



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 4, Part 1

2010, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2010] 4 F.C.R., {³⁻¹⁴⁸_{D-1-D-2}

Renvoi [2010] 4 R.C.F., {³⁻¹⁴⁸_{F-1-F-3}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

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

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

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

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3-148
Digests	D-1-D-2

Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	
v. Fox	3

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Division decision granting respondent 13-month adjournment of admissibility hearing—Respondent imprisoned for importing cocaine, released on day parole—Immigration Division adjourning admissibility hearing on basis that, inter alia: only effect of removal order re-incarceration of respondent pursuant to *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 128(5); respondent's removal could not be effected for at least one more year pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 50(b)—Immigration Division having no discretion to consider humanitarian and compassionate factors at admissibility hearing—Consequences resulting from inadmissibility finding irrelevant—Parliament seeing fit to postpone day parole for foreign offenders

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3-148
Fiches analytiques	F-1-F-3

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	
c. Fox	3

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accordant au défendeur un ajournement de 13 mois de l'enquête—Le défendeur a été emprisonné pour avoir importé de la cocaïne et a été libéré, ayant obtenu la semi-liberté—La Section de l'immigration a reporté l'enquête au motif notamment que la mesure de renvoi n'aurait pour effet que la réincarcération du défendeur par application de l'art. 128(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC); la mesure de renvoi prise contre le défendeur ne saurait être exécutée avant au moins un an en application de l'art. 50b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—La Section de l'immigration n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de facteurs d'ordre humanitaire à l'enquête—Les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

until denunciatory portion of sentence purged—Immigration Division cannot circumvent such policy with adjournment order, thereby rendering CCRA, s. 128(5) nugatory, of no effect—Application allowed.

Parole—Respondent, permanent resident, imprisoned for importing cocaine, released on day parole—Matter referred to Immigration and Refugee Board Immigration Division for admissibility hearing—*Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 128(5) providing that offender on day parole shall be reincarcerated where removal order under *Immigration and Refugee Protection Act* made—Immigration Division granting adjournment of admissibility hearing to allow respondent to remain with family—Such adjournment circumventing CCRA, s. 128(5), intention of Parliament day parole for foreign offenders be postponed until denunciatory portion of sentence purged—Immigration Division not having discretion to do so.

Khadr v. Canada (Prime Minister) 36

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Judicial review of Canada’s response to Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr* (*Khadr* II) holding applicant’s rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach—Applicant Canadian citizen held in custody by U.S. at Guantánamo Bay—Two decisions at issue: Executive’s continuing policy of not requesting applicant’s repatriation; diplomatic note to U.S. requesting that it not use information provided by Canadian officials in prosecuting applicant—Charter, s. 7 engaged by process Canada undertook to comply with Supreme Court’s declaration in *Khadr* II—Charter remaining engaged until any breach thereof cured or all reasonably practicable steps to provide remedy for breach taken—Canada only sending diplomatic note to U.S. in response to *Khadr* II, doing nothing after receiving U.S. response—These actions not sufficient to remedy breach—Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice from Executive when latter deciding on Charter remedy to provide—Executive having duty to give

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conséquences découlant de la conclusion d’interdiction de territoire n’étaient pas pertinentes—Le législateur a cru bon de reporter l’admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté jusqu’à ce qu’ils aient purgé la période d’exemplarité de leur peine—La Section de l’immigration ne peut pas contourner cette politique au moyen d’une ordonnance d’ajournement, qui aurait pour effet de rendre l’art. 128(5) de la LSCMLC inopérant et sans effet—Demande accueillie.

Libération conditionnelle—Le défendeur, un résident permanent, avait été emprisonné pour avoir importé de la cocaïne et avait été libéré, ayant obtenu la semi-liberté—L’affaire a été déferée à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié pour enquête—L’art. 128(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC) précise que le délinquant en semi-liberté est réincarcéré si une mesure de renvoi est prise au titre de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La Section de l’immigration a accordé l’ajournement de l’enquête pour permettre au défendeur de demeurer auprès de sa famille—Cet ajournement contourne l’art. 128(5) de la LSCMLC et l’intention du législateur de reporter l’admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté jusqu’à ce qu’ils aient purgé la période d’exemplarité de leur peine—La Section de l’immigration n’avait pas le pouvoir discrétionnaire d’agir ainsi.

Khadr c. Canada (Premier ministre) 36

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* (*Khadr* II) portant qu’il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l’art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour que le Canada remédie à cette violation—Le demandeur est un citoyen canadien détenu par les É.-U. à la baie de Guantánamo—Il y avait deux décisions en cause : le refus persistant du pouvoir exécutif de ne pas demander le rapatriement du demandeur et la note diplomatique envoyée au gouvernement des É.-U. lui demandant de n’utiliser aucun des renseignements fournis par les représentants canadiens dans sa poursuite contre le demandeur—L’art. 7 de la Charte est entré en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au jugement déclaratoire de la Cour suprême dans l’arrêt *Khadr* II—La Charte demeure applicable jusqu’à ce que la violation ait été corrigée et que toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation ont été prises—Le Canada n’a envoyé la note

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

applicant notice, opportunity to make written submissions regarding remedial action—Applications allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Supreme Court of Canada holding, in *Canada (Prime Minister) v. Khadr* (*Khadr* II), applicant’s rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach—Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice in relation to Canada’s response to *Khadr* II—Applicant having legitimate expectation Canada would effect remedy that would cure breach or ameliorate breach if no curative remedy available—Based on record, breach not cured—Even though remedy not within Canada’s complete control because of need for U.S. consent, breaching party required to attempt to cure Charter breach—Role of Executive, after providing applicant with opportunity to be heard, to decide which alternative potential curative remedies to choose—Must continue to do so until applicant provided with effective remedy.

Administrative Law—Judicial Review—Judicial review pertaining to public statements made by government officials shortly after release of Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr* that Executive would not be requesting applicant’s repatriation from Guantánamo Bay—Whether those statements constituting “decision” subject to judicial review—Statements clearly stating Executive would not be seeking applicant’s repatriation—Thus reflecting new decision made after that of Supreme Court—Executive’s decision requesting U.S. not use information Canada shared therewith against applicant affecting applicant’s Charter rights; therefore justiciable.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

diplomatique aux É.-U. qu’en réponse à l’arrêt *Khadr* II, et n’a rien fait d’autre depuis—Ces mesures ne suffisent pas à remédier à la violation—Le demandeur avait droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu’il lui fournirait en application de la Charte—Le pouvoir exécutif avait l’obligation d’informer le demandeur de sa décision et de lui donner la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation—Demandes accueillies.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Recours—La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* (*Khadr* II) qu’il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l’art. 7 de la Charte et a établi un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation—Le demandeur avait droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada à l’arrêt *Khadr* II—Le demandeur s’attendait légitimement à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s’avérait impossible, il opérerait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation—Il ressortait du dossier de la Cour que la violation n’avait pas été corrigée—Même si la mesure de réparation n’était pas complètement du ressort du Canada parce que les É.-U. devaient y consentir, la partie à l’origine de la violation avait l’obligation d’essayer de corriger la violation—Il incombait à l’exécutif, après avoir accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendrait—L’exécutif doit continuer ce processus jusqu’à ce que le demandeur bénéficie d’une mesure de réparation efficace qui défend ses droits.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Contrôle judiciaire relatif à des déclarations publiques faites par des représentants du gouvernement peu après la publication de la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* selon lesquelles le pouvoir exécutif persistait dans son refus de ne pas demander le rapatriement du demandeur de la baie de Guantánamo—Il s’agissait de savoir si ces déclarations constituaient une « décision » susceptible de contrôle judiciaire—Les déclarations indiquaient clairement que le pouvoir exécutif n’opérerait pas pour le rapatriement du demandeur—Elles énonçaient donc une nouvelle décision prise après la décision rendue par la Cour suprême—La décision du pouvoir exécutif de demander aux É.-U. de ne pas utiliser les renseignements fournis par le Canada contre le demandeur influait sur les droits du demandeur garantis par la Charte et elle était donc justiciable.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown—Prerogatives—Supreme Court of Canada holding, in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, applicant’s rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach—If only one available remedy existing that potentially cures breach of person’s Charter rights, then Court must order remedy even if order involving exercise of royal prerogative.

Practice—*Res Judicata*—Judicial review of Canada’s response to Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II)* holding applicant’s rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach—Applicant seeking to have decision to send diplomatic note in response to *Khadr II* set aside on ground procedural fairness not followed—Canada’s response not *res judicata*—That question not before any of the courts in *Khadr II*.

Somodi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 26

Citizenship and Immigration—Judicial Review—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of visa officer’s decision refusing appellant’s sponsored application for permanent resident status as member of family class—While appeal pending, Immigration Appeal Division granting sponsor’s appeal, setting aside visa officer’s decision—Appeal herein therefore moot—Federal Court of Appeal nevertheless proceeding to answer certified question as that question never before considered by Court—Issue whether *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*, s. 72 barring judicial review by applicant of spousal application while sponsor exercising right of appeal pursuant to IRPA, s. 63—Statutory bar in IRPA, s. 72(2)(a) broader than in *Federal Courts Act*, s. 18.5—Latter provision prohibiting recourse to judicial review only to extent decision may be appealed—Comprehensive, self-contained process in IRPA established by Parliament to deal with admission of foreign nationals as members of family class—Right of appeal given to sponsor, statute bar against judicial review until all rights of appeal exhausted distinguishing features of new process, rendering earlier case law relied upon by appellant obsolete—IRPA, s. 75(2) clear that statutory bar in s. 72(2)(a) prevailing over *Federal Courts Act*, s. 18.1 granting right to apply for judicial

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Couronne—Prérogatives—La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* qu’il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l’art. 7 de la Charte et a prévu un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation—S’il n’y avait qu’une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d’une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d’une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l’exercice de la prérogative royale.

Pratique—*Res judicata*—Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II)* portant que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l’art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation—Le demandeur voulait faire annuler la décision d’envoyer une note diplomatique en réponse à l’arrêt parce qu’il n’avait pas bénéficié de l’équité procédurale—La réponse du Canada n’était pas chose jugée—Aucun des tribunaux dans l’arrêt *Khadr II* n’avait été saisi de cette question.

Somodi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) 26

Citoyenneté et Immigration—Contrôle judiciaire—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision d’un agent des visas refusant la demande parrainée de statut de résident permanent de l’appelant au titre de la catégorie du regroupement familial—Pendant que l’appel était en instance, la Section d’appel de l’immigration a accueilli l’appel de la répondante et a annulé la décision de l’agent des visas—L’appel en l’espèce était donc théorique—La Cour d’appel fédérale a néanmoins répondu à une question certifiée qui n’avait jamais été examinée par la Cour—Il s’agissait de savoir si l’art. 72 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) interdit toute demande de contrôle judiciaire présentée par la personne visée par une demande de parrainage présentée par un conjoint pendant que le répondant exerce une voie d’appel en vertu de l’art. 63 de la LIPR—L’interdiction énoncée à l’art. 72(2)(a) de la LIPR a une portée plus large que celle de l’art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Cette deuxième disposition interdit le recours à un contrôle judiciaire que dans la mesure où la décision peut faire l’objet d’un appel—Le législateur a établi une procédure exhaustive et indépendante pour traiter l’admission de ressortissants à titre de membres de la catégorie du regroupement familial—Le droit d’appel

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

review—Federal Court having no choice but to dismiss application—Illogical, detrimental to objectives of scheme, administration of justice to allow multiplicity of proceedings on same issue—Certified question answered affirmatively—Appeal dismissed.

Temple v. VIA Rail Canada Inc. 80

Official Languages—Application for remedy under *Official Languages Act* (OLA), s. 77 whereby applicant challenging legality of VIA Rail Canada Inc. (VIA)’s bilingual requirements for Service Manager (SM), Assistant Service Coordinator positions on train routes not designated as bilingual by Treasury Board Secretariat—Applicant complaining to Commissioner of Official Languages under OLA, s. 58, alleging discriminated against by VIA as English-speaking unilingual employee—In 1998, VIA implementing New Era Passenger Operations (NEPO) to provide uniform service on trains in both official languages throughout Canada—NEPO resulting in abolishment of former unilingual position of SM, creation of three new bilingual SM classifications—Federal Court having jurisdiction to hear, decide matter despite competing statutory grants of jurisdiction under OLA, *Canada Labour Code*—Matter exceeding grievance arbitrator’s usual expertise in labour relations matters—Bilingual requirements for two positions in issue objectively required under OLA, s. 91—Fact remote train routes not designated bilingual by Treasury Board Secretariat not conclusive evidence bilingual requirements for front-line positions not objectively justified—Linguistic demand, safety considerations objectively justifying bilingual designation of a minimum of front-line positions—Not unreasonable for VIA to designate on trains running across country certain key positions as requiring bilingual skills—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

accordé au répondant et l’interdiction du contrôle judiciaire tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées sont des traits distinctifs de cette nouvelle procédure et rendent obsolètes la jurisprudence antérieure sur laquelle s’appuie l’appelant—L’art. 75(2) de la LIPR indique clairement que l’interdiction énoncée à l’art. 72(2)a) l’emporte sur l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui accorde le droit de demander un contrôle judiciaire—La Cour fédérale ne pouvait faire autrement que de rejeter la demande—Il serait illogique et nuisible aux objectifs du régime et préjudiciable à l’administration de la justice d’autoriser une multiplicité de procédures sur la même question—Une réponse affirmative a été donnée à la question certifiée—Appel rejeté.

Temple c. VIA Rail Canada Inc. 80

Langues officielles—Demande en vue d’obtenir une réparation en vertu de l’art. 77 de la *Loi sur les langues officielles* (la LLO) dans le cadre de laquelle la demanderesse a contesté la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. (VIA) pour les postes de directeur des services (DS) et de coordonnateur adjoint des services sur les trajets ferroviaires qui n’ont pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor—La demanderesse a déposé une plainte en vertu de l’art. 58 de la LLO auprès du commissaire aux langues officielles, prétendant qu’elle avait été victime de discrimination de la part de VIA parce qu’elle était une employée unilingue anglophone—En 1998, VIA a adopté le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs (ENSV) pour fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l’ensemble du Canada—L’adoption de ce programme a donné lieu à l’abolition de l’ancien poste unilingue de DS et à la création de trois nouvelles classifications DS bilingues—La Cour fédérale avait compétence pour entendre et trancher l’affaire malgré les attributions concurrentes de compétence prévues dans la LLO et le *Code canadien du travail*—La question outrepassait la compétence normale de l’arbitre de griefs en matière de relations de travail—Les exigences de bilinguisme pour les deux postes en litige s’imposaient objectivement au sens de l’art. 91 de la LLO—Le fait que les trajets ferroviaires éloignés n’avaient pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor ne constituait pas une preuve concluante établissant que les exigences de bilinguisme pour des postes de première ligne n’étaient pas objectivement justifiées—Les considérations en matière de demande linguistique et de sécurité justifient objectivement la désignation bilingue d’un nombre minimal de postes de première ligne—Il n’était pas déraisonnable que VIA désigne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Labour Relations—Applicant challenging legality of VIA Rail Canada Inc.’s bilingual requirements for certain Service Manager, Assistant Service Coordinator positions—Applicant, other complainants bound by collective agreement—However, dispute not arising exclusively thereunder—While labour arbitrator having legal authority to interpret, apply *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, external statutes in staffing actions coming under collective agreement, matter in present case exceeding usual expertise of grievance arbitrator in labour relations—Mandatory grievance arbitration procedure provided under *Canada Labour Code*, s. 57(1) not ousting Federal Court’s jurisdiction under *Official Languages Act* to examine legality of challenged staffing actions.

Constitutional Law—Charter of Rights—Language Rights—VIA Rail Canada Inc. (VIA) having constitutional, quasi-constitutional duty to ensure members of travelling public can communicate with, obtain services in their official language at head office, other locations where significant demand, or where reasonable due to nature of office—These duties flowing from Charter, s. 20, *Official Languages Act* (OLA), ss. 23, 24—VIA implementing New Era Passenger Operations to provide uniform service on trains in both official languages throughout Canada—Bilingual requirements set herein by VIA objectively required under OLA, s. 91, thus compatible with applicable provisions of Charter, OLA, regulations thereunder.

SOMMAIRE (Fin)

comme bilingues certains postes clés sur ses trains qui parcourent le pays—Demande rejetée.

Relations du travail—La demanderesse contestait la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. pour certains postes de directeur des services et de coordonnateur adjoint des services—La demanderesse et d’autres plaignants étaient liés par une convention collective—Cependant, le litige ne découlait pas exclusivement de la convention collective—Bien que l’arbitre en droit du travail possède le pouvoir juridique d’interpréter et d’appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois externes dans le cas de mesures de dotation régies par la convention collective, la question en l’espèce outrepassait la compétence normale de l’arbitre de griefs en matière de relations de travail—La compétence de la Cour fédérale quant à l’examen de la légalité des mesures de dotation contestées conférée par la *Loi sur les langues officielles* n’a pas été écartée par la procédure d’arbitrage de griefs prévue à l’art. 57(1) du *Code canadien du travail*.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits linguistiques—VIA Rail Canada Inc. (VIA) a l’obligation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de voir à ce que les voyageurs puissent, dans l’une ou l’autre des langues officielles, communiquer avec elle ou en recevoir des services à son siège social et où il y a une demande importante, ainsi que lorsque la vocation du bureau justifie l’emploi des deux langues officielles—Ces obligations découlent de l’art. 20 de la Charte ainsi que des art. 23 et 24 de la *Loi sur les langues officielles* (LLO)—VIA a adopté le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs pour fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l’ensemble du Canada—Les exigences de bilinguisme établies par VIA aux termes de ce programme s’imposaient objectivement en vertu de l’art. 91 de la LLO et étaient donc compatibles avec les dispositions applicables de la Charte, de la LLO ou de ses règlements.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Monsanto Canada Inc. v. Rivett, 2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93, has been reversed in part on appeal (A-314-09, 2010 FCA 207). The reasons for judgment, handed down August 6, 2010, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Lim v. Montreal General Hospital, 10-A-10, Trudel J.A., judgment dated May 12, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused October 14, 2010.

Maqsood v. Canada (Attorney General), A-40-10, Pelletier J.A., judgment dated April 21, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused October 21, 2010.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2009 CF 317, [2010] 2 R.C.F. 93, a été infirmée en partie en appel (A-314-09, 2010 CAF 207). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6 août 2010, seront publiés dans le *Recueil des décisions des cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Lim c. Hôpital général de Montréal, 10-A-10, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 12 mai 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 octobre 2010.

Maqsood c. Canada (Procureur général), A-40-10, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 21 avril 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 octobre 2010.

**Federal Courts
Reports**

2010, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 4, 1^{er} fascicule

IMM-1930-09
2009 FC 987

IMM-1930-09
2009 CF 987

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

Timothy Roshaun Fox (*Respondent*)

Timothy Roshaun Fox (*défendeur*)

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

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

Federal Court, de Montigny J.—Vancouver,
September 23; Ottawa, October 5, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Vancouver,
23 septembre; Ottawa, 5 octobre 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Division decision granting respondent 13-month adjournment of admissibility hearing — Respondent imprisoned for importing cocaine, released on day parole — Immigration Division adjourning admissibility hearing on basis that, inter alia: only effect of removal order re-incarceration of respondent pursuant to Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 128(5); respondent's removal could not be effected for at least one more year pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 50(b) — Immigration Division having no discretion to consider humanitarian and compassionate factors at admissibility hearing — Consequences resulting from inadmissibility finding irrelevant — Parliament seeing fit to postpone day parole for foreign offenders until denunciatory portion of sentence purged — Immigration Division cannot circumvent such policy with adjournment order, thereby rendering CCRA, s. 128(5) nugatory, of no effect — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accordant au défendeur un ajournement de 13 mois de l'enquête — Le défendeur a été emprisonné pour avoir importé de la cocaïne et a été libéré, ayant obtenu la semi-liberté — La Section de l'immigration a reporté l'enquête au motif notamment que la mesure de renvoi n'aurait pour effet que la réincarcération du défendeur par application de l'art. 128(5) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC); la mesure de renvoi prise contre le défendeur ne saurait être exécutée avant au moins un an en application de l'art. 50b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La Section de l'immigration n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de facteurs d'ordre humanitaire à l'enquête — Les conséquences découlant de la conclusion d'interdiction de territoire n'étaient pas pertinentes — Le législateur a cru bon de reporter l'admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté jusqu'à ce qu'ils aient purgé la période d'exemplarité de leur peine — La Section de l'immigration ne peut pas contourner cette politique au moyen d'une ordonnance d'ajournement, qui aurait pour effet de rendre l'art. 128(5) de la LSCMLC inopérant et sans effet — Demande accueillie.

Parole — Respondent, permanent resident, imprisoned for importing cocaine, released on day parole — Matter referred to Immigration and Refugee Board Immigration Division for admissibility hearing — Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 128(5) providing that offender on day parole shall be reincarcerated where removal order under Immigration and Refugee Protection Act made — Immigration Division granting adjournment of admissibility hearing to allow respondent to remain with family — Such adjournment circumventing CCRA, s. 128(5), intention of

Libération conditionnelle — Le défendeur, un résident permanent, avait été emprisonné pour avoir importé de la cocaïne et avait été libéré, ayant obtenu la semi-liberté — L'affaire a été déferée à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour enquête — L'art. 128(5) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) précise que le délinquant en semi-liberté est réincarcéré si une mesure de renvoi est prise au titre de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La Section de l'immigration a

Parliament day parole for foreign offenders be postponed until denunciatory portion of sentence purged — Immigration Division not having discretion to do so.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board granting the respondent a 13-month adjournment of his admissibility hearing concerning inadmissibility under section 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The respondent, a permanent resident with a Canadian spouse and child, was imprisoned for importing cocaine into Canada. The matter was referred to the Immigration Division for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA. The respondent was later released on day parole. On March 26, 2009, the Immigration Division adjourned the respondent's admissibility hearing until April 1, 2010. The Immigration Division observed *inter alia* that there was no prejudice to the Minister as a removal order would not be enforceable until at least April 14, 2010 by operation of paragraph 50(b) of the IRPA, and the only effect of the order would be to re-incarcerate the respondent by operation of subsection 128(5) of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA).

The principal issue was whether the Immigration Division's decision to adjourn the admissibility hearing for 13 months was correct.

Held, the application should be allowed.

Although the Immigration Division's decision to grant the adjournment was driven by its desire to allow the respondent to remain with his family and to benefit from his day parole, it did not have any discretion to consider humanitarian and compassionate factors at the admissibility hearing. It is during the making of an admissibility report or of a referral to the Immigration Division under subsections 44(1) and (2) of the IRPA that such factors should be taken into account. Once a section 44 report has been referred to the Immigration Division, the admissibility hearing must be heard as quickly as the circumstances and the considerations of procedural fairness and natural justice permit. In addition, the consequences resulting from a determination of inadmissibility are irrelevant. Parliament saw fit to postpone day parole for foreign offenders until they have purged the denunciatory portion of their sentence. The Immigration Division cannot circumvent that policy with an adjournment

accordé l'ajournement de l'enquête pour permettre au défendeur de demeurer auprès de sa famille — Cet ajournement contourne l'art. 128(5) de la LSCMLC et l'intention du législateur de reporter l'admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté jusqu'à ce qu'ils aient purgé la période d'exemplarité de leur peine — La Section de l'immigration n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'agir ainsi.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accordant au défendeur un ajournement de 13 mois de l'enquête devant déterminer s'il était interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR).

Le défendeur, un résident permanent ayant une épouse et un enfant canadiens, a été emprisonné pour avoir importé de la cocaïne au Canada. L'affaire a été déférée à la Section de l'immigration pour enquête en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Le défendeur a par la suite été libéré, ayant obtenu la semi-liberté. Le 26 mars 2009, la Section de l'immigration a reporté l'enquête au 1^{er} avril 2010. La Section de l'immigration a notamment signalé que le ministre ne subirait aucun préjudice puisque la mesure de renvoi ne saurait être exécutée avant au moins le 14 avril 2010 en application de l'alinéa 50b) de la LIPR, et la mesure n'aurait pour effet que de réincarcérer le défendeur par application du paragraphe 128(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la LSCMLC).

La principale question litigieuse était celle de savoir si la décision de la Section de l'immigration d'ajourner pour une période de 13 mois était correcte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Même si la décision de la Section de l'immigration d'accorder l'ajournement reposait sur son désir de permettre au défendeur de demeurer auprès de sa famille et de tirer parti de sa semi-liberté, la Section de l'immigration n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de facteurs d'ordre humanitaire à l'enquête. C'est à l'étape de la rédaction du rapport sur l'interdiction de territoire ou du renvoi à la Section de l'immigration en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR qu'il faut tenir compte de ces facteurs. Dès lors qu'un rapport établi en vertu de l'article 44 est déféré à la Section de l'immigration, il faut procéder à l'enquête avec célérité, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent. En outre, les conséquences qui découlent de la conclusion d'interdiction de territoire ne sont pas pertinentes. Le législateur a cru bon de reporter l'admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté jusqu'à ce qu'ils aient purgé la période d'exemplarité de leur

order that would render subsection 128(5) of the CCRA nugatory and of no effect.

peine. La Section de l'immigration ne peut pas contourner cette politique au moyen d'une ordonnance d'ajournement qui aurait pour effet de rendre le paragraphe 128(5) de la LSCMLSC inopérant et sans effet.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 15.
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 125 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, Sch. II, Item 10, c. 42, s. 39; 1997, c. 17, s. 24(E); 1999, c. 5, ss. 50, 53; 2001, c. 41, s. 90), 126 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 40), 126.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 25), 128 (as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 42, 69(h)(E), 71(a)(xv)(F); 2001, c. 27, s. 242).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 36(1)(a), 44, 45(d), 50(b), 55(1), 59, 162(2), 173(b).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 229(1)(c).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, r. 43.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1).

CASES CITED

APPLIED:

Minister of Employment and Immigration v. Han, [1984] 1 F.C. 976, (1984), 6 Admin. L.R. 25, 52 N.R. 274 (C.A.), revg [1983] F.C.J. No. 600 (T.D.) (QL).

