dernière rende une nouvelle décision, et non au prisme à travers lequel elle doit examiner une décision de la SPR sur le fond.

[36] Les demandeurs, tout comme l'ACAADR et le CCR, soutiennent que la SAR doit examiner toutes les conclusions selon la norme de la décision correcte. Cependant, contrairement à ces deux intervenants, ils proposent que la déférence puisse néanmoins jouer un rôle limité dans le contexte d'un examen effectué selon la norme de la décision correcte.

[37] La troisième intervenante, l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration (l'AQAADI), est du même avis que les demandeurs au sujet du rôle de la SAR, quoiqu'elle fait remarquer que la déférence est davantage une possibilité théorique que réelle pour la SAR. Il en est ainsi en raison de la loi sous-jacente (soit, la LIPR) et parce que, selon l'AQAADI, il n'existe pratiquement pas de situations dans lesquelles il est justifié de faire preuve de déférence.

[38] Le litige entre les parties se résume à leur interprétation des passages de l'arrêt *Huruglica* se rapportant à la norme de contrôle appliquée par la SAR lorsqu'elle siège en appel de décisions rendues par la SPR. La Cour d'appel fédérale a reformulé cette question certifiée par la Cour, et y a répondu ainsi au paragraphe 106 de l'arrêt *Huruglica* :

Was it reasonable for the RAD to limit its role to a review of the reasonableness of the RPD's findings of fact (or mixed fact and law), which involved no issue of credibility?

Answer: No. The RAD ought to have applied the correctness standard of review to determine whether the RPD erred.

[39] In coming to this answer, the Federal Court of Appeal considered the purpose and object of the statute, as well as the RAD's and the RPD's legislative scheme under sections 110 and 111 of IRPA. It referred to paragraph 111(2)(a), holding that the RAD must intervene when the RPD is wrong in fact or law. The Federal Court of Appeal noted that this translates to a correctness standard as confirmed by IRPA's legislative evolution and history, which the RAD majority referred to at paragraph 18 of its Decision.

[40] The Federal Court of Appeal also made certain observations about paragraph 111(2)(b) of IRPA, which empowers the RAD to refer a case back to the RPD for redetermination, where it is of the opinion that it cannot confirm or set aside the RPD's decision without hearing the evidence presented before the RPD. These comments are central both to the outcome of *Huruglica* and to the issue before me, and I reproduce them here in full [at paragraphs 69–74]:

I now turn to paragraph 111(2)(b). It provides that once an error has been identified (paragraph 111(2)(a)), the RAD may refer the matter back for redetermination with the directions that it considers appropriate only if it is “of the opinion” that it cannot make a decision confirming or setting aside the RPD decision without hearing the evidence presented before the RPD. This possibility acknowledges the fact that in some cases where oral testimony is critical or determinative in the opinion of the RAD, the RAD may not be in a position to confirm or substitute its own determination to that of the RPD.

This also recognizes that there may be cases where the RPD enjoys a meaningful advantage over the RAD in

Était-il raisonnable de la part de la SAR de limiter son rôle à l'examen du caractère raisonnable des conclusions de fait (ou des conclusions mixtes de fait et de droit) de la SPR, lesquelles ne mettent pas en cause la question de la crédibilité?

Réponse : Non. La SAR aurait dû appliquer la norme de la décision correcte dans le cadre de son examen visant à décider si la SPR a commis une erreur.

[39] La Cour d'appel fédérale, pour parvenir à cette réponse, a tenu compte de l'objet de la loi ainsi que du régime législatif applicable à la SAR et à la SPR qui est prévu aux articles 110 et 111 de la LIPR. Elle a renvoyé à l'alinéa 111(2)a) et elle a conclu que la SAR doit intervenir lorsque la SPR commet une erreur de fait ou de droit. La Cour d'appel fédérale a fait remarquer qu'en pratique, cela signifie que la SAR doit appliquer la norme de la décision correcte, comme le confirment l'historique législatif et l'évolution de la LIPR, dont les commissaires majoritaires de la SAR ont fait mention au paragraphe 18 de la décision.

[40] La Cour d'appel fédérale a aussi formulé certaines observations à propos de l'alinéa 111(2)b) de la LIPR; cette disposition habilite la SAR à renvoyer une affaire à la SPR pour nouvelle décision lorsqu'elle est d'avis qu'elle ne peut pas confirmer ou annuler la décision de la SPR sans réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à la SPR. Ces commentaires sont d'une importance capitale, autant pour l'issue de l'arrêt *Huruglica* que pour celle du litige dont je suis saisi, et je les reproduis dans leur intégralité ci-dessous [aux paragraphes 69 à 74] :

J'examinerai maintenant l'alinéa 111(2)b), disposant que si une erreur a été relevée (alinéa 111(2)a)), la SAR peut renvoyer l'affaire pour réexamen, selon les instructions qu'elle juge appropriées, seulement si elle « estime » qu'elle ne peut confirmer ou casser la décision rendue par la SPR sans réexamen des éléments de preuve qui ont été présentés à celle-ci. Cette possibilité est offerte parce qu'il peut arriver que, dans certaines affaires mettant en cause des témoignages de vive voix cruciaux ou déterminants aux yeux de la SAR, celle-ci ne soit pas en mesure de confirmer une décision de la SPR ou d'y substituer la sienne.

Ce texte reconnaît également l'avantage certain que peut avoir la SPR sur la SAR lorsque les conclusions de

making findings of fact or mixed fact and law, because they require an assessment of the credibility or weight to be given to the oral evidence it hears. It further indicates that although the RAD should sometimes exercise a degree of restraint before substituting its own determination, the issue of whether the circumstances warrant such restraint ought to be addressed on a case-by-case basis. In each case, the RAD ought to determine whether the RPD truly benefited from an advantageous position, and if so, whether the RAD can nevertheless make a final decision in respect of the refugee claim.

One can imagine many possible scenarios. For example, when the RPD finds a witness straightforward and credible, there is no issue of credibility *per se*. This will also be the case when the RAD is able to reach a conclusion on the claim, relying on the RPD's findings of fact regarding the relative weight of testimonies and their credibility or lack thereof.

Problems will occur when the credibility findings themselves are disputed on appeal, and the RAD has no way to reach a conclusion without endorsing or rejecting those findings. If the RAD can identify an error in situations where, for example, a claimant was not found credible because his story was not plausible based on common sense, the RPD may have no real advantage over the RAD.

Similarly, there may also be cases where a finding that a witness is not credible was based on discrepancies that could not justify such a conclusion or that simply did not exist. If the assessment of the oral evidence contains an error which the RAD can easily identify, but the weight to be given to this testimony is essential to determine whether the RPD decision should be confirmed or set aside, the RAD may conclude that it is a proper case to refer back to the RPD with specific directions in respect of the error identified in the credibility findings.

That said, it is not appropriate to say more about the various scenarios that may arise, for they are not before us. The RAD should be given the opportunity to develop its own jurisprudence in that respect; there is thus no need for me to pigeon-hole the RAD to the level of deference owed in each case.

[41] The Minister argues that, since ordinarily the same standard would apply to all findings of fact, the Federal Court of Appeal must be taken as having turned its attention to the RPD's factual findings relating to credibility. By excluding such credibility findings from its answer to

fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit reposent sur l'appréciation de la crédibilité ou de la valeur des témoignages de vive voix. Il indique aussi que, étant entendu que la SAR doit parfois faire preuve d'une certaine retenue avant de rendre sa propre décision, la question de savoir si les circonstances commandent pareille retenue doit être appréciée au cas par cas. Dans chaque cas, la SAR doit rechercher si la SPR a joui d'un véritable avantage et si, le cas échéant, elle peut néanmoins rendre une décision définitive relativement à une demande d'asile.

Il existe plusieurs cas de figure possibles. Ainsi, si la SPR a trouvé un témoin honnête et crédible, la question de la crédibilité ne se pose pas vraiment. Il en est de même si la SAR peut statuer sur la demande en se fiant aux conclusions de fait de la SPR quant à la valeur relative des témoignages et à leur crédibilité.

Les difficultés se produisent lorsque la crédibilité des conclusions elles-mêmes est attaquée en appel et que la SAR ne peut trancher sans accepter ou rejeter ces conclusions. Si la SAR relève une erreur dans un cas où, par exemple, un demandeur n'a pas été jugé crédible parce que son récit n'était pas plausible selon le simple bon sens, il peut s'avérer que la SPR n'ait pas de véritable avantage sur la SAR.

Il peut aussi arriver qu'il ait été conclu que le témoin n'était pas crédible en raison de contradictions qui ne justifient pas cette conclusion ou qui tout simplement n'existent pas. Si la SAR peut facilement relever une erreur dans l'appréciation des témoignages de vive voix, mais qu'il est essentiel de connaître la valeur de ce témoignage pour confirmer ou casser la décision de la SPR, la SAR peut décider de renvoyer l'affaire à la SPR et donner ses instructions concernant l'erreur relevée dans les conclusions concernant la crédibilité.

Cela étant dit, je ne vois pas l'utilité d'en dire plus sur les autres cas de figure possibles puisqu'ils ne jouent pas en l'espèce. La SAR doit avoir la possibilité de développer sa propre jurisprudence à ce sujet; il n'est donc pas nécessaire que je lui donne des précisions sur le degré de déférence commandé par chaque affaire.

[41] Le ministre prétend que, puisqu'en temps normal la même norme s'appliquerait à toutes les conclusions de fait, on peut présumer que la Cour d'appel fédérale a porté son attention sur les conclusions de fait de la SPR ayant trait à la crédibilité. En excluant ces conclusions

the certified question, it ruled that the correctness standard was not the appropriate standard of review.

[42] The Minister argued that credibility findings were a central feature of *Huruglica*, flowing from the Federal Court of Appeal's observations about when the RPD may enjoy a meaningful fact-finding advantage. As such, these are not *obiter* (incidental or extraneous) comments, as suggested by others in submissions.

[43] CARL/CCR counter that such a view wholly misreads *Huruglica*. They argue that, at the quoted paragraphs 69–74, the Federal Court of Appeal was only referring to the deference that the RAD may show in its choice of remedy, and not in its task of reviewing the RPD's decision for error.

[44] In explaining their interpretation of *Huruglica*, CARL/CCR refer to the inquisitorial process played by the RAD. To explain, in an inquisitorial proceeding, the decision maker plays a more active role, such as questioning the witnesses. In an adversarial proceeding, the decision-maker plays a less active role, and acts more as of a referee who observes, intervening only on a limited basis (see *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 199, [2008] 1 F.C.R. 155, at paragraphs 15, 18 and 28).

[45] Turning back to CARL/CCR, they argue that when the Federal Court of Appeal mentioned the RPD's meaningful advantage, it was referring to the RPD's ability to shape the inquisitorial record through an oral hearing, which the RAD cannot ordinarily do. Based on this rationale, CARL/CCR assert that the RAD wrongly concluded that the RPD holds any advantage in the ability to interpret the record. CARL/CCR argue that the comments in *Huruglica* on deference are wholly unrelated to standard of review. Rather, they are solely related to the RAD's remedial powers under section 111 of IRPA.

concernant la crédibilité de sa réponse à la question certifiée, la Cour d'appel fédérale a statué que la norme de contrôle de la décision correcte n'était pas celle qu'il convenait d'appliquer.

[42] Le ministre a prétendu que les conclusions concernant la crédibilité étaient un élément primordial de l'arrêt *Huruglica*, et ce, en raison des observations formulées par la Cour d'appel fédérale à propos des circonstances dans lesquelles la SPR peut bénéficier d'un avantage en matière d'établissement des faits. Par conséquent, il ne s'agit pas là de remarques incidentes ou superflues, comme d'autres l'ont laissé entendre dans leurs observations.

[43] L'ACAADR et le CCR répliquent en affirmant qu'une telle opinion découle d'une lecture tout à fait erronée de l'arrêt *Huruglica*. Ils prétendent qu'aux paragraphes 69 à 74 (cités ci-dessus), la Cour d'appel fédérale ne faisait que renvoyer à la déférence dont la SAR peut faire montre dans le choix de sa réparation, et non dans son examen de la décision de la SPR visant à y déceler l'existence d'erreurs.

[44] L'ACAADR et le CCR, pour expliquer leur interprétation de l'arrêt *Huruglica*, renvoient au processus inquisitoire de la SAR. Dans un tel processus, le décideur joue un rôle plus actif, notamment en interrogeant les témoins. Dans une instance contradictoire, le décideur joue un rôle moins actif, et agit davantage comme un arbitre qui observe, en intervenant seulement au besoin (voir *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 199, [2008] 1 R.C.F. 155, aux paragraphes 15, 18 et 28).

[45] Pour revenir à l'ACAADR et au CCR, ils prétendent que, lorsque la Cour d'appel fédérale a fait mention de l'avantage certain dont jouissait la SPR, elle renvoyait à la capacité de la SPR de façonner le dossier inquisitoire au moyen d'une audience, ce que la SAR ne peut pas faire en temps normal. S'appuyant sur ce raisonnement, l'ACAADR et le CCR font valoir que la SAR a commis une erreur en concluant que la SPR détient quelque avantage que ce soit en ce qui concerne sa capacité d'interpréter le dossier. L'ACAADR et le CCR prétendent que les commentaires formulés par la Cour

[46] With respect to the standard of review that the RAD must apply to the RPD's credibility findings, CARL/CCR argue that the plain language meaning of IRPA, along with the Federal Court of Appeal's statutory analysis in *Huruglica*, leads to only one result: that the RAD must review all RPD findings on a correctness basis.