CONSIDERED:

Capra v. Canada (Attorney General), 2008 FC 1212, [2009] 3 F.C.R. 461, 335 F.T.R. 299, 76 Imm. L.R. (3d) 21; *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333, 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.); *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R., 560, (1989), 57 D.L.R. (4th) 663, 36 Admin. L.R. 72; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Wajaras v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 15.
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, ch. 108.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 125 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, ann. II, art. 10, ch. 42, art. 39; 1997, ch. 17, art. 24(A); 1999, ch. 5, art. 50, 53; 2001, ch. 41, art. 90), 126 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 40), 126.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 25), 128 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 42, 69h)(A), 71a)(xv)(F); 2001, ch. 27, art. 242).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(1)a), 44, 45d), 50b), 55(1), 59, 162(2), 173b).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 229(1)c).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, règle 43.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Han, [1984] 1 C.F. 976 (C.A.), infirmant [1983] A.C.F. n° 600 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Capra c. Canada (Procureur général), 2008 CF 1212, [2009] 3 R.C.F. 461; *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL); *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Wajaras c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 200.

REFERRED TO:

Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 2004 FC 1174, [2005] 1 F.C.R. 485, 42 Imm. L.R. (3d) 237; *Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2005 FC 902, [2005] 4 F.C.R. 430, 276 F.T.R. 117, 47 Imm. L.R. (3d) 251; *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lundgren*, [1993] 1 F.C. 187, (1992) 13 Admin. L.R. (2d) 305, 58 F.T.R. 222 (T.D.); *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584, (1996) 116 F.T.R. 173, 42 C.B.R. (3d) 245 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board granting the respondent a 13-month adjournment of his admissibility hearing concerning inadmissibility under paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Helen C. H. Park for applicant.
Craig Costantino for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Elgin, Cannon & Associates, Vancouver, for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.: The Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) seeks to set aside the March 26, 2009 decision of Immigration Division member Tessler (the Tribunal) granting Timothy Roshaun Fox (the respondent) a 13-month adjournment of his admissibility hearing concerning inadmissibility under paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA). The Tribunal apparently granted the adjournment to avoid the application of subsection 128(5) [as enacted by S.C. 2001, c. 27, s. 242] of the *Corrections and Conditional Release Act* [S.C. 1992, c. 20] (CCRA),

DÉCISIONS CITÉES :

Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1174, [2005] 1 R.C.F. 485; *Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 902, [2005] 4 R.C.F. 430; *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lundgren*, [1993] 1 C.F. 187; *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié accordant au défendeur un ajournement de 13 mois de l'enquête devant déterminer s'il était interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Helen C. H. Park pour le demandeur.
Craig Costantino pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Elgin, Cannon & Associates, Vancouver, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) demande l'annulation de la décision rendue le 26 mars 2009 par le commissaire Tessler de la Section de l'immigration (le tribunal) accordant à Timothy Roshaun Fox (le défendeur) un ajournement de 13 mois de l'enquête devant déterminer s'il est interdit de territoire en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR). Le tribunal aurait accordé l'ajournement pour éviter l'application du paragraphe 128(5) [édicte par L.C. 2001, ch. 27, art. 424] de la *Loi sur le système*

according to which the respondent would lose the benefit of the day parole he received and would be reincarcerated if a removal order was made against him.

[2] For the reasons that follow, I am of the view that the Tribunal's decision is fundamentally flawed and should be set aside because it took into account irrelevant considerations in granting the adjournment. Therefore the Tribunal exceeded its jurisdiction, or at the very least, exercised its jurisdiction unreasonably.

I. FACTS

[3] The respondent is an American citizen who became a permanent resident of Canada in 2002. He is married to a Canadian citizen, has a Canadian son and has lived in Vancouver since 2001. He served in the U.S. Navy for nine years and then held various jobs in the financial sector in Canada.

[4] On September 4, 2007, the respondent was convicted of importing 90 kilos of cocaine and was sentenced to 7 years and 10 months of imprisonment, after taking into account the 26 months of pre-sentence jail time served while awaiting trial. It was a non-violent first offence.

[5] On July 10, 2008, an enforcement officer with the Canada Border Services Agency (CBSA) prepared a report in accordance with subsection 44(1) of the IRPA that, in his opinion, the respondent is inadmissible pursuant to paragraph 36(1)(a) of the IRPA and transmitted the report to a Minister's delegate.

[6] On October 17, 2008, the National Parole Board (NPB) directed that the respondent be released on day parole on December 23, 2008 pursuant to sections 125 to 126.1 [ss. 125 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13, Sch. II, Item 10, c. 42, s. 39; 1997, c. 17, s. 24(E)); 1999, c. 5, ss. 50, 53; 2001, c. 41, s. 90), 126 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 40), 126.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 17, s. 25)] of the CCRA (accelerated parole review for first time non-violent offender). The NPB found that there

correctionnel et la mise en liberté sous condition [L.C. 1992, ch. 20] (LSCMLC), en vertu duquel le défendeur ne serait plus admissible à la semi-liberté et serait réincarcéré si une mesure de renvoi était prise contre lui.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que la décision du tribunal est entachée d'un vice fondamental et doit être annulée parce que le tribunal a tenu compte de considérations non pertinentes en accordant l'ajournement. Par conséquent, le tribunal a excédé sa compétence ou, à tout le moins, a exercé sa compétence de manière déraisonnable.

I. LES FAITS

[3] Le défendeur est un citoyen des États-Unis qui a obtenu la résidence permanente au Canada en 2002. Il est marié à une citoyenne canadienne, a un fils canadien et habite à Vancouver depuis 2001. Il a servi au sein de la marine américaine pendant neuf ans, puis a occupé divers postes dans le secteur financier au Canada.

[4] Le 4 septembre 2007, le défendeur a été reconnu coupable de l'importation de 90 kilos de cocaïne et reçu une peine d'emprisonnement de 7 ans et 10 mois, après la prise en considération des 26 mois de détention présentencielle purgés avant son procès. Ce crime sans violence était sa première infraction.

[5] Le 10 juillet 2008, un agent d'exécution à l'emploi de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a rédigé un rapport, en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, faisant valoir que, à son avis, le défendeur était interdit de territoire en application de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR et a transmis ce rapport à un délégué du ministre.

[6] Le 17 octobre 2008, la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) a ordonné la semi-liberté du défendeur le 23 décembre 2008 en vertu des articles 125 à 126.1 [art. 125 (mod. par L.C. 1995, c. 22, art. 13, ann. II, art. 10, ch. 42, art. 39; 1997, ch. 17, art. 24(A)); 1999, ch. 5, art. 50, 53; 2001, ch. 41, art. 90), 126 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 40), 126.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 17, art. 25)] de la LSCMLC (procédure d'examen expéditif pour les délinquants non

was no information indicating violent history or behaviour on the part of the respondent although a loaded handgun was seized on him at the time of his arrest. The weapon charges were stayed, and it was held that there were no reasonable grounds to believe that, if released, the respondent would commit a violent offence.

[7] On November 7, 2008, the Minister's delegate referred the matter to the Immigration Division for an admissibility hearing, pursuant to subsection 44(2) of the IRPA. The Minister did not provide reasons for his decision.

[8] On November 13, 2008, an enforcement officer with the CBSA attended at Matsqui Institution and issued an arrest warrant for the respondent and a Direction to the Warden, in accordance with subsection 55(1) and section 59 of the IRPA, instructing that the respondent be delivered to a CBSA officer at the end of his period of detention in order for the admissibility hearing to be held.

[9] In November 2008, the respondent applied to Legal Aid for the admissibility hearing, but the legal services society sent him two letters of refusal dated November 17 and December 5, 2008.

[10] On December 15, 2008, the admissibility hearing began but was postponed to February 3, 2009 in order to allow the respondent to obtain counsel.

[11] On December 23, 2008, the respondent was released from Matsqui Institution for day parole and was delivered to the custody of a CBSA officer. The same day, a 48-hour detention review was conducted before the Immigration Division. During the review, the respondent was represented by legal counsel. The next day, Immigration Division member King ordered the respondent be released from immigration detention to begin his day parole. The member found that the respondent was not a danger to the public and was not unlikely to appear for an admissibility hearing. In fact, it was held that his good behaviour in prison and his

violents condamnés pour la première fois). La CNLC a conclu qu'il n'y avait aucun élément d'information attestant d'un comportement ou d'antécédents de violence chez le défendeur, bien que les autorités aient saisi une arme de poing chargée qu'il portait sur lui au moment de son arrestation. Les accusations de port d'arme ont été suspendues et on a conclu qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de croire que, une fois libéré, le défendeur commettrait une infraction violente.

[7] Le 7 novembre 2008, le délégué du ministre a déféré l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Le ministre n'a pas motivé sa décision.

[8] Le 13 novembre 2008, un agent d'exécution de l'ASFC s'est rendu à l'Établissement de Matsqui et a délivré un mandat d'arrestation visant le défendeur et une directive à l'intention du directeur de l'Établissement, conformément au paragraphe 55(1) et à l'article 59 de la LIPR, ordonnant que le défendeur soit confié à un agent de l'ASFC à la fin de sa période de détention en vue de la tenue de l'enquête.

[9] En novembre 2008, le défendeur a soumis une demande à Legal Aid, un organisme de services juridiques, en vue de l'enquête; toutefois, cet organisme lui a envoyé deux lettres de refus en date du 17 novembre et du 5 décembre 2008.

[10] Le 15 décembre 2008, l'enquête s'est amorcée, mais a été reportée au 3 février 2009 pour permettre au défendeur de se trouver un avocat.

[11] Le 23 décembre 2008, le défendeur a été libéré de l'Établissement de Matsqui, ayant obtenu la semi-liberté, et confié à la garde d'un agent de l'ASFC. Le même jour, la Section de l'immigration a mené un contrôle des motifs de détention, qui doit avoir lieu dans les 48 heures qui suivent le début de la détention. Durant ce contrôle, le défendeur était représenté par un avocat. Le lendemain, la commissaire King de la Section de l'immigration a ordonné que le défendeur soit libéré du centre de détention de l'immigration et commence son régime de semi-liberté. La commissaire a conclu que le défendeur ne constituait pas un danger pour le public

family situation, support, and goals would clearly dissuade him from committing new offences or from fleeing.

[12] The respondent continuously abided by his day parole conditions and spent most of his leisure time with his family. He used his recovered liberty to help his wife take care of his son, to accompany his son in sporting activities, to himself engage in physical activities, and to find a suitable church for his family.

[13] On February 3, 2009, the respondent asked and obtained another postponement of the admissibility hearing to March 17, 2009 in order to obtain legal counsel.

[14] On March 17, 2009, the respondent appeared with his wife before Immigration Division member Tessler. Mrs. Fox, who is not a lawyer, acted as his assistant. Mrs. Fox asked for a further adjournment of the admissibility hearing until April 14, 2010 (the respondent's full parole eligibility date) to avoid having her husband re-incarcerated until this date. Mrs. Fox explained the hardship of a removal order and of re-incarceration on the respondent and his family. Member Tessler listened to the submissions and then reminded Mrs. Fox that an admissibility hearing is distinct from a humanitarian and compassionate (H&C) procedure. Nevertheless, he greatly emphasized the humanitarian aspect of the file and decided to reserve his decision to March 26, 2009. Finally, on March 26, 2009, member Tessler, in an oral decision, granted the adjournment of the admissibility hearing until April 1, 2010.

[15] On March 26, 2009, the Tribunal granted the 13-month adjournment request, postponing the admissibility hearing to April 1, 2010.

II. THE IMPUGNED DECISION

[16] The impact of an inadmissibility hearing was very much on the Immigration Division member's

et qu'il était peu probable qu'il ne se présente pas à l'enquête. En fait, il a été conclu que sa bonne conduite en prison et sa situation familiale, le soutien dont il disposait et ses objectifs le dissuaderaient de commettre de nouvelles infractions ou de s'enfuir.

[12] Le défendeur a respecté les conditions de sa semi-liberté et a consacré la plupart de son temps libre avec sa famille. Il a profité de sa liberté retrouvée pour aider son épouse à prendre soin de leur fils, pour accompagner son fils à des activités sportives, pour faire lui-même de l'exercice physique et pour trouver une bonne église pour sa famille.

[13] Le 3 février 2009, le défendeur a demandé et obtenu que l'enquête soit reportée au 17 mars 2009, afin de se trouver un avocat.

[14] Le 17 mars 2009, le défendeur a comparu avec son épouse devant le commissaire Tessler de la Section de l'immigration. M^{me} Fox, qui n'est pas avocate, l'a assisté. Elle a demandé un nouvel ajournement de l'enquête jusqu'au 14 avril 2010 (la date d'admissibilité du défendeur à la libération conditionnelle totale) afin d'éviter que son époux soit réincarcéré jusqu'à cette date. M^{me} Fox a fait valoir les difficultés que causeraient une mesure de renvoi et la réincarcération au défendeur et à sa famille. Le commissaire Tessler a écouté les observations, puis a rappelé à M^{me} Fox qu'une enquête est une procédure distincte de l'examen fondé sur des raisons d'ordre humanitaire. Néanmoins, il a beaucoup insisté sur l'aspect humanitaire du dossier et a décidé de reporter sa décision au 26 mars 2009. Finalement, le 26 mars 2009, le commissaire Tessler a rendu une décision de vive voix dans laquelle il a accordé l'ajournement de l'enquête jusqu'au 1^{er} avril 2010.

[15] Le 26 mars 2009, le tribunal a accueilli la demande d'ajournement de 13 mois, reportant l'enquête au 1^{er} avril 2010.

II. LA DÉCISION CONTESTÉE

[16] Le commissaire de la Section de l'immigration avait fortement à l'esprit les répercussions d'une

mind. Indeed, he started off his discussion by pointing out that Mr. Fox would be immediately re-incarcerated if he was to be found inadmissible, even if he could not be removed from Canada until he could be released in April 2010. Here is what the member stated by way of introduction to his discussion of Mr. Fox's request for an adjournment:

All parties understand and acknowledge that if the admissibility hearing proceeds today and Mr. Fox is found inadmissible and ordered deported from Canada he would lose the privilege of accelerated day parole and be returned to prison where he would remain until his statutory release date on the 14th of April 2010 and this is by operation of subsection 128(5) of the *Corrections and Conditional Release Act*.

All parties also understand and acknowledge that if the admissibility hearing proceeds today and Mr. Fox is found admissible – inadmissible the Minister would not be in the position to remove him from Canada until at least the 14th of April 2010 by operation of section 50(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

Therefore, the solitary, practical effect of proceeding with the admissibility hearing at this time which is likely to result in a Deportation Order is that Mr. Fox will immediately be required to go back to prison where he will remain until April 2010.

[17] The member then quoted relevant parts of the decision of this Court in *Capra v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1212, [2009] 3 F.C.R. 461, which was brought to his attention by counsel for the applicant. In that decision, the Court confirmed the constitutionality of section 128 [as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 42, 69(h)(E), 71(a)(xv)(F); 2001, c. 27, s. 242] of the CCRA. Mr. Justice Russell came to that conclusion on the grounds that this section serves legitimate legislative intentions such as preventing foreign offenders on day parole from accessing Canadian society more easily than non-criminal foreign nationals under removal orders [at paragraph 43], as well as preventing offenders subject to removal from serving sentences that are significantly shorter than the sentences of Canadians because of more favourable systems abroad [at paragraph 52].

enquête. En fait, il a commencé son analyse en signalant que M. Fox serait réincarcéré immédiatement si le tribunal devait conclure qu'il était interdit de territoire, même s'il ne pouvait pas être renvoyé du Canada avant sa libération de prison en avril 2010. Voici ce que le commissaire a dit en guise d'introduction à son analyse sur la demande d'ajournement présentée par M. Fox :

Toutes les parties comprennent et reconnaissent que si l'enquête est instruite aujourd'hui, que M. Fox est déclaré interdit de territoire et qu'une mesure d'expulsion est prise contre lui, il perdra le privilège d'une semi-liberté et devra retourner en prison où il demeurera jusqu'à la date de sa libération d'office le 14 avril 2010, et ce, en application du paragraphe 128(5) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

Toutes les parties comprennent et reconnaissent également que, si l'enquête est instruite aujourd'hui et que M. Fox est déclaré admissible -- interdit de territoire, le ministre ne pourra le renvoyer du Canada avant au moins le 14 avril 2010, en application de l'alinéa 50(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Par conséquent, le fait de procéder maintenant à l'enquête, qui se traduira vraisemblablement par une mesure d'expulsion, aura pour seul effet concret d'obliger M. Fox à retourner immédiatement en prison, où il demeurera jusqu'en avril 2010.

[17] Le commissaire a alors cité les sections pertinentes de la décision de la Cour dans *Capra c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1212, [2009] 3 R.C.F. 461, portée à son attention par l'avocat du demandeur. Dans cette décision, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'article 128 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 42, 69h)(A), 71a)(xv)(F); 2001, ch. 27, art. 242] de la LSCMLC. Le juge Russell est arrivé à cette conclusion aux motifs que cette disposition sert les intentions légitimes du législateur, notamment celle d'empêcher que des contrevenants étrangers en semi-liberté aient accès à la société canadienne plus aisément que les ressortissants étrangers visés par une mesure de renvoi qui ne sont pas des criminels [au paragraphe 43], ainsi que celle d'éviter que des contrevenants visés par une mesure de renvoi purgent des peines nettement moins longues que celles purgées par des Canadiens en raison de régimes moins rigoureux à l'étranger [au paragraphe 52].

[18] The Tribunal, however, distinguished the *Capra* decision from the case at bar on three grounds: first, Mr. Capra was serving a sentence for additional convictions after a removal order had been made and an IAD [Immigration Appeal Division] appeal had been dismissed; second, the respondent here is still a permanent resident and is not yet subject to a removal order; and third, the respondent has already been at liberty for three months.

[19] The Tribunal also reviewed the legislation governing immigration procedures and stressed that the general emphasis in the IRPA is on balancing informality and efficiency with natural justice and fairness. The Tribunal noted that subsection 162(2) of the IRPA provides that each division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit. Rule 43 of the *Immigration Division Rules* [SOR/2002-229] was also considered, which deals similarly with natural justice concerns such as the right to counsel, the degree of notice and the opportunity to prepare in the context of adjournment hearings; among the various factors to be taken into consideration, the Tribunal observed that paragraph 43(2)(i) includes the more amorphous considerations of unreasonable delay and injustice, which reflects once more the IRPA's emphasis on fairness.

[20] The Tribunal then went on to characterize the adjournment request as a balancing act between the public interest and the liberty interest of the respondent. It acknowledged that, in general, this balance weighs in favour of a prompt resolution, but was of the view that there was no pressing need to proceed in this case. There was no prejudice to the Minister as a removal cannot be enforced immediately, and the only effect of proceeding would be to send Mr. Fox back to prison. "Doing so", Tessler wrote, "seems only to serve administrative convenience as if process trumps people in every case".

[18] Toutefois, le tribunal a estimé que la décision *Capra* se distinguait de la présente espèce pour trois motifs : premièrement, M. Capra purgeait une peine découlant de nouvelles condamnations après la prise d'une mesure de renvoi et après le rejet d'un appel auprès de la SAI [Section d'appel de l'immigration]; deuxièmement, le défendeur dans la présente affaire est encore résident permanent et n'a pas encore fait l'objet d'une mesure de renvoi; et troisièmement, le défendeur était déjà en liberté depuis trois mois.

[19] Le tribunal a également examiné les dispositions législatives régissant les procédures de l'immigration et a souligné que, de manière générale, la LIPR accorde de l'importance à un équilibre judicieux entre l'absence de formalisme et l'efficacité, d'une part, et l'équité et la justice naturelle, d'autre part. Le tribunal a noté que, selon le paragraphe 162(2) de la LIPR, chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité. Le tribunal a également pris en considération la règle 43 des *Règles de la Section de l'immigration* [DORS/2002-229], qui a trait à des questions de justice naturelle telles que le droit à un avocat, le délai de préavis et la possibilité de se préparer dans le contexte des audiences d'ajournement; parmi les divers facteurs à considérer, le tribunal a observé que l'alinéa 43(2)i englobe aussi les considérations moins clairement définies se rapportant aux délais déraisonnables et à l'injustice, ce qui reflète encore une fois l'importance accordée à l'équité dans la LIPR.

[20] Le tribunal a alors qualifié la demande d'ajournement de situation où il faut trouver un équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt du défendeur de conserver sa liberté. Il a reconnu que, de manière générale, il convient de favoriser un règlement rapide de la procédure, estimant toutefois qu'il n'était pas urgent d'aller de l'avant dans la présente affaire. Le ministre ne subirait aucun préjudice puisque le renvoi ne saurait être exécuté immédiatement, et l'unique conséquence d'une telle procédure serait de renvoyer M. Fox en prison. « Aller de l'avant dans ce cas », a écrit le commissaire Tessler, « semble être qu'une question de commodité administrative, comme si le processus éclipse les personnes dans tous les cas ».

[21] The Tribunal also rejected the argument presented by the Minister that an immediate decision would make it possible to offer a pre-removal risk assessment to the respondent since the risk to be returned to the United States is unlikely to be assessed as a bar to his removal. Furthermore, the Tribunal opined that there was a significant savings to the Canadian taxpayer in keeping the respondent out of prison when he was determined by two different decision makers not to be a danger to society or a flight risk.

[22] In light of the respondent's significant interest in staying at liberty and unified with his family, and of the absence of prejudice to the applicant in delaying the proceeding, the Tribunal therefore concluded that it was not unreasonable to delay the proceeding.

III. ISSUES

[23] In light of the oral and written submissions made by counsel on behalf of both parties, it appears that three questions have to be resolved to determine this application for judicial review:

- a. The decision challenged being interlocutory in nature, are there special circumstances justifying a judicial review of that decision?
- b. If the decision of the Tribunal is properly the subject of judicial review, what is the appropriate standard of review?
- c. Did the decision of the Tribunal satisfy that standard of review?

IV. ANALYSIS

A. The relevant legislative framework

[24] This case involves paragraph 50(b) of the IRPA and subsections 128(3) to (7) of the CCRA, the

[21] Le tribunal a également rejeté l'argument du ministre selon lequel une décision immédiate permettrait à ce dernier d'offrir au défendeur un examen des risques avant renvoi, étant donné qu'il est peu probable que, au terme d'un tel examen, le risque que présente le fait d'être renvoyé aux États-Unis soit considéré comme un obstacle à son renvoi. De plus, le tribunal était d'avis que le contribuable canadien économiserait des frais importants si le défendeur n'allait pas en prison, alors que deux décideurs avaient conclu qu'il ne constituait pas une menace pour la société et qu'il ne risquait pas de s'enfuir.

[22] Compte tenu de l'importance particulière que revêtait pour le défendeur le fait de demeurer en liberté et de rester uni à sa famille, et faute de préjudice subi par le demandeur du fait que la procédure était retardée, le tribunal a conclu qu'il n'était pas déraisonnable de reporter la procédure.

III. QUESTIONS À TRANCHER

[23] À la lumière des observations orales et écrites présentées par les avocats des deux parties, il semble qu'il faut répondre à trois questions afin de statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire :

- a. La décision contestée étant de nature interlocutoire, existe-t-il des circonstances spéciales qui justifieraient le contrôle judiciaire de cette décision?
- b. Si la décision du tribunal doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire, quelle est la norme de contrôle applicable?
- c. La décision du tribunal satisfait-elle à cette norme de contrôle?

IV. ANALYSE

A. Le cadre législatif pertinent

[24] La présente affaire a trait à l'alinéa 50(b) de la LIPR et aux paragraphes 128(3) à (7) de la LSCMLC, le

legislative scheme relating to permanent residents and foreign nationals convicted of offences in Canada and sentenced to a term of imprisonment in Canada who become the subject of removal orders. For ease of reference, these sections are reproduced here:

Paragraph 50(b) of the IRPA:

Stay **50.** A removal order is stayed

...

(b) in the case of a foreign national sentenced to a term of imprisonment in Canada, until the sentence is completed;

Subsections 128(3) to (7) of the CCRA:

128. (1) ...

Deeming (3) Despite subsection (1), for the purposes of paragraph 50(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and section 40 of the *Extradition Act*, the sentence of an offender who has been released on parole, statutory release or an unescorted temporary absence is deemed to be completed unless the parole or statutory release has been suspended, terminated or revoked or the unescorted temporary absence is suspended or cancelled or the offender has returned to Canada before the expiration of the sentence according to law.

Removal order (4) Despite this Act or the *Prisons and Reformatories Act*, an offender against whom a removal order has been made under the *Immigration and Refugee Protection Act* is ineligible for day parole or an unescorted temporary absence until the offender is eligible for full parole.

Parole inoperative where parole eligibility date in future (5) If, before the full parole eligibility date, a removal order is made under the *Immigration and Refugee Protection Act* against an offender who has received day parole or an unescorted temporary absence, on the day that the removal order is made, the day parole or unescorted temporary absence becomes inoperative and the offender shall be reincarcerated.

régime législatif visant les résidents permanents et les ressortissants étrangers reconnus coupables d'infractions au Canada et condamnés à des peines d'emprisonnement au Canada qui font l'objet de mesures de renvoi. Par souci de commodité, ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

L'alinéa 50(b) de la LIPR :

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

[...]

b) tant que n'est pas purgée la peine d'emprisonnement infligée au Canada à l'étranger;

Les paragraphes 128(3) à (7) de la LSCMLC :

128. (1) [...]

(3) Pour l'application de l'alinéa 50(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de l'article 40 de la *Loi sur l'extradition*, la peine d'emprisonnement du délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle d'office ou d'une permission de sortir sans escorte est, par dérogation au paragraphe (1), réputée être purgée sauf s'il y a eu révocation, suspension ou cessation de la libération ou de la permission de sortir sans escorte ou si le délinquant est revenu au Canada avant son expiration légale.

(4) Malgré la présente loi ou la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, l'admissibilité à la libération conditionnelle totale de qui-conque est visé par une mesure de renvoi au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est préalable à l'admissibilité à la semi-liberté ou à l'absence temporaire sans escorte.

(5) La libération conditionnelle du délinquant en semi-liberté ou en absence temporaire sans escorte devient inefficace s'il est visé, avant l'admissibilité à la libération conditionnelle totale, par une mesure de renvoi au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*; il doit alors être réincarcéré.