[47] CARL/CCR argue that no other reading is defensible, considering that:

- (a) the RAD has sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact under subsection 162(1) of IRPA;
- (b) a person may appeal to the RAD on a question of fact under subsection 110(1) of IRPA;
- (c) the RAD must either confirm the RPD's determination, substitute its own determination, or refer the matter back if the RAD cannot do so without hearing the evidence (IRPA, subsection 111(1) and (2)); and
- (d) per their reading of *Huruglica*, the statute empowers the RAD to review all RPD findings for correctness.

[48] CARL/CCR further argue that a correctness review of all RPD findings is supported by the RAD's legislative purpose. They note that prior to the creation of the RAD, two RPD members used to sit in determination of each refugee claim. The RAD was meant to introduce efficiencies in the refugee determination process without diminishing the safety net of having every claim independently decided by two members.

d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica* en ce qui a trait à la déférence n'ont aucunement trait à la norme de contrôle. En fait, ils portent plutôt sur le pouvoir de la SAR de prendre des mesures de réparation en vertu de l'article 111 de la LIPR.

[46] En ce qui a trait à la norme de contrôle que la SAR doit appliquer aux conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR, l'ACAADR et le CCR prétendent que, d'après le sens ordinaire des termes employés dans la LIPR et d'après l'analyse de la loi effectuée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica*, il n'y a qu'une seule issue possible : la SAR doit examiner toutes les conclusions de la SPR selon la norme de la décision correcte.

[47] L'ACAADR et le CCR prétendent qu'aucune autre interprétation n'est justifiable, étant donné que :

- a) la SAR a la compétence exclusive pour instruire et trancher toutes les questions de fait au titre du paragraphe 162(1) de la LIPR;
- b) une personne peut interjeter appel à la SAR à l'égard d'une question de fait, au titre du paragraphe 110(1) de la LIPR;
- c) la SAR doit confirmer la décision de la SPR ou y substituer sa propre décision, ou lui renvoyer l'affaire si elle ne peut faire une telle chose sans tenir une nouvelle audience en vertu du réexamen des éléments de preuve (paragraphe 111(1) et (2) de la LIPR);
- d) selon leur interprétation de l'arrêt *Huruglica*, la loi habilite la SAR à contrôler toutes les conclusions de la SPR selon la norme de la décision correcte.

[48] L'ACAADR et le CCR prétendent aussi que le principe voulant que la norme de la décision correcte s'applique à toutes les conclusions de la SPR est confirmé par le mandat que la loi confère à la SAR. Ces intervenants font remarquer qu'avant la création de la SAR, chaque demande d'asile devait être instruite par deux commissaires de la SPR. Le but de la création de la SAR était de rendre plus efficace le processus décisionnel d'octroi

[49] The applicants share CARL/CCR's view that IRPA unambiguously requires a correctness review for all findings of fact. They emphasize that, when *Huruglica* equated the use of the word wrong (IRPA, paragraph 111(2)(a)) to a correctness review, the Federal Court of Appeal noted "it would make little sense to give the word 'wrong' a different meaning depending on whether it relates to the words 'in law', 'in fact' or 'in law and in fact'" (at paragraph 65). The applicants assert that it would make no sense to interpret wrong differently depending on whether the factual finding at issue relates to credibility or not.

[50] Unlike CARL/CCR, the applicants acknowledge *Huruglica* envisioned a role for deference, but argue that the RAD should only show deference outside the ambit of standard of review; they say that the RAD's deference should be expressed as a restraint before applying a correctness standard.

[51] At the hearing, the applicants suggested that deference was understood in this way by Professor Daly in his theories of "doctrinal" and "epistemic deference" (Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2012, at pages 7–9). Professor Daly explained these concepts of deference as representing reasonableness and the giving of weight, respectively.

[52] The applicants also refer to the Federal Court of Appeal's analysis in *Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170 (*Re: Sound*), which they say supports their approach to correctness with deference. Finally, the applicants argue that

de l'asile, sans amoindrir le filet de sécurité procuré par le fait que chaque demande d'asile est jugée de manière indépendante par deux commissaires.

[49] Les demandeurs partagent l'opinion de l'ACAADR et du CCR selon laquelle la LIPR exige expressément que la norme de la décision correcte soit appliquée lorsqu'il est question de conclusions de fait. Ils mettent l'accent sur le fait que, lorsque la Cour d'appel fédérale a assimilé l'emploi du mot « erroné » (LIPR, alinéa 111(2)a)) à l'application de la norme de la décision correcte dans l'arrêt *Huruglica*, elle a mentionné qu'« il ne serait guère logique de donner au mot "erroné" un sens différent selon qu'il se rapporte aux mots "en droit", "en fait" ou "en droit et en fait" » (au paragraphe 65). Les demandeurs font valoir qu'il serait insensé d'interpréter différemment le terme « erroné » selon que la conclusion de fait en question concerne la crédibilité ou non.

[50] Toutefois, contrairement à l'ACAADR et au CCR, les demandeurs reconnaissent que, selon l'arrêt *Huruglica*, la norme de déférence avait un rôle à jouer, mais ils prétendent que la SAR ne devrait faire montre de déférence que relativement à des questions qui ne sont pas visées par la norme de contrôle; ils affirment que la déférence dont la SAR doit faire montre devrait s'exprimer comme un exercice de retenue avant d'appliquer la norme de la décision correcte.

[51] Lors de l'audience, les demandeurs ont laissé entendre que le professeur Daly a donné l'interprétation qui précède à la déférence dans ses théories sur la [TRADUCTION] « déférence doctrinale » et la [TRADUCTION] « déférence épistémique » (Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope* (Cambridge (R.-U.) : Cambridge University Press, 2012, aux pages 7–9). Le professeur Daly a expliqué ces concepts de déférence comme représentant la décision raisonnable et la pondération, respectivement.

[52] Les demandeurs renvoient aussi à l'analyse effectuée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ré: Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170 (*Ré: Sonne*), laquelle, selon eux, appuie leur approche relativement

the RAD minority approach appropriately envisions a role for deference alongside a correctness review.

Analysis on Question (i)

[53] While the statutory interpretation proposed by CARL/CCR may have some merit, this Court is nonetheless constrained by the case law to conduct a reasonableness review of the RAD's Decision, particularly in light of the Federal Court of Appeal's observations in *Huruglica*. In my view, to construe the Federal Court of Appeal's comments as being strictly limited to deference on remedy, as CARL/CCR assert, would strain the text of that judgment given how the concept of deference is ordinarily understood.

[54] The Federal Court of Appeal specifically observed that problems would arise when the RPD's credibility findings themselves were challenged before the RAD (*Huruglica*, at paragraph 72, as reproduced above). Further, the general statutory analysis in *Huruglica* contained these observations on paragraph 111(2)(b) of IRPA [at paragraph 58]:

Sections 110 and 111, reproduced above, deal with appeals from the RPD to the RAD. Subject to my comments with respect to paragraph 111(2)(b), I generally agree with the RAD's finding that neither section 110 nor 111, nor the legislation as a whole, point to the need to show deference to the RPD's findings of fact. As acknowledged by the RAD in this case, these provisions evidence the legislator's intent that the RAD bring finality to the refugee claims determination process. [Emphasis added.]

[55] With respect to the applicants' position that deference can co-exist with a correctness review of all factual findings, I do not agree. Rather, correctness as a standard of

à la norme de la décision correcte avec déférence. Pour conclure, les demandeurs prétendent que, selon la démarche retenue à juste titre par la commissaire minoritaire de la SAR, la déférence a un rôle à jouer dans le cadre d'un examen effectué selon la norme de la décision correcte.

L'analyse relative à la question (i)

[53] Bien que l'interprétation de la loi proposée par l'ACAADR et le CCR ne soit pas dénuée de fondement, la Cour est néanmoins contrainte par la jurisprudence à procéder au contrôle de la décision de la SAR selon la norme de la décision raisonnable, surtout eu égard aux observations formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica*. Selon moi, donner aux commentateurs de la Cour d'appel fédérale l'interprétation selon laquelle la déférence s'applique strictement à la question des mesures de réparation, comme le font valoir l'ACCADR et le CCR, aurait pour effet, étant donné la manière avec laquelle le concept de déférence est généralement interprété, d'élargir la portée des termes employés dans ce jugement.

[54] La Cour d'appel fédérale a expressément fait remarquer que des difficultés surviennent lorsque la crédibilité des conclusions elles-mêmes est attaquée devant la SAR (*Huruglica*, au paragraphe 72, reproduit ci-dessus). En outre, l'analyse générale du texte législatif effectuée dans l'arrêt *Huruglica* contenait les observations suivantes au sujet de l'alinéa 111(2)(b) de la LIPR [au paragraphe 58] :

Les articles 110 et 111, reproduits précédemment, visent les appels interjetés auprès de la SAR à l'égard de décisions de la SPD. Sous réserve de mes observations concernant l'alinéa 111(2)(b), je souscris de manière générale à la conclusion de la SAR portant qu'il ne ressort ni des articles 110 et 111, ni de la loi dans son ensemble qu'il faille déférer aux conclusions de fait de la SPR. Comme la SAR l'a reconnu en l'espèce, ces dispositions témoignent de l'intention du législateur d'habiliter la SAR à assurer le règlement définitif des demandes de protection des réfugiés. [Non souligné dans l'original.]

[55] Je ne souscris pas à la position des demandeurs selon laquelle la déférence peut coexister avec l'application de la norme de la décision correcte à toutes les

review is defined by the absence of deference (*Dunsmuir*, at paragraph 34). In *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 167, the Federal Court of Appeal wrote: “[c]orrectness review has always been review without any deference. ‘Correctness with a degree of deference’ is a *non-sequitur*. It would be like describing a car as stationary but moving” (at paragraph 60).

[56] With this image in mind, the materials before me do not reflect that the Federal Court of Appeal envisioned a role for deference in the manner suggested by the applicants. As a result, I am not persuaded by the applicants’ argument that the RAD must apply a single correctness review to all of the RPD’s findings, and defer by showing restraint before applying correctness—even though I recognize that *Huruglica* at paragraph 70 (reproduced above) mentioned a degree of restraint twice.

[57] Finally, I do not find any merit to the sources that the applicants rely upon, namely *Re:Sound*, and Professor Daly’s views of doctrinal or epistemic deference.

[58] First, *Re:Sound* was decided on the basis of procedural fairness, and does not provide for correctness with some deference as a standard.

[59] Second, I do not find that Professor Daly’s review of doctrinal and epistemic deference changes any of the foregoing analysis regarding whether the RAD analysis of standard of review for credibility findings was reasonable.

conclusions de fait. La norme de la décision correcte se définit plutôt par l’absence de déférence (*Dunsmuir*, au paragraphe 34). Dans l’arrêt *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59, la Cour d’appel fédérale a affirmé ce qui suit : « Un contrôle selon la norme de la décision correcte a toujours été un contrôle sans aucune retenue. Le “caractère correct avec un certain degré de retenue” est intrinsèquement contradictoire. Ce serait comme décrire une voiture comme étant stationnaire mais en mouvement » (au paragraphe 60).

[56] Gardant cette image à l’esprit, je conclus que les documents dont je dispose ne démontrent pas que la Cour d’appel fédérale estimait que la déférence avait un rôle à jouer, comme l’affirment les demandeurs. Par conséquent, les arguments des demandeurs ne m’ont pas convaincu que la SAR doit appliquer une norme unique de la décision correcte à toutes les conclusions de la SPR, et faire preuve de déférence en faisant montre de retenue avant d’appliquer la norme de la décision correcte, et ce, bien que je reconnaisse que la Cour d’appel fédérale, au paragraphe 70 de l’arrêt *Huruglica* (reproduit ci-dessus), fait mention à deux reprises d’une certaine retenue.

[57] En dernier lieu, je ne crois pas que les sources sur lesquelles se fondent les demandeurs, soit la décision *Re:Sonne* et l’opinion du professeur Daly au sujet de la déférence doctrinale ou épistémique, soient bien fondées.

[58] Tout d’abord, la décision rendue dans l’arrêt *Ré:Sonne* était fondée sur une question d’équité procédurale, et elle n’appuie pas l’application, avec une certaine mesure de déférence, de la norme de la décision correcte.

[59] Deuxièmement, je ne crois pas que la rétrospective faite par le professeur Daly au sujet de la déférence doctrinale et épistémique change quoi que ce soit à l’analyse qui précède quant à la question de savoir si l’analyse effectuée par la SAR relativement à la norme de contrôle applicable aux conclusions en matière de crédibilité était raisonnable.

Conclusion on Question (i)

[60] Thus, it was reasonable for the majority to conclude that, under IRPA, it should apply two standards of review to RPD findings: correctness in most cases and deference on occasion. To the contrary, given the statutory analysis in *Huruglica*, this was clearly an outcome open to the RAD.

Question (ii): When should deference be triggered?

[61] The second question to be determined in this judicial review is whether the RAD majority reasonably set out the conditions triggering the application of a deferential standard of review. Put another way, for any given RPD finding, when should the RAD apply a correctness standard and when should it apply a deferential standard?

[62] At this point, it is useful to look at the conditions that trigger particular standards of review. First, in judicial review, the standard of review flows from a contextual analysis, unless the jurisprudence has already determined which standard applies to a particular category of question (*Dunsmuir*, at paragraph 62).

[63] Generally, deference is owed on questions of fact (see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 89, Rothstein J, concurring). When an appeal court reviews alleged errors of fact, a deferential standard of “palpable and overriding error” applies (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 10).

[64] Broadly speaking, one reason to apply a deferential standard of review to findings of fact is that first instance decision makers are thought to be better-positioned to assess credibility, due to their expertise in making factual

Conclusion au sujet de la question (i)

[60] Il était donc raisonnable pour la majorité de conclure que, sous le régime de la LIPR, elle devrait appliquer deux normes de contrôle aux conclusions tirées par la SPR : la norme de la décision correcte, dans la plupart des cas, et la norme de la déférence, à l’occasion. Au contraire, compte tenu de l’analyse de la loi effectuée dans l’arrêt *Huruglica*, il était clairement loisible à la SAR de tirer cette conclusion.

La question (ii) : Dans quels cas la SAR doit-elle faire montre de déférence?

[61] La deuxième question devant être tranchée dans le contexte du présent contrôle judiciaire est celle de savoir si la majorité de la SAR a raisonnablement énoncé les conditions déclenchant l’application d’une norme de contrôle déférente. Autrement dit, pour une conclusion donnée de la SPR, à quel moment la SAR devrait-elle appliquer la norme de la décision correcte et à quel moment devrait-elle appliquer une norme déférente?

[62] À ce stade-ci, il serait utile d’examiner les conditions qui déclenchent l’application d’une norme de contrôle ou de l’autre. Tout d’abord, lors du contrôle judiciaire, la détermination de la norme de contrôle applicable découle de l’analyse contextuelle, à moins que la jurisprudence n’ait déjà énoncé quelle norme de contrôle s’applique à une catégorie donnée de question (*Dunsmuir*, au paragraphe 62).

[63] Généralement, il convient de faire preuve de déférence quant aux questions de fait (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 89, motifs concordants du juge Rothstein). Lorsqu’une cour d’appel procède au contrôle d’erreurs de fait alléguées, c’est la norme déférente de l’« erreur manifeste et dominante » qui s’applique (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 234 (*Housen*), au paragraphe 10).

[64] De façon générale, l’un des motifs pour lesquels on applique une norme de contrôle déférente aux conclusions de fait est que les décideurs de première instance sont perçus comme étant mieux placés pour évaluer la crédibilité,

findings and their ability to see and hear witnesses (see *Khosa*, at paragraph 89; *Housen*, at paragraphs 12–14 and 18).

[65] The RAD, of course, is distinct from an appellate court, and thus many of the justifications for the deferential standard outlined in *Housen* (including respect for the integrity of the trial process and judicial economy) do not apply. When does deference apply to the RAD? I turn to its Decision to consider its findings on this key question under review today.

The RAD Decision on Question (ii)

[66] In the Decision, the RAD majority decided, based on its reading of *Huruglica*, that a deferential standard was only appropriate where the RPD truly had a meaningful advantage in making the finding at issue. The RAD majority held that such a determination must be made on a case-by-case basis and, where the RAD concludes that a meaningful advantage existed, it must explain why. The RAD majority, however, then went on to set out eight categories of RPD credibility findings. These are essentially a set of guidelines to be considered by future panels when the following situations arise, which I have numbered for ease of reference:

- (i) inconsistencies, contradictions and omissions;
- (ii) demeanour;
- (iii) specialized knowledge;
- (iv) relevant knowledge;
- (v) implausibilities;
- (vi) inferences;

en raison de leur expertise pour tirer des conclusions de fait et de leur capacité à voir ainsi qu’à entendre les témoins (voir *Khosa*, au paragraphe 89; *Housen*, aux paragraphes 12–14 et 18).

[65] Évidemment, la SAR n’est pas une cour d’appel, et, par conséquent, un bon nombre des motifs invoqués pour justifier l’application d’une norme de contrôle déférente qui ont été énoncées dans l’arrêt *Housen* (notamment le respect de l’intégrité du procès et l’économie judiciaire) ne s’appliquent pas. Dans quel cas, donc, la norme déférente s’applique-t-elle à la SAR? Je me penche maintenant sur la décision rendue par cette dernière afin d’examiner ses conclusions quant à cette question cruciale que je dois trancher.

La décision de la SAR quant à la question (ii)

[66] Dans la décision, les commissaires majoritaires de la SAR ont décidé, en se fondant sur leur interprétation de l’arrêt *Huruglica*, que le recours à une norme déférente ne convenait que, lorsque la SPR avait réellement un avantage certain pour tirer la conclusion en cause. Les commissaires majoritaires ont conclu que cette question doit être tranchée au cas par cas et que, dans les cas où la SAR conclut à l’existence d’un avantage certain, elle doit expliquer sa conclusion. Cependant, les commissaires majoritaires de la SAR ont ensuite décrit huit catégories de conclusions concernant la crédibilité que la SPR tire. Il s’agit là essentiellement d’un ensemble de directives devant être prises en considération par les tribunaux à l’avenir lorsque ces situations surviennent; je les ai numérotées par souci de commodité :

- (i) Incohérences, contradictions et omissions;
- (ii) Comportement;
- (iii) Connaissances spécialisées;
- (iv) Connaissances pertinentes;
- (v) Invraisemblances;
- (vi) Inférences;

(vii) documents; and

(viii) oral hearing.

[67] The RAD majority explained the context for each of these eight categories, some of which did not arise on the facts of this case. The RAD majority then reviewed when it might be at a disadvantage, and thus owe deference to the RPD for each of the eight categories, which I will briefly summarize below.

[68] First, the RAD majority noted that the RPD may have a meaningful advantage in assessing (i) inconsistencies, contradictions, and omissions in oral testimony. This is because the RPD sees and hears the witness, chooses which questions to ask, and listens to the answers.

[69] For the same reasons, the RAD majority also concluded that the RPD enjoys a meaningful advantage in the context of (ii) making demeanour findings.

[70] The RAD majority observed for (iii) specialized knowledge the RPD may sometimes have such knowledge that the RAD does not share. In that case, the RPD would be in a better position to make certain specialized knowledge findings and enjoy a meaningful advantage.

[71] The RAD majority also found that (iv) relevant knowledge is one area that might or might not provide a meaningful advantage to the RPD. The RAD majority explained this category as the claimant's level of knowledge with respect to religious or political views that are central to the refugee claim. It held that the RPD would enjoy no meaningful advantage when comparing testimony to documentary evidence. On the other hand, the RAD majority observed that the RPD might enjoy a meaningful advantage where the claimant had apparent difficulty in providing testimony, or was questioned by the RPD about inconsistencies or a lack of expected

(vii) Documents;

(viii) Audience.

[67] Les commissaires majoritaires de la SAR ont expliqué le contexte dans lequel s'inscrit chacune de ces huit catégories, dont certaines n'étaient pas applicables aux faits en l'espèce. Les commissaires majoritaires de la SAR ont ensuite passé en revue les situations dans lesquelles la SAR pourrait être désavantagée, et donc devoir faire preuve de déférence à l'égard de la SPR pour chacune de ces huit catégories. J'explique le tout ci-dessous.

[68] Tout d'abord, les commissaires majoritaires de la SAR ont relevé que la SPR peut avoir un avantage certain pour apprécier (i) les incohérences, contradictions et omissions dans les témoignages. Il en est ainsi parce que la SPR voit et entend les témoins, qu'elle choisit les questions qu'elle pose et qu'elle écoute les réponses.

[69] Pour les mêmes motifs, la majorité de la SAR a aussi conclu que la SPR dispose d'un avantage certain pour tirer des (ii) conclusions relativement au comportement.

[70] Les commissaires majoritaires de la SAR ont fait remarquer, relativement à la catégorie (iii), à savoir les connaissances spécialisées, que les commissaires de la SPR disposent parfois de connaissances spécialisées auxquelles la SAR n'a pas accès. Dans ce cas-là, la SPR est dans une meilleure position pour tirer certaines conclusions nécessitant des connaissances spécialisées et elle dispose alors d'un avantage certain.

[71] Les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que la catégorie (iv), soit celle des connaissances pertinentes, est l'une des catégories pour lesquelles la SPR dispose parfois d'un avantage certain. Les commissaires majoritaires de la SAR ont expliqué que cette catégorie a trait au niveau de connaissances d'un demandeur d'asile quant à des points de vue religieux ou politiques déterminants pour la demande d'asile. Ils ont statué que la SPR n'aurait aucun avantage certain lorsqu'elle compare le témoignage à la preuve documentaire. D'un autre côté, les commissaires majoritaires de SAR ont fait remarquer que la SPR peut avoir un avantage certain dans

knowledge, which would once again arise out of the RPD's ability to see, hear and question the witness.

[72] With respect to (v) implausibility findings and (vi) factual inferences, the RAD majority observed that, in most cases, it would be on equal footing with the RPD and thus have no meaningful advantage.

[73] Similarly, in (vii) findings based on documentary evidence, the RAD in most cases would be equally expert and able to review documents and make findings about them. However, the RAD majority observed that the RPD may have a meaningful advantage when assessing the veracity of original documents not before the RAD, relying on specialized knowledge about the document in question, questioning a claimant about inconsistencies relating to a document, or hearing an explanation provided by a witness.

[74] Finally, regarding (viii) oral hearings, the RAD majority noted that if it held an oral hearing and was able to see and hear witnesses, it would be at no disadvantage to the RPD regarding the subject matter of the hearing. It noted, however, that any RAD hearing is usually restricted to the issues raised in the appeal. For those findings not raised in the RAD hearing, the RPD would hold an advantage and would be owed deference.

Parties' Positions on Question (ii)

[75] The applicants in this case argue that the RAD majority erred in pre-emptively establishing categories of credibility findings warranting deference, instead of

les cas où le demandeur d'asile éprouve manifestement de la difficulté à témoigner ou qu'il a été questionné par la SPR au sujet d'incohérence ou d'une méconnaissance de quelque chose qu'il devrait connaître, avantage qui découlerait, une fois de plus, de sa capacité de voir, d'entendre et de questionner le témoin.

[72] En ce qui concerne les invraisemblances (catégorie (v)) et les inférences (catégorie (vi)), les commissaires majoritaires de la SAR ont fait remarquer que, dans la plupart des cas, elle serait sur un pied d'égalité avec la SPR, et que personne n'aurait un avantage certain.

[73] Dans la même veine, en ce qui concerne les conclusions fondées sur la preuve documentaire (catégorie (vii)), dans la plupart des cas, la SAR serait tout aussi experte et capable d'examiner les documents et de tirer des conclusions à leur sujet. Cependant, les commissaires majoritaires de la SAR ont fait remarquer que la SPR peut avoir un avantage certain lorsqu'elle évalue la véracité de documents originaux qui ne sont pas soumis à la SAR, parce qu'elle se fonde sur des connaissances spécialisées en ce qui concerne le document en question, qu'elle questionne un demandeur d'asile à propos d'incohérences ayant trait à un document ou qu'elle entend l'explication donnée par un témoin.

[74] Pour conclure, en ce qui concerne les audiences (catégorie (viii)), les commissaires majoritaires de la SAR ont fait remarquer que, lorsqu'elle tient une audience et qu'elle a donc la possibilité de voir et d'entendre les témoins, elle ne serait manifestement pas désavantagée par rapport à la SPR en ce qui concerne l'objet de l'audience. Ils ont cependant relevé que les audiences de la SAR sont normalement circonscrites aux questions soulevées dans l'appel. En ce qui concerne les conclusions qui ne sont pas soulevées dans l'appel à la SAR, la SPR détiendrait un avantage et cet avantage commanderait la déférence.

Les positions des parties au sujet de la question (ii)

[75] Les demandeurs en l'espèce prétendent que les commissaires majoritaires de la SAR ont commis une erreur en établissant, de façon anticipée, des catégories de

leaving it to be determined whether the RPD truly had a meaningful advantage on a case-by-case basis. They submit that the RAD established an unreasonably rigid approach, which ignores that there are many possible permutations and unique situations in any given case, such that the concept of meaningful advantage cannot be separated from the circumstances of the particular hearing within which a finding arises.

[76] The applicants also argue that, under the RAD's model, whether a meaningful advantage exists seems to turn almost entirely on whether the finding at issue arose from oral evidence. In the applicants' view, this will lead, in practice, to a deferential standard being applied by the RAD whenever the RPD's findings were based on oral evidence, which will lead, in turn, to an unreasonably broad band of deference, since virtually all credibility findings involve oral testimony and credibility is a core aspect of all refugee claims.

[77] The intervener AQAADI agrees with this position and submits that the RAD has, in certain subsequent decisions, failed to conduct a case-by-case analysis and has simply been deferential whenever the RPD's credibility findings were based on oral testimony (see, for instance, *X (Re)*, 2017 CanLII 94169 (I.R.B.), at paragraph 9).

[78] The Minister responds that the RAD majority did not err in setting out these categories since it made clear that the meaningful advantage inquiry must be done in every case. At the hearing of this application, counsel for the Minister suggested that the RAD was simply illustrating situations where the RPD was more likely to have a meaningful advantage. In the Minister's view, the RPD's meaningful advantage generally derives from the RPD's role in holding an oral hearing where it can observe testimonial evidence.

conclusions en matière de crédibilité qui commandent la déférence, plutôt que de conclure que la question de savoir si SPR avait véritablement un avantage certain devait être tranchée au cas par cas. Ils font valoir que la SAR a créé une approche déraisonnablement rigide qui ne tient pas compte des nombreuses permutations possibles et des situations uniques pouvant survenir dans un dossier donné. Ces permutations et situations uniques signifient que le concept d'avantage certain ne peut être isolé des circonstances de l'audience de laquelle découle la conclusion.

[76] Les demandeurs prétendent aussi que, selon le modèle de la SAR, la question de savoir si un avantage certain existe semble être presque entièrement tributaire de la question de savoir si la conclusion en cause découle des témoignages livrés à l'audience. Selon les demandeurs, cela conduira, concrètement, à l'application d'une norme déférente par la SAR dès que les conclusions de la SPR sont fondées sur des témoignages, ce qui conduira, par conséquent, au recours déraisonnablement large à la déférence, puisque pratiquement toutes les conclusions concernant la crédibilité sont liées aux témoignages et que la crédibilité est un aspect primordial de toutes les demandes d'asile.