Exception	(6) An offender referred to in subsection (4) is eligible for day parole or an unescorted temporary absence if the removal order is stayed under paragraph 50(a), 66(b) or 114(1)(b) of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> .	Exception
	(6) Toutefois, le paragraphe (4) ne s'applique pas si l'intéressé est visé par un sursis au titre des alinéas 50a) ou 66b) ou du paragraphe 114(1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> .	
Exception	(7) Where the removal order of an offender referred to in subsection (5) is stayed under paragraph 50(a), 66(b) or 114(1)(b) of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> on a day prior to the full parole eligibility of the offender, the unescorted temporary absence or day parole of that offender is resumed as of the day of the stay.	Exception
	(7) La semi-liberté ou la permission de sortir sans escorte redevient effective à la date du sursis de la mesure de renvoi visant le délinquant pris, avant son admissibilité à la libération conditionnelle totale, au titre des alinéas 50a) ou 66b) ou du paragraphe 114(1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> .	

[25] As already mentioned, these provisions were recently held to be constitutionally valid in *Capra*, above. In that case, the Court explained that unlike the Canadian citizen who is subject to imprisonment and supervision in the community pursuant to the warrant of committal for conviction until the warrant expiry date, this scheme provides that a sentence of a non-Canadian subject to a removal order is deemed completed for the purposes of a removal from Canada when the offender is released from the penitentiary on day parole, full parole or statutory release.

[25] Comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour a récemment conclu que ces dispositions sont constitutionnellement valides dans la décision *Capra*, précitée. Dans cette décision, la Cour a expliqué que, contrairement au citoyen canadien qui est assujéti à l'emprisonnement et à la surveillance dans la collectivité en application du mandat de dépôt sur déclaration de culpabilité jusqu'à la date d'expiration de ce mandat, le régime prévoit qu'une peine infligée à un ressortissant étranger visé par une mesure de renvoi est réputée être purgée, pour ce qui est du renvoi du Canada, lorsque le contrevenant est libéré du pénitencier dans le cadre d'une semi-liberté, d'une libération conditionnelle totale ou d'une libération d'office.

[26] In order to ensure that the offender serves the denunciatory portion of the sentence incarcerated prior to removal, the offender subject to a removal order is not eligible for day parole until the offender's full parole eligibility date. If the offender is released on day parole prior to a removal order being issued, then when a removal order is issued, the offender is returned to incarceration and is not eligible to be released until the offender reaches the offender's full parole eligibility date.

[26] Afin d'assurer que le contrevenant purge la période d'exemplarité de sa peine avant son renvoi, le contrevenant visé par une mesure de renvoi n'est pas admissible à la semi-liberté avant sa date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale. Si le contrevenant obtient la semi-liberté avant qu'une mesure de renvoi ne soit prise contre lui, alors, lorsque la mesure de renvoi est prise, le contrevenant est réincarcéré et n'est pas admissible à une libération avant sa date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale.

[27] In that case, the Court found that it was perfectly legitimate for Parliament to postpone eligibility for day parole and unescorted release for foreign offenders to achieve specific policy objectives such as ensuring that such persons do not serve sentences shorter than the sentences served by Canadians for the same crime (which would occur if they were removed at an earlier time), and that the offender should not be placed in a

[27] Dans cette affaire, la Cour a conclu qu'il était tout à fait légitime que le législateur retarde l'admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté et aux permissions de sortir sans escorte de façon à atteindre des objectifs de principe précis, par exemple que ces personnes ne purgent pas des peines plus courtes que celles que purgent des Canadiens pour le même crime (ce qui serait le cas si elles étaient renvoyées plus tôt)

better position than a non-offending foreigner subject to removal by giving the offender access to Canadian society and Canadian territory through day parole and unescorted temporary absence. Subsection 128(4) of the CCRA was therefore determined compliant with sections 7, 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[28] It is true that in *Capra*, the focus was on subsection 128(4) as opposed to subsection 128(5) of the CCRA, as the deportation order had been made before the applicant had become eligible for an unescorted temporary absence, and not after, as is the case here. But this distinction is not material to the constitutionality of the whole scheme put in place by Parliament, as subsection 128(5) of the CCRA is really the corollary to subsection 128(4) and is the expression of the same logic that underpins subsection 128(4). In both cases, the variation in the way an offender subject to a removal order served the sentence of imprisonment imposed is triggered by the existence of the removal order, and the differential treatment embodied in subsections 128(3) to (7) of the CCRA is a necessary consequence of a valid deportation order.

[29] This case also involves subsection 162(2) and paragraph 173(b) of the IRPA and rule 43 of the *Immigration Division Rules* (SOR/2002-229), relating to how an admissibility hearing before the Immigration Division shall proceed as well as to the factors to be taken into consideration when dealing with an application for an adjournment. These provisions read as follows:

Provisions of the IRPA:

162. (1) ...

et que les contrevenants ne se trouvent pas dans une situation meilleure que celle d'un étranger non délinquant visé par une mesure de renvoi en leur donnant accès à la société canadienne et au territoire canadien grâce à la semi-liberté et à une absence temporaire sans escorte. Par conséquent, la Cour a conclu que le paragraphe 128(4) de la LSCMLC était compatible avec les articles 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[28] Il est vrai que la décision *Capra* met l'accent sur le paragraphe 128(4) de la LSCMLC, plutôt que sur le paragraphe 128(5), étant donné que la mesure d'expulsion avait été prise avant que le demandeur ne soit admissible à une absence temporaire sans escorte, et non après comme dans la présente affaire. Mais cette différence n'a aucune importance pour ce qui est de la constitutionnalité de l'ensemble du régime instauré par le législateur, car le paragraphe 128(5) de la LSCMLC est en fait le corollaire du paragraphe 128(4) et l'expression de la même logique qui sous-tend le paragraphe 128(4). Dans les deux causes, la différence dans la façon dont le contrevenant visé par une mesure de renvoi purgeait sa peine d'emprisonnement découle de l'existence de la mesure de renvoi, et le traitement différentiel établi aux paragraphes 128(3) à (7) de la LSCMLC est une conséquence nécessaire d'une ordonnance de renvoi valide.

[29] La présente cause porte également sur le paragraphe 162(2) et l'alinéa 173b) de la LIPR ainsi que sur la règle 43 des *Règles de la Section de l'immigration* (DORS/2002-229), qui ont trait au déroulement d'une enquête devant la Section de l'immigration et aux facteurs qu'il faut prendre en considération dans le cadre d'une demande d'ajournement. Voici les dispositions en question :

Les dispositions de la LIPR :

162. (1) [..]

Procedure	(2) Each Division shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.	(2) Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.	Fonctionnement
Proceedings	<p>...</p> <p>173. The Immigration Division, in any proceeding before it,</p> <p>...</p> <p>(b) must give notice of the proceeding to the Minister and to the person who is the subject of the proceeding and hear the matter without delay;</p>	<p>[...]</p> <p>173. Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de l'immigration :</p> <p>[...]</p> <p>b) convoque la personne en cause et le ministre à une audience et la tient dans les meilleurs délais;</p>	Fonctionnement
Rule 43 of the <i>Immigration Division Rules</i> :		La règle 43 des <i>Règles de la Section de l'immigration</i> :	
Application to change the date or time of a hearing	43. (1) A party may make an application to the Division to change the date or time of a hearing.	43. (1) Toute partie peut demander à la Section de changer la date ou l'heure d'une audience.	Demande de changement de la date ou de l'heure d'une audience
Factors	(2) In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including	(2) Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent. Elle examine notamment :	Éléments à considérer
	(a) in the case of a date and time that was fixed after the Division consulted or tried to consult the party, the existence of exceptional circumstances for allowing the application;	a) dans le cas où elle a fixé la date et l'heure de la procédure après avoir consulté ou tenté de consulter la partie, toute circonstance exceptionnelle qui justifie le changement;	
	(b) when the party made the application;	b) le moment auquel la demande a été faite;	
	(c) the time the party has had to prepare for the hearing;	c) le temps dont la partie a disposé pour se préparer;	
	(d) the efforts made by the party to be ready to start or continue the hearing;	d) les efforts qu'elle a faits pour être prête à commencer ou à poursuivre l'audience;	
	(e) the nature and complexity of the matter to be heard;	e) la nature et la complexité de l'affaire;	
	(f) whether the party has counsel;	f) si la partie est représentée;	
	(g) any previous delays and the reasons for them;	g) tout report antérieur et sa justification;	
	(h) whether the time and date fixed for the hearing was peremptory; and	h) si la date et l'heure qui avaient été fixées étaient péremptoires;	

(i) whether allowing the application would unreasonably delay the proceedings or likely cause an injustice.

i) si le fait d'accueillir la demande ralentirait l'affaire de manière déraisonnable ou causerait vraisemblablement une injustice.

B. The interlocutory nature of the decision

[30] It is well established that an adjournment decision cannot be reviewed in the absence of special circumstances. The Federal Court of Appeal and this Court have frequently reiterated that scarce judicial resources should not be spent on applications to judicially review preliminary or interlocutory decisions, especially where an adequate remedy would be available later so as to cure any potential defect of the interlocutory decision. As the Court of Appeal stated in *Szczeka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333, at paragraph 4:

This is why unless there are special circumstances there should not be any appeal or immediate judicial review of an interlocutory judgment. Similarly, there will not be any basis for judicial review, specially immediate review, when at the end of the proceedings some other appropriate remedy exists. These rules have been applied in several Court decisions specifically in order to avoid breaking up cases and the resulting delays and expenses, which interfere with the sound administration of justice and ultimately bring it into disrepute.

See also: *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1174, [2005] 1 F.C.R. 485, at paragraph 34.

[31] The applicant referred the Court to a number of decisions where this Court and the Federal Court of Appeal have accepted to rule on interlocutory adjournment decisions, therefore implicitly accepting that adjournment decisions do sometimes satisfy the “special circumstances” test: see *Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 902, [2005] 4 F.C.R. 430; *Subhaschandran v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lundgren*, [1993] 1 F.C. 187 (T.D.); *Minister of Employment and Immigration v. Han*, [1984]

B. La nature interlocutoire de la décision

[30] Il est bien établi que, sous réserve de circonstances spéciales, une décision d'ajournement ne doit pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale et la Cour ont fréquemment réitéré qu'il n'y a pas lieu de consacrer des ressources judiciaires restreintes au contrôle judiciaire de décisions préliminaires ou interlocutoires, d'autant plus qu'on disposerait par la suite d'un recours approprié pour remédier à tout défaut potentiel dans la décision interlocutoire. Comme l'a énoncé la Cour d'appel dans l'arrêt *Szczeka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 934 (C.A.) (QL), au paragraphe 4 :

Voilà pourquoi il ne doit pas, sauf circonstances spéciales, y avoir d'appel ou de révision judiciaire immédiate d'un jugement interlocutoire. De même, il ne doit pas y avoir ouverture au contrôle judiciaire, particulièrement un contrôle immédiat, lorsqu'il existe, au terme des procédures, un autre recours approprié. Plusieurs décisions de justice sanctionnent ces deux principes, précisément pour éviter une fragmentation des procédures ainsi que les retards et les frais inutiles qui en résultent, qui portent atteinte à une administration efficace de la justice et qui finissent par la discréditer.

Voir aussi : *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1174, [2005] 1 R.C.F. 485, au paragraphe 34.

[31] Le demandeur a signalé à la Cour plusieurs décisions dans lesquelles la Cour et la Cour d'appel ont accepté de se prononcer sur des décisions interlocutoires d'ajournement, acceptant donc implicitement que parfois les décisions d'ajournement répondent au critère des « circonstances spéciales » : voir *Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 902, [2005] 4 R.C.F. 430; *Subhaschandran c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lundgren*, [1993] 1 C.F. 187 (1^{re} inst.); *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Han*, [1984]

1 F.C. 976 (C.A.). On the other hand, counsel for the applicant made no submission on this issue.

[32] In the case at bar, I am satisfied that the nature of the error is, in and of itself, sufficient to justify the review by this Court of the interlocutory decision. It is a well-established principle that special circumstances are deemed automatically to exist when the alleged error is one of jurisdiction: *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584 (T.D.). For reasons that I will elaborate upon shortly, I have come to the conclusion that the tribunal acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction in granting the 13-month adjournment sought by the respondent. Had the decision been made within the confines of the discretion conferred to the tribunal by the legislation, the jurisdiction of this Court to review would have been more problematic. But this is not the case here.

[33] I also agree with the applicant that the Minister will have no adequate alternative remedy if the adjournment is allowed to stand. The respondent will have reached his full parole eligibility date by the resumption of the admissibility hearing, and the effects of this adjournment decision will have become moot. It is true that the adjournment of the hearing does not affect an eventual removal order, since such an order, even if issued, cannot be operative before the date on which the hearing should resume. But what the Minister is seeking is not so much the execution of the removal order as compliance with the law, which sets out that a foreign offender who is subject to a removal shall serve the denunciatory portion of his sentence before being eligible for day parole or unescorted temporary absence. In other words, the re-incarceration of the applicant is as much a potential consequence of the admissibility hearing as the removal order itself; from that angle, it can surely be said that the adjournment of the admissibility hearing to the date of the applicant's full parole eligibility leaves no adequate alternative remedy to the Minister, and cannot be remedied by the final decision once that hearing resumes.

1 C.F. 976 (C.A.). Par contre, l'avocat du demandeur n'a présenté aucune observation sur cette question.

[32] Dans la présente affaire, je suis convaincu que la nature de l'erreur justifie, à elle seule, que la Cour procède au contrôle judiciaire de la décision interlocutoire. Selon un principe bien établi, des circonstances spéciales sont réputées exister automatiquement lorsque l'erreur alléguée a trait à la compétence : *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584 (1^{re} inst.). Pour des motifs que j'exposerai ci-dessous, j'en suis venu à la conclusion que le tribunal a excédé sa compétence ou refusé d'exercer sa compétence en accordant l'ajournement de 13 mois demandé par le défendeur. Si la décision avait relevé du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi au tribunal, la compétence de la Cour de contrôler cette décision aurait soulevé plus de doutes. Toutefois, ce n'est pas le cas ici.

[33] Je conviens également avec le demandeur que le ministre n'aura aucun autre recours approprié si la décision d'ajournement n'est pas infirmée. Le défendeur aura atteint sa date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale au moment de la reprise de l'enquête, et les répercussions de la décision d'ajournement seront alors sans intérêt pratique. Il est vrai que l'ajournement de l'audience n'a aucune incidence sur une mesure de renvoi possible étant donné qu'une telle mesure, même si elle était prise, ne pourrait pas être exécutoire avant la date de reprise de l'audience. Toutefois, la demande du ministre ne vise pas principalement l'exécution de la mesure de renvoi, mais l'observation de la loi, qui prévoit qu'un contrevenant étranger devant être renvoyé doit purger la période d'exemplarité de sa peine avant d'être admissible à la semi-liberté ou à l'absence temporaire sans escorte. Autrement dit, la réincarcération du demandeur est tout autant une conséquence potentielle de l'enquête que la mesure de renvoi elle-même; de ce point de vue, on peut sûrement avancer que l'ajournement de l'enquête du demandeur à la date à laquelle ce dernier devient admissible à la libération conditionnelle totale prive le ministre de tout autre recours approprié, ce à quoi la décision finale ne peut remédier après la reprise de l'audience.

[34] For the above reasons, I am therefore of the view that it is appropriate to entertain the Minister's application for judicial review in the special circumstances of this case.

C. The appropriate standard of review

[35] Had the Tribunal acted within its jurisdiction in granting the adjournment, there is no doubt that the applicable standard of review would have been reasonableness. In *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, the Supreme Court made it clear [at page 569] that administrative tribunals must be able to control their own procedures; accordingly, adjournment of their proceedings was found to be very much in their discretion (subject, of course, to the rules of fairness).

[36] In the present case, however, the issue is not so much whether the Tribunal properly considered the factors found in subrule 43(2) of the *Immigration Division Rules* in granting the adjournment, but whether the Tribunal had the jurisdiction or acted beyond its jurisdiction in granting the adjournment by taking into account irrelevant considerations. This is clearly a question of jurisdiction reviewable on the standard of correctness.

[37] Even if the issue could plausibly be cast as one going to the proper interpretation of paragraph 128(5) of the CCRA, it would still call for the application of the correctness standard. It is clearly not a question relating to the Tribunal's home statute and it falls outside its area of specialized expertise.

[38] As a result, this Court owes no deference to the Tribunal's decision, and must proceed according to its own analysis of the question that is debated between the parties. As the Supreme Court stated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 50:

[34] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis qu'il convient d'accueillir la demande de contrôle judiciaire présentée par le ministre, compte tenu des circonstances spéciales de la présente affaire.

C. La norme de contrôle applicable

[35] Si le tribunal avait respecté les limites de sa compétence en accordant l'ajournement, il ne fait aucun doute que la norme de contrôle applicable serait celle de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, la Cour suprême a énoncé clairement [à la page 569] que les tribunaux administratifs doivent être en mesure de contrôler leurs propres procédures; ainsi, elle a conclu que l'ajournement d'une procédure relevait tout à fait de leurs pouvoirs discrétionnaires (sous réserve, évidemment, des règles d'équité).

[36] Toutefois, dans la présente affaire, il ne s'agit pas tellement de déterminer si le tribunal a correctement tenu compte des facteurs exposés au paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration* avant d'accorder l'ajournement, mais plutôt de déterminer s'il avait compétence pour accorder cet ajournement ou s'il a outrepassé sa compétence lorsqu'il a accordé l'ajournement en tenant compte de considérations non pertinentes. Il s'agit clairement d'une question de compétence pour laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[37] Même s'il était possible de présenter la question de manière vraisemblable comme ayant trait à l'interprétation correcte du paragraphe 128(5) de la LSCMLC, il faudrait tout de même se reporter à la norme de la décision correcte. Il ne s'agit clairement pas d'une question se rapportant à la loi constitutive du tribunal et elle ne relève pas de son domaine d'expertise spécialisée.

[38] Par conséquent, la Cour n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de la décision du tribunal, et doit se fier à sa propre analyse de la question faisant l'objet d'un litige entre les parties. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 50 :

When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

Was the decision to adjourn for 13 months correct?

[39] Once a section 44 Report is referred to the Immigration Division for an admissibility hearing, pursuant to subsection 162(2) and paragraph 173(b) of the IRPA, the admissibility hearing must be heard as quickly as the circumstances and the considerations of procedural fairness and natural justice permit and without delay. The Tribunal's function at the admissibility hearing is exclusively to find facts. If the member finds the person is a person described in paragraph 36(1)(a) of the IRPA, then pursuant to paragraph 45(d) of the IRPA and paragraph 229(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, the Tribunal must issue a deportation order against the person.

[40] The Tribunal found as much in the case at bar and acknowledged that once the admissibility hearing commenced to determine if the respondent is inadmissible pursuant to paragraph 36(1)(a) of the IRPA for serious criminality, the matter would be straightforward as the documents before the Tribunal provided by the respondent established that he was serving a sentence of seven years and ten months for a conviction in Canada for importing cocaine.

[41] Yet the Tribunal made it very clear that its decision to grant the adjournment was essentially driven by its desire to allow the respondent to remain with his family and to benefit from his day parole until he became removable. This is made abundantly clear from the following two paragraphs of the decision:

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

La décision d'ajourner pour une période de 13 mois était-elle correcte?

[39] Une fois qu'un rapport établi en vertu de l'article 44 est acheminé à la Section de l'immigration pour enquête, conformément au paragraphe 162(2) et à l'alinéa 173(b) de la LIPR, il faut procéder à l'enquête avec célérité, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, et dans les meilleurs délais. Le rôle du tribunal à l'enquête consiste uniquement à tirer des conclusions de fait. Si le commissaire conclut que la personne est visée par l'alinéa 36(1)a) de la LIPR, alors il doit, en application de l'alinéa 45d) de la LIPR et de l'alinéa 229(1)c) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, prendre une mesure d'expulsion contre cette personne.

[40] Il s'agit de la conclusion que le tribunal a tirée dans la présente affaire. Le tribunal a reconnu que, une fois qu'aurait commencé l'enquête visant à déterminer si le défendeur est interdit de territoire pour grande criminalité au sens de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR, le déroulement de l'affaire serait simple puisque les documents soumis à le tribunal par le défendeur attestaient qu'il purgeait une peine de sept ans et dix mois à la suite d'une condamnation au Canada pour importation de cocaïne.

[41] Pourtant, le tribunal a clairement indiqué que sa décision d'accorder l'ajournement reposait essentiellement sur son désir de permettre au défendeur de demeurer auprès de sa famille et de tirer parti de sa semi-liberté jusqu'à ce que son renvoi soit possible. C'est ce qui ressort clairement des deux paragraphes suivants de la décision :

In the majority of immigration matters where the Minister is seeking a removal order I agree that a swift resolution of the matter is the reasonable course but here there is no pressing need to process. Where there is no prejudice to the Minister as a removal cannot be enforced at this time, when the only effect of proceeding will be to send Mr. Fox back to prison, there seems to be a certain unnecessary punitive quality to requiring that the matter proceed. Doing so seems only to serve administrative convenience as if process trumps people in every case.

In this case the adjournment request becomes a matter of balancing the public interest with the liberty interest of the person. If the Minister is insisting that the objectives of the Act be served, I note that while at liberty Mr. Fox is able to remain united with his wife and son which not only serves the best interests of the child but maintains family unification.

[42] These are obviously valid humanitarian and compassionate considerations. But the Tribunal does not have any discretion to consider these factors at the admissibility hearing. It is rather at the stage of making an admissibility report under subsection 44(1) or in the making of a referral to the Immigration Division under subsection 44(2) of the IRPA that these considerations should be taken into account. This point was reiterated most recently by Mr. Justice Barnes in the following terms (*Wajaras v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 200, at paragraph 11):

The caselaw indicates that to the extent that any discretion exists to consider mitigating, aggravating or humanitarian factors in the process of determining the inadmissibility of a permanent resident, it does so at the point of the preparation of an admissibility report under ss. 44(1) or in the making of a referral to the Immigration Division under ss. 44(2) of the IRPA: see *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, 271 F.T.R. 257... once the matter comes before the Immigration Division, the question for determination is only whether the person is inadmissible on the ground of serious criminality. The Immigration Division's admissibility hearing is not the place to embark upon a humanitarian review or to consider the fairness or proportionality of the consequences that flow from a resulting deportation order. Those are consequences that flow inevitably by operation of law and they impart no mitigatory discretion upon the Immigration Division.

Dans la majorité des affaires liées à l'immigration où le ministre demande la prise d'une mesure de renvoi, je conviens qu'un règlement rapide de l'affaire est la voie raisonnable à suivre, mais, dans le cas présent, il n'y a aucun besoin pressant à instruire l'enquête. Comme le ministre ne subit aucun préjudice, puisqu'un renvoi ne peut être exécuté pour l'instant et que le seul effet de la procédure serait de retourner M. Fox en prison, le fait d'exiger que l'affaire soit instruite semble revêtir une certaine qualité punitive inutile. Aller de l'avant dans ce cas ne semble être qu'une question de commodité administrative, comme si le processus éclipsait les personnes dans tous les cas.

Dans le présent cas, la demande d'ajournement devient une question d'équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt de la personne à l'égard de sa liberté. Si le ministre insiste pour que soient remplis les objectifs de la loi, je note que, tandis qu'il est en liberté, M. Fox peut demeurer avec son épouse et son fils, ce qui sert non seulement l'intérêt supérieur de l'enfant, mais préserve aussi la réunification familiale.

[42] Il s'agit manifestement de considérations d'ordre humanitaire valables. Or, le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération ces facteurs à l'enquête. C'est plutôt à l'étape de la rédaction du rapport sur l'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(1) ou du renvoi à la Section de l'immigration en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR qu'il faut tenir compte de ces considérations. Le juge Barnes a récemment réitéré ce point comme suit (*Wajaras c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 200, au paragraphe 11) :

La jurisprudence révèle que, dans le cadre de la procédure portant sur la question de savoir si un résident permanent est interdit de territoire, ce n'est que lors de la préparation du rapport d'interdiction de territoire établi en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR ou que lorsque le ministre défère une affaire à la Section de l'immigration en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR qu'il existe quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit qui permet l'examen des facteurs atténuants ou aggravants ou bien des motifs d'ordre humanitaire : voir *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, 271 F.T.R. 257 [...] dès que la Section de l'immigration est saisie de l'affaire, la seule question qu'elle doit trancher est de savoir si la personne est interdite de territoire pour grande criminalité. L'enquête de la Section de l'immigration n'est pas l'occasion d'effectuer un examen des motifs d'ordre humanitaire ou d'examiner l'équité ou bien la proportionnalité des conséquences qui découlent de la mesure d'expulsion. Ces conséquences

[43] Now, the applicant is right to point out that paragraph 43(2)(i) of the *Immigration Division Rules* allows the Tribunal to consider whether allowing the application for an adjournment would “likely cause an injustice”. The applicant states that on that basis, the Tribunal was justified to consider the exceptional circumstances that were brought to its attention, including the fact that the respondent was already at liberty, had been found not to be a danger to the public and not unlikely to appear for immigration proceedings, and that he was married to a Canadian citizen and had a nine-year-old child with attention deficit hyperactive disorder.

[44] This subsection, however, cannot be read in a vacuum and must be interpreted in context. All the paragraphs of subrule 43(2) of the *Immigration Division Rules*, as well as subsection 162(2) of the IRPA relate to the procedural requirements to ensure that the hearing itself is conducted fairly. The “injustice” to which paragraph 43(2)(i) relates cannot extend to the effect of the consequences of the final substantive decision made at the conclusion of a hearing (i.e. the issuance of a removal order).

[45] Indeed, the facts of this case are not substantially different from the situation considered by the Court of Appeal in *Han*, above. In that case, the respondent had been admitted to Canada as a permanent resident conditional upon his marrying within 90 days. The marriage did not take place, and a report that he had contravened the terms and conditions of his landing was made to the Minister. When the inquiry resumed after several adjournments on June 7, 1983, the respondent sought an adjournment so his application for citizenship could be processed; according to the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] then in force, he met the requirements of the *Citizenship Act* [S.C. 1974-75-76, c. 108] and was entitled as of right to a grant of citizenship, since he had remained a permanent resident notwithstanding his failure to fulfil the condition. At the time, subsection 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 provided that the adjudicator “may

résultent inévitablement de l’application de la loi, et la Section de l’immigration n’a aucun pouvoir discrétionnaire de les atténuer.