[77] L'AQAADI, qui a qualité d'intervenante, souscrit à cette position et fait valoir que la SAR a, dans certaines décisions subséquentes, omis de procéder à une analyse au cas par cas et qu'elle a simplement fait preuve de déférence dès que les conclusions tirées par la SPR en matière de crédibilité étaient fondées sur les témoignages (voir, à titre d'exemple, *X (Re)*, 2017 CanLII 94169 (C.I.S.R.), au paragraphe 9).

[78] Le ministre répond que les commissaires majoritaires de la SAR n'ont pas commis une erreur en établissant ces catégories, puisqu'ils n'ont laissé aucun doute quant au fait que l'analyse relative à l'avantage certain doit être effectuée dans tous les cas. Lors de l'audition de la présente demande, l'avocat du ministre a soutenu que la SAR ne faisait qu'illustrer les situations dans lesquelles la SPR était plus susceptible d'avoir un avantage certain. Selon le ministre, l'avantage certain de la SPR découle généralement du fait qu'elle tient une audience, au cours de laquelle elle peut entendre les témoignages.

[79] The Minister adds that if future RAD panels misinterpret the guidance provided in these categories and, as a result, are overly deferential in their review of RPD decisions, then this is something that can be corrected on judicial review. The possibility of unreasonable future RAD decisions does not mean that the RAD majority's model is flawed.

Analysis on Question (ii)

[80] In my view, the RAD majority's conclusions on the conditions triggering a deferential standard of review are unreasonable. This is because the RAD majority failed to identify any principled framework for determining whether the RPD had a meaningful advantage in making a credibility finding in a given case. Although the RAD majority found that the RPD may be in a better position to make certain findings when it has seen, heard, and questioned a witness, it offered no way to determine if such a meaningful advantage truly exists on a case-by-case basis.

[81] When queried on this apparent weakness of the eight-category framework at the hearing and the lack of particular guidance, counsel for the Minister suggested that not all legal theories can be "reduced to a slogan on a coffee mug". While that may be the reality, I nonetheless find that it was not open to the RAD majority, sitting as part of a three-member panel, to hold that deference flows from the RPD's meaningful advantage.

[82] However, the RAD then provided little direction for identifying when such an advantage arises: for most of its categories, the RAD finds that meaningful advantage, if it existed, would arise as a result of the RPD seeing and hearing the claimant and witnesses. Although the RAD majority held that the RPD may have a meaningful advantage in situations where it has heard and seen a witness, in its subsequent review of the merits of the

[79] Le ministre renchérit en mentionnant que si les tribunaux de la SAR interprètent mal à l'avenir les directives fournies dans ces catégories et que, par conséquent, ils font preuve d'une trop grande déférence dans le cadre de leur examen des décisions de la SPR, cette erreur pourra être corrigée en contrôle judiciaire. La possibilité que la SAR rende des décisions déraisonnables en raison du modèle élaboré par les commissaires majoritaires de la SAR ne signifie pas que ce modèle est vicié.

Analyse concernant la question (ii)

[80] Selon moi, les conclusions tirées par les commissaires majoritaires de la SAR au sujet des conditions déclenchant l'application d'une norme de contrôle déférente sont déraisonnables. Cela s'explique par le fait que les commissaires majoritaires de la SAR n'ont pas fait mention d'un cadre fondé sur des principes pour trancher la question de savoir si la SPR avait un avantage certain pour tirer des conclusions concernant la crédibilité dans une affaire donnée. Bien que les commissaires majoritaires de la SAR aient conclu que la SPR peut être mieux placée pour tirer certaines inférences lorsqu'elle a vu, entendu et questionné un témoin, ils n'ont pas formulé de démarche permettant d'établir, au cas par cas, si l'avantage certain existe véritablement.

[81] L'avocat du ministre, lorsqu'on lui a posé des questions à l'audience au sujet de cette faiblesse apparente du cadre composé de huit catégories et de l'absence de directives bien précises, a affirmé que les théories juridiques ne peuvent pas toutes être [TRADUCTION] « réduites à un slogan figurant sur une tasse de café ». C'est peut-être vrai, mais je conclus néanmoins qu'il n'était pas loisible à la majorité du tribunal de trois commissaires de la SAR de conclure que la déférence découle de l'avantage certain dont jouit la SPR.

[82] Cependant, la SAR a fourni ensuite peu de directives pour déterminer quand un tel avantage existe : pour la plupart de ses catégories, la SAR conclut que l'avantage certain, le cas échéant, découle du fait que la SPR a vu et entendu le demandeur d'asile et les témoins. Bien que les commissaires majoritaires de la SAR aient jugé que la SPR peut avoir un avantage certain dans les cas où elle a entendu et vu un témoin, dans leur examen

RPD's decision it found that the RPD did in fact have a meaningful advantage whenever the finding at issue related to the applicants' oral testimony.

[83] The applicants point to several instances in the Decision where the RAD majority found that the RPD had a meaningful advantage justifying deference. In each case, the rationale was simply that the RPD had chosen which questions to ask, and saw and heard the witnesses' response. The RAD majority did not explain whether seeing and hearing the witness should always trigger a deferential standard nor why, in the applicants' particular case, it did. As noted by the applicants, these conditions of seeing and hearing the witness will always be present at an RPD hearing.

[84] One concrete way of determining whether the RPD was truly better-positioned and thus had a meaningful advantage in making a given finding would be to see if the basis for the impugned finding is disclosed in the record before the RAD. This was the general theme underpinning much of the argument before me at the hearing of this application. For instance, counsel for the Minister stated during oral argument that the concept of the RPD's meaningful advantage turns on information to which the RAD does not have access.

[85] Similarly, the applicants observe in their written materials that the RPD may make a credibility finding on the basis of an event or circumstance in the hearing room that is not captured in the hearing recording or transcript. In such cases, the RPD could be said to have a meaningful advantage in the sense that the basis for the finding would not be available to the RAD for independent scrutiny.

subséquent de la décision de la SPR sur le fond, ils ont conclu que la SPR avait bel et bien un avantage certain lorsque la conclusion en cause avait trait aux témoignages des demandeurs.

[83] Les demandeurs font ressortir plusieurs passages de la décision dans lesquels les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que la SPR avait un avantage certain justifiant ainsi qu'ils devaient faire montre de déférence. Dans chaque cas, la justification était simplement que la SPR avait décidé quelles questions elle allait poser, qu'elle avait vu les témoins et qu'elle avait entendu leurs réponses. Les commissaires majoritaires de la SAR n'ont pas expliqué si le fait de voir et d'entendre les témoins déclenchait toujours l'application d'une norme déférente, ni pourquoi cette norme avait été appliquée dans le cas précis des demandeurs. Comme l'ont fait remarquer les demandeurs, cette condition d'application de la norme déférente sera toujours déclenchée, car la SPR verra et entendra toujours les personnes qui témoignent lors de ses audiences.

[84] Une façon concrète d'établir si la SPR était véritablement mieux placée, et donc qu'elle avait un avantage certain pour rendre une conclusion donnée serait d'examiner si le fondement de la conclusion contestée figure dans le dossier soumis à la SAR. Il s'agissait du thème général qui est à la base d'une grande partie des arguments dont je disposais lors de l'audience de la présente demande. Par exemple, l'avocat du ministre a déclaré, lors des plaidoiries, que le concept de l'avantage certain dont dispose la SPR repose sur le fait que la SPR dispose de renseignements auxquels la SAR n'a pas accès.

[85] Dans la même veine, les demandeurs font remarquer dans leur documentation écrite que la SPR peut tirer une conclusion concernant la crédibilité en se fondant sur des situations ou des incidents qui se sont produits dans la salle d'audience et qui ne figurent pas dans l'enregistrement ou la transcription de l'audience. Dans de tels cas, on peut affirmer que la SPR dispose d'un avantage certain, en ce sens que la SAR ne disposerait pas des motifs pour lesquels la SPR a conclu comme elle l'a fait et qu'elle ne pourra pas les examiner de façon indépendante.

[86] At the hearing of this application, the applicants referred the Court to a number of cases in which their preferred approach has been adopted by the RAD in decisions post-dating the one currently under review. I will briefly review three such cases.

[87] First, in *X (Re)*, 2017 CanLII 142903 (I.R.B.), the RAD found no meaningful advantage because the errors raised in the appeal pertained to “obvious” inconsistencies and discrepancies (at paragraph 17). Referencing *Huruglica* and the majority in the RAD Decision, the RAD member held as follows [at paragraph 17]:

... my approach to the present appeal is to analyze the record and identify any errors that may have been committed by the RPD based on the issues identified in the Memorandum of Appeal. Then, I will render a decision in light of the evidence which forms part of the record. I note that the errors raised in this appeal pertain to inconsistencies and discrepancies in the evidence which are obvious on the face of the record. Having reviewed the entirety of the record and listened to the audio recording of the RPD hearing, I find that the RPD did not have a meaningful advantage over the RAD in assessing these discrepancies. As such, I have not shown the RPD deference with respect to these findings. [Footnote omitted.]

[88] Second, the RAD took a similar approach in *X (Re)*, 2017 CanLII 61324 (I.R.B.). There, the RAD member held that the RPD did not have a meaningful advantage because the issues related to “the substance of the testimony and not to any behavioural or any other item that the RPD could observe and the RAD could not” (at paragraph 8).

[89] Third, in *X (Re)*, 2017 CanLII 142477 (I.R.B.), the RAD panel held that, because it had listened to the recording of the hearing and read the RPD’s conclusions, no meaningful advantage existed [at paragraph 8]:

... In this case, even though some of the issues dealt with credibility assessments based on oral testimony, I do not

[86] Lors de l’instruction de la présente demande, les demandeurs ont renvoyé la Cour à un certain nombre de précédents dans lesquels l’approche qu’ils privilégient a été adoptée par la SAR dans des décisions postérieures à celles visées par le présent contrôle judiciaire. Je passerai brièvement en revue trois de ces précédents.

[87] Tout d’abord, dans la décision *X (Re)*, 2017 CanLII 142903 (C.I.S.R.), la SAR a conclu que la SPR n’avait pas un avantage certain, parce que les erreurs soulevées dans l’appel concernent des incohérences et divergences « évidentes » (au paragraphe 17). Le commissaire de la SAR, renvoyant à l’arrêt *Huruglica* et à la décision des commissaires majoritaires de la SAR en l’espèce, a tiré la conclusion suivante [au paragraphe 17] :

[...] mon approche du présent appel consiste à analyser le dossier et à relever toute erreur pouvant avoir été commise par la SPR d’après les questions soulevées dans le mémoire d’appel. Ensuite, je rendrai une décision à la lumière des éléments de preuve qui constituent le dossier. Je souligne que les erreurs relevées dans le présent appel concernent des incohérences et des divergences dans la preuve qui sont évidentes à première vue dans le dossier. Ayant examiné l’intégralité du dossier et écouté l’enregistrement audio de l’audience de la SPR, je conclus que la SPR n’avait pas un avantage certain sur la SAR pour évaluer ces divergences. Je n’ai donc pas fait preuve de déférence à l’égard de la SPR quant à ces conclusions. [Note omise.]

[88] Deuxièmement, la SAR a adopté une démarche similaire dans la décision *X (Re)*, 2017 CanLII 61324 (C.I.S.R.). Dans cette affaire, le commissaire de la SAR a statué que la SPR n’avait pas un avantage certain, parce que les questions en litige portaient sur « le contenu du témoignage et non sur des éléments comportementaux ou autres que la SPR pourrait observer, mais que la SAR ne pourrait pas » (au paragraphe 8).

[89] La troisième, soit la décision *X (Re)*, 2017 CanLII 142477 (C.I.S.R.), était un cas où le tribunal de la SAR a conclu, après avoir écouté l’enregistrement de l’audience et lu les conclusions de la SPR, qu’aucun avantage certain n’existait [au paragraphe 8] :

[...] Dans la présente affaire, même si certaines des questions concernaient des évaluations de la crédibilité fondées

find that the RPD was in an advantageous position, as I was able to listen to and understand the recording of the hearing as well as to review the conclusions of the RPD in its reasons, and I therefore do not review their findings on a reasonableness standard.

[90] I note that the rationale of the RAD on these points has been found reasonable by this Court on judicial review, see, for instance, *Odia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 363 (*Odia*) [at paragraph 5]:

Upon review of the RAD's decision, I see no basis upon which the Court's intervention is warranted. In this case, the RAD appropriately identified and stated its role in view of *Huruglica* (at para 103) to review the RPD's decision on a correctness standard, including the issue of credibility, and to conduct its own analysis of the record to determine whether the RPD had erred. The RAD reasonably determined that the RPD was not in an advantageous position to assess and determine the Applicant's credibility since the RAD was able to listen to and understand the recording of the RPD hearing and to review the RPD's conclusions in its reasons (see *Huruglica* at para 70).

[91] Under the approach taken in these three RAD decisions and in *Odia*, a deferential standard of review is applied only where a correctness review would not be practicable. This is consistent with *Ozdemir v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 621, in which Justice Zinn held that it was unreasonable for the RAD to review the RPD's credibility findings on a deferential standard, when the RAD was in as good a position as the RPD to assess the evidence [at paragraph 5]:

... Throughout the section on credibility the RAD states that the RPD's credibility findings were "reasonable" and never does its own analysis as to whether it would have reached a similar conclusion based on the evidence. I add that there was nothing in the RPD's credibility analysis that turned on the demeanour of the applicant in the witness box. Rather, the assessment of credibility was based on omissions and discrepancies between his Basis of Claim and his oral testimony. Accordingly, the RAD

sur les témoignages de vive voix, j'estime que la SPR n'a pas joui d'un avantage, car j'ai pu entendre et comprendre l'enregistrement de l'audience et examiner les conclusions de la SPR dans ses motifs, et je n'examine donc pas ses conclusions en appliquant la norme de la décision raisonnable.

[90] Je remarque que la justification donnée par la SAR sur ces points a été jugée raisonnable par la Cour en contrôle judiciaire : voir, à titre d'exemple, la décision *Odia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 363 (*Odia*) [au paragraphe 5] :

Après examen de la décision de la SAR, je ne vois aucun fondement justifiant l'intervention de la Cour. En l'espèce, la SAR a précisé et établi de façon appropriée son rôle eu égard à *Huruglica* (au paragraphe 103) d'examiner la décision de la SPR selon la norme de la décision correcte, y compris la question de crédibilité, et d'effectuer sa propre analyse du dossier pour déterminer si la SPR avait commis une erreur. La SAR a raisonnablement décidé que la SPR n'était pas dans une position avantageuse pour évaluer et déterminer la crédibilité de la demanderesse puisque la SAR a été en mesure d'écouter et de comprendre l'enregistrement de l'audience menée par la SPR, et d'examiner les conclusions de la SPR dans ses motifs (voir *Huruglica*, au paragraphe 70).

[91] Selon l'approche adoptée dans ces trois décisions de la SAR ainsi que dans la décision *Odia*, on applique une norme de contrôle déférente uniquement lorsqu'il ne serait pas possible de faire un examen selon la norme de la décision. Cette approche est compatible avec la décision *Ozdemir c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 621, dans laquelle le juge Zinn a jugé qu'il était déraisonnable de la part de la SAR d'examiner les conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR en fonction d'une norme déférente dans une situation où la SAR était aussi bien placée que la SPR pour apprécier la preuve :

[...] Tout au long de la partie sur la crédibilité, la SAR affirme que les conclusions de la SPR quant à la crédibilité sont « raisonnables » et n'effectue jamais sa propre analyse quant à savoir si elle en serait arrivée à une conclusion semblable au vu de la preuve. J'ajoute que rien dans l'analyse de la crédibilité de la SPR ne reposait sur le comportement du demandeur à la barre des témoins. L'évaluation de la crédibilité était plutôt fondée sur les omissions et les divergences entre son Fondement

was in as good a position as the RPD to make its own determination of the applicant's credibility based on the recording of the hearing, the documents, and the explanation offered to the RPD.

[92] If meaningful advantage occurs only where the RPD bases its decision on some factor that cannot be reproduced in the record, the situations in which the RPD is truly meaningfully advantaged would be relatively rare (see also *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726 (*R. v. N.S.*), at paragraphs 98–102 (Abella J., dissenting)).

[93] I agree with the interveners that the record before the RAD should, in most cases, fully disclose the information on which the RPD based its findings and permit the RAD to review them on a correctness basis. In my view, anything less would be inconsistent with the RPD's duty to make its credibility findings in clear and unmistakable terms (*Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199, [1991] F.C.J. No. 228 (QL) (C.A.)), at paragraph 6). Further, as a consequence of this duty, the RPD ends up creating a record that is commensurate with the RAD's robust appellate role.

[94] Of course, this also assumes that the RPD can, on occasion, reasonably make a credibility finding based on information to which the RAD would not have access on appeal. CARL/CCR dispute this and argue that the RAD is always in as good a position to make factual findings as the RPD.

[95] In this regard, CARL/CCR argue that information that a witness intends to convey must always be put into the record by the RPD. For instance, they cite the possibility of using a video of a witness performing a religious exercise, or a precise description of a questionable conduct issue, such as looking to counsel for answers when asked a question.

de la demande d'asile et son témoignage oral. Par conséquent, la SAR était tout aussi habilitée que la SPR à tirer sa propre conclusion quant à la crédibilité du demandeur au vu de l'enregistrement de l'audience, des documents et de l'explication offerte à la SPR.

[92] Si la SPR n'a un avantage certain que dans les situations où sa décision s'appuie sur un certain facteur qui ne peut pas être reproduit dans le dossier, les situations dans lesquelles la SPR a vraiment un avantage certain seraient relativement rares (voir aussi l'arrêt *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726 (*R. c. N.S.*), aux paragraphes 98 à 102 (la juge Abella, dissidente)).

[93] Je conviens avec les intervenants que le dossier dont dispose la SAR devrait, dans la plupart des cas, divulguer tous les renseignements sur lesquels la SPR s'est fondée pour tirer ses conclusions et permettre à la SAR de les examiner selon la norme de la décision correcte. Selon moi, toute autre solution serait incompatible avec l'obligation de la SPR de tirer ses conclusions concernant la crédibilité en termes clairs et explicites (*Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.), au paragraphe 6). En outre, en raison de cette obligation, la SPR finit par élaborer un dossier qui est à la hauteur du rôle solide de tribunal d'appel joué par la SAR.

[94] Évidemment, cette affirmation tient pour acquis que la SPR peut, à l'occasion, raisonnablement tirer une conclusion concernant la crédibilité en se fondant sur des renseignements sur lesquels la SAR n'aura pas accès en appel. L'ACAADR et le CCR contestent cette affirmation et ils prétendent que la SAR est toujours dans une aussi bonne position que la SPR pour tirer des conclusions de fait.

[95] À cet égard, l'ACAADR et le CCR prétendent que les renseignements qu'un témoin a l'intention de transmettre doivent toujours être versés au dossier par la SPR. Par exemple, les intervenants citent la possibilité d'avoir recours à une vidéo d'un témoin qui se livre à une activité religieuse, ou de faire une description précise d'une conduite qui soulève des préoccupations, comme lorsqu'un témoin regarde en direction du conseil pour obtenir des réponses lorsqu'on lui pose une question.

[96] In short, CARL/CCR contend that to the extent the record is deficient, whether by way of non-verbal or physical cues that raise doubts and lead to negative credibility findings, these should be explained clearly and in unmistakable terms by the decision maker, who must ensure that the record is clear.

[97] In any event, CARL/CCR argue that demeanour can never reasonably form the basis of a credibility finding. They say that demeanour only has relevance to the fact-finding process to the extent that it facilitates the RPD's inquisitorial function by alerting the RPD to useful lines of questioning and by allowing it to draw out content that can then be seen in the record and reviewed by the RAD.

[98] CARL/CCR further argue that, under IRPA's statutory scheme, the RAD is meant to function as a second risk assessment on the merits of each claim, and that the RAD must do this job even if the evidence before it is imperfect. They note that the RPD makes its findings based on imperfect evidence, which may include hearsay or affidavits from individuals not subject to cross-examination.

[99] I do not find this comparison useful. The RAD does not perform a *de novo* review but is constrained by the record before it and its appellate function (*Huruglica*, at paragraphs 79 and 103). Rather, I agree with the applicants that because it is not the RAD's role to carry out a *de novo* consideration of the claim, the RAD is tethered to the RPD's decision (see, for instance, *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Gebrewold*, 2018 FC 374, at paragraph 25).

[100] Like CARL/CCR, AQAADI also argues strongly against the relevance of demeanour evidence, referring the Court to cases that have expressed serious concerns regarding its use (including *R. v. Rhayel*, 2015 ONCA

[96] En résumé, l'ACAADR et le CCR soutiennent que, dans la mesure où le dossier comporte des lacunes, que ce soit en raison de l'absence d'indices non verbaux ou physiques qui soulèvent des doutes et mènent à des conclusions défavorables concernant la crédibilité, ces lacunes devraient être expliquées clairement et explicitement par le décideur, qui doit s'assurer que le dossier ne laisse pas place à interprétation.

[97] Quoi qu'il en soit, l'ACAADR et le CCR prétendent que le comportement ne peut jamais raisonnablement constituer le fondement d'une conclusion concernant la crédibilité. Ces intervenants affirment que le comportement est uniquement pertinent dans le contexte du processus d'établissement des faits, dans la mesure où celui-ci facilite la fonction inquisitoriale de la SPR en mettant cette dernière sur la piste de questions utiles à poser et en lui permettant de faire ressortir du contenu que la SAR peut lire dans le dossier et examiner.

[98] L'ACAADR et le CCR prétendent aussi que, selon le régime prévu par la LIPR, la SAR joue le rôle de second évaluateur des risques quant au fondement de chaque demande d'asile, et que la SAR doit s'acquitter de cette tâche, même si la preuve dont elle dispose n'est pas parfaite. Les intervenants font remarquer que la SPR tire ses conclusions en se fondant sur une preuve imparfaite, laquelle peut comprendre du ouï-dire ou des affidavits de personnes n'ayant pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire.

[99] Je ne juge pas cette comparaison utile. La SAR ne procède pas à un examen *de novo*; elle est limitée par le dossier dont elle dispose et par ses fonctions de tribunal d'appel (*Huruglica*, aux paragraphes 79 et 103). En fait, je conviens avec les demandeurs qu'étant donné que la SAR n'a pas pour rôle de procéder à un examen *de novo* de la demande d'asile, elle doit s'en tenir à la décision de la SPR (voir, à titre d'exemple, la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Gebrewold*, 2018 CF 374, au paragraphe 25).

[100] Comme l'ACAADR et le CCR, l'AQAADI s'oppose fortement à la pertinence de la preuve du comportement, en renvoyant la Cour à des précédents dans lesquels de sérieuses réserves avaient été exprimées relativement

377, 324 C.C.C. (3d) 362, at paragraphs 85–89; *L. L. v. R.*, 2016 QCCA 1367, [2016] R.D.Q. n° 3828, at paragraphs 88–90; *R. v. Pelletier*, 1995 ABCA 128, 165 A.R. 138, at paragraph 18). In fact, AQAADI states that in their research they could not find one RAD case where demeanour was the determinative reason for credibility concerns.

[101] However, AQAADI would not close the door to the possibility that the RPD may, in some cases, have a meaningful advantage. As a result, AQAADI stresses that the meaningful advantage inquiry must be properly undertaken in every case.

[102] The Minister counters that, while demeanour evidence has its shortcomings, its use remains permissible under Canadian law (see *R. v. R.D.*, 2016 ONCA 574, 342 C.C.C. (3d) 236, at paragraph 25). The Minister argues that fact-finding is not a science but rather a difficult and complex process to which demeanour has some relevance, referring to the following extract from *R. v. N.S.* [at paragraphs 26 and 27]:

Changes in a witness’s demeanour can be highly instructive; in *Police v. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, a New Zealand judge asked to decide whether witnesses could testify wearing burkas commented:

... there are types of situations ... in which the demeanour of a witness undergoes a quite dramatic change in the course of his evidence. The look which says “I hoped not to be asked that question”, sometimes even a look of downright hatred at counsel by a witness who obviously senses he is getting trapped, can be expressive. So too can abrupt changes in mode of speaking, facial expression or body language. The witness who moves from expressing himself calmly to an excited gabble; the witness who from speaking clearly with good eye contact becomes hesitant and starts looking at his feet; the witness who at a particular point becomes flustered and sweaty, all provide examples of circumstances which, despite cultural and language barriers, convey, at least in part by his facial expression, a message touching credibility. [para. 78]

à son utilisation (notamment, les décisions *R. c. Rhayel*, 2015 ONCA 377, 324 C.C.C. (3d), aux paragraphes 85 à 89; *L.L. c. R.*, 2016 QCCA 1367, [2016] R.D.Q. n° 3828, aux paragraphes 88 à 90; *R. v. Pelletier*, 1995 ABCA 128, 165 A.R. 138, au paragraphe 18). En fait, l’AQAADI énonce dans sa recherche qu’elle ne pouvait déceler un précédent de la SAR dans lequel le comportement fut un élément déterminant des réserves concernant la crédibilité.

[101] Cependant, l’AQAADI ne fermerait pas la porte à la possibilité que la SPR puisse, dans certains cas, avoir un avantage certain. Il s’ensuit qu’elle met l’accent sur le fait que l’analyse relative à l’avantage certain doit être réalisée de façon adéquate dans tous les cas.

[102] Le ministre réplique en affirmant que, bien que la preuve relative au comportement comporte des faiblesses, son utilisation reste permise en droit au Canada (voir la décision *R. v. R.D.*, 2016 ONCA 574, 342 C.C.C. (3d) 236, au paragraphe 25). Le ministre prétend, en renvoyant au passage suivant de l’arrêt *R. c. N.S.*, que l’établissement des faits n’est pas une science, mais plutôt un processus complexe et ardu dans lequel le comportement est d’une certaine pertinence [aux paragraphes 26 et 27] :

Les changements dans le comportement du témoin peuvent s’avérer fort révélateurs; dans *Police c. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408, un juge de la Nouvelle-Zélande appelé à décider si les témoins pouvaient déposer en portant des burkas a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] ... il existe des cas [...] où le comportement du témoin change radicalement au cours de sa déposition. Le regard qui dit « j’espérais ne pas avoir à répondre à cette question », parfois même un regard de pure haine porté sur l’avocat par un témoin qui a manifestement l’impression d’être pris au piège, peuvent être expressifs. Cela vaut également pour les changements brusques dans l’élocution, l’expression du visage ou le langage corporel. Le témoin qui passe d’une élocution calme au bafouillage nerveux; le témoin qui, au départ, parlait clairement et regardait son interlocuteur droit dans les yeux et qui commence à hésiter et à regarder ses pieds; le témoin qui, à un moment donné, devient nerveux et commence à transpirer, voilà autant d’exemples de situations où, malgré les obstacles culturels et linguistiques, le témoin transmet, du moins

On the record before us, I conclude that there is a strong connection between the ability to see the face of a witness and a fair trial. Being able to see the face of a witness is not the only — or indeed perhaps the most important — factor in cross-examination or accurate credibility assessment. But its importance is too deeply rooted in our criminal justice system to be set aside absent compelling evidence.