[43] Le défendeur a raison de signaler que l’alinéa 43(2)i des *Règles de la Section de l’immigration* autorise le tribunal à se demander si le fait d’accueillir la demande d’ajournement « causerait vraisemblablement une injustice ». Le défendeur soutient que, pour ce motif, le tribunal était justifié de prendre en considération les circonstances exceptionnelles portées à son attention, notamment le fait que le défendeur était déjà en liberté, n’était pas considéré comme une menace pour le public, ne se soustrairait vraisemblablement pas aux procédures d’immigration, était marié à une citoyenne canadienne et avait un enfant de neuf ans atteint d’hyperactivité avec déficit de l’attention.

[44] Toutefois, il ne faut pas interpréter ce paragraphe dans l’abstrait, mais plutôt en contexte. Tous les alinéas du paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l’immigration*, ainsi que le paragraphe 162(2) de la LIPR, portent sur les exigences procédurales visant à assurer que l’audience elle-même se déroule de manière équitable. L’« injustice » à laquelle renvoie l’alinéa 43(2)i ne peut s’étendre aux conséquences de la décision définitive sur le fond rendue au terme de l’audience (c’est-à-dire la prise d’une mesure de renvoi).

[45] À vrai dire, il n’y a pas de différence substantielle entre les faits de l’espèce et la situation examinée par la Cour d’appel dans l’arrêt *Han*, précité. Dans cette affaire, le défendeur avait été admis au Canada à titre de résident permanent à la condition qu’il se marie dans un délai de 90 jours. Le mariage n’a pas eu lieu et un rapport signalant qu’il avait contrevenu aux conditions rattachées à son droit d’établissement a été soumis au ministre. Lorsque l’enquête a repris, le 7 juin 1983, après plusieurs ajournements le défendeur a demandé un ajournement en attendant le traitement de sa demande de citoyenneté; selon la *Loi sur l’immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] en vigueur à l’époque, il répondait aux exigences de la *Loi sur la citoyenneté* [S.C. 1974-75-76, ch. 108] et pouvait prétendre de plein droit à la citoyenneté puisqu’il avait conservé son statut de résident permanent malgré la non-observation de la condition. À l’époque, le paragraphe 35(1) du

adjourn the inquiry at any time for the purpose of ensuring a full and proper inquiry”. The adjournment was refused, but the Trial Judge quashed the refusal on the ground that the decision to grant or deny an adjournment was always a matter of discretion and that discretion is to be exercised fairly or in accordance with the principles of natural justice [*Han (Re)*, [1983] F.C.J. No. 600 (T.D.) (QL)]. He concluded that the refusal of the adjournment was unfair because it would quite likely result in the making of a deportation order which would prejudice the respondent’s right to become a Canadian citizen.

[46] The Court of Appeal reversed that decision on the ground that the Trial Judge had misinterpreted subsection 35(1) of the *Immigration Regulations, 1978*. All three judges, in separate reasons, came to the conclusion that the adjudicator did not have the jurisdiction to grant the adjournment for the purpose of allowing his citizenship application to be processed, and that the Trial Judge had erred in assuming that he had that jurisdiction. They also agreed that the decision to grant or deny an adjournment is not always a matter of unconstrained discretion. The Court of Appeal found that the purpose for which the adjournment was sought in that case had nothing to do with a better conduct of the inquiry, but to ensure that the inquiry could never be held. This was clearly not within the jurisdiction of the adjudicator. As for the notion of fairness on which the reasoning of the Trial Judge hinged, the Court of Appeal had this to say (*Han*, above, at page 987):

It does not appear to me that the legal notion of fairness on which the reasoning hinges is taken in its proper sense. This notion of fairness as developed and applied by supervisory bodies in reviewing purely administrative decisions pertains to procedural requirements, as does the broader notion of natural justice in which it is embedded; it refers to the manner in which the tribunal has reached its conclusion, not to the substance of the conclusion itself. The tribunal has, of course, a strict duty to act in good faith, within the purview of the law from which it draws its authority and for relevant motives, its discretion, as it is usually said, must be exercised

Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172, précisait que l’arbitre qui préside l’enquête « peut l’ajourner à tout moment afin de veiller à ce qu’elle soit complète et régulière ». L’ajournement a été refusé, mais le juge de première instance a annulé ce refus au motif que la décision d’accorder ou de refuser un ajournement relevait toujours du pouvoir discrétionnaire, et que ce pouvoir discrétionnaire devait s’exercer de manière équitable ou conformément aux principes de la justice naturelle [*Han (Re)*, [1983] A.C.F. n° 600 (1^{re} inst.) (QL)]. Il a conclu que le refus d’accorder l’ajournement était inéquitable parce qu’il mènerait vraisemblablement à la prise d’une mesure d’expulsion qui compromettrait le droit du défendeur de devenir citoyen canadien.

[46] La Cour d’appel a infirmé cette décision au motif que le juge de première instance avait mal interprété le paragraphe 35(1) du *Règlement sur l’immigration de 1978*. Les trois juges, dans des motifs distincts, sont arrivés à la conclusion que l’arbitre n’avait pas compétence pour accorder l’ajournement dans le but de permettre le traitement de la demande de citoyenneté, et que le juge de première instance avait commis une erreur en présumant qu’il avait cette compétence. Ils ont convenu que la décision d’accorder ou de refuser un ajournement ne relève pas toujours d’un pouvoir discrétionnaire illimité. La Cour d’appel a conclu que la raison pour laquelle le demandeur avait demandé l’ajournement dans cette affaire n’avait rien à voir avec la tenue plus équitable de l’enquête, mais visait plutôt à assurer que l’enquête n’ait jamais lieu. Manifestement, cela ne relevait pas de la compétence de l’arbitre. En ce qui a trait à la notion d’équité sur laquelle reposait le raisonnement du juge de première instance, la Cour d’appel a formulé les observations suivantes (*Han*, précité, à la page 987) :

La notion juridique d’équité (*fairness*), sur laquelle repose tout ledit raisonnement, ne me semble pas avoir été prise dans son sens véritable. Cette notion d’équité, développée et appliquée par les organes de contrôle chargés d’examiner des décisions purement administratives, vise des exigences de procédure, à l’instar d’ailleurs de la notion plus large de justice naturelle, dont elle est partie intégrante; elle concerne le cheminement suivi par le tribunal pour arriver à sa décision et non pas le fond de la décision. Bien entendu, le tribunal a l’obligation stricte d’agir de bonne foi, dans les limites prescrites par la loi qui lui confère sa compétence et, pour des

“judicially”, but the suitability and the fairness of the decision are matters left to its sole appreciation. It is apparent from the reasons of the learned Trial Judge that the “taint of unfairness” he was seeing was directed to the decision itself because of its possible prejudicial effects to the respondent; it had nothing to do with the manner in which the decision had been reached.

[47] The same reasoning must govern the case at bar. As previously stated, the question for determination at the admissibility hearing is whether the respondent is inadmissible for serious criminality. The consequences that flow from a finding of inadmissibility are not relevant to such a determination. They have been set out by Parliament which has seen fit to postpone eligibility for day parole and unescorted release for foreign offenders until they have purged the denunciatory portion of their sentence. One may disagree with that policy, but it is not for the Tribunal (nor, indeed, for this Court) to do away with the will of Parliament by circumventing it with an adjournment order which, for all intent and purposes, would render subsection 128(5) [of the CCRA] nugatory and of no effect. In doing so, I am therefore of the view that the Tribunal acted without jurisdiction or beyond its jurisdiction.

[48] In his written submissions, the respondent also hinted at a possible abuse of power to the extent that the applicant was improperly insisting to see the respondent re-incarcerated even though he was not a danger to the public or a flight risk. His counsel did not press the issue at the hearing, and properly so. This question has already been addressed by the Federal Court in *Wajaras*, above, and found to be of no merit. It is certainly not contrary to the interests of justice that the Minister insists, even repeatedly, that an Act of Parliament be complied with.

[49] For all of the above reasons, this application for judicial review will therefore be granted. At the hearing, counsel for the respondent asked for permission to propose a certified question after having had the

raisons pertinentes, il doit, comme on le dit généralement, exercer sa discrétion, « de façon judiciaire »; mais l’opportunité et le caractère équitable de la décision sont entièrement laissés à son appréciation. Il ressort des motifs du premier juge que « l’élément d’iniquité » qu’il voyait concernait la décision elle-même à cause du préjudice qu’elle pouvait causer à l’intimé; cette « iniquité » n’avait rien à voir avec la façon dont l’arbitre était arrivé à sa conclusion.

[47] Le même raisonnement doit s’appliquer dans la présente affaire. Comme je l’ai dit précédemment, la question à trancher à l’enquête est la suivante : le défendeur est-il interdit de territoire pour grande criminalité? Pour trancher cette question, il n’est pas pertinent de tenir compte des conséquences qui s’ensuivraient de la conclusion qu’il est interdit de territoire. Ces conséquences ont été établies par le législateur qui a cru bon de reporter l’admissibilité des contrevenants étrangers à la semi-liberté et aux permissions de sortir sans escorte jusqu’à ce qu’ils aient purgé la période d’exemplarité de leur peine. On peut disconvenir d’une telle politique, mais il n’est pas du ressort du tribunal (ni, à vrai dire, de la Cour) d’ignorer la volonté du législateur en la contournant au moyen d’une ordonnance d’ajournement qui, à toutes fins pratiques, aurait pour effet de rendre le paragraphe 128(5) [de la LSCMLC] inopérant et sans effet. Par conséquent, je suis d’avis que le tribunal a outrepassé sa compétence.

[48] Dans ses observations écrites, le défendeur a également laissé entendre qu’il y avait peut-être un abus de pouvoir dans la mesure où le demandeur insistait de manière inappropriée pour que le défendeur soit réincarcéré même s’il ne constitue pas une menace pour le public ou n’est pas susceptible de s’enfuir. Son avocat n’a pas insisté sur cette question à l’audience, et avec raison. La Cour fédérale a déjà examiné cette question dans la décision *Wajaras*, précitée, et a conclu qu’elle était dépourvue de fondement. Il n’est certainement pas contraire aux intérêts de la justice que le ministre insiste, même de façon répétée, pour qu’une loi du Parlement soit respectée.

[49] Pour tous les motifs exposés ci-dessus, la présente demande de contrôle judiciaire est par conséquent accueillie. À l’audience, l’avocat du défendeur a demandé l’autorisation de soumettre une question à la

opportunity to be appraised of my reasons. I granted him that permission, and I will therefore allow him seven days from the release of these reasons to draft any question which he believes should be certified. In the event that he elects to do so, the applicant will be given a further seven days to reply.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is granted. There shall be a separate order as to whether one or more questions will be certified.

certification après avoir pris connaissance de mes motifs. Je lui ai accordé cette autorisation et, par conséquent, je lui accorde sept jours après la publication des présents motifs pour rédiger toute question qui, à son avis, devrait être certifiée. S'il décide de soumettre une telle question, le demandeur disposera à son tour d'une période de sept jours pour soumettre une réponse.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. Une ordonnance distincte sera prononcée concernant la certification d'une ou de plusieurs questions.

A-616-08
2009 FCA 288

A-616-08
2009 CAF 288

Zsolt Somodi (*Appellant*)

Zsolt Somodi (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court of Appeal, Létourneau, Sexton and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, September 17; Ottawa, October 7, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Sexton et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 17 septembre; Ottawa, 7 octobre 2009.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of visa officer's decision refusing appellant's sponsored application for permanent resident status as member of family class — While appeal pending, Immigration Appeal Division granting sponsor's appeal, setting aside visa officer's decision — Appeal herein therefore moot — Federal Court of Appeal nevertheless proceeding to answer certified question as that question never before considered by Court — Issue whether Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 72 barring judicial review by applicant of spousal application while sponsor exercising right of appeal pursuant to IRPA, s. 63 — Statutory bar in IRPA, s. 72(2)(a) broader than in Federal Courts Act, s. 18.5 — Latter provision prohibiting recourse to judicial review only to extent decision may be appealed — Comprehensive, self-contained process in IRPA established by Parliament to deal with admission of foreign nationals as members of family class — Right of appeal given to sponsor, statute bar against judicial review until all rights of appeal exhausted distinguishing features of new process, rendering earlier case law relied upon by appellant obsolete — IRPA, s. 75(2) clear that statutory bar in s. 72(2)(a) prevailing over Federal Courts Act, s. 18.1 granting right to apply for judicial review — Federal Court having no choice but to dismiss application — Illogical, detrimental to objectives of scheme, administration of justice to allow multiplicity of proceedings on same issue — Certified question answered affirmatively — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté le contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas refusant la demande parrainée de statut de résident permanent de l'appelant au titre de la catégorie du regroupement familial — Pendant que l'appel était en instance, la Section d'appel de l'immigration a accueilli l'appel de la répondante et a annulé la décision de l'agent des visas — L'appel en l'espèce était donc théorique — La Cour d'appel fédérale a néanmoins répondu à une question certifiée qui n'avait jamais été examinée par la Cour — Il s'agissait de savoir si l'art. 72 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) interdit toute demande de contrôle judiciaire présentée par la personne visée par une demande de parrainage présentée par un conjoint pendant que le répondant exerce une voie d'appel en vertu de l'art. 63 de la LIPR — L'interdiction énoncée à l'art. 72(2)a de la LIPR a une portée plus large que celle de l'art. 18.5 de la Loi sur les Cours fédérales — Cette deuxième disposition interdit le recours à un contrôle judiciaire que dans la mesure où la décision peut faire l'objet d'un appel — Le législateur a établi une procédure exhaustive et indépendante pour traiter l'admission de ressortissants à titre de membres de la catégorie du regroupement familial — Le droit d'appel accordé au répondant et l'interdiction du contrôle judiciaire tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées sont des traits distinctifs de cette nouvelle procédure et rendent obsolètes la jurisprudence antérieure sur laquelle s'appuie l'appelant — L'art. 75(2) de la LIPR indique clairement que l'interdiction énoncée à l'art. 72(2)a l'emporte sur l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales qui accorde le droit de demander un contrôle judiciaire — La Cour fédérale ne pouvait faire autrement que de rejeter la demande — Il serait illogique et nuisible aux objectifs du régime et préjudiciable à l'administration de la justice d'autoriser une multiplicité de procédures sur la même

question — Une réponse affirmative a été donnée à la question certifiée — Appel rejeté.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 63, 72(2)(a), 75(2) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 62 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); *Khakoo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1993] 1 F.C. 231, (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 142, 148 N.R. 78 (C.A.); *Arthur v. Canada (Attorney General)* (1999), 254 N.R. 136 (F.C.A.); *Union of Nova Scotia Indians v. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 260, 218 F.T.R. 1, 19 Imm. L.R. (3d) 113; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1109, 299 F.T.R. 305, 56 Imm. L.R. (3d) 32; *Ramautar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1003.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 1356, [2009] 4 F.C.R. 91) dismissing the appellant's application for judicial review of a visa officer's decision refusing the appellant's sponsored application for permanent resident status as a member of the family class. Appeal dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 63, 72(2)a), 75(2) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).
Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règle 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 363 (1^{re} inst.) (QL); *Khakoo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1533 (1^{re} inst.) (QL); *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1993] 1 C.F. 231 (C.A.); *Arthur c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1917 (C.A.) (QL); *Union of Nova Scotia Indians c. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.*, [1999] A.C.F. n° 242 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 260; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1109; *Ramautar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1003.

APPEL de la décision (2008 CF 1356, [2009] 4 R.C.F. 91) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre de la décision d'un agent des visas refusant la demande parrainée de statut de résident permanent de l'appelant au titre de la catégorie du regroupement familial. Appel rejeté.

APPEARANCES

Rocco Galati for appellant.
Gordon Lee and *Nicole Rahaman* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation,
 Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

LÉTOURNEAU J.A.:

Mootness of the appeal

[1] The appellant sought in the Federal Court judicial review of a decision of a visa officer which refused his spousal sponsorship application for permanent resident status as a member of the family class.

[2] At the same time as the appellant made his judicial review application, his sponsor appealed the decision of the visa officer.

[3] The appellant's application was dismissed by a judge of the Federal Court on the ground that paragraph 72(2)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) required the appellant's sponsor to exhaust her right of appeal to the Immigration Appeal Division (IAD) before an application for judicial review could be made [2008 FC 1356, [2009] 4 F.C.R. 91].

[4] The appellant appealed the Federal Court's decision. While his appeal before us was pending, the IAD granted his sponsor's appeal and set aside the decision of the visa officer.

[5] The IAD found that there were "sufficient humanitarian and compassionate considerations to warrant special relief in light of all of the circumstances

ONT COMPARU

Rocco Galati pour l'appellant.
Gordon Lee et *Nicole Rahaman* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Rocco Galati Law Firm Professional Corporation,
 Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour
 l'intimé.

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. :

Caractère théorique de l'appel

[1] L'appellant a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a refusé la demande de parrainage présentée par sa conjointe pour qu'il obtienne le statut de résident permanent en raison de son appartenance à la catégorie du regroupement familial.

[2] Au moment où l'appellant a présenté sa demande de contrôle judiciaire, sa répondante a interjeté appel de la décision de l'agent des visas.

[3] La demande de l'appellant a été rejetée par un juge de la Cour fédérale au motif que l'alinéa 72(2)a) de *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) exige que sa répondante épuise ses voies d'appel auprès de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) avant le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire [2008 CF 1356, [2009] 4 R.C.F. 91].

[4] L'appellant a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale. Pendant que son appel devant notre Cour était en instance, la SAI a accueilli l'appel de la répondante de l'appellant et annulé la décision de l'agent des visas.

[5] La SAI a conclu qu'il y avait « assez de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la prise de mesures spéciales, vu les autres circonstances de l'affaire ». Par

of this case”. Consequently, the appellant would not be required to attend an immigration interview in Romania.

[6] Having set aside the decision of the visa officer, the IAD ordered that the officer “continue to process the application in accordance with the reasons” that it gave in support of its decision.

[7] In effect, the IAD, by setting aside the visa officer’s decision, rendered the appellant’s appeal moot since the decision which is the subject of the application for judicial review no longer exists. That is sufficient to dispose of it.

[8] However, the Federal Court Judge certified a question on an issue which has not been considered by our Court. He was also of the view that the immigration scheme would benefit from some clarity. The certified question relates to the legal effect of paragraph 72(2)(a) of the IRPA. It reads:

Does section 72 of the IRPA bar an application for judicial review by the applicant of a spousal application, while the sponsor exercises a right of appeal pursuant to section 63 of the IRPA?

[9] Both parties at the hearing submitted that it would be in the interest of justice that we answer the certified question. We invited them to address the issue raised by the certified question. I have come to the conclusion that the benefit of clarifying the law on this issue is not confined to the particular facts of this case and that judicial economy could result from a ruling of this Court on the legal effect of paragraph 72(2)(a) of the IRPA.

The decision of the Federal Court

[10] Paragraph 72(2)(a) of the IRPA reads:

Application for
judicial review

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

conséquent, l’appelant ne serait pas tenu de se présenter à une entrevue d’immigration en Roumanie.

[6] Ayant annulé la décision de l’agent des visas, la SAI a ordonné que l’agent « repren[ne] le traitement de la demande conformément aux motifs » qu’elle a donnés à l’appui de sa décision.

[7] En fait, en annulant la décision de l’agent des visas, la SAI a rendu théorique l’appel de l’appelant puisque la décision qui fait l’objet de la demande de contrôle judiciaire n’existe plus. Cela suffit pour trancher l’appel.

[8] Cependant, le juge de la Cour fédérale a certifié une question sur un point qui n’a pas été examiné par notre Cour. Il était également d’avis que le régime d’immigration gagnerait à être clarifié. La question certifiée, libellée comme suit, a trait aux conséquences juridiques de l’alinéa 72(2)a) de la LIPR :

L’article 72 de la LIPR interdit-il toute demande de contrôle judiciaire présentée par la personne ayant déposé une demande pour conjoint pendant que le répondant exerce un droit d’appel en vertu de l’article 63 de la LIPR?

[9] À l’audience, les deux parties ont soutenu qu’il serait dans l’intérêt de la justice que nous répondions à la question certifiée. Nous les avons invitées à traiter du point soulevé par la question certifiée. Je suis arrivé à la conclusion que l’avantage de clarifier la loi sur ce point ne se limite pas aux faits propres à la présente affaire et qu’une économie des ressources judiciaires pourrait résulter d’une décision de notre Cour sur les conséquences juridiques de l’alinéa 72(2)a) de la LIPR.

La décision de la Cour fédérale

[10] L’alinéa 72(2)a) de la LIPR énonce ce qui suit :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

Demande
d’autorisation

Application	(2) The following provisions govern an application under subsection (1):	(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :	Application
	(a) the <u>application may not be made until any right of appeal</u> that may be provided by this Act is exhausted; [Emphasis added.]	a) <u>elle ne peut être présentée tant que les voies d'appel</u> ne sont pas épuisées; [Non souligné dans l'original.]	

[11] Relying on the decisions of the Federal Court in *Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 260, 218 F.T.R. 1; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1109, 299 F.T.R. 305; and *Ramautar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1003, the Judge concluded at paragraph 30 of his reasons for judgment that the “IRPA and the Regulations provide a process for reuniting family members where one is a Canadian citizen or permanent resident . . . and the other is a foreign national”.

[12] Under this process, the Canadian citizen or permanent resident is the Canadian family sponsor (family sponsor). The family sponsor becomes the person in charge of the family class immigration applications. Section 63 of the IRPA confers upon the family sponsor the right to appeal to the IAD against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.

[13] The Judge also ruled that the appeal to the IAD is an adequate alternative remedy in the form of an appeal *de novo*, readily available to the family sponsor and, therefore, convenient to deal with all the issues raised as a result of the visa officer's decision.

[14] Finally, interpreting paragraph 72(2)(a) of the IRPA, the Judge concluded that the appellant could not make an application for judicial review. Any challenge to the immigration officer's decision had to proceed by an appeal by the sponsor. In his view [at paragraphs 32–33], the words “any right of appeal” in the provision encompassed the right of appeal conferred to the family sponsor by section 63.

[11] S'appuyant sur les décisions de la Cour fédérale *Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 260, *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1109, et *Ramautar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1003, le juge a conclu, au paragraphe 30 des motifs du jugement, que « [l]a LIPR et le Règlement fournissent une procédure permettant de réunir les familles lorsque l'un de ses membres est citoyen canadien ou résident permanent [...] et que l'autre est un étranger ».

[12] Aux termes de cette procédure, le citoyen canadien ou le résident permanent est le répondant canadien de la famille ou le répondant de la famille. Ce dernier devient la personne responsable des demandes d'immigration au titre du regroupement familial. L'article 63 de la LIPR accorde au répondant de la famille le droit d'interjeter appel auprès de la SAI d'une décision de refuser de délivrer un visa de résident permanent au ressortissant étranger.

[13] Le juge a également estimé que l'appel interjeté auprès de la SAI sous la forme d'un appel *de novo* constitue un autre recours adéquat auquel a facilement accès la répondante de la famille et, par conséquent, qui convient à l'examen de tous les points soulevés par la décision de l'agent des visas.

[14] Enfin, après avoir interprété l'alinéa 72(2)a) de la LIPR, le juge a conclu que l'appelant ne pouvait pas déposer de demande de contrôle judiciaire. Toute contestation de la décision de l'agent d'immigration devait se faire par voie d'appel interjeté par la répondante. À son avis [aux paragraphes 32 et 33], les termes « les voies d'appel » dans la disposition englobaient le droit d'appel conféré au répondant de la famille par l'article 63.

Analysis of the decision

[15] I am in substantial agreement with the decision of the Federal Court.

[16] The Judge properly distinguished the earlier decision of the Federal Court—Trial Division in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 62 F.T.R. 308 (F.C.T.D.), rendered under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (Act). The former Act did not contain a statutory provision equivalent to paragraph 72(2)(a) of the IRPA.

[17] Nor is the case of *Khakoo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 284 (F.C.T.D.) of any assistance to the appellant because of paragraph 72(2)(a) of the IRPA and because the scheme under the former Act was different from the existing one.

[18] The cases of *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1993] 1 F.C. 231 (C.A.); *Arthur v. Canada (Attorney General)* (1999), 254 N.R. 136 (F.C.A.); and *Union of Nova Scotia Indians v. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (F.C.A.), relied upon by the appellant, are also distinguishable. They involved an interpretation of section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] whose content is different from the content of paragraph 72(2)(a) of the IRPA. These cases refer to factual and legal situations not comparable to the ones in issue in the present proceedings. The statutory bar in the IRPA is much broader than the bar in section 18.5 which prohibits a recourse to judicial review only to the extent that the decision may be appealed.

[19] Moreover, the right of appeal under the IRPA is much broader than the appeals contemplated in the three cases. In all three cases, an appeal required leave

Analyse de la décision

[15] Je souscris pour l'essentiel à la décision de la Cour fédérale.

[16] Le juge a correctement établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 363 (1^{re} inst.) (QL), décision antérieure de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a été rendue en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi). Celle-ci ne contenait aucune disposition équivalant à l'alinéa 72(2)a) de la LIPR.

[17] La décision *Khakoo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1533 (1^{re} inst.) (QL), ne peut non plus aider l'appelant en raison de l'alinéa 72(2)a) de la LIPR et parce que le régime de l'ancienne Loi diffère de celui de la Loi actuelle.

[18] Il est aussi possible d'établir une distinction entre la présente affaire et *Syndicat des travailleurs en télécommunications c. Canada (Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications)*, [1993] 1 C.F. 231 (C.A.), *Arthur c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1917 (C.A.) (QL), et *Union of Nova Scotia Indians c. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.*, [1999] A.C.F. n° 242 (C.A.) (QL), invoqués par l'appelant. Ces arrêts reposaient sur une interprétation de l'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], dont le contenu diffère de celui de l'alinéa 72(2)a) de la LIPR. Ces affaires mettent en cause des situations de fait et des situations juridiques qui ne peuvent être comparées à celles de l'espèce. L'interdiction énoncée dans la LIPR a une portée beaucoup plus large que celle de l'article 18.5, qui n'interdit le recours à un contrôle judiciaire que dans la mesure où la décision peut faire l'objet d'un appel.