[103] I have been urged by the interveners to distinguish this body of case law, owing to the unique context of refugee determinations. I am indeed mindful of studies and literature that give pause about, as well as rationale to rethink, the basis of credibility determinations, including the work of Professor Hilary Evans Cameron in her recently published book *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk and the Wrong Mistake*, (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2018).

[104] However, I have not been persuaded to depart from the views of higher courts as well as a long line of jurisprudence from my Federal Court colleagues, that seeing and hearing a witness may confer a fact-finding advantage to the RPD (see, for instance, *Paye v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 685, at paragraph 14 with respect to the RAD and *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319, at paragraphs 41–45). This type of thinking is reasonable and underpins deference to factual findings in other areas of law.

[105] The RAD majority clearly had concerns about its inability to truly review, on a correctness standard, findings based on the RPD's proximity to a witness, and elements that could not be translated into the record. What was not reasonable for the RAD majority, however, was to give no guidance on how this factor should be considered under the categories they discuss. Matters simply relating to oral testimony cannot suffice as a reason for

en partie par l'expression de son visage, un message concernant sa crédibilité. [par. 78]

Au vu du dossier qui nous est présenté, je conclus qu'il existe un lien étroit entre la possibilité de voir le visage du témoin et la tenue d'un procès équitable. La possibilité de voir le visage du témoin n'est pas le seul — et probablement pas le plus important — facteur à prendre en considération dans le contexte du contre-interrogatoire ou de l'appréciation exacte de la crédibilité. Toutefois, son importance est trop enracinée dans notre système de justice pénale pour qu'on l'écarte en l'absence d'une preuve convaincante.

[103] Les intervenants m'ont imploré de m'écarter de ces précédents, en raison du contexte propre aux décisions en matière de droit des réfugiés. Je garde bel et bien à l'esprit les études et la doctrine, notamment les travaux de la professeure Hilary Evans Cameron dans son ouvrage récemment publié *Refugee Law's Fact-Finding Crisis: Truth, Risk and Wrong Mistake*, (Cambridge (R.-U.) : Cambridge University Press, 2018), qui donnent à réfléchir et amènent à repenser au fondement des conclusions concernant la crédibilité.

[104] Cependant, je n'ai pas été convaincu de m'écarter de l'opinion exprimée par les tribunaux supérieurs et dans la jurisprudence bien établie par mes collègues de la Cour fédérale selon laquelle le fait de voir et d'entendre un témoin peut conférer un avantage à la SPR en matière d'établissement des faits (voir, à titre d'exemple, la décision *Paye c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 685, au paragraphe 14, relativement à la SAR, et la décision *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319, aux paragraphes 41 à 45). Ce type de réflexion est raisonnable et constitue le fondement de la déférence dont on doit faire preuve relativement aux conclusions de fait dans les autres domaines de droit.

[105] Les commissaires majoritaires de la SAR avaient clairement des préoccupations à propos de l'incapacité de la SAR de véritablement examiner, selon la norme de la décision correcte, les conclusions fondées sur la proximité de la SPR avec un témoin ou avec des éléments ne pouvant pas figurer au dossier. Cependant, il n'était pas raisonnable de la part des commissaires majoritaires de la SAR de ne donner aucune directive quant à la manière

deference. Rather, the relevant factors must relate to oral testimony and be incapable of being captured in the record before the RAD. Only then could it be said that the RPD had a meaningful advantage over the RAD.

[106] Instead of explaining this divide, and analyzing when having heard oral testimony confers a meaningful advantage, the RAD majority seems to reason that having heard oral testimony in and of itself confers a meaningful advantage. In the end, this begs the question of when the RPD enjoyed a meaningful advantage, because that tribunal always hears oral testimony. In other words, the RPD always has a general advantage. The key question is, therefore, when that advantage becomes particular or specific to the oral testimony. Only then would it become a meaningful advantage, such that deference to the RPD is owed.

Conclusion on Question (ii)

[107] The RAD majority erred in failing to outline for future panels when the RPD's general fact-finding advantage becomes a specific, meaningful advantage, which in turn would justify the application of a deferential standard of review. In my view, the divergence in subsequent RAD cases on this question, as pointed out above, is reflective of the deficiencies in the RAD majority's model that make its Decision unreasonable.

Question (iii): What deference should look like

[108] In *Khosa*, the Supreme Court of Canada observed that, although most statutes identify the grounds of judicial review, only some statutes specify the applicable standard of review and fewer define the content of the specified standard (at paragraph 50). That indeed is the

avec laquelle ce facteur devrait être pris en considération dans leur analyse relative aux catégories de conclusions. Les questions se rapportant simplement aux témoignages livrés à l'audience ne peuvent pas constituer un motif justifiant de faire preuve de déférence. En fait, les facteurs pertinents doivent se rapporter aux témoignages et ne pas pouvoir être inclus dans le dossier dont dispose la SAR. Ce n'est qu'à ce moment-là que la SPR dispose d'un avantage certain sur la SAR.

[106] Plutôt que d'expliquer cette différence et d'analyser les situations où le fait d'entendre les témoignages confère un avantage certain à la SPR, les commissaires majoritaires de la SAR semblent adopter le raisonnement selon lequel le fait d'entendre les témoignages confère en soi à la SPR cet avantage. En fin de compte, cela soulève la question de savoir quand la SPR dispose d'un avantage certain, parce que ce tribunal entend toujours les témoignages. En d'autres termes, la SPR dispose, en tout temps, d'un avantage général. La question clé est donc de savoir dans quels cas cet avantage s'applique de manière précise aux témoignages. Ce n'est que dans ces cas que cet avantage devient un avantage certain et que la SAR doit faire preuve de déférence envers la SPR.

La conclusion quant à la question (ii)

[107] Les commissaires majoritaires de la SAR ont commis une erreur en omettant de décrire aux tribunaux qui seront constitués les cas où l'avantage général de la SPR en matière d'établissement des faits devient un avantage à la fois précis et certain, ce qui justifierait alors l'application d'une norme de contrôle déférente. Selon moi, la divergence dans les décisions subséquentes rendues par la SAR quant à cette question, comme je l'ai fait ressortir ci-dessus, reflète les lacunes dans le modèle élaboré par les commissaires majoritaires de la SAR qui font que sa décision est déraisonnable.

Question (iii) : Le contenu de la déférence

[108] Dans l'arrêt *Khosa*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que, bien que la plupart des lois énoncent les motifs de contrôle judiciaire, seules certaines lois précisent la norme de contrôle applicable et un nombre encore moins élevé de lois définissent le contenu de la

case here. The RAD reasonably found that, while IRPA allows for two standards of review, the meaning of the deferential standard is neither specified in the legislation nor by the Federal Court of Appeal in *Huruglica*. Rather, the Federal Court of Appeal left the responsibility of interpreting the concept of deference up to the RAD. Thus, the final question before me is whether the RAD drew reasonable conclusions on the content of its deferential standard.

[109] The parties to this application have made arguments about the various ways that deference *vis-à-vis* the RAD and the RPD find expression in the statutory scheme. For instance, the applicants have argued that IRPA integrates institutional deference, because a claimant cannot appeal to the RAD if the RPD finds their claim to be manifestly unfounded (IRPA, section 107.1) or to have no credible basis (IRPA, subsection 107(2)). CARL/CCR, on the other hand, have focused on the idea of remedial deference. Remedial deference occurs when the RAD remits a matter to the RPD instead of substituting its own determination of the outcome of the refugee claim.

[110] While I agree that these are both forms of deference, broadly construed, they do not assist in the real issue that was before the RAD—namely, how the RAD is supposed to tell if a specific credibility finding made by the RPD can stand.

The RAD Decision on Question (iii)

[111] In its analysis, the RAD was confronted with case law taking different positions on this issue. For instance, the RAD majority referred to cases pre-dating *Huruglica*, where the Federal Court found that it was an error for the RAD to use a reasonableness standard when reviewing the RPD's credibility findings (see, for instance, *Khachatourian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 182, at paragraphs 30–31). But the RAD also

norme en question (au paragraphe 50). C'est le cas en l'espèce. La SAR a raisonnablement conclu que, bien que la LIPR ouvre la porte à deux normes de contrôle, la teneur de la norme déférente n'est précisée ni dans la loi ni par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica*. En fait, la Cour d'appel fédérale a plutôt laissé à la SAR la responsabilité d'interpréter le concept de déférence. Donc, la dernière question dont je suis saisi est de savoir si la SAR a tiré des conclusions raisonnables quant au contenu de la norme déférente qu'elle doit appliquer.

[109] Les parties à la présente demande ont toutes présenté des arguments à propos des diverses manières par lesquelles la déférence envers la SAR et la SPR trouve son expression dans le régime législatif. Par exemple, les demandeurs ont prétendu que la LIPR intègre le concept de déférence institutionnelle, parce qu'un demandeur d'asile ne peut interjeter un appel auprès de la SAR si la SPR conclut que leur demande d'asile est manifestement infondée (LIPR, à l'article 107.1) ou qu'elle fait état dans sa décision de l'absence d'un minimum de fondement de la demande (LIPR, au paragraphe 107(2)). D'un autre côté, l'ACAADR et le CCR ont mis l'accent sur le concept de déférence quant à la réparation. Ces cas de déférence ont lieu lorsque la SAR renvoie une affaire à la SPR plutôt que de substituer sa propre décision quant à l'issue d'une demande d'asile.

[110] Bien que je convienne qu'il s'agit là, au sens large, de deux formes de déférence, celles-ci ne nous aident pas pour trancher la véritable question qui était soumise à la SAR, à savoir, comment cette dernière est-elle censée juger qu'une conclusion bien précise concernant la crédibilité tirée par la SPR peut être confirmée?

La décision rendue par la SAR quant à la question (iii)

[111] Dans le cadre de son analyse, la SAR était saisie de précédents dans lesquels différents points de vue étaient adoptés quant à cette question. À titre d'exemple, les commissaires majoritaires de la SAR ont renvoyé à des précédents antérieurs à l'arrêt *Huruglica*, dans lesquels la Cour fédérale a conclu que l'utilisation par la SAR de la norme de la décision raisonnable pour procéder à l'examen de conclusions concernant la crédibilité tirées

referred to decisions of this Court post-dating *Huruglica*, which held that the RAD should use a reasonableness standard in such circumstances (*Al Moussawi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 441, at paragraph 16; *Sinnaraja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 778, at paragraph 23).

[112] The RAD majority concluded that the level of deference to be shown to the RPD's credibility findings was not the same as that owed on judicial review because, even where deference was warranted, the RAD still had to independently review the evidence on which the finding was based. In other words, the RAD majority held that a reasonableness type of review was appropriate so long as the RAD also engaged in an independent analysis of the evidence.

[113] Specifically, the RAD majority settled on a standard of RAD reasonableness, where the RPD enjoyed a meaningful advantage in making a credibility finding. The RAD majority said that, although RAD reasonableness was not the same as the judicial review reasonableness standard, it would still rely on the jurisprudence explaining and defining reasonableness in the context of judicial review.

[114] The RAD majority turned to *Dunsmuir* in concluding that it should assess both process and outcome. That is to say, the RPD's finding would stand if it was the result of a comprehensible reasoning process, meaning that the RAD could read the RPD's conclusion and understand how it was reached, and its outcome was supported by the evidence.

par la SPR constituait une erreur (voir, à titre d'exemple, *Khachatourian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 182, aux paragraphes 30 et 31). Mais la SAR a aussi renvoyé à des décisions rendues par la Cour après l'arrêt *Huruglica* dans lesquelles elle a conclu que la SAR devait appliquer la norme de la décision raisonnable dans de telles circonstances (*Al Moussawi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 441, au paragraphe 16; *Sinnaraja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 778, au paragraphe 23).

[112] Les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que le degré de déférence dont il convenait de faire preuve envers les conclusions concernant la crédibilité tirées par la SPR n'était pas le même que celui dont la Cour doit faire preuve en contrôle judiciaire, parce que, même dans les cas où il est justifié de faire montre de déférence, la SAR doit tout de même procéder à un examen indépendant de la preuve sur laquelle la conclusion était fondée. En d'autres termes, les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu qu'il convenait d'appliquer une norme de contrôle pouvant être assimilée à la décision raisonnable, dans la mesure où la SAR s'est également livrée à une analyse indépendante de la preuve.

[113] Plus précisément, les commissaires majoritaires de la SAR ont conclu que la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR trouve application dans les situations où la SPR a un avantage certain pour tirer une conclusion concernant la crédibilité. Les commissaires majoritaires de la SAR ont affirmé que, bien que la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR ne soit pas identique à la norme de la décision raisonnable applicable en contrôle judiciaire, la SAR continuerait à se fonder sur la jurisprudence expliquant et définissant la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire.

[114] Les commissaires majoritaires de la SAR se sont ensuite penchés sur l'arrêt *Dunsmuir* et ont conclu que la SAR devrait analyser à la fois le processus et le résultat. C'est-à-dire que la conclusion de la SPR serait maintenue si elle a été le résultat d'un processus de raisonnement compréhensible, en ce sens que la SAR pouvait lire la conclusion de la SPR et comprendre comment cette

[115] The RAD majority's view made it implicit that a reasonableness type of standard of review could be used if the RAD also conducted an independent assessment of the matter before it.