[19] De plus, le droit d'appel en vertu de la LIPR a une portée beaucoup plus large que la portée des appels dans ces trois arrêts. Dans ces affaires, les appels

whereas in this case the appeal is of right. Furthermore, the appeal is also broader in scope. It is not limited as in the three cases to a question of law or a question of jurisdiction. Here, the appeal is *de novo* and, as the Federal Court Judge pointed out citing Justice Dawson in the *Sidhu* case, the appeal remedy is far superior to that of judicial review. In my view, were section 18.5 of the *Federal Courts Act* to apply in this situation, the extent of the right of appeal under the IRPA is so broad that it precludes judicial review entirely.

[20] Finally, there is another reason to distinguish these three cases. In all of them, the parties seeking judicial review had no means of redress but for judicial review. They were denied leave to appeal because they were not a party to the proceedings. There was no guarantee that those who would be given leave to appeal would raise the applicants' positions as they were not necessarily sharing the same interests. This is not the case in this matter as the family sponsor and the foreign national pursue the same goal, i.e. the admission into Canada of the foreign national and a reunification of the family.

[21] In the IRPA, Parliament has established a comprehensive, self-contained process with specific rules to deal with the admission of foreign nationals as members of the family class. The right of appeal given to the sponsor to challenge the visa officer's decision on his or her behalf to the benefit of the foreign national, as well as the statute bar against judicial review until any right of appeal has been exhausted, are distinguishing features of this new process. They make the earlier jurisprudence relied upon by the appellant obsolete.

[22] Parliament has prescribed a route through which the family sponsorship applications must be processed, culminating, after an appeal, with a possibility for the sponsor to seek relief in the Federal Court. Parliament's intent to enact a comprehensive set of rules in the IRPA governing family class sponsorship applications is

devaient être autorisés tandis qu'en l'espèce, l'appel est interjeté de plein droit. Il a en outre une portée plus large. Il n'est pas limité, comme dans ces trois affaires, à une question de droit ou une question de compétence. Ici, il s'agit d'un appel *de novo* et, comme le juge de la Cour fédérale l'a signalé en citant les propos de la juge Dawson dans la décision *Sidhu*, le droit d'appel est de loin une réparation supérieure à celle qu'on peut obtenir au moyen d'un contrôle judiciaire. À mon avis, si l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* devait s'appliquer en l'espèce, la portée du droit d'appel en vertu de la LIPR est si large qu'il empêcherait complètement le contrôle judiciaire.

[20] Enfin, il existe une autre raison de distinguer ces trois arrêts du présent cas. Dans ces trois affaires, les parties demandant un contrôle judiciaire n'avaient aucun recours à l'exception du contrôle judiciaire. On leur avait refusé le droit d'interjeter appel parce qu'elles n'étaient pas parties à l'instance. Rien ne garantissait que celles qui obtiendraient l'autorisation d'interjeter appel feraient valoir la position des demandeurs étant donné qu'ils ne partageaient pas nécessairement les mêmes intérêts. Ce n'est pas le cas en l'espèce parce que la répondante et le ressortissant étranger visent le même objectif, à savoir l'admission de ce dernier au Canada et la réunification de la famille.

[21] Dans la LIPR, le législateur a établi une procédure exhaustive et indépendante dotée de règles précises pour traiter l'admission de ressortissants étrangers à titre de membres de la catégorie du regroupement familial. Le droit d'appel accordé au répondant pour contester en son nom la décision de l'agent des visas au profit du ressortissant étranger, de même que l'interdiction du contrôle judiciaire formulée dans la LIPR tant que les voies d'appel ne sont pas épuisées, sont des traits distinctifs de cette nouvelle procédure. Ils rendent obsolète la jurisprudence antérieure sur laquelle s'appuie l'appelant.

[22] Le législateur a décidé du parcours que doivent suivre les demandes de parrainage familial, lequel se termine, après un appel, par la possibilité pour le répondant de demander réparation devant la Cour fédérale. L'intention du législateur d'inscrire dans la LIPR un ensemble complet de règles régissant les

evidenced both by paragraph 72(2)(a) and subsection 75(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194].

[23] The broad prohibition in paragraph 72(2)(a) to resort to judicial review until “any” right of appeal has been exhausted is now provided for in the enabling statute as opposed to the more limited statutory bar provided by section 18.5 of the *Federal Courts Act*.

[24] Moreover, subsection 75(2) of the IRPA clearly states that in the event of an inconsistency between Division 8—Judicial Review of the IRPA and any provision of the *Federal Courts Act*, Division 8 prevails to the extent of the inconsistency. In other words, the statutory bar in paragraph 72(2)(a) prevails over section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* granting the right to apply for judicial review.

Whether the Federal Court Judge should have stayed the appellant’s application for judicial review instead of dismissing it

[25] Counsel for the appellant submitted that the proper course of action for the Federal Court Judge should have been to stay his judicial review proceedings while the spousal sponsor’s appeal would be heard.

[26] The answer to this submission lies in the very nature of the family class sponsorship program, in the prohibition contained in paragraph 72(2)(a) and in subsection 75(2) of the IRPA which makes 72(2)(a) of the IRPA prevail over the right to judicial review conferred by section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[27] As the Federal Court Judge found, under the family class sponsorship program, the family sponsor is the person vested with the rights and responsibilities created by the program, including the right to initiate and conduct the legal proceedings needed to assert his or her rights, also including the appeal proceedings before the IAD and, if necessary and authorized, judicial review in the Federal Court.

demandes de parrainage visant un regroupement familial est confirmée par l’alinéa 72(2)a) et le paragraphe 75(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194].

[23] On trouve maintenant dans la loi habilitante l’interdiction générale de l’alinéa 72(2)a) de recourir au contrôle judiciaire tant que « les » voies d’appel ne sont pas épuisées, par opposition à l’interdiction plus limitée prévue à l’article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[24] D’ailleurs, le paragraphe 75(2) de la LIPR indique clairement qu’en cas d’incompatibilité entre la Section 8 — Contrôle judiciaire, de la LIPR, et les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales*, les dispositions de la Section 8 l’emportent. Autrement dit, l’interdiction prévue à l’alinéa 72(2)a) l’emporte sur l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* qui accorde le droit de demander un contrôle judiciaire.

Le juge de la Cour fédérale aurait-il dû suspendre la demande de contrôle judiciaire de l’appelant au lieu de la rejeter?

[25] L’avocat de l’appelant a soutenu qu’il aurait été approprié que le juge de la Cour fédérale suspende l’instruction de la procédure de contrôle judiciaire pendant l’audition de l’appel de la répondante.

[26] La réponse à cet argument réside dans la nature même du programme de parrainage aux fins du regroupement familial, dans l’interdiction prévue à l’alinéa 72(2)a) et dans la teneur du paragraphe 75(2) de la LIPR, aux termes duquel l’alinéa 72(2)a) de la LIPR l’emporte sur le droit au contrôle judiciaire conféré par l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[27] Ainsi que l’a conclu le juge de la Cour fédérale, dans le cadre du programme de parrainage aux fins du regroupement familial, le répondant de la famille est la personne investie des droits et responsabilités créés par le programme, y compris le droit d’engager et de mener les procédures judiciaires nécessaires pour faire valoir ses droits ainsi que le recours à la procédure d’appel devant la SAI et, s’il y a lieu et si c’est autorisé, au contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

[28] At first blush, the family sponsorship scheme and the route chosen by Parliament to challenge an adverse decision may appear harsh to the appellant. However, it is the process that he and his spouse elected to choose to secure his entry into Canada.

[29] It should be remembered that, on a family sponsorship application, the interests of the parties are congruent. Both the sponsor and the foreign national seek a reunification of the family. It would be illogical and detrimental to the objectives of the scheme to allow a multiplicity of proceedings on the same issue, in different forums, to parties pursuing the same interests. It would also be detrimental to the administration of justice as it would open the door to conflicting decisions and fuel more litigation. This is precisely what Parliament intended to avoid.

[30] In addition, the appellant is not deprived of all remedies. He has other avenues such as an application to the Minister based on humanitarian and compassionate considerations pursuant to section 25 of the IRPA. We were told that such an application is pending. He has also unsuccessfully prevailed himself of the right to apply for refugee status as well as the right to apply for a pre-removal risk assessment.

[31] In my respectful view, the Federal Court Judge had no other option under the present regime than to dismiss the appellant's application for judicial review.

[32] I would add the following. This case eloquently illustrates that an early application for judicial review may be unnecessary and an unwarranted waste of time, money and scarce judicial resources. The sponsor's appeal was successful and the impugned decision set aside. Staying the application for judicial review would not have revived an application that had become without object. As previously stated, it was a clear intention of Parliament to avoid a multiplicity of proceedings in respect of an immigration officer's decision regarding the sponsorship of a foreign national as a family class member. To keep the application alive by staying it would also contravene Parliament's intent.

[28] À première vue, le régime de parrainage d'un membre de la famille et le parcours choisi par le législateur pour contester une décision défavorable peuvent sembler ardues pour l'appelant. C'est toutefois le processus que son épouse et lui ont choisi pour assurer son admission au Canada.

[29] Il convient de rappeler que, dans le cas d'une demande de parrainage d'un membre de la famille, les intérêts des parties sont compatibles. Le répondant et le ressortissant étranger demandent la réunification de la famille. Il serait illogique et nuisible aux objectifs du régime d'autoriser les parties ayant les mêmes intérêts à intenter une multiplicité de procédures sur la même question auprès de tribunaux différents. Ce serait également préjudiciable à l'administration de la justice, car cela ouvrirait la porte à des décisions contradictoires et donnerait lieu à un plus grand nombre de litiges. C'est précisément ce que le législateur a voulu éviter.

[30] En outre, l'appelant n'est pas privé de tout recours. Il peut utiliser d'autres moyens comme une demande au ministre fondée sur des motifs d'ordre humanitaire conformément à l'article 25 de la LIPR. On nous a dit qu'une telle demande est en instance. Il s'est également prévalu en vain du droit de demander le statut de réfugié ainsi que du droit de demander un examen des risques avant renvoi.

[31] À mon avis, sous le régime actuel, le juge de la Cour fédérale ne pouvait faire autrement que de rejeter la demande de contrôle judiciaire de l'appelant.

[32] J'ajouterais ce qui suit. La présente affaire illustre de façon éloquentes qu'une demande de contrôle judiciaire présentée prématurément peut être une perte de temps, d'argent ainsi qu'un gaspillage de ressources judiciaires limitées. L'appel de la répondante a été accueilli et la décision contestée, annulée. La suspension de la demande de contrôle judiciaire n'aurait pas rétabli une demande qui est devenue sans objet. Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, le législateur avait clairement l'intention d'éviter une multiplicité de procédures à l'égard de la décision d'un agent d'immigration concernant le parrainage d'un ressortissant étranger à titre de membre de la catégorie du

regroupement familial. Maintenir la demande en la suspendant serait également contraire à l'intention du législateur.

Whether costs ought to be awarded

[33] The appellant sought solicitor-client costs. There are, in my view, no exceptional circumstances within the meaning of rule 22, as amended by SOR/2002-232 [section 11] of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], which would justify an award of costs in this case, let alone solicitor-client costs. Therefore, I would issue no order as to costs.

Conclusion

[34] I would dismiss the appeal for mootness and would answer the certified question in the affirmative.

SEXTON J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

Des dépens doivent-ils être adjugés?

[33] L'appelant a demandé des dépens avocat-client. Il n'y a, à mon avis, aucune circonstance exceptionnelle au sens de l'article 22, modifié par DORS/2002-232 [article 11], des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], qui justifierait l'adjudication de dépens en l'espèce, et encore moins de dépens avocat-client. Par conséquent, je ne rendrai aucune ordonnance quant aux dépens.

Conclusion

[34] Je rejetterais l'appel en raison de son caractère théorique et je répondrais par l'affirmative à la question certifiée.

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

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

2010 FC 715
T-230-10

2010 CF 715
T-230-10

Omar Ahmed Khadr (*Applicant*)

Omar Ahmed Khadr (*demandeur*)

v.

c.

The Prime Minister of Canada, the Minister of Foreign Affairs and the Minister of Justice (*Respondents*)

Le premier ministre du Canada, le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Justice (*défendeurs*)

T-231-10

T-231-10

Omar Ahmed Khadr (*Applicant*)

Omar Ahmed Khadr (*demandeur*)

v.

c.

The Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs (*Respondents*)

Le premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères (*défendeurs*)

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (PRIME MINISTER)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PREMIER MINISTRE)

Federal Court, Zinn J.—Edmonton, June 8; Ottawa, July 5, 2010.

Cour fédérale, juge Zinn—Edmonton, 8 juin; Ottawa, 5 juillet 2010.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Judicial review of Canada's response to Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II) holding applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant Canadian citizen held in custody by U.S. at Guantánamo Bay — Two decisions at issue: Executive's continuing policy of not requesting applicant's repatriation; diplomatic note to U.S. requesting that it not use information provided by Canadian officials in prosecuting applicant — Charter, s. 7 engaged by process Canada undertook to comply with Supreme Court's declaration in Khadr II — Charter remaining engaged until any breach thereof cured or all reasonably practicable steps to provide remedy for breach taken — Canada only sending diplomatic note to U.S. in response to Khadr II, doing nothing after receiving U.S. response — These actions not sufficient to remedy breach — Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice from Executive when latter deciding on Charter remedy to provide — Executive having duty to give applicant notice, opportunity to make written submissions regarding remedial action — Applications allowed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) portant qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur est un citoyen canadien détenu par les É.-U. à la baie de Guantánamo — Il y avait deux décisions en cause : le refus persistant du pouvoir exécutif de ne pas demander le rapatriement du demandeur et la note diplomatique envoyée au gouvernement des É.-U. lui demandant de n'utiliser aucun des renseignements fournis par les représentants canadiens dans sa poursuite contre le demandeur — L'art. 7 de la Charte est entré en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au jugement déclaratoire de la Cour suprême dans l'arrêt Khadr II — La Charte demeure applicable jusqu'à ce que la violation ait été corrigée et que toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation ont été prises — Le Canada n'a envoyé la note diplomatique aux É.-U. qu'en réponse à l'arrêt Khadr II, et n'a rien fait d'autre depuis — Ces mesures ne suffisent pas à remédier à la violation — Le demandeur avait droit à l'équité

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Supreme Court of Canada holding, in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II), applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant entitled to receive procedural fairness, natural justice in relation to Canada's response to Khadr II — Applicant having legitimate expectation Canada would effect remedy that would cure breach or ameliorate breach if no curative remedy available — Based on record, breach not cured — Even though remedy not within Canada's complete control because of need for U.S. consent, breaching party required to attempt to cure Charter breach — Role of Executive, after providing applicant with opportunity to be heard, to decide which alternative potential curative remedies to choose — Must continue to do so until applicant provided with effective remedy.

Administrative Law — Judicial Review — Judicial review pertaining to public statements made by government officials shortly after release of Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr that Executive would not be requesting applicant's repatriation from Guantánamo Bay — Whether those statements constituting "decision" subject to judicial review — Statements clearly stating Executive would not be seeking applicant's repatriation — Thus reflecting new decision made after that of Supreme Court — Executive's decision requesting U.S. not use information Canada shared therewith against applicant affecting applicant's Charter rights; therefore justiciable.

Crown — Prerogatives — Supreme Court of Canada holding, in Canada (Prime Minister) v. Khadr, applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — If only one available remedy existing that potentially cures

procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte — Le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer le demandeur de sa décision et de lui donner la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation — Demandes accueillies.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte et a établi un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada à l'arrêt Khadr II — Le demandeur s'attendait légitimement à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s'avérait impossible, il opérerait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation — Il ressortait du dossier de la Cour que la violation n'avait pas été corrigée — Même si la mesure de réparation n'était pas complètement du ressort du Canada parce que les É.-U. devaient y consentir, la partie à l'origine de la violation avait l'obligation d'essayer de corriger la violation — Il incombait à l'exécutif, après avoir accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendrait — L'exécutif doit continuer ce processus jusqu'à ce que le demandeur bénéficie d'une mesure de réparation efficace qui défend ses droits.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Contrôle judiciaire relatif à des déclarations publiques faites par des représentants du gouvernement peu après la publication de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr selon lesquelles le pouvoir exécutif persistait dans son refus de ne pas demander le rapatriement du demandeur de la baie de Guantánamo — Il s'agissait de savoir si ces déclarations constituaient une « décision » susceptible de contrôle judiciaire — Les déclarations indiquaient clairement que le pouvoir exécutif n'opérerait pas pour le rapatriement du demandeur — Elles énonçaient donc une nouvelle décision prise après la décision rendue par la Cour suprême — La décision du pouvoir exécutif de demander aux É.-U. de ne pas utiliser les renseignements fournis par le Canada contre le demandeur influait sur les droits du demandeur garantis par la Charte et elle était donc justiciable.

Couronne — Prerogatives — La Cour suprême du Canada a statué dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte et a prévu un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette

breach of person's Charter rights, then Court must order remedy even if order involving exercise of royal prerogative.

Practice — Res Judicata — Judicial review of Canada's response to Supreme Court of Canada's decision in Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II) holding applicant's rights under Charter, s. 7 breached, issuing declaration providing legal framework for Canada to remedy breach — Applicant seeking to have decision to send diplomatic note in response to Khadr II set aside on ground procedural fairness not followed — Canada's response not res judicata — That question not before any of the courts in Khadr II.

These were applications for judicial review pertaining to the Government of Canada's response following the release of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr (Khadr II)* on January 29, 2010. In that decision, the Supreme Court held that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached by Canada and issued a declaration to provide the legal framework for Canada to take steps to remedy the breach. On February 3, 2010, the Associate Director of Communications for the Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs stated that the Executive was continuing its policy of not requesting the U.S. to repatriate the applicant from Guantánamo Bay. This constituted the decision under review in Court file T-231-10 (Decision I). On February 16, 2010, Canada sent a diplomatic note to the U.S. Government requesting that it not use any of the information provided to it by Canada in its prosecution of the applicant. This constituted the decision under review in Court file T-230-10 (Decision II).

The applicant is a Canadian citizen who has spent most of his life abroad. In July 2002, while the applicant was a minor in Afghanistan, he was accused of killing a U.S. soldier during a gun battle. The applicant was taken into U.S. custody and eventually transferred to Guantánamo Bay. In 2003 and again in 2004, Canadian officials travelled to Guantánamo Bay and questioned the applicant. The information obtained by these Canadian officials, who eventually became aware that the applicant had been mistreated by U.S. authorities, was provided to the U.S. In November 2005, the applicant was formally charged with a number of offences. He has been seeking his return to Canada for more than five years.

violation — S'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale.

Pratique — Res judicata — Contrôle judiciaire de la réponse donnée par le Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II) portant que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'art. 7 de la Charte, et prévoyant un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique pour que le Canada remédie à cette violation — Le demandeur voulait faire annuler la décision d'envoyer une note diplomatique en réponse à l'arrêt parce qu'il n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale — La réponse du Canada n'était pas chose jugée — Aucun des tribunaux dans l'arrêt Khadr II n'avait été saisi de cette question.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire relatives à la réponse donnée par le gouvernement du Canada au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr (Khadr II)* le 29 janvier 2010. Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et a prononcé un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique dans lequel le Canada devait prendre des mesures pour remédier à cette violation. Le 3 février 2010, le directeur adjoint des communications pour le Premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères ont déclaré que le pouvoir exécutif persistait dans son refus de ne pas demander aux États-Unis de renvoyer le demandeur de la baie de Guantánamo. Il s'agissait de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-231-10 (la Décision I). Le 16 février 2010, le Canada a envoyé une note diplomatique au gouvernement des États-Unis dans laquelle il lui demandait de n'utiliser aucun des renseignements fournis par le Canada dans sa poursuite contre le demandeur. Il s'agissait de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-230-10 (la Décision II).

Le demandeur est un citoyen canadien qui a passé la majorité de sa vie à l'étranger. En juillet 2002, lorsque le demandeur était un mineur en Afghanistan, il a été accusé d'avoir tué un soldat américain dans le cadre d'un échange de coups de feu. Le demandeur a été fait prisonnier par les États-Unis et il a par la suite été transféré à la baie de Guantánamo. En 2003 et en 2004, des représentants canadiens se sont rendus à la baie de Guantánamo pour interroger le demandeur. Les représentants canadiens, qui ont par la suite appris que le demandeur avait été maltraité par les autorités américaines, ont fourni les renseignements qu'ils avaient obtenus aux États-Unis. En novembre 2005, le demandeur a

The actions of these Canadian officials were soundly criticized by the Supreme Court in *Khadr II*, which found that their conduct had violated the principles of fundamental justice. After the public statements at issue herein were made and before Canada's diplomatic note was sent, the applicant's counsel wrote to counsel for Canada asserting that the applicant was entitled to procedural fairness and natural justice in the Executive's consideration of a remedy. The applicant had no knowledge of the action Canada would be taking or an opportunity to make submissions concerning it before Canada sent the diplomatic note to the U.S.

The issues were: whether Decision I constituted a "decision" subject to judicial review; whether Decision II was subject to judicial review; whether the applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Khadr II*; if the applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice, whether he actually received it; and, if the applicant was not provided procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the Supreme Court of Canada's declaration, what, if any, order should issue as a consequence.

Held, the applications should be allowed.

The statements made by government officials to the media in Decision I reflect a new decision made after the declaration of the Supreme Court in *Khadr II* had issued. They clearly indicate that the Executive would not be seeking the applicant's repatriation. To find that these statements were not reflective of a new decision in these circumstances would require a finding that the Prime Minister's Associate Communications Director and the Minister of Foreign Affairs were speaking without the authority of a decision by the Executive having been made. There was no evidence to support such a finding.

The doctrine of *res judicata* was not applicable to Decision II. The applicant sought to have that decision set aside because he was not afforded procedural fairness in Canada's response to the Supreme Court of Canada's declaration in *Khadr II*. That question was not before any of the courts in *Khadr II* nor could it have been. Furthermore, section 7 of the Charter was engaged by the process Canada undertook to comply with the Supreme Court's declaration in *Khadr II*. If it has been found that a person's rights under the

officiallement été accusé de certaines infractions. Il cherche à revenir au Canada depuis plus de cinq ans.

Dans l'arrêt *Khadr II*, les actes de ces représentants canadiens ont été vertement critiqués par la Cour suprême, qui a conclu que leur conduite allait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Après le prononcé des déclarations publiques en cause en l'espèce mais avant l'envoi de la note diplomatique du Canada, l'avocat du demandeur a écrit à son homologue du gouvernement canadien soutenant que le demandeur avait droit à ce que l'exécutif respecte les droits du demandeur à l'équité procédurale et à la justice naturelle. Le demandeur n'avait pas connaissance des gestes que le Canada allait poser ou de la possibilité pour l'exécutif de présenter des observations à ce sujet, avant que le Canada n'envoie la note diplomatique aux États-Unis.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la Décision I constituait une « décision » susceptible de contrôle judiciaire; si la Décision II était susceptible de contrôle judiciaire; si le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr II*; dans l'éventualité où le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle, s'il en a bénéficié et si le demandeur n'a pas bénéficié de l'équité procédurale et de la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devait rendre en conséquence.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Les déclarations faites aux médias par les représentants du gouvernement dans la décision I énoncent une nouvelle décision prise après le jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Khadr II*. Elles indiquent clairement que le pouvoir exécutif n'opterait pas pour le rapatriement du demandeur. Conclure que ces déclarations ne traduisaient pas une nouvelle décision dans les circonstances mènerait à une conclusion que le directeur adjoint des communications du Premier ministre et le ministre des Affaires étrangères ont fait des déclarations sans y être autorisés par une décision du pouvoir exécutif. Or, aucune preuve n'était cette conclusion.

La doctrine de l'autorité de la chose jugée ne s'appliquait pas à la Décision II. Le demandeur cherchait à faire annuler cette décision parce qu'il n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque le Canada a répondu au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr II*. Aucun des tribunaux n'avait été saisi de cette question dans l'arrêt *Khadr II*, et aucun n'aurait pu l'être. En outre, l'article 7 de la Charte est entré en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au

Charter have been infringed by the government and that infringement is ongoing, then the Charter remains engaged until the government has taken steps to cure the breach or has satisfied a court of competent jurisdiction that it cannot be cured and that it has taken all reasonably practicable steps to provide a remedy for its breach. Canada took only one positive action in response to the declaration that it breached the applicant's rights, i.e. it sent the diplomatic note to the U.S. It received a response and did nothing further. In its actions to date, Canada did not remedy the breach. There were other potential curative remedies available.

The applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada. The applicant's section 7 rights were engaged. Whether the remedy the Executive chose cured the breach or not, its decision certainly affected the applicant's Charter rights and was therefore justiciable. Moreover, the applicant had a legitimate expectation based on the declaration of the Supreme Court that Canada would effect a remedy that would cure the breach; and, if no such curative remedy was available, then it would effect a remedy that would ameliorate the breach. This expectation was founded on section 24 of the Charter and the words of the Supreme Court in *Khadr II* that its declaration provided "the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*." The option of doing nothing was not an option that was legally available to Canada. The applicant was entitled to receive procedural fairness and natural justice from the Executive as it reached its decision as to the Charter remedy it would provide. When Canada decided not to seek his repatriation but to fashion a different remedy, then the applicant was entitled to be afforded procedural fairness and natural justice.

Even though the level of fairness required in this case was at the low end of the scale, the applicant did not receive fairness. The most basic requirement of justice is that a person affected by a decision be given notice of it. That basic principle applies all the more when the decision being taken directly affects one individual and is being taken to cure or ameliorate a previous breach of that individual's Charter rights. When the Supreme Court provided the Executive with an opportunity to fashion a remedy and after the Executive decided that it would not seek the applicant's return as he had requested, the Executive then had a duty to inform the

jugement déclaratoire de la Cour suprême prononcé dans l'arrêt *Khadr II*. S'il a été conclu que le gouvernement a violé les droits garantis à une personne par la Charte et que cette violation perdure, la Charte demeure applicable jusqu'à ce que le gouvernement ait pris des mesures pour corriger la violation, ou qu'il ait convaincu un tribunal compétent qu'il est impossible de corriger la violation et qu'il a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation. Le Canada n'a pris qu'une seule mesure concrète pour répondre au jugement déclaratoire portant qu'il avait violé les droits du demandeur, soit l'envoi d'une note diplomatique aux États-Unis. Il a reçu une réponse à cette note, et n'a rien fait d'autre depuis. Le Canada, par les mesures qu'il a prises à ce jour, n'a pas corrigé la violation. Il y avait d'autres mesures correctives.

Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada. Les droits du demandeur garantis à l'article 7 étaient en jeu. Que la réparation choisie par le pouvoir exécutif ait corrigé ou non la violation, la décision a certainement touché les droits du demandeur prévus à la Charte, et était donc justiciable. De plus, le demandeur s'attendait légitimement, étant donné le jugement déclaratoire de la Cour suprême, à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s'avérait impossible, il opterait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation. Cette attente repose sur l'article 24 de la Charte, ainsi que sur les termes employés par la Cour suprême dans l'arrêt *Khadr II* selon lesquels son jugement déclaratoire fournissait à l'exécutif « le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre à l'égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte* ». Le choix de ne rien faire n'était pas juridiquement valable pour le Canada. Le demandeur avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte. Lorsque le Canada a pris la décision de ne pas réclamer son rapatriement, mais plutôt d'élaborer une réparation différente, alors le demandeur avait droit à ce que l'équité procédurale et la justice naturelle lui soient accordées.

Même si le degré d'équité auquel il avait droit en l'espèce se situait au bas de l'échelle, le demandeur n'a pas bénéficié de l'équité. La justice la plus élémentaire exige qu'une personne concernée par une décision soit avisée de celle-ci. Ce principe de base s'applique d'autant plus lorsque la décision prise touche directement une personne, et que la décision vise à corriger ou à pallier une violation antérieure des droits de cette personne garantis par la Charte. Lorsque la Cour suprême a donné au pouvoir exécutif la possibilité de concevoir une réparation, le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer le demandeur de sa décision de ne pas

applicant of that decision, the remedy it was considering and the action it would be taking. It also had a duty to give the applicant an opportunity to make written submissions as to remedial action(s) that would be appropriate before it unilaterally imposed its purported remedy.

While the initial breach could not be cured, the ongoing breach may have been curable. Two possible remedies, assuming acceptance by the U.S., were to ask the U.S. to end the applicant's detention and return him to Canada or to ask the U.S. not to use the information Canada provided so that if his detention continued, the detention would not be causally linked to Canada's actions. It was clear on the record that the breach had not been cured. The U.S. did not accede to Canada's request not to use the information it provided against the applicant's interests and following the response by the U.S. government to Canada's request, the information was used by the U.S. in prosecuting the applicant. The Charter and the rule of law require that government breaches of Charter rights be remedied. Even though the remedy was not within Canada's complete control because of the need for the consent of the U.S., the breaching party remains required to attempt to cure the breach. It is only if a cure is not possible that a remedy that merely ameliorates the breach is warranted and must be attempted.

If there is only one available remedy that potentially cures the breach of one person's Charter rights, then that remedy must be ordered by the Court even if the order involves the exercise of the royal prerogative. It is the role of the Executive, after providing the applicant an opportunity to be heard, to decide which of the alternative potential curative remedies to choose. It must continue that process until the applicant is provided with an effective remedy that vindicates his rights. If after such a process, there remains but one potential remedy that can cure the breach, then Canada must advance it; it is the only "appropriate and just" remedy.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Act of Settlement, 1700 (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.
An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (Bill of Rights).

réclamer son rapatriement comme ce dernier le lui avait demandé, de la réparation qu'il envisageait, et de la mesure qu'il allait prendre. Il avait aussi l'obligation de donner au demandeur la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation qui seraient appropriées avant d'imposer sa prétendue mesure de réparation.

Bien que la violation initiale ne puisse pas être corrigée, il était toutefois possible de remédier au caractère continu de cette violation. Deux mesures de réparation possibles, dans l'hypothèse où les États-Unis les acceptaient, visaient notamment à demander aux États-Unis de libérer le demandeur et de le renvoyer au Canada ou de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les informations fournies par le Canada, de sorte que, si sa détention se poursuivait, celle-ci ne serait pas directement attribuable aux gestes posés par le Canada. Il ressortait clairement du dossier de la Cour que la violation n'avait pas été corrigée. Les États-Unis n'avaient pas fait droit à la demande du Canada de ne pas utiliser les renseignements que celui-ci lui avait divulgués à l'encontre des intérêts du demandeur et après la réponse du gouvernement des États-Unis à la demande du Canada, les États-Unis ont utilisé les renseignements dans le cadre du procès du demandeur. La Charte et la primauté du droit exigent que les violations, par le gouvernement, des droits que garantit la Charte fassent l'objet d'une réparation. Même si la mesure de réparation n'était pas complètement du ressort du Canada parce que les États-Unis devaient y consentir, la partie à l'origine de la violation a tout de même l'obligation d'essayer de corriger la violation. C'est seulement lorsqu'il est impossible d'apporter un correctif qu'une mesure de réparation visant à pallier la violation est justifiée, et qu'il faut essayer de prendre cette mesure.

S'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale. Il incombe à l'exécutif, après avoir accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendra. L'exécutif doit continuer ce processus, jusqu'à ce que le demandeur bénéficie d'une mesure de réparation efficace qui défend ses droits. Si, après un tel processus, il ne reste qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation, le Canada doit aller de l'avant avec celle-ci; elle est la seule et unique mesure de réparation « convenable et juste ».

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Act of Settlement, 1700 (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.
An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688 (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (Bill of Rights).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.
Magna Carta (1215).
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.
Military Commissions Act of 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.
Magna Carta (1215).
Military Commissions Act of 2006, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600.
Military Commissions Act of 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, qui constitue l'annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Prime Minister) v. Khadr, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 71 C.R. (6th) 201, revg in part *sub nom. Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73, 310 D.L.R. (4th) 462, 195 C.R.R. (2d) 72, affg 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34, 188 C.R.R. (2d) 342, 341 F.T.R. 300; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, 206 D.L.R. (4th) 444, 159 C.C.C. (3d) 321; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173.

DISTINGUISHED:

1099065 Ontario Inc. (c.o.b. Outer Space Sports) v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2008 FCA 47, 375 N.R. 368; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, (1990), 106 A.R. 321, 68 D.L.R. (4th) 69; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Premier ministre) c. Khadr, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, infirmant en partie *sub nom. Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73, confirmant 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34; *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228, 147 O.A.C. 141 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

1099065 Ontario Inc. (f.a.s. Outer Space Sports) c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2008 CAF 47; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

CONSIDERED:

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2005 FC 135, 249 D.L.R. (4th) 515, 268 F.T.R. 254; *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505, 257 D.L.R. (4th) 577, 133 C.R.R. (2d) 189; *Abbasi & Anor., R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598.

REFERRED TO:

Canada (Justice) v. Khadr, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 232 C.C.C. (3d) 101; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, 201 D.L.R. (4th) 193, 34 Admin. L.R. (3d) 163; *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, (1974), 47 D.L.R. (3d) 544, 74 DTC 6278.

AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 2010.
 Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.
 United States. Department of Defense. *Manual for Military Commissions*, online: <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>.

APPLICATIONS for judicial review of the Government of Canada's response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Prime Minister) v. Khadr* holding that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. Applications allowed.

APPEARANCES

Nathan J. Whitling and *Dennis Edney* for applicant.
Doreen C. Mueller for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Parlee McLaws LLP, Edmonton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004); *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2005 CF 135; *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505; *Abbasi & Anor., R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Justice) c. Khadr, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Angle c. M.N.R.*, [1975] 2 R.C.S. 248.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 2010.
 États-Unis. Department of Defense. *Manual for Military Commissions*, en ligne : <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>.
 Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2009.

DEMANDES de contrôle judiciaire relatives à la réponse donnée par le gouvernement du Canada à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr* portant que le Canada avait violé les droits garantis au demandeur par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Nathan J. Whitling et *Dennis Edney* pour le demandeur.
Doreen C. Mueller pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] ZINN J.: These applications, at their heart, ask whether Mr. Khadr was entitled to procedural fairness by the Executive in making its decision as to how Canada would respond to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44 (*Khadr II*). In *Khadr II*, the Court held that Mr. Khadr's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter)] had been breached by Canada, and issued a declaration to provide the legal framework for Canada to take steps to remedy that breach. For the reasons that follow, in the unique circumstances of this case, I find that Omar Khadr was entitled to procedural fairness by the Executive when making its decision as to the appropriate remedy to take. I further find that the Executive failed to provide Mr. Khadr with the level of fairness that was required when making its decision. Both the degree of fairness to which he was entitled and the remedy for having failed to provide it are unique and challenging issues.

Background

[2] The facts surrounding Mr. Khadr, his beliefs, his actions, his treatment by the United States of America (U.S.) while in custody in Afghanistan and Guantánamo Bay in Cuba, the validity of the charges against him, and the legitimacy and fairness of the process he is currently facing are not at issue here. The facts that are relevant to these applications are few, less controversial, and are not in dispute.

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

[1] LE JUGE ZINN : Les présentes demandes visent essentiellement à savoir si M. Khadr avait droit à l'équité procédurale de la part du pouvoir exécutif lorsque celui-ci a pris sa décision concernant la manière dont le Canada allait répondre au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier Ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44 (*Khadr II*). Dans cet arrêt, la Cour a statué que le Canada avait violé les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), et a prononcé un jugement déclaratoire pour établir un cadre juridique dans lequel le Canada doit prendre des mesures pour remédier à cette violation. Pour les motifs qui suivent, compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je conclus qu'Omar Khadr avait droit à l'équité procédurale de la part du pouvoir exécutif lorsque celui-ci a pris sa décision relativement à la mesure de réparation appropriée en l'espèce. Je conclus aussi que le pouvoir exécutif n'a pas accordé à M. Khadr le degré d'équité procédurale requis lorsqu'il a pris sa décision. Tant le degré d'équité procédurale auquel il avait droit que la mesure de réparation à prendre pour ne pas le lui avoir accordé sont des questions en litiges exceptionnelles et difficiles à trancher.

Contexte

[2] Les faits entourant la situation de M. Khadr, les croyances et les actes de celui-ci, la manière dont il a été traité par les États-Unis d'Amérique (É.-U.) alors qu'il était en détention en Afghanistan et à la baie de Guantánamo, à Cuba, la validité des accusations qui pèsent contre lui ainsi que la légitimité et l'équité du processus dont il fait présentement l'objet ne sont pas en litige en l'espèce. Les faits pertinents pour les présentes demandes sont peu nombreux, moins controversés et ne sont pas contestés.

[3] Omar Khadr was born in Toronto in 1986. He is a Canadian citizen. He has spent most of his life away from Canada in Pakistan, Afghanistan, and most recently in Guantánamo Bay, Cuba.

[4] In July 2002, there was a gun battle at Khost, Afghanistan, between troops from the U.S. and persons alleged by the U.S. to be terrorists. During that battle, a U.S. soldier was killed by a grenade which the U.S. alleges was thrown by Mr. Khadr, who was then 15 years old.

[5] Mr. Khadr was seriously injured in this battle. He was taken into U.S. custody and treated by U.S. troops. He spent some time at Bagram Air Base in Afghanistan before being transferred to Guantánamo Bay on October 28, 2002. He remains there.

[6] President George W. Bush, by Presidential Military Order in 2001, established the detention camp at Guantánamo Bay for the detention and prosecution of non-U.S. citizens who were believed to be members of Al-Qaida or engaged in international terrorism. Jurisdiction to try such persons was given to military commissions. The persons subject to these orders, one of whom is Mr. Khadr, were described as enemy combatants.

[7] In February and September 2003, agents from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Foreign Intelligence Division of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) travelled to Guantánamo Bay and questioned Mr. Khadr. The information obtained by these Canadian officials was provided to the U.S. Mr. Khadr was interviewed again in March 2004 by a DFAIT official who knew, prior to the interview, that Mr. Khadr had been subjected by U.S. authorities to a program of sleep deprivation. A report¹ described this technique and its purpose:

¹Reproduced at para. 15 of *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34. The report identifies Mr. Khadr as “Umar”.

[3] Omar Khadr est né à Toronto en 1986. Il est citoyen canadien. Il a passé la majorité de sa vie à l’extérieur du Canada, soit au Pakistan, en Afghanistan et, plus récemment, à la baie de Guantánamo, à Cuba.

[4] En juillet 2002, un échange de coups de feu a eu lieu à Khost, en Afghanistan, entre des soldats américains et des individus qui, aux dires des É.-U., sont des terroristes. Au cours de cet échange, un soldat américain a été tué par une grenade, et les É.-U. allèguent que celle-ci a été lancée par M. Khadr, qui avait alors 15 ans.

[5] M. Khadr a été grièvement blessé lors de cette bataille. Il a été fait prisonnier par les États-Unis, et ce sont les soldats américains qui l’ont soigné. Il a passé quelque temps à la base aérienne de Bagram en Afghanistan, avant d’être transféré à la baie de Guantánamo le 28 octobre 2002. Il s’y trouve encore.

[6] Le président George W. Bush a établi, par décret militaire présidentiel, le camp de détention de la baie de Guantánamo pour la détention et la poursuite de citoyens non américains soupçonnés d’appartenir à Al-Qaïda ou de se livrer par ailleurs au terrorisme international. Le pouvoir de traduire en justice ces individus a été conféré à des commissions militaires. Les individus faisant l’objet de ces décrets, dont M. Khadr, y étaient décrits comme des combattants ennemis.

[7] En février et en septembre 2003, des représentants du Service canadien de renseignements et de sécurité (SCRS) et de la Direction du renseignement extérieur du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) se sont rendus à la baie de Guantánamo pour interroger M. Khadr. Les représentants ont fourni les renseignements qu’ils ont obtenus aux États-Unis. M. Khadr a été interrogé une fois de plus en mars 2004 par un représentant du MAECI qui savait, avant que l’entrevue n’ait lieu, que M. Khadr avait été assujéti à une technique de privation de sommeil par les autorités américaines. Cette technique, ainsi que l’objectif de celle-ci, ont été décrits dans un rapport¹ :

¹Reproduit au par. 15 de *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34. Dans ce rapport, « Umar » représente M. Khadr.

In an effort to make him more amenable and willing to talk, [blank] has placed Umar on the “frequent flyer program.” [F]or the three weeks before [the] visit, Umar has not been permitted more than three hours in any one location. At three hour intervals he is moved to another cell block, thus denying him uninterrupted sleep and a continuous change of neighbours. He will soon be placed in isolation for up to three weeks and then will be interviewed again.

[8] The actions of these Canadian officials were soundly criticized by the Supreme Court of Canada which found that their conduct violated the principles of fundamental justice (*Khadr II*, at paragraph 25):

This conduct establishes Canadian participation in state conduct that violates the principles of fundamental justice. Interrogation of a youth, to elicit statements about the most serious criminal charges while detained in these conditions and without access to counsel, and while knowing that the fruits of the interrogations would be shared with the U.S. prosecutors, offends the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects.

[9] On March 15, 2004, Mr. Khadr commenced an action against the Crown relating to Canada’s actions while he was in Guantánamo Bay (Court file T-536-04). In that action he is seeking a declaration that his Charter rights have been breached, damages, and an injunction against further interrogation by Canadian government officials. That action continues.

[10] In June 2004, the U.S. Supreme Court² recognized the power of the Government of the U.S. to detain enemy combatants, but ruled that detainees who are U.S. citizens must have the ability to challenge their detention before an impartial judge. The Court’s holdings were limited to detainees who were U.S. citizens; however, four of the justices, relying on the Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War*, August 12, 1949, being Schedule III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3], held that *habeas corpus* should be

[TRADUCTION] Pour le rendre plus docile et disposé à parler, [blanc] a soumis Umar au « programme grand voyageur ». [P]endant les trois semaines précédant [la] visite, on n’a pas laissé Umar plus de trois heures au même endroit. Toutes les trois heures, il est déplacé à un autre bloc cellulaire, ce qui le prive d’un sommeil ininterrompu et le fait changer constamment de voisins. Il sera bientôt mis en isolement pour une période pouvant atteindre trois semaines et, ensuite, il sera réinterrogé.

[8] Les actes de ces représentants canadiens ont été vertement critiqués par la Cour suprême du Canada, qui a conclu que leur conduite allait à l’encontre des principes de justice fondamentale (*Khadr II*, au paragraphe 25) :

Ces faits établissent la participation du Canada à une conduite étatique violant les principes de justice fondamentale. Le fait d’avoir interrogé un adolescent, pour lui soutirer des déclarations relatives aux accusations criminelles les plus sérieuses qui soient, alors qu’il était détenu dans ces conditions et qu’il ne pouvait pas consulter un avocat et même si l’on savait que les fruits des interrogatoires seraient communiqués aux procureurs américains, contrevient aux normes canadiennes les plus élémentaires quant aux traitements à accorder aux suspects adolescents .

[9] Le 15 mars 2004, M. Khadr a intenté une action contre la Couronne relativement aux gestes posés par le Canada alors qu’il était à la baie de Guantánamo (dossier de la Cour T-536-04). Dans cette demande, il sollicite un jugement déclaratoire portant que ses droits garantis par la Charte ont été violés, des dommages-intérêts, ainsi qu’une injonction interdisant tout autre interrogatoire par des représentants du gouvernement canadien. Cette demande est toujours pendante.

[10] En juin 2004, la Cour suprême des États-Unis² a reconnu le pouvoir du gouvernement américain de détenir des combattants ennemis, mais a statué que les détenus ayant la citoyenneté américaine doivent avoir la capacité de contester leur détention devant un juge impartial. Les conclusions de la Cour se limitaient aux citoyens américains; cependant, quatre des juges, en se fondant sur la Convention de Genève [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, qui constitue l’annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3], ont

²*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

²*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

available to any alleged enemy combatant. In response, the U.S. Department of Defense instituted Combatant Status Review Tribunals for all those held at Guantánamo Bay, Cuba.

[11] On August 31, 2004, after Mr. Khadr had been questioned by the Canadian officials, a summary of evidence memo was prepared for his Combatant Status Review Tribunal. The summary alleged that Omar Khadr had admitted he threw a grenade which killed a U.S. soldier, attended an Al-Qaida training camp in Kabul and worked as a translator for Al-Qaida to co-ordinate landmine missions. In addition, he was accused of helping to plant the landmines between Khost and Ghardez, and having visited an airport near Khost to collect information on U.S. convoy movements.³ The Supreme Court found that “[t]he record suggests that the interviews conducted by CSIS and DFAIT provided significant evidence in relation to these charges”: *Khadr II*, paragraph 20 (emphasis added). The Combatant Status Review Tribunal reviewed Mr. Khadr’s status and concluded that he was an enemy combatant. In so ruling, Mr. Khadr’s continued detention by the U.S. was legal, according to American law.

[12] On February 8, 2005, following his status review, Mr. Khadr brought a motion in this Court (Court file T-536-04) seeking an interlocutory injunction to prevent Canadian officials from interviewing him further. Justice von Finckenstein granted that injunction on August 8, 2005: *Khadr v. Canada*, 2005 FC 1076, [2006] 2 F.C.R. 505.

[13] On November 7, 2005, Mr. Khadr was formally charged with a number of offences. As a result of irregularities in the process and procedure followed by

³The summary of evidence and the conclusions of the Combatant Status Review Tribunal may be found in the decision of Justice von Finckenstein in *Khadr v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2005 FC 135, 249 D.L.R. (4th) 515.

statué que tout présumé combattant ennemi doit bénéficier de l’*habeas corpus*. En réponse, le département de la Défense des États-Unis a institué un tribunal d’examen du statut de combattant (Combatant Status Review Tribunals) pour tous les individus détenus à la baie de Guantánamo, à Cuba.

[11] Le 31 août 2004, après que M. Khadr eut été interrogé par les représentants canadiens, une note de résumé de la preuve a été rédigée pour son audience devant le tribunal d’examen du statut de combattant. Selon le résumé, Omar Khadr avait admis avoir lancé une grenade ayant tué un soldat américain, a participé à un camp d’entraînement d’Al-Qaïda à Kaboul, et a œuvré comme traducteur pour Al-Qaïda afin de coordonner des missions d’installation de mines antipersonnel. De plus, il a été accusé d’avoir aidé à installer des mines antipersonnel entre Khost et Ghardez, ainsi que d’avoir visité un aéroport situé près de Khost dans le but de recueillir des renseignements au sujet des déplacements des convois des États-Unis³. La Cour suprême a conclu que « [l]e dossier indique que les interrogatoires menés par le SCRS et le MAECI ont fourni des éléments de preuve importants au sujet des accusations dont M. Khadr fait l’objet » : *Khadr II*, paragraphe 20 (non souligné dans l’original). Le tribunal d’examen du statut de combattant s’est penché sur le statut de M. Khadr et a conclu que celui-ci était un combattant ennemi. Étant donné cette décision, la détention continue de M. Khadr par les autorités américaines était légale, selon le droit américain.

[12] Le 8 février 2005, à la suite de l’examen de son statut, M. Khadr a introduit une requête à la Cour (dossier de la Cour T-536-04) dans laquelle il sollicite une injonction interlocutoire interdisant tout autre interrogatoire par les représentants canadiens. Le juge von Finckenstein a accordé cette injonction le 8 août 2005 : *Khadr c. Canada*, 2005 CF 1076, [2006] 2 R.C.F. 505.

[13] Le 7 novembre 2005, M. Khadr a été officiellement accusé de certaines infractions. Compte tenu d’irrégularités dans le processus et la procédure adoptée

³Le résumé de la preuve et les conclusions du tribunal d’examen du statut de combattant peuvent être consultés dans la décision du juge von Finckenstein dans *Khadr c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2005 CF 135.

the U.S. government, the charges against Mr. Khadr have been re-laid at least twice. He currently stands charged with five offences pursuant to the *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600 and the *Manual for Military Commissions* [United States. Department of Defense, online <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>]: (1) murder in violation of the law of war, (2) attempted murder in violation of the law of war, (3) conspiracy, (4) providing material support for terrorism, and (5) spying. His trial on these charges is scheduled to commence at Guantánamo Bay on August 10, 2010.

[14] Mr. Khadr has been seeking his return to Canada for more than five years through numerous avenues and intermediaries. A request made by his solicitors on July 28, 2008 directly to Canada and the failure of Canada to respond to it led to an application to this Court for judicial review (Court file T-1228-08).

[15] On April 23, 2009, Justice O'Reilly allowed the application for judicial review of the "ongoing decision and policy" of the Government of Canada not to seek the repatriation of Mr. Khadr to Canada: *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405, [2010] 1 F.C.R. 34. He found that Canada had infringed Mr. Khadr's rights under section 7 of the Charter, which provides that:

Life, liberty
and security of
person

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

[16] Justice O'Reilly ordered Canada to remedy this breach of the Charter by requesting the U.S. to "return Mr. Khadr to Canada as soon as practicable."

[17] A majority of the Federal Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown: *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73. The Federal Court of Appeal stated [at paragraph 1]: "At the root of the Crown's appeal is its argument that the Crown should have the unfettered discretion to decide whether and when to request the return of a Canadian citizen detained in a foreign country, a matter within its

par le gouvernement américain, les accusations à l'endroit de M. Khadr ont dû être présentées de nouveau, et ce, à au moins deux reprises. Il est toujours accusé de cinq infractions prévues à la *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. 109-366, 120 Stat. 2600 et au *Manual for Military Commissions* [États-Unis. Department of Defense, en ligne : <<http://www.defense.gov/news/commissionsmanual.html>>] : 1) meurtre en contravention du droit de la guerre, 2) tentative de meurtre en contravention du droit de la guerre, 3) complot, 4) appui substantiel au terrorisme, et 5) espionnage. Son procès sur ces accusations doit débiter à la baie de Guantánamo, le 10 août 2010.

[14] M. Khadr cherche à revenir au Canada par toutes sortes de moyens depuis plus de cinq ans. Une demande a été présentée par ses avocats le 28 juillet 2008 directement au Canada, et l'absence de réponse du pays a conduit à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour (dossier de la Cour T-1228-08).

[15] Le 23 avril 2009, le juge O'Reilly a accueilli la demande de contrôle judiciaire portant sur la « décision courante et la politique » du gouvernement du Canada de refuser de réclamer son rapatriement : *Khadr c. Canada (Premier Ministre)*, 2009 CF 405, [2010] 1 R.C.F. 34. Il a conclu que le Canada avait violé les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte, qui prévoit que :

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

Vie, liberté et
sécurité

[16] Le juge O'Reilly a ordonné au Canada de donner réparation à M. Khadr pour cette infraction à la Charte en demandant aux États-Unis de « renvoyer M. Khadr au Canada aussi tôt que possible ».

[17] Une majorité des juges de la Cour d'appel fédérale a rejeté un appel interjeté par la Couronne : *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73. La Cour d'appel fédérale a déclaré [au paragraphe 1] ce qui suit : « L'élément fondamental de l'appel de la Couronne est qu'elle devrait avoir le pouvoir discrétionnaire absolu de décider de l'opportunité de réclamer le rapatriement d'un citoyen

exclusive authority to conduct foreign affairs.” On this issue, the Federal Court of Appeal held that the Supreme Court had already found that the Charter was engaged in the circumstances of Omar Khadr in its earlier decision in *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125 (*Khadr I*).

[18] The Federal Court of Appeal held that there was no factual basis for Canada’s submission that an order to seek repatriation constituted a “serious intrusion into the Crown’s responsibility for the conduct of Canada’s foreign affairs” [at paragraph 59] and that “Justice O’Reilly did not err in law or fact when he concluded that, in the particular circumstances of this case, the Crown’s refusal to request Mr. Khadr’s repatriation is a breach of Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter” [at paragraph 60].

[19] In *Khadr II* the Supreme Court upheld the finding that Mr. Khadr’s rights under section 7 of the Charter had been breached, but varied the remedy that had been ordered. In place of the remedy ordered by Justice O’Reilly and affirmed by the Federal Court of Appeal, the Supreme Court issued the following declaration which defined the Charter breach [at paragraph 48]:

... through the conduct of Canadian officials in the course of interrogations in 2003-2004, as established on the evidence before us, Canada actively participated in a process contrary to Canada’s international human rights obligations and contributed to Mr. Khadr’s ongoing detention so as to deprive him of his right to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, contrary to the principles of fundamental justice.

[20] The Supreme Court [at paragraph 30] found that “the breach of Mr. Khadr’s s. 7 *Charter* rights remains ongoing and that the remedy sought [of asking the U.S. to repatriate Mr. Khadr to Canada] could potentially vindicate those rights” (emphasis added). However, the Court held that the remedy of repatriation sought by Mr. Khadr and ordered by the lower Courts was not

canadien détenu à l’étranger et du moment où elle devrait le faire. Elle ajoute que cette question relève de sa compétence exclusive en matière d’affaires étrangères. » À ce sujet, la Cour d’appel fédérale a statué que la Cour suprême avait déjà conclu dans son arrêt antérieur *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125 (*Khadr I*), que la Charte était applicable dans la situation d’Omar Khadr.