Parties' Positions on Question (iii)

[116] The applicants argue that RAD reasonableness, the RAD's concept of deference, is unreasonable because it results in a duplication of the *Dunsmuir* framework at the administrative level. They say that this is contrary to *Huruglica* in which the Federal Court of Appeal held that the RAD is "not to review RPD decisions in the manner of a judicial review" (at paragraph 37).

[117] The applicants argue that the RAD majority's approach results in a situation of "double deference" as termed by Professor Daly in "Les appels administratifs au Canada" (2015), 93 *Can. Bar. Rev.* 71 (Les appels), at page 84. Double deference refers to the Federal Court being tasked with reviewing the reasonableness of the RAD's own reasonableness analysis.

[118] Accordingly, the applicants argue that any expression of deference by the RAD should be less than in a reasonableness review and should not use the language of judicial review. They submit that no other result can be supported by the statutory scheme as set out by IRPA.

[119] The applicants also rely on Professor Daly's analysis that the RAD is not a typical, generalist appeal tribunal, lacking the specialized expertise of the lower tribunal,

dernière a pu être tirée, et que l'issue était étayée par la preuve.

[115] L'opinion des commissaires majoritaires de la SAR rend implicite le fait qu'une norme de contrôle pouvant être assimilée à la décision raisonnable peut être employée si la SAR a également effectué un examen indépendant de l'affaire dont elle est saisie.

Les positions des parties au sujet de la question (iii)

[116] Les demandeurs prétendent que la norme raisonnable appliquée par la SAR, soit le concept de déférence appliqué par la SAR, est déraisonnable, parce cette norme entraîne comme résultat un dédoublement, au palier administratif, du cadre élaboré dans l'arrêt *Dunsmuir*. Ils affirment que cela va à l'encontre de l'arrêt *Huruglica*, dans lequel la Cour d'appel fédérale a jugé que le rôle de la SAR « ne consiste pas à examiner les décisions de la SPR selon la procédure de contrôle judiciaire » (au paragraphe 37).

[117] Les demandeurs prétendent que l'approche adoptée par les commissaires majoritaires de la SAR entraîne une situation que le professeur Daly a qualifiée de « double déférence » dans l'article « Les appels administratifs au Canada » (2015), 93 *R. du B. can.* 71 (Les appels), à la page 84. La double déférence renvoie à la situation où la Cour fédérale a pour tâche d'examiner le caractère raisonnable de l'analyse faite par la SAR quant au caractère raisonnable de la décision de la SPR dont elle est saisie.

[118] Par conséquent, les demandeurs prétendent que toute expression de déférence de la part de la SAR devrait être d'un degré moindre que celle prévue par la norme de la décision raisonnable et que la SAR ne devrait pas employer le langage du contrôle judiciaire. Ils soutiennent qu'aucun autre résultat ne prend appui dans le régime créé par la LIPR.

[119] Les demandeurs se fondent aussi sur l'analyse du professeur Daly pour affirmer que la SAR n'est pas un tribunal d'appel généraliste typique qui ne possède pas

but is rather a highly specialized tribunal itself (Les appels, at pages 75–76).

[120] The Minister argues that RAD reasonableness is sufficiently distinct from judicial review because the RAD must begin with an overall, independent assessment of the matter before it, while judicial review focuses on the decision maker’s reasons. RAD reasonableness, according to the Minister, is simply a term used by the RAD, with built-in flexibility that is both appropriate to the level of deference that the RAD should give to the RPD, and is thus reasonable.

[121] CARL/CCR argue that the RAD cannot independently assess the basis for a particular finding, while simultaneously reviewing it on a deferential standard. In their view, this exposes a fundamental and irreconcilable tension between the idea of a deferential review standard and the RAD’s duty to conduct an independent assessment. CARL/CCR say that this tension is also apparent in the reasoning of the RAD minority where the single member warned [at paragraph 155]:

Determining the degree of deference is a risky topic. If I were to qualify the RAD’s standard of review when it examines the RPD’s credibility findings, I would say that it should not be a standard that limits its authority to intervene. Despite the RPD’s advantageous position in some cases, the RAD’s approach involves taking a step back in order to better proceed with an independent and careful analysis of the evidence before it in an effort to determine whether the RPD committed an error warranting the RAD’s intervention.

Analysis on Question (iii)

[122] The RAD’s obligation to undertake an independent assessment bears further comment. In *Huruglica*, the Federal Court of Appeal did not specifically use the language of independent assessment. Nevertheless, subsequent cases have held that *Huruglica* endorsed a

l’expertise spécialisée du tribunal inférieur, mais est plutôt un tribunal d’appel hautement spécialisé (Les appels, aux pages 75–76).

[120] Le ministre prétend que la norme de la décision raisonnable appliquée par SAR est suffisamment distincte de la norme appliquée en contrôle judiciaire, parce que la SAR doit commencer son processus en examinant, de façon générale et indépendante, l’affaire dont elle est saisie, alors qu’en contrôle judiciaire, la Cour met l’accent sur les motifs du décideur. Le ministre affirme que la « décision raisonnable » n’est qu’un terme que la SAR utilise tout simplement, et que ce concept est intrinsèquement souple en ce sens qu’il convient au degré de déférence dont la SAR doit faire preuve à l’égard de la SPR, et qu’il s’agit donc d’une norme raisonnable.

[121] L’ACAADR et le CCR prétendent que la SAR ne peut effectuer un examen indépendant du fondement d’une conclusion donnée, tout en l’examinant selon une norme déférente. À leur avis, cela fait ressortir une contradiction fondamentale et irrécyclable entre l’idée d’une norme de contrôle déférente et l’obligation imposée à la SAR de procéder à un examen indépendant. L’ACAADR et le CCR affirment que cette contradiction est aussi apparente dans le raisonnement de la commissaire minoritaire de la SAR, dans lequel elle a livré l’avertissement suivant [au paragraphe 156] :

Déterminer le degré de déférence est un sujet hasardeux. Si je devais qualifier la norme de révision de la SAR lorsqu’elle examine des conclusions de crédibilité de la SPR, elle ne doit pas être une norme qui limite son pouvoir d’intervention. Malgré la position privilégiée dont bénéficie la SPR dans certains cas, la démarche de la SAR consiste à prendre un recul pour mieux procéder à un examen indépendant et attentif de la preuve dont elle dispose dans le but de déterminer si la SPR a commis un erreur justifiant son intervention.

L’analyse concernant la question (iii)

[122] Il convient de formuler des commentaires supplémentaires au sujet de l’obligation de la SAR de faire un examen indépendant. Dans l’arrêt *Huruglica*, la Cour d’appel fédérale n’a pas expressément utilisé le terme « examen indépendant ». Néanmoins, il a été conclu, dans

thorough, comprehensive, and independent review by the RAD (see, for instance, *Gabila v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 574, 43 Imm. L.R. (4th) 151, at paragraph 20; *Marin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 847, 44 Imm. L.R. (4th) 51, at paragraphs 32–33).

[123] It would seem, then, that an independent assessment could be seen as being antithetical to reasonableness review, and thus synonymous with correctness review (see *Taqadees v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1072, at paragraph 10; *Daniel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1049, at paragraphs 11–12; *Kayitankore v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1030, at paragraph 23).

[124] I agree with CARL/CCR that, if an independent assessment is understood as equating to correctness, the RAD majority could not reasonably marry this concept with deference. But this Court has also held that even a deferential review by the RAD involves an independent assessment of the evidence (see *Guo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 317, at paragraphs 15–19; *Jeyaseelan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 278, 51 Imm. L.R. (4th) 313, at paragraphs 19–21).

[125] What I take from the above case law is that, for most of the RPD's findings, the RAD is required to conduct a correctness review and substitute its own conclusions where they differ from those of the RPD. But even for those findings that attract a deferential review, an independent assessment of some form is also needed. Deference never equates to blind endorsement (see *Dunsmuir*, at paragraph 48).

[126] In brief, after considering the RAD majority's rationale, I do not find that their RAD reasonableness standard is distinguishable from the reasonableness standard

des décisions postérieures à l'arrêt *Huruglica*, que cet arrêt appuyait la proposition selon laquelle la SAR doit faire examen approfondi, complet et indépendant (voir, à titre d'exemple, la décision *Gabila c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 574, au paragraphe 20; *Marin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 847, aux paragraphes 32–33).

[123] Il semblerait alors que faire un examen indépendant pourrait être perçu comme étant en contradiction avec faire un examen selon la norme de la décision raisonnable, et donc synonyme avec faire un examen selon la norme de la décision correcte (voir les décisions *Taqadees c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1072, au paragraphe 10; *Daniel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1049, aux paragraphes 11 et 12; *Kayitankore c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1030, au paragraphe 23).

[124] Je conviens avec l'ACAADR et le CCR que, si l'examen indépendant est interprété comme étant équivalent à la norme de la décision correcte, les commissaires majoritaires de la SAR ne pouvaient pas raisonnablement conjuguer ce concept avec celui de la déférence. Toutefois, la Cour a aussi statué que, même dans un cas où la SAR a recours à une norme de contrôle déférente, elle doit faire un examen indépendant de la preuve (voir les décisions *Guo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 317, aux paragraphes 15 à 19; *Jeyaseelan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 278, aux paragraphes 19 à 21).

[125] Je retiens des précédents mentionnés ci-dessus que la SAR doit procéder à un examen de la plupart des conclusions de la SPR selon la norme de la décision correcte et substituer ses propres conclusions lorsqu'elles diffèrent de celles de la SPR. Toutefois, même pour les conclusions qui appellent à l'utilisation d'une norme de contrôle déférente, il est nécessaire de faire un examen indépendant, de quelque nature que ce soit. La déférence n'équivaut jamais à une approbation aveugle (voir *Dunsmuir*, au paragraphe 48).

[126] En résumé, après avoir examiné la justification donnée par les commissaires majoritaires de la SAR, je conclus que la norme de la décision raisonnable appliquée

used on judicial review merely because it necessitates an independent assessment.

[127] I now turn to the Minister's other arguments. It is his position that there was no error in the RAD majority using the term reasonableness, as this is just a label that describes a level of deference and it can be used outside of the judicial review context. The Minister also argues that the RAD majority used the term reasonableness flexibly to fit the RAD's particular context.

[128] I think it is obvious here that, regardless of the label it chose, the content of the deferential standard adopted by the RAD majority is duplicative of the framework to be applied on judicial review. Indeed, Professor Daly observed as much in a recent commentary on the RAD majority's Decision, writing that the RAD reasonableness test developed in the majority Decision is difficult to distinguish from the test set out by the Supreme Court in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 and *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (see Paul Daly, "Effective Administrative Appeals (Again): Re X, 2017 CanLII 33034 (CA IRB)" (16 July 2018), online (blog): *Administrative Law Matters*, www.administrativelawmatters.com).

[129] Furthermore, the RAD majority acknowledged that it was adopting a judicial review standard for its own purposes when it wrote that it would "assess reasonableness in the context of its particular role while attempting to avoid the development of a new gradation of that standard" (RAD Decision, at paragraph 70).

[130] In my view, the RAD majority's conclusions on the content of its deferential standard are not consistent with the Federal Court of Appeal's instructions that the

par la SAR ne s'écarte pas de la norme de la décision raisonnable qui est appliquée lors du contrôle judiciaire du simple fait qu'elle emporte un examen indépendant.

[127] Je m'attarde maintenant aux autres arguments du ministre. Il est d'avis que l'emploi, par les commissaires majoritaires de la SAR, du terme « décision raisonnable » ne constitue pas une erreur, puisqu'il ne s'agit là que d'une étiquette qui décrit un degré de déférence et que ce terme peut être employé dans un cadre autre que celui du contrôle judiciaire. Le ministre prétend aussi que les commissaires majoritaires de la SAR ont employé ce terme de façon souple, de façon à ce qu'il cadre avec la réalité particulière de la SAR.

[128] Je crois qu'il est évident en l'espèce que, sans égard à l'étiquette utilisée, le contenu de la norme déferente adoptée par les commissaires majoritaires de la SAR constitue une reproduction du cadre qui doit être appliqué lors du contrôle judiciaire. En fait, le professeur Daly a formulé une telle observation dans un récent article portant sur la décision des commissaires majoritaires de la SAR, en écrivant que le critère applicable à la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR qui est élaborée dans la décision des commissaires majoritaires est difficile à distinguer du critère élaboré par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, et *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 708; (voir Paul Daly, « Effective Administrative Appeals (Again) : Re X, 2017 CanLII 33034 (CA IRB) » (16 juillet 2018), en ligne (blogue) : *Administrative Law Matters*, www.administrativelawmatters.com).

[129] En outre, les commissaires majoritaires de la SAR ont reconnu que la SAR adoptait une norme de contrôle judiciaire pour ses propres besoins lorsqu'elle a écrit qu'elle « évaluera le caractère raisonnable dans le contexte du rôle qui lui est propre en s'efforçant d'éviter de fragmenter plus avant cette norme en degrés divers » (décision de la SAR, au paragraphe 70).

[130] Selon moi, les conclusions des commissaires majoritaires de la SAR quant au contenu de sa norme déferente ne sont pas compatibles avec les directives de la

RAD is not to review RPD decisions in the manner of a judicial review (*Huruglica*, at paragraphs 37 and 47–48).

[131] I recognize that it is a great challenge for the RAD to give content to the concept of deference in practical terms for its own purposes. Indeed, it has not been an easy task for the courts to do so in the context of judicial review. Nonetheless, I find that the RAD majority’s explanation of RAD reasonableness only duplicates the task of a court on judicial review and, therefore, falls outside of the range of outcomes reasonably available to it.