[18] La Cour d’appel fédérale a statué qu’il n’y avait aucun fondement factuel à l’observation présentée par le Canada portant qu’une ordonnance réclamant le rapatriement constituait une « ingérence grave dans la compétence de la Couronne en ce qui concerne la conduite des affaires extérieures du Canada » [au paragraphe 59] et que « [l]e juge O’Reilly n’a pas commis d’erreur de droit ou de fait en concluant que, vu les circonstances particulières de la présente affaire, le refus de la Couronne de réclamer le rapatriement de M. Khadr portait atteinte aux droits garantis à ce dernier par l’article 7 de la Charte » [au paragraphe 60].

[19] Dans l’arrêt *Khadr II*, la Cour suprême a confirmé la conclusion que les droits garantis à M. Khadr par l’article 7 de la Charte avaient été violés, mais a modifié la réparation qui avait été ordonnée. Pour remplacer la réparation ordonnée par le juge O’Reilly et maintenue par la Cour d’appel fédérale, la Cour suprême a déclaré ce qui suit, au sujet de la violation de la Charte [au paragraphe 48] :

[...] compte tenu de la conduite de responsables canadiens lors d’interrogatoires menés en 2003 et 2004, telle qu’elle est établie par la preuve, le Canada a activement participé à un processus contraire aux obligations internationales qui lui incombent en matière de droits de la personne et a contribué à la détention continue de M. Khadr, de telle sorte qu’il a porté atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* et ce, de manière incompatible avec les principes de justice fondamentale.

[20] La Cour suprême [au paragraphe 30] a conclu que « la violation des droits garantis à M. Khadr par l’art. 7 de la *Charte* est toujours en cours et que la réparation sollicitée [demander aux États-Unis de renvoyer M. Khadr au Canada] pourrait défendre ces droits » (non souligné dans l’original). Cependant, la Cour a statué que le rapatriement réclamé par M. Khadr en guise de

“appropriate and just in the circumstances” before it [at paragraph 29].

[21] The Supreme Court gave three reasons why the order of repatriation was not appropriate and just in the circumstances before it. First, in ordering Canada to seek Mr. Khadr’s repatriation it said [at paragraph 39] that the lower Courts gave “too little weight to the constitutional responsibility of the executive to make decisions on matters of foreign affairs”. Second, it held that it was unclear whether the U.S. would agree to a request that Mr. Khadr be repatriated to Canada. Third [at paragraph 44], it expressed concern that it did not have a complete record from which it could obtain a complete picture of the “range of considerations currently faced by the government in assessing Mr. Khadr’s request.”

[22] It may be inferred from the judgment that had these three concerns been satisfied, the Supreme Court would have found that repatriation was an appropriate and just remedy, and it would have affirmed the order of the lower Courts.

[23] In my view, the second of the above reasons, the uncertainty of the U.S. response, was the basis upon which the Court said that seeking repatriation “could potentially vindicate” Mr. Khadr’s rights (emphasis added) [at paragraph 30]. It would be an effective remedy only if the U.S. agreed to the request and did return Mr. Khadr to Canada. If he was released, then he would be removed from U.S. detention, and it was his detention that the Court found to be the consequence of Canada’s breach of his Charter rights, and it was his detention that the Charter obliges Canada to cure.

[24] The Court noted, at paragraph 30 of *Khadr II* that “[a]n appropriate and just remedy is ‘one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants’: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at

réparation et ordonné par les tribunaux inférieurs n’était pas « convenable et juste eu égard aux circonstances » [au paragraphe 29].

[21] La Cour suprême a donné trois motifs pour lesquels l’ordonnance réclamant le rapatriement n’était pas convenable et juste eu égard aux circonstances. Premièrement [au paragraphe 39], en ordonnant au Canada de demander le rapatriement de M. Khadr, les tribunaux inférieurs ont accordé « un poids insuffisant à la responsabilité constitutionnelle de l’exécutif de prendre des décisions concernant les affaires étrangères ». Deuxièmement, elle estimait qu’on ne savait pas si les États-Unis accepteraient une demande visant à ce que M. Khadr soit rapatrié au Canada. Troisièmement [au paragraphe 44], elle s’estimait préoccupée par le fait qu’elle n’avait pas un dossier complet grâce auquel elle pourrait obtenir un portrait global « de l’ensemble des considérations auxquelles le gouvernement fait actuellement face pour juger de la demande de M. Khadr ».

[22] Il est possible d’inférer de ce jugement que si l’on avait répondu à ces trois préoccupations, la Cour suprême aurait conclu que le rapatriement était une réparation convenable et juste, et aurait confirmé l’ordonnance rendue par les tribunaux des instances inférieures.

[23] À mon avis, le deuxième des motifs exposés ci-dessus, soit l’incertitude de la réponse américaine, était le fondement sur lequel la Cour mentionnait que demander le rapatriement « pourrait défendre » les droits de M. Khadr (non souligné dans l’original) [au paragraphe 30]. Cette réparation serait efficace seulement si les É.-U. faisaient droit à la demande et renvoyaient M. Khadr au Canada. S’il était libéré, il ne serait alors plus détenu par les États-Unis; or, la Cour avait conclu que sa détention était la conséquence de la violation par le Canada de ses droits garantis par la Charte, et que c’est à la détention que la Charte oblige le Canada à remédier.

[24] La Cour a mentionné au paragraphe 30 de l’arrêt *Khadr II* qu’« [u]ne réparation convenable et juste est “celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur” : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003]

para. 55.” For the three reasons set out previously, the Court was of the view that it was not in a position to craft an effective remedy, but left the crafting of that remedy to Canada. The Supreme Court held (at paragraph 47):

The prudent course at this point, respectful of the responsibilities of the executive and the courts, is for this Court to allow Mr. Khadr’s application for judicial review in part and to grant him a declaration advising the government of its opinion on the records before it which, in turn, will provide the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the Charter. [Emphasis added.]

[25] On February 3, 2010, shortly after the release of *Khadr II*, the Associate Director of Communications for the Prime Minister of Canada and the Minister of Foreign Affairs both provided statements to the press with respect to the position of the Government in light of the decision in *Khadr II*. Both stated that the Government was reviewing the decision of the Supreme Court but both made it clear that the Government had not changed its previous position; it would not seek the repatriation of Mr. Khadr.

[26] These public statements that the Executive was continuing its policy of not requesting the U.S. to repatriate Omar Khadr from Guantánamo Bay, Cuba, reflect the decision under review in Court file T-231-10.

[27] On February 16, 2010, in response to the decision in *Khadr II*, Canada sent a diplomatic note to the Government of the U.S. requesting that it not use any of the information provided to it by Canada in its prosecution of Mr. Khadr. This note and the response from the Government of the U.S. are reproduced in Annex A and Annex B, respectively.

[28] Canada’s response by way of the diplomatic note constitutes the decision under review in Court file T-230-10 in which Mr. Khadr seeks “judicial review in

3 R.C.S. 3, paragraphe 55 ». Pour les trois motifs énoncés précédemment, la Cour était d’avis qu’elle n’était pas en mesure de concevoir une réparation efficace, et en a donc laissé la conception au Canada. La Cour suprême a statué ce qui suit (au paragraphe 47) :

La solution à la fois prudente pour l’instant et respectueuse des responsabilités de l’exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira, pour sa part, à l’exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la Charte. [Non souligné dans l’original.]

[25] Le 3 février 2010, peu après la publication de l’arrêt *Khadr II*, le directeur adjoint des communications pour le premier ministre du Canada et le ministre des Affaires étrangères ont tous les deux fourni des déclarations aux médias relativement à la position du gouvernement du Canada, à la lumière de la décision dans l’arrêt *Khadr II*. Tous deux ont déclaré que le gouvernement examinait la décision de la Cour suprême, mais ont dit sans équivoque que le gouvernement n’avait pas changé d’avis; il ne demanderait pas le rapatriement de M. Khadr.

[26] Ces déclarations publiques, selon lesquelles l’exécutif persistait dans son refus de ne pas demander aux États-Unis de renvoyer Omar Khadr de la baie de Guantánamo (Cuba), constituent la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-231-10.

[27] Le 16 février 2010, en réponse à la décision dans l’arrêt *Khadr II*, le Canada a envoyé une note diplomatique au gouvernement des États-Unis dans laquelle il lui demandait de n’utiliser aucun des renseignements fournis par le Canada dans sa poursuite contre M. Khadr. Cette note, et la réponse du gouvernement des États-Unis à celle-ci, sont reproduites respectivement aux annexes A et B.

[28] La réponse du Canada contenue dans la note diplomatique constitue la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire dans le dossier de la Cour T-230-10,

respect of the Respondents' decision of February 16, 2010, to remedy the *Charter* violation identified in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, by sending the diplomatic note of February 16, 2010, and to provide no other remedy".

[29] It is of note that after the public statements were made by the Government spokesperson and the Minister, counsel for Mr. Khadr wrote to counsel for Canada on February 5, 2010, asserting that Mr. Khadr was entitled to procedural fairness and natural justice in the Executive's consideration of a remedy:

We understand from the recent comments of the Rt. [sic] Hon. Minister Cannon and an e-mail of today's date from Mjr. Jeff Grohraring [sic] USMC that the Minister of Justice and/or the Minister of Foreign Affairs may be considering an appropriate remedy for the *Charter* violation identified in the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3. To this end, it appears that copies of the pleadings filed in the upcoming motion to suppress statements before Col. Parish, Military Judge, have been requested of the Prosecution by the Minister of Foreign Affairs.

We as Mr. Khadr's counsel request formal notice as to the nature of any issues presently under consideration which will affect the rights and interests of our client, as well as the opportunity to present informed submissions in advance of any such decision. We also request a reasonable level of disclosure as to those materials which are relevant to this issue and in the possession or power of the Canadian government.

We reserve the right to rely upon any violations of the principles of fairness, natural justice and/or fundamental justice which would result from a failure to respond to this request.

[30] Counsel for Canada responded with an explanation as to why it made the request to the U.S. for copies of the pleadings; however, no response was provided to the request for notice and an opportunity to present submissions before a decision was taken by the Executive. Mr. Khadr thus had no knowledge of the

dans laquelle M. Khadr sollicite [TRADUCTION] « le contrôle judiciaire relativement à la décision des défendeurs du 16 février 2010 de donner réparation à la violation de la *Charte* que la Cour suprême du Canada a relevé dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3 en ne prenant aucune autre mesure de réparation, outre l'envoi de la note diplomatique du 16 février 2010 ».

[29] Il importe de mentionner qu'après que le porte-parole du gouvernement et le ministre eurent fait les déclarations, l'avocat de M. Khadr a écrit à son homologue du gouvernement canadien le 5 février 2010, soutenant que M. Khadr avait droit à ce que l'exécutif respecte les droits de M. Khadr à l'équité procédurale et à la justice naturelle.

[TRADUCTION] Ce que nous comprenons des récents commentaires du ministre Cannon et d'un courriel reçu aujourd'hui du major Jeff Grohraring [sic] du USMC, est que le ministre de la Justice et le ministre des Affaires étrangères pourraient étudier la possibilité d'accorder une réparation appropriée pour la violation de la *Charte* relevée par la Cour suprême du Canada dans le récent arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3. À cette fin, il semble que des copies des actes de procédures déposés en vue de la requête en radiation des déclarations présentées au Col. Parish, juge militaire, ont été demandées à la poursuite par le ministre des Affaires étrangères.

À titre d'avocats de M. Khadr, nous demandons réception d'un avis officiel concernant la nature des questions présentement à l'examen qui pourraient toucher les droits et les intérêts de notre client, ainsi que la possibilité de présenter des observations éclairées avant qu'une telle décision ne soit prise. Nous demandons aussi un degré de divulgation raisonnable des pièces pertinentes pour la présente affaire que le gouvernement canadien a en sa possession.

Nous nous réservons le droit d'invoquer toute violation des principes d'équité, de justice naturelle et/ou de justice fondamentale qui découlerait d'une omission de répondre à la présente demande.

[30] L'avocat du gouvernement du Canada a répondu en expliquant pourquoi il avait demandé aux États-Unis des copies des actes de procédure; cependant, cette demande est restée sans réponse, et l'exécutif a saisi l'occasion pour présenter des observations avant qu'une décision soit prise relativement à sa demande. M. Khadr

action Canada would be taking or an opportunity to make submissions concerning it before Canada sent the diplomatic note to the U.S.

[31] These applications were ordered consolidated by the Chief Justice on April 9, 2010, and were heard together in Edmonton, Alberta, on June 8, 2010.

[32] The relief sought by Mr. Khadr in both applications is identical except for the date of the decision under review. They read as follows:

The Applicant makes application for:

(1) An Order pursuant to ss. 6, 7, 12 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the nature of *certiorari* setting aside the decision ...;

(2) Order pursuant to ss. 6, 7, 12 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the nature of *mandamus* requiring the Respondents to demand the repatriation of the Applicant from the custody of U.S. forces in Guantanamo Bay, Cuba;

(3) In the alternative, an Order directing the Respondents to reconsider their decision ... having first accorded the Applicant a fair opportunity to be heard;

(4) Costs; and

(5) Such further and other relief as the Court deems to be just and appropriate.

Issues

[33] The issues put before the Court in these applications are issues of procedural fairness and natural justice. Counsel for the applicant explicitly stated in his oral submissions that the issue of whether the response of the Executive was “unreasonable or patently unreasonable or something of that nature” was not being raised in these applications.

n’avait donc pas connaissance des gestes que le Canada allait poser, ou de la possibilité pour l’exécutif de présenter des observations à ce sujet, avant que le Canada n’envoie la note diplomatique aux États-Unis.

[31] Le juge en chef a ordonné la fusion de ces demandes le 9 avril 2010, et elles ont été instruites conjointement à Edmonton (Alberta), le 8 juin 2010.

[32] Sauf en ce qui concerne la date de la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire, les demandes de réparation présentées par M. Khadr sont identiques. Elles sont rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

Le demandeur sollicite :

1) Une ordonnance de *certiorari* fondée sur les articles 6, 7, 12 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* annulant la décision;

2) Une ordonnance de *mandamus* fondée sur les articles 6, 7, 12 et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* enjoignant aux défendeurs de réclamer le rapatriement du demandeur, qui est détenu par l’armée américaine à la baie de Guantánamo (Cuba);

3) Subsidiairement, une ordonnance enjoignant aux défendeurs de revenir sur la décision [...] après avoir d’abord accordé au demandeur une possibilité raisonnable d’être entendu;

4) Les dépens;

5) Toute autre réparation que la Cour estime juste et appropriée.

Questions en litige

[33] Les questions dont la Cour est saisie dans les présentes demandes portent sur l’équité procédurale et la justice naturelle. L’avocat du demandeur a explicitement déclaré, dans ses observations de vive voix, que la question de savoir si la réponse de l’exécutif était [TRADUCTION] « déraisonnable, manifestement déraisonnable ou quelque chose de cette nature » n’était pas soulevée dans les présentes demandes.

[34] In my view, based on the memoranda filed and the oral submissions made by counsel for the parties, there are five issues that this Court must address. They relate to one or both of the “decisions” under review. The first decision is reflected in the public statements made February 3, 2010, not to seek the repatriation of Omar Khadr from the U.S. which, for convenience, I shall refer to as “Decision I”. The second decision is Canada’s decision to ask the U.S. not to use any evidence or statements Canada shared with it as a result of the interviews Canadian officials conducted with Mr. Khadr in any proceedings against him which I shall refer to as “Decision II”. Collectively, and again for ease of reference, I shall refer to these two decisions as “Canada’s response” to the declaration issued by the Supreme Court of Canada. In my view, Canada’s response was twofold: (1) it decided not to request the U.S. to repatriate Mr. Khadr and (2) it decided to ask the U.S. not to use the information it had shared with them against Mr. Khadr’s interests.

[35] The five issues before the Court are the following:

1. Is Decision I, as reflected in the statements made on February 3, 2010, regarding the declaration issued by the Supreme Court of Canada a “decision”, subject to judicial review?
2. Is Decision II, Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada by sending the diplomatic note, subject to judicial review?
3. Was Mr. Khadr entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada?
4. If Mr. Khadr was entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada’s

[34] À mon avis, étant donné les mémoires déposés et les observations orales présentées par les avocats des parties, la Cour doit répondre à cinq questions. Elles se rapportent à l’une des « décisions » faisant l’objet du contrôle judiciaire, ou aux deux. La première décision est celle de ne pas réclamer le rapatriement d’Omar Khadr des États-Unis, laquelle est énoncée dans les déclarations publiques faites le 3 février 2010, à laquelle je vais faire référence, pour des raisons pratiques, à la « Décision I ». La deuxième décision est celle du gouvernement du Canada de demander aux États-Unis de ne pas se servir d’un élément ou d’une déclaration dont celui-ci leur a fait part à la suite des interrogatoires de M. Khadr menés par les représentants canadiens, et ce, à tout stade des procédures qu’ils pourraient engager contre lui. Je vais appeler cette décision la « Décision II ». Toujours par souci de commodité, je vais appeler ces deux décisions la « réponse du Canada » au jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême du Canada lorsque je ferai référence aux deux décisions simultanément. À mon avis, la réponse du Canada comporte deux volets : 1) la décision de ne pas solliciter le rapatriement de M. Khadr aux États-Unis et 2) la décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser d’une manière contraire aux droits de M. Khadr les renseignements dont il leur avait fait part.

[35] La Cour est saisie des cinq questions en litige suivantes :

1. La Décision I, qui est énoncée dans les déclarations faites le 3 février 2010 à l’égard du jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, constitue-t-elle une « décision » susceptible de contrôle judiciaire?
2. La Décision II, soit l’envoi de la note diplomatique par le Canada en réponse au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, est-elle susceptible de contrôle judiciaire?
3. M. Khadr avait-il droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada?
4. Dans l’éventualité où M. Khadr avait droit à l’équité procédurale et à la justice naturelle à l’égard de la

response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada, did he receive it?

5. If Mr. Khadr was not provided procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada, what, if any, order should this Court issue as a consequence?

Analysis

1. *Is the decision reflected in the statements made on February 3, 2010, regarding the declaration issued by the Supreme Court of Canada a "decision" subject to judicial review?*

[36] Mr. Khadr submits that the "decision" of February 3, 2010, is captured by the following exchange between Mr. Dimitri Soudas, the Associate Communications Director of the Prime Minister, and the media:

Q: Will you comply?

DS: It's a court decision and it's from the highest court. Complying with it means you respect the decision. Their ruling said we get to decide

...

Q: Apart from bringing him back to Canada, are there things the government can do to respect the court's judgment regarding the violation of his Charter rights?

DS: We're reviewing that and more will follow....

Q: So there's no shift in your overall position that you've held about whether or not he comes back to Canada?

DS: Correct.

Q: But you are reviewing, just so we're clear, you are reviewing his situation there and there may be things the

réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, en a-t-il bénéficié?

5. Si M. Khadr n'a pas bénéficié de l'équité procédurale et de la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devrait-elle rendre en conséquence?

Analyse

1. *La Décision I, qui est énoncée dans les déclarations faites le 3 février 2010 à l'égard du jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada, constitue-t-elle une « décision » susceptible de contrôle judiciaire?*

[36] M. Khadr soutient que l'échange suivant entre M. Dimitri Soudas, le directeur adjoint des communications du premier ministre, et des journalistes illustre la « décision » du 3 février 2010 :

[TRADUCTION]

Q : Allez-vous vous conformer au jugement?

DS : Il s'agit d'une décision judiciaire qui émane de la plus haute cour au pays. Se conformer au jugement signifie que l'on respecte la décision rendue. Or, selon le jugement, la décision finale nous appartient [...]

[...]

Q : À l'exception de le rapatrier au Canada, y-a-t'il des mesures que le gouvernement peut prendre afin de respecter le jugement de la cour à l'égard de la violation à ses droits garantis par la Charte?

DS : C'est ce que nous sommes en train d'examiner, nous aurons éventuellement plus de détails [...]

Q : Vous ne revenez donc pas sur la position générale que vous avez maintenue à propos de son retour ou non au Canada?

DS : Exactement.

Q : Donc, pour que nous puissions comprendre, vous examinez sa situation en ce moment, et il pourrait y avoir des mesures

government of Canada may do to help him or ameliorize [*sic*] his situation?

DS: The minister of justice will obviously have a lead role in this. But there is no shift in Canadian policy on this. And when I say there is no shift in Canadian policy, I take it all the way back to the previous government.

[37] Mr. Khadr further submits that the “decision” of February 3, 2010 is also captured by the following exchange between the Honourable Lawrence Cannon, Minister of Foreign Affairs, and the media:

Q: Minister Cannon, could you tell us how your government came to the decision not to request Mr. Khadr’s return to Canada after the Supreme Court decision? We heard from the Prime Minister’s Office today that there’s been no change in position on the return of Mr. Khadr.

Hon. Lawrence Cannon: Well, there hasn’t been a change in position.

Q: How did you get to that decision?

Hon. Lawrence Cannon: Well, how did we get to that decision? It’s exactly the same decision that we have taken since the very outset of this incident or at least of this file. You’ll recall that we of course respect the decision that the Obama administration has taken to close down Guantanamo but at the same time to make sure that those people who are held and that have charges that are—that they—that are being put forward and that they are facing that indeed the American justice system go forward. That has been our position from the beginning. We’ve said the [*sic*] Mr. Khadr is facing serious charges. As you will recall, Mr. Khadr is being held by the Americans because of his involvement or alleged involvement, I should say, in the murder of an American military officer who indeed I should say American medical officer who died in an incident and he’s being held on those charges. We continue to provide consular services. We have done so. Mr. Khadr is receiving all of the services that normally we would provide any other citizen and in that regard—

Q: What about his rights violation?

que le gouvernement du Canada pourrait prendre pour l’aider, ou pour améliorer sa situation?

DS : Le ministre de la Justice aura évidemment un rôle important à jouer dans cette affaire. Mais il n’y a pas de changements à la position canadienne à ce sujet. Et lorsque je dis qu’il n’y a pas de changement dans la politique canadienne, je remonte jusqu’au gouvernement précédent.

[37] M. Khadr fait aussi observer que la « décision » du 3 février 2010 est aussi illustrée dans l’échange suivant, entre l’honorable Lawrence Cannon, ministre des Affaires étrangères, et des journalistes :

[TRADUCTION]

Q : Monsieur le Ministre, pouvez-vous nous dire comment votre gouvernement est parvenu à la décision de ne pas réclamer le retour d’Omar Khadr au Canada à la suite de la décision de la Cour suprême? Selon ce que nous avons entendu aujourd’hui du bureau du Premier ministre, il n’y a pas de changement de position en ce qui concerne le retour de M. Khadr.

Hon. Lawrence Cannon : Effectivement, nous sommes restés sur notre position.

Q : Comment êtes-vous parvenus à cette décision?

Hon. Lawrence Cannon : Vous voulez savoir comment nous sommes parvenus à cette décision? Il s’agit exactement de la même décision que celle que nous avons prise depuis le tout début de cet incident, du moins, en ce qui concerne ce dossier. Vous vous souvenez que nous respectons évidemment la décision prise par l’administration Obama de fermer Guantánamo, mais aussi de s’assurer que les individus détenus ayant des accusations déposées contre eux — qu’ils — qu’elles soient présentées, et que les procédures judiciaires américaines suivent effectivement leur cours. C’est notre position depuis le début. Nous avons dit que M. Khadr fait face à de graves chefs d’accusation. Comme vous vous souvenez, M. Khadr est détenu par les Américains en raison de son implication, ou, devrais-je dire, de sa prétendue implication, dans le meurtre d’un officier militaire américain ou, devrais-je dire, dans la mort d’un médecin militaire qui est décédé lors d’un incident, et qu’il est détenu relativement à ces accusations. Nous continuons à fournir les services consulaires. Nous l’avons fait. M. Khadr reçoit tous les services que nous fournissons en temps normal à tous les autres citoyens, et à cet égard —

Q : Qu’en est-il de la violation de ses droits?

Hon. Lawrence Cannon: —I’m finishing my question, Jennifer. And in that regard—

Q: What about his rights violation?

Hon. Lawrence Cannon: —in that regard we will continue— we will continue to monitor the situation as we have been doing and my understanding is that the Americans will make a determination on that and we will let the Americans make that determination and once that is done we will see what the next steps are.

[38] The respondents submit that these statements made to the media that underlie the application in T-231-10 are not amenable to judicial review. They submit that they are “merely statements and not decisions”. The respondents say that *1099065 Ontario Inc. (c.o.b. Outer Space Sports) v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 47, 375 N.R. 368, supports this submission.

[39] The “decision” under review in *1099065 Ontario Inc.* was a letter proposing a meeting and suggesting dates. The Federal Court of Appeal noted that there was nothing in the letter that impacted the applicant as he could simply choose to ignore it or decline the proposal to meet. The circumstances here are substantially different. Here the “decision” to hold the course and not seek repatriation did directly impact Mr. Khadr. Here, it is not the statements of these two men that are under review but the decision made by the Executive that is reflected in the statements made. Further, I agree with the applicant that this Court has already held in *Khadr v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 405 that decisions not to take a certain course of action that are evidenced by public statements are justiciable.⁴ In this respect the decision in T-231-10 is no different in nature than the decision under review in *Khadr II* although the circumstances when the decisions were each made differed significantly. The real question is whether these statements evidenced a new decision or whether these men were merely reiterating the Government’s previous position. In my view, these statements can only be seen to reflect a new decision made after the declaration of

⁴That finding was not challenged by Canada before the Federal Court of Appeal: 2009 FCA 246, [2010] 1 F.C.R. 73, para. 38.

Hon. Lawrence Cannon : — Je vais finir de répondre à la question, Jennifer. Et à cet égard —

Q : Qu’en est-il de la violation de ses droits?

Hon. Lawrence Cannon : — à cet égard, nous allons continuer — nous allons continuer à surveiller la situation, comme nous l’avons fait, et selon ce que je sais des faits, les Américains vont prendre une décision à ce sujet, et nous les laisseront prendre cette décision. Lorsque cela sera fait, nous allons voir quelles seront les prochaines étapes.

[38] Les défendeurs prétendent que ces déclarations aux médias qui sous-tendent la demande dans le dossier T-231-10 ne peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Ceux-ci prétendent qu’elles ne sont que [TRADUCTION] « de simples déclarations, et non des décisions ». Les défendeurs affirment que l’arrêt *1099065 Ontario Inc. (f.a.s. Outer Space Sports) c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 47, appuie cette observation.

[39] La « décision » ayant fait l’objet du contrôle judiciaire dans l’arrêt *1099065 Ontario Inc.* était une lettre proposant une réunion et suggérant des dates pour celle-ci. La Cour d’appel fédérale a mentionné que la lettre ne contenait rien qui avait une incidence sur le demandeur, puisque celui-ci pouvait simplement décider d’ignorer la lettre, ou de refuser la proposition de rencontre. En l’espèce, les circonstances sont différentes. La « décision » du gouvernement de rester sur ses positions et de ne pas réclamer le rapatriement a eu des répercussions directes sur M. Khadr. En l’espèce, ce ne sont pas les déclarations de ces deux hommes qui font l’objet du contrôle judiciaire, mais la décision prise par l’exécutif, laquelle transpire des déclarations produites. Qui plus est, je suis d’accord avec l’affirmation du demandeur que la Cour a déjà conclu dans *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 405, que les décisions visant à ne pas adopter une certaine conduite qui sont confirmées par des déclarations publiques sont du ressort des tribunaux⁴. À cet égard, la décision faisant l’objet du dossier T-231-10 n’est pas de nature différente de celle ayant fait l’objet du contrôle judiciaire dans l’arrêt *Khadr II*, même si les circonstances existant au

⁴Cette conclusion n’a pas été contestée par le Canada devant la Cour d’appel fédérale : 2009 CAF 246, [2010] 1 R.C.F. 73, au par. 38.

the Supreme Court had issued such that they clearly indicate that regardless of what action the Executive would be taking, it would not be seeking repatriation. To find that these statements were not reflective of a new decision in these circumstances would require a finding that the Prime Minister's Associate Communications Director and the Minister of Foreign Affairs were speaking without the authority of a decision by the Executive having been made. There is no evidence to support such a finding and given their senior roles such lack of authorization should not be assumed absent convincing evidence.

[40] This leads to the second objection raised by the respondents. They submit that the decision not to seek Mr. Khadr's repatriation has already been litigated by these parties, culminating in *Khadr II*, and that it is therefore *res judicata* in that this very issue was finally determined by the Supreme Court.

[41] *Res judicata* functions to prevent causes of action or issues from being relitigated. In this case, the respondents rely on issue estoppel as a bar to these applications. In order to successfully plead issue estoppel, the pleading party must prove:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their

moment où chacune des décisions a été rendue étaient fort différentes. La vraie question est de savoir si ces déclarations constituaient la preuve d'une nouvelle décision, ou si ces hommes ne faisaient que réitérer la position antérieure du gouvernement. À mon avis, ces déclarations peuvent seulement être interprétées comme énonçant une nouvelle décision prise après le jugement déclaratoire rendu par la Cour suprême, indiquant que peu importe la mesure qu'allait prendre le pouvoir exécutif, celui-ci n'opérerait pas pour le rapatriement. Conclure que ces déclarations ne traduisaient pas une nouvelle décision dans les circonstances mènerait à une conclusion que le directeur adjoint des communications du premier ministre et le ministre des Affaires étrangères ont fait des déclarations sans y être autorisés par une décision du pouvoir exécutif. Or, aucune preuve n'était cette conclusion, et compte tenu de l'importance de leur charge, l'on ne devrait pas présumer de la non-autorisation en l'absence d'une preuve convaincante.

[40] Cela nous mène à la deuxième objection soulevée par les défendeurs. Ils prétendent que la décision de ne pas solliciter le rapatriement de M. Khadr avait déjà fait l'objet de procédures entre les parties ayant culminé avec l'arrêt *Khadr II*, et qu'il s'agit donc d'une chose jugée, car la même question a fait l'objet d'une décision définitive par la Cour suprême.

[41] Le principe de l'autorité de la chose jugée a pour fonction d'empêcher que des causes d'action ou des questions en litige soient débattues de nouveau. En l'espèce, les défendeurs invoquent seulement le principe de préclusion de la question déjà tranchée pour faire obstacle à l'examen des présentes demandes. Afin de plaider avec succès le principe de préclusion de la question déjà tranchée, la partie qui l'invoque doit prouver :

- 1) que la même question a été décidée;
- 2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- 3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée,

privies: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 25 citing *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at page 254.

[42] This tri-partite test is conjunctive; all three tests must be met before an estoppel is found.

[43] The second and third parts of this test are satisfied in that the parties in this application are the same as in *Khadr II* and it was a final decision. However, I am of the view that the first part of the test is not met.

[44] It is true that Justice O'Reilly held that Canada's refusal to seek repatriation violated the principles of fundamental justice (because Canada had a duty to protect Mr. Khadr) and therefore, his section 7 Charter rights; however, the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada defined the question before them quite differently. The Supreme Court defined the issue before it as whether Canada had participated in a process that contributed to Mr. Khadr's detention so as to deprive him of his right to liberty, not in accordance with the principles of fundamental justice. The question that was answered is not the same question as is before this Court on this application.

[45] Furthermore, the context of the application made to Justice O'Reilly and this application are substantially different. In *Khadr II*, the decision made by Canada was not in response to a declaration issued by the Supreme Court finding a breach of Mr. Khadr's Charter rights and mandating a remedy. In this case, the decision made by Canada was such a response. While procedural fairness could have been argued in *Khadr II*, the question would not have been whether Mr. Khadr was entitled to procedural fairness in Canada's decision responding to a declaration of the Supreme Court in the nature already discussed. The questions could not possibly have been the same because the circumstances had changed significantly by the time the decision in

ou leurs ayants droit : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 25, renvoyant à *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 254.

[42] Le critère en trois volets est conjonctif; les trois volets doivent être établis qu'il soit conclu à l'existence de la préclusion.

[43] Les deuxième et troisième volets de ce critère sont établis, parce que les parties dans la présente demande sont les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *Khadr II*, et que cette décision était définitive. Cependant, je suis d'avis que le premier volet du critère n'a pas été établi.

[44] Il est vrai que le juge O'Reilly a conclu que le refus du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr allait à l'encontre des principes de justice fondamentale (parce que le Canada avait l'obligation de protéger M. Khadr), et par conséquent, des droits garantis à celui-ci par l'article 7 de la Charte; cependant, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont défini la question dont elles étaient saisies de manière passablement différente. La Cour suprême a défini la sienne comme étant de savoir si le Canada avait pris part à un processus ayant contribué à la détention de M. Khadr de manière à le priver de son droit à la liberté, en contravention avec les principes de justice fondamentale. La question à laquelle elle a répondu n'est pas la même que celle dont est saisie la Cour dans la présente demande.

[45] De plus, le contexte dans lequel la demande adressée au juge O'Reilly et celui de la présente demande est nettement différent. Dans l'arrêt *Khadr II*, la décision prise par le Canada n'avait pas pour but de répondre à un jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême dans lequel celle-ci concluait à une violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte et exigeait une réparation. La décision prise par le Canada en l'espèce constituait une telle réponse. La question de l'équité procédurale aurait pu être plaidée dans l'arrêt *Khadr II*, mais celle-ci n'aurait pas été de savoir si M. Khadr avait droit à l'équité procédurale dans la décision du Canada ayant pour but de répondre au jugement déclaratoire de la Cour suprême du type

this application was made. Therefore, the first precondition for issue estoppel is not met. The issue before me is not *res judicata*.

2. *Is Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada subject to judicial review?*

[46] The respondents submit that to the extent that Court file T-230-10 “seeks to review the question of whether a court should make an order that the government request Mr. Khadr’s repatriation” that issue was already decided in *Khadr II*. Accordingly, it says that issue is *res judicata*.

[47] As noted previously, it is true that Mr. Khadr in these applications is asking the Court to direct Canada to seek his repatriation; however, this application seeks to set aside Decision II because he was not afforded procedural fairness in Canada’s response to the Supreme Court’s declaration. That question was not before any of the courts in *Khadr II* nor could it have been.

[48] Therefore, I reject the respondents’ submissions that Canada’s response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada is not subject to judicial review because of the application of the doctrine of *res judicata*.

[49] The respondents also submit that these decisions are not reviewable because section 7 of the Charter is not engaged by the process Canada undertook to comply with the Supreme Court’s declaration in *Khadr II*. Their submission, as set out in their memorandum, is as follows:

dont nous avons déjà analysé. Les questions ne pouvaient pas être les mêmes, parce qu’au moment où la décision sur laquelle porte la présente demande a été prise, les circonstances avaient grandement changé. Par conséquent, la question dont je suis saisi ne répond pas à la première condition d’application du principe de préclusion de la question déjà tranchée et n’est pas chose jugée.

2. *La réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada est-elle susceptible de contrôle judiciaire?*

[46] Les défendeurs prétendent que, dans la mesure où le demandeur [TRADUCTION] « sollicite l’examen de la question de savoir si un tribunal devrait prononcer une ordonnance enjoignant au gouvernement de réclamer le rapatriement de M. Khadr » dans le dossier T-230-10, cette question a été tranchée dans l’arrêt *Khadr II*. Par conséquent, il affirme que cette question est chose jugée.

[47] Comme il a précédemment été mentionné, il est vrai que M. Khadr demande à la Cour dans les présentes demandes d’enjoindre au Canada de réclamer son rapatriement; cependant, la demande du dossier T-230-10 vise à faire annuler la Décision II, parce que M. Khadr n’a pas bénéficié de l’équité procédurale lorsque le Canada a répondu au jugement déclaratoire de la Cour suprême. Aucun des tribunaux n’était saisi de cette question dans l’affaire *Khadr II*, et aucun n’aurait pu l’être.

[48] Par conséquent, je rejette les observations des défendeurs portant que l’application de la doctrine de l’autorité de la chose jugée fait en sorte que la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada n’est pas susceptible de contrôle judiciaire.

[49] Les défendeurs prétendent aussi que ces décisions ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, parce que l’article 7 de la Charte n’entre pas en jeu compte tenu du processus entrepris par le Canada pour se conformer au jugement déclaratoire de la Cour suprême prononcé dans l’arrêt *Khadr II*. Leur observation, telle qu’énoncée dans leur mémoire, se lit comme suit :

In *Khadr* 2010, the Supreme Court held that the section 7 rights of Mr. Khadr were engaged because information from the Canadian interviews could be taken to have contributed to his continued detention. It was from this engagement of his section 7 rights that the analysis of the applicable principles of fundamental justice and appropriate remedy flowed. In this case, however, how can it be said that Mr. Khadr's section 7 rights are triggered by the steps taken by the government to address the breach so identified by the Supreme Court?

If section 7 is not engaged, the government's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada in *Khadr* 2010 is an entirely discretionary decision within the realm of foreign policy by the executive branch of government which is not amenable to review on procedural fairness grounds.

[50] The respondents' submission that section 7 of the Charter is not engaged is without merit. The Supreme Court of Canada found that Canada's breach was first done in 2003 and 2004 by interviewing Mr. Khadr and passing on the content of the interviews to the U.S. It also found that it was a continuing breach as Mr. Khadr remained in detention by the U.S. and that Canada's illegal acts contributed to this. So long as the breach of Mr. Khadr's rights remains ongoing, section 7 of the Charter is engaged. How can it be said that a decision to cure or ameliorate that ongoing breach does not engage his section 7 Charter rights? The whole premise of the Government action was to remedy the breach that it had caused.

[51] In my view, if it has been found that a person's rights under the Charter have been infringed by the government and that infringement is ongoing, then the Charter remains engaged until the government has taken steps to cure the breach or has satisfied a court of competent jurisdiction that it cannot be cured and that it has taken all reasonably practicable steps to provide a remedy for its breach.

[TRANSLATION] Dans l'arrêt *Khadr* rendu en 2010, la Cour suprême a statué que les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 trouvaient application, parce que les renseignements soutirés à la suite des interrogatoires menés par le Canada auraient pu avoir contribué à son maintien en détention. C'était à partir de cette application de ses droits garantis à l'article 7 que découlait l'analyse de l'applicabilité des principes de justice fondamentale et de la réparation appropriée. Cependant, comment peut-on affirmer en l'espèce que les mesures prises par le gouvernement pour remédier à la violation qu'a relevée la Cour suprême font intervenir les droits garantis à M. Khadr par l'article 7?

Si l'application de l'article 7 n'est pas déclenchée, la réponse du gouvernement au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khadr* rendu en 2010 relève donc entièrement du pouvoir discrétionnaire de la branche exécutive du gouvernement en matière d'affaires étrangères, lequel n'est pas susceptible de contrôle judiciaire fondé sur des motifs d'équité procédurale.

[50] L'observation des défendeurs portant que l'article 7 de la Charte ne s'applique pas est dénuée de fondement. La Cour suprême du Canada a conclu que le Canada a violé pour la première fois les droits de M. Khadr en 2003 et 2004, en interrogeant ce dernier et en transmettant le contenu des interrogatoires aux États-Unis. Elle a aussi conclu que le fait que M. Khadr était resté prisonnier des États-Unis constituait une violation continue de ses droits, et que les actes illégaux du Canada avaient joué un rôle dans cette violation. Tant que la violation des droits de M. Khadr se poursuit, l'article 7 de la Charte s'applique. Comment peut-on affirmer qu'une décision visant à corriger cette violation continue ou à remédier à celle-ci ne fait pas entrer en jeu les droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte? L'objectif principal des mesures du gouvernement était de remédier à la violation qu'il avait lui-même causée.

[51] À mon avis, s'il a été conclu que le gouvernement a violé les droits garantis à une personne par la Charte et que cette violation perdure, la Charte demeure applicable, jusqu'à ce que le gouvernement ait pris des mesures pour corriger la violation, ou qu'il ait convaincu un tribunal compétent qu'il est impossible de corriger la violation et qu'il a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour remédier à la violation.

[52] On the record before this Court, Canada has taken only one positive action in response to the declaration that it breached Mr. Khadr's rights; it sent the diplomatic note to the U.S. It received a response and has done nothing further. In her oral submissions, counsel for the respondents reminded the Court that Canada has a remarkable history of complying with court decisions⁵ and, consistent with this history, Canada has complied with or responded to every court decision relating to Mr. Khadr. Counsel for the respondents also admitted in her oral submissions that Canada was obligated to respond to the Supreme Court's declaration swiftly and that "not doing anything at all would be very difficult to justify". In light of that acknowledgment and given the response of the U.S. to the note, one must conclude that Canada is of the view that its first and only action has remedied the breach or that there are no reasonably practicable steps to provide a remedy; otherwise it would have advanced other potential curative remedies. As will be seen, I do not share the view that Canada, in its actions taken to date, has remedied the breach or that there are no other potential curative remedies available.

[53] In any event, the respondents' submission, in my view, is really a submission that the actions of the Executive in fashioning the remedy it did are not subject to judicial review because they were done in the exercise of the royal prerogative; this brings us to the third issue.

3. *Was Mr. Khadr entitled to receive procedural fairness and natural justice in relation to Canada's response to the declaration issued by the Supreme Court of Canada?*

[54] The respondents submit that like a decision delegated by statute to the Governor in Council, a decision made pursuant to the royal prerogative must be

⁵A fact noted by the Supreme Court in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, para. 32.

[52] Selon la preuve dont est saisie la Cour, le Canada n'a pris qu'une seule mesure concrète pour répondre au jugement déclaratoire portant qu'il avait violé les droits de M. Khadr; il a envoyé une note diplomatique aux États-Unis. Il a reçu une réponse à cette note, et n'a rien fait depuis. Dans sa plaidoirie, l'avocate des défendeurs rappelle à la Cour que le Canada a des antécédents remarquables lorsque vient le temps de se conformer aux décisions judiciaires⁵ et que, comme il en a l'habitude, il s'est conformé et a répondu à toutes les décisions judiciaires dont M. Khadr a fait l'objet. L'avocate des défendeurs a aussi admis dans ses observations que le Canada avait l'obligation de répondre rapidement au jugement déclaratoire de la Cour suprême, et que [TRADUCTION] « l'inaction aurait été très difficile à justifier ». À la lumière de cette admission, et compte tenu de la réponse des États-Unis à la note diplomatique, l'on doit conclure que le Canada est d'avis que sa première et seule mesure qu'il a prise a remédié à la violation, ou qu'il n'y avait pas d'autres mesures raisonnablement possibles pour donner réparation; sinon, il aurait pris d'autres mesures de réparation. Comme nous le verrons, je ne partage pas l'opinion que le Canada, par les mesures qu'il a prises à ce jour, a corrigé la violation, ou qu'aucune autre mesure corrective ne peut être prise.

[53] Quoiqu'il en soit, l'observation des défendeurs signifie à mon avis que les mesures prises par l'exécutif pour concevoir la réparation offerte ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, car elles ont été prises dans le cadre de la prérogative royale; cela nous amène donc à la troisième question.

3. *M. Khadr avait-il droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle relativement à la réponse du Canada au jugement déclaratoire prononcé par la Cour suprême?*

[54] Les défendeurs prétendent qu'à l'instar d'une décision prise en vertu d'un pouvoir délégué par la loi au gouverneur en conseil, une décision prise en vertu de

⁵Un fait que la Cour suprême a relevé dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au par. 32.

treated with much sensitivity, and that the Supreme Court recognized this sensitivity in *Khadr II* by leaving the final decision of how to proceed up to the Government. They rely on the decision of the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, and the statement at page 757 therein that “there is no need for the Governor in Council to give reasons for his decision, to hold any kind of a hearing, or even to acknowledge the receipt of a petition” from those affected.

[55] I agree with the applicant that the facts before the Court in *Inuit Tapirisat* differ significantly from those in this application. There, the decision of the executive was its denial of an appeal of a decision of the CRTC [Canadian Radio-television and Telecommunications Commission] regarding telephone rates. It was a decision affecting many persons. The Supreme Court held that whether the rules of natural justice and procedural fairness applied was dependent upon a number of considerations including the subject-matter of the decision at issue and the consequences to the person(s) affected. The Court held that no such duty was owed in that case, given these and other considerations. Importantly, it also made it clear that where the decision is an administrative one, rather than a legislative one, and where the *res* or subject-matter is an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, rather than something affecting a broad group, different considerations arise.

[56] Unlike *Inuit Tapirisat*, the present decisions under review directly impacted only one citizen, Omar Khadr.

[57] The respondents submit that Canada’s response is not justiciable because it was a decision of the Executive, on broad grounds of public and foreign policy, taken in the exercise of the royal prerogative in that it affected foreign relations.

la prérogative royale doit être examinée avec une grande sensibilité, et que la Cour suprême du Canada a tenu compte de cette sensibilité dans l’arrêt *Khadr II* en laissant au gouvernement le dernier mot sur la manière de procéder. Ils se fondent sur l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, et sur la déclaration faite à la page 757 selon laquelle « le gouverneur en conseil n’a pas à motiver sa décision, à tenir quelque audience que ce soit ni même à accuser réception d’une requête » des personnes en cause.

[55] Je suis d’accord avec le demandeur que les faits dont la Cour était saisie dans l’arrêt *Inuit Tapirisat* diffèrent significativement de ceux dans la présente demande. Dans cette affaire, la décision de l’exécutif était le rejet d’un appel interjeté à l’égard d’une décision du CRTC [Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes] portant sur les tarifs téléphoniques. Cette décision avait des répercussions sur plusieurs personnes. La Cour suprême a statué que la question de savoir si les règles de justice naturelle et d’équité procédurale s’appliquaient dépendait d’un certain nombre de considérations, y compris l’objet de la décision en question et les conséquences sur les personnes en cause. Compte tenu de ces facteurs, ainsi que d’autres, la Cour a statué dans cette affaire qu’il n’y avait pas d’obligation d’accorder de telles garanties. Fait important, la Cour a dit sans équivoque que, lorsque l’on est en présence d’une décision administrative, par opposition à une décision législative, que la *res* ou l’objet est de nature personnelle ou propre au requérant ou à l’appelant, plutôt que de nature à concerner un groupe étendu, l’on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu.

[56] Contrairement à l’arrêt *Inuit Tapirisat*, les présentes décisions faisant l’objet du contrôle judiciaire n’ont des répercussions que sur un seul citoyen, Omar Khadr.

[57] Les défendeurs prétendent que la réponse du Canada n’est pas susceptible de recours judiciaire, parce qu’il s’agissait d’une décision du pouvoir exécutif en matière de politique publique et étrangère, prise dans le cadre de l’exercice de la prérogative royale, en ce sens qu’elle concernait les relations étrangères.

[58] The narrow issue to be determined is whether the duty to be fair applies to Canada's response, which the applicant concedes involved the exercise of the royal prerogative.

[59] The *Magna Carta* (1215), the Bill of Rights (1688) [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Setting the Succession of the Crown*, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2], and the *Act of Settlement 1700* (U.K.) [12 & 13 Will. III, c. 2] were arguably the first steps taken to curtail the absolute powers of the Crown and establish the concept of parliamentary sovereignty. They began a process of restricting the prerogatives of the Crown that continues to the present day.

[60] The applicant says that fairness applies because the decisions affect his individual rights. He cites and relies upon the following passage from David Phillip Jones and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 2009), at page 244:

More recent decisions, however, seem to hold that, at least in principle, the duty to be fair does extend to the exercise of the prerogative powers. These cases suggest that the prevailing consideration in determining whether the duty of fairness extends to the exercise of the prerogative power is the subject matter involved, not the source of the power: that is, regardless of whether the decision stems from a prerogative power, does the decision affect the rights of an individual? If yes, the decision is subject to judicial review and the duty of fairness [citations omitted].

[61] Although not cited by these authors, their conclusion is consistent with that reached by the Ontario Court of Appeal in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.). That Court adopted the finding of the House of Lords in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, which the Court of Appeal, at paragraph 51 summarizes as follows:

[58] Par conséquent, il s'agit strictement de savoir si le devoir d'agir avec équité s'applique à la réponse du Canada, au sujet de laquelle le demandeur admet qu'elle relève de l'exercice de la prérogative royale.

[59] On peut soutenir que la *Magna Carta* (1215), le Bill of Rights (1688) [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Setting the Succession of the Crown* (1688) (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2], et l'*Act of Settlement 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2] ont été les premiers pas franchis afin de limiter le pouvoir absolu de la Couronne, et d'établir le concept de souveraineté parlementaire. Ces textes constituaient le début d'un processus visant à restreindre les prérogatives de la Couronne qui se poursuit jusqu'à ce jour.

[60] Le demandeur affirme que l'équité entre en jeu, parce que les décisions ont des répercussions sur ses droits individuels. Il se fonde sur le passage suivant, qui est tiré de l'ouvrage de David Phillip Jones et de Anne S. de Villars intitulé *Principles of Administrative Law*, 5^e ed. (Toronto : Carswell, 2009), à la page 244 :

[TRADUCTION]

Cependant, les décisions plus récentes semblent indiquer, du moins en principe, que le devoir d'agir équitablement s'étend à l'exercice des pouvoirs relevant de la prérogative royale. Ces décisions laissent entendre que la considération principale lorsque vient le temps de déterminer si le devoir d'agir équitablement s'étend à l'exercice des pouvoirs relevant de la prérogative royale est l'objet de l'exercice de celle-ci, et non de la source du pouvoir : que la décision découle ou non de l'exercice de la prérogative, la décision touche-t-elle les droits d'un individu? Si c'est le cas, la décision est susceptible de contrôle judiciaire et le devoir d'agir équitablement entre en jeu [renvois omis].

[61] Bien que ces auteurs n'y renvoient pas, leur conclusion s'accorde avec celle à laquelle est parvenue la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.). Cette Cour a fait sienne la conclusion de la Chambre des lords dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374, que la Cour d'appel de l'Ontario résume comme suit au paragraphe 51 :

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to judicial process, if its subject matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[62] In this case, as has been discussed, the applicant submits that his rights are affected by the Executive's exercise of the royal prerogative because his section 7 rights were engaged. Therefore, he says, Canada's response is reviewable. I agree that his section 7 rights were engaged. Whether the remedy the Executive chose cured the breach or not, its decision most certainly affects Mr. Khadr's Charter rights and therefore is justiciable.

[63] Moreover, I am of the view that Mr. Khadr had a legitimate expectation that Canada would take action to cure the breach of his Charter rights in light of the declaration that Canada had breached his rights. As was observed by Chief Justice McLachlin, writing for the Court in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paragraph 20 "a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach." As such, the decision taken affected his legitimate expectations and, following the finding in *Council of Civil Service Unions*, it is justiciable.

[64] Madam Justice L'Heureux-Dubé, at paragraph 26 of her reasons in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, described how a party's legitimate expectations may determine his entitlement to procedural fairness:

... the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a

[TRADUCTION] Selon le critère établi par la Chambre des lords, l'exercice de la prérogative sera justiciable, ou susceptible de contrôle judiciaire, si ce qui est visé touche les droits ou attentes légitimes d'un individu. Dans un tel cas, la cour est à la fois compétente pour soumettre l'exercice de la prérogative au contrôle judiciaire et qualifiée pour le faire.

[62] Dans la présente affaire, comme il a été mentionné précédemment, le demandeur soutient que ses droits sont touchés par l'exercice de la prérogative royale par l'exécutif, parce que ses droits garantis à l'article 7 étaient en jeu. Par conséquent, il estime que la réponse du Canada est susceptible de contrôle judiciaire. Je suis d'accord que ses droits garantis à l'article 7 étaient en jeu. Que la réparation choisie par le pouvoir exécutif ait corrigé ou non la violation, la décision a certainement touché les droits de M. Khadr prévus à la Charte, et est donc justiciable.

[63] De plus, je suis d'avis que M. Khadr s'attendait légitimement à ce que le Canada prenne des mesures pour remédier à la violation de ses droits garantis par la Charte, compte tenu du jugement déclaratoire en ce sens. Comme l'a fait observer la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 au paragraphe 20, « un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus ». Par conséquent, la décision prise avait une incidence sur ses attentes légitimes, et est justiciable compte tenu de la conclusion tirée dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions*.

[64] Madame la juge