[132] It is not my role to set out what the content of the RAD’s deferential standard should be. However, I observe that the RAD may have greater success in developing a RAD-specific standard of deferential review if it first clearly identifies the conditions triggering deference—namely, what it means, in a concrete sense, for the RPD to have had a meaningful advantage in making a particular credibility finding. This ties directly into my comments regarding Question (ii) above.

[133] More importantly, the content of the RAD’s deferential standard must be consistent with and animated by the purposes of its governing legislation (see *Doshi v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 710, [2019] 1 F.C.R. 157, at paragraphs 75 and 80; see also *Workers Comp. of P.E.I. v. Dymont*, 2016 PECA 10, at paragraph 48). The Minister argued that the RAD majority was not required to select a standard less deferential than that in *Dunsmuir*. I disagree. The Federal Court of Appeal, after reviewing the purposes of the governing legislation, held at paragraph 66 of *Huruglica* that the RAD is a *sui generis* statutory body whose role is to act as a safety net.

Cour d’appel fédérale selon lesquelles la SAR ne doit pas procéder au contrôle des décisions de la SPR comme s’il s’agissait d’un contrôle judiciaire (*Huruglica*, aux paragraphes 37 et 47–48).

[131] Je reconnais qu’il est extrêmement ardu pour la SAR d’élaborer le contenu du concept de déférence en termes pratiques pour ses propres besoins. En fait, cela n’a pas été une tâche facile pour les cours de justice de le faire dans le contexte du contrôle judiciaire. Néanmoins, je conclus que l’explication donnée par les commissaires majoritaires de la SAR au sujet de la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR ne fait que décrire les tâches d’un tribunal dans le contexte d’un contrôle judiciaire et que, par conséquent, cette explication n’appartient pas aux issues possibles acceptables auxquelles elle pouvait raisonnablement parvenir.

[132] Ce n’est pas à moi qu’il revient d’énoncer le contenu de la norme déférente appliquée par la SAR. Cependant, je fais remarquer qu’il serait plus facile pour la SAR de façonner une norme de contrôle déférente qui lui est propre si elle relevait tout d’abord clairement les conditions déclenchant l’application de la déférence : soit, ce que signifie, concrètement, pour la SPR de disposer d’un avantage certain lorsqu’elle tire une conclusion donnée concernant la crédibilité. Cela se rapporte directement aux commentaires que j’ai formulés concernant la question (ii) ci-dessus.

[133] Plus important encore, le contenu de la norme déférente appliquée par la SAR doit être compatible avec l’objet de sa loi habilitante et animé par celui-ci (voir *Doshi c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 710, [2019] 1 R.C.F. 157, aux paragraphes 75 et 80; voir aussi *Workers Comp. of P.E.I. v. Dymont*, 2016 PECA 10, au paragraphe 48). Le ministre a prétendu que les commissaires majoritaires de la SAR n’avaient pas l’obligation de choisir d’appliquer une norme moins déférente que celle élaborée dans l’arrêt *Dunsmuir*. Je m’inscris en faux relativement à cet argument. La Cour d’appel fédérale, après examen de l’objet de la loi habilitante, a statué au paragraphe 66 de l’arrêt *Huruglica* que la SAR était un organisme *sui generis* créée par la loi dont le rôle est d’agir à titre de filet de sécurité.

[134] Awareness of this point is reflected in the analysis of the RAD minority, which was hesitant to adopt any standard that curtailed the RAD's error-correcting role. In the RAD Decision, the minority member wrote [at paragraph 158]:

In current decisions of the Federal Court and the Federal Court of Appeal, it is indicated in which types of cases the RPD finds itself in an advantageous position in relation to the RAD and vice versa. For example, the Federal Court states that the RAD is as equally well-placed as the RPD to determine plausibility. The Federal Court also finds that it is appropriate for the RAD to give deference to the RPD regarding the authenticity of a document when the RAD does not have the original documents. That being said, I am also of the opinion that there is no need for me to further discuss situations that may present themselves before the RAD as I fear that talking in generalities or establishing categories could give rise to rigidity where the RAD is concerned. As Justice Gauthier states, the degree of deference owed to the RPD "ought to be addressed on a case-by-case basis. In each case, the RAD ought to determine whether the RPD truly benefited from an advantageous position, and if so, whether the RAD can nevertheless make a final decision in respect of the refugee claim". [Footnotes omitted.]

[135] I agree with the applicants that, called by another name or not, reasonableness review as developed for the judicial review has no application in the RAD context. *Huruglica* later referenced Minister Kenney's promise of a "full, fact-based appeal" (*Huruglica*, at paragraph 94). The RAD majority's concept of the RAD reasonableness standard is indistinct from that of *Dunsmuir* in judicial review, and thus incompatible with a full, fact based appeal.

Conclusion on Question (iii)

[136] I note that the Federal Court of Appeal wrote, "one should always keep in mind that the very first objective of the IRPA (paragraph 3(2)(a)) is to recognize that the refugee program is about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted" (*Huruglica*, at

[134] La commissaire minoritaire de la SAR a démontré dans son analyse qu'elle a tenu compte de cette réalité. Elle a hésité à adopter une norme de contrôle ayant pour effet de limiter les fonctions de la SAR en ce qui a trait à la correction d'erreurs. Elle a écrit ce qui suit dans la décision de la SAR [au paragraphe 159] :

Les décisions actuelles de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale ont fait ressortir des types de cas où la SPR se trouverait dans une position avantageuse vis-à-vis de la SAR et vice versa. À titre d'exemple, la Cour fédérale a déclaré que pour des conclusions d'invraisemblances la SAR est aussi bien placée que la SPR. La Cour fédérale a également jugé que dans les cas où la SAR ne dispose pas des originaux des documents, il est approprié pour la SAR de faire preuve de déférence envers la SPR en ce qui concerne l'authenticité d'un document. Ceci étant, j'estime moi aussi qu'il n'y a pas lieu que j'élabore davantage sur les situations possibles de se présenter devant la SAR car je crains que de faire des généralités ou d'établir des catégories n'amène la SAR vers une forme de rigidité. Comme l'a déclaré la juge Gauthier, le degré de déférence dû à la SPR « doit être apprécié au cas par cas. Dans chaque cas, la SAR doit rechercher si la SPR a joui d'un véritable avantage et si, le cas échéant, elle peut néanmoins rendre une décision définitive relativement à une demande d'asile ». [Renvois omis.]

[135] Je conviens avec les demandeurs que, peu importe le nom qu'on lui donne, l'examen selon la norme de la décision raisonnable qui a été élaboré pour les besoins du contrôle judiciaire ne s'applique pas dans le contexte de la SAR. Dans l'arrêt *Huruglica*, la Cour d'appel fédérale a fait référence à la promesse du ministre Kenney d'un « appel fondé sur les faits » (*Huruglica*, au paragraphe 94). Le concept de la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR, tel qu'élaboré par les commissaires majoritaires de la SAR, n'est pas différent de celui élaboré dans l'arrêt *Dunsmuir* pour les besoins du contrôle judiciaire, et n'est donc pas compatible avec un appel fondé sur les faits.

Conclusion au sujet de la question (iii)

[136] Je fais remarquer que la Cour d'appel fédérale a écrit qu'« il faut toujours garder à l'esprit que le tout premier objet de la LIPR (alinéa 3(2)a)) est de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la

paragraph 53). This case, like all refugee cases, impacts real lives. In my view, to be reasonable, a deferential standard selected by the RAD cannot simply duplicate the supervisory role of this Court on judicial review. The RAD reasonableness standard runs the risk of curtailing the opportunity to have flawed credibility determinations corrected.

Issue 2: Were the RAD's Conclusions on the Merits of the Appeal Reasonable?

[137] Given my conclusions on the first issue, it is neither appropriate nor necessary for me to comment on the RAD's Decision insofar as it relates to the merits of the applicants' appeal. The RAD's Decision will accordingly be sent back to be decided anew by a differently constituted panel.

V. Certified Question

[138] Having regard to the test for certification recently confirmed by the Federal Court of Appeal in *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, I certify the following three questions:

- (1) Was it reasonable for the RAD to conclude that, under IRPA, some of the RPD's findings are reviewable by it on a deferential (i.e. non-correctness) standard?
- (2) Was it reasonable for the RAD to conclude that the deferential standard applies where the RPD had a meaningful advantage in making the finding under review, and, if so, did the RAD articulate a reasonable framework for identifying such an advantage?

persécution » (*Huruglica*, au paragraphe 53). La présente affaire, comme toutes les affaires en matière de droit des réfugiés, a une incidence sur des vies. Selon moi, pour être raisonnable, une norme déférente façonnée par la SAR ne peut pas tout simplement reproduire le rôle de surveillance de la Cour dans le contexte du contrôle judiciaire. La norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR présente le risque de limiter la possibilité d'obtenir la correction de conclusions concernant la crédibilité qui sont viciées.

La deuxième question en litige : Les conclusions tirées par la SAR quant à l'appel sur le fond étaient-elles raisonnables?

[137] Étant donné mes conclusions quant à la première question en litige, il n'est ni approprié ni nécessaire que je me prononce sur la décision de la SAR en ce qui concerne le bien-fondé de l'appel interjeté par les demandeurs. Je renverrai ce dossier à la SAR pour qu'il fasse l'objet d'une nouvelle décision qui sera rendue par un tribunal différemment constitué.

V. Les questions certifiées

[138] Compte tenu du critère applicable à la certification qui a récemment été confirmé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, je certifie les trois questions suivantes :

- 1) Était-il raisonnable de la part de la SAR de conclure que, sous le régime de la LIPR, certaines des conclusions de la SPR sont susceptibles de contrôle selon une norme déférente (c'est-à-dire, une norme différente de la norme de la décision correcte)?
- 2) Était-il raisonnable de la part de la SAR de conclure que la norme déférente s'applique dans une situation où la SPR a un avantage certain pour tirer la conclusion visée par le contrôle et, le cas échéant, la SAR a-t-elle élaboré un cadre raisonnable permettant de cerner un tel avantage?

- (3) Was it reasonable for the RAD to adopt a deferential standard of RAD reasonableness, under which the RPD's findings will be deferred to where the RAD can understand how they were reached, and where they were based on evidence in the record?

[139] These three questions track the legal questions raised and are dispositive of these reasons, in that they arise from the case itself rather than the way in which I disposed of the application. The three issues also raise issues of broad significance and general importance, transcending the interests of the parties (*Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36).

[140] I note that while the interveners had originally sought a right of appeal in respect of this judgment (see *Rozas del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 156, at paragraph 31), they abandoned this request at the hearing of this application.

VI. Conclusion

[141] The application for judicial review is allowed. Three questions are certified in accordance with these reasons. I wish to thank all counsel for their excellent submissions, which were of great assistance to the Court.

JUDGMENT in IMM-2645-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is allowed. The matter will be sent back for redetermination by a different panel.
2. The following questions are certified:
 - i. Was it reasonable for the RAD to conclude that, under IRPA, some of the RPD's findings

- 3) Était-il raisonnable de la part de la SAR d'adopter la norme de contrôle de la décision raisonnable de la SAR, une norme déférente, au titre de laquelle elle fera preuve de déférence envers les conclusions de la SPR dans les cas où elle peut comprendre comment ces conclusions ont été tirées et lorsque ces conclusions sont fondées sur la preuve figurant au dossier?

[139] Ces trois questions reprennent les questions de droit qui ont été soulevées et sont déterminantes quant aux présents motifs, en ce sens qu'elles découlent de l'affaire elle-même plutôt que de la manière dont j'ai tranché la demande. Les trois questions soulèvent aussi des questions graves de portée générale qui transcendent les intérêts des parties (*Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36).

[140] Je fais remarquer que les intervenants avaient initialement demandé le droit d'interjeter appel du présent jugement (voir *Rozas del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 156, au paragraphe 31), mais qu'ils se sont désistés lors de l'instruction de la présente demande.

VI. Conclusion

[141] La demande de contrôle judiciaire est accueillie. Trois questions sont certifiées, conformément aux présents motifs. Je souhaite remercier tous les avocats pour leurs excellentes observations, lesquelles ont grandement aidé la Cour.

JUGEMENT dans le dossier IMM-2645-17

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, l'affaire sera renvoyée à un tribunal différemment constitué pour nouvelle décision.
2. Les questions suivantes sont certifiées :
 - i. Était-il raisonnable de la part de la SAR de conclure que, sous le régime de la LIPR,

-
- are reviewable by it on a deferential (i.e. non-correctness) standard?
- ii. Was it reasonable for the RAD to conclude that the deferential standard applies where the RPD had a meaningful advantage in making the finding under review, and, if so, did the RAD articulate a reasonable framework for identifying such an advantage?
- iii. Was it reasonable for the RAD to adopt a deferential standard of RAD reasonableness, under which the RPD's findings will be deferred to where the RAD can understand how they were reached, and where they were based on evidence in the record?
3. No costs are ordered.
- certaines des conclusions de la SPR sont susceptibles de contrôle selon une norme déferente (c'est-à-dire, une norme différente de la norme de la décision correcte)?
- ii. Était-il raisonnable de la part de la SAR de conclure que la norme déferente s'applique dans une situation où la SPR a un avantage certain pour tirer la conclusion visée par le contrôle et, le cas échéant, la SAR a-t-elle élaboré un cadre raisonnable permettant de cerner un tel avantage?
- iii. Était-il raisonnable de la part de la SAR d'adopter la norme de contrôle de la décision raisonnable de la SAR, une norme déferente, au titre de laquelle elle fera preuve de déférence envers les conclusions de la SPR dans les cas où elle peut comprendre comment ces conclusions ont été tirées et lorsque ces conclusions sont fondées sur la preuve figurant au dossier?
3. Aucuns dépens ne sont accordés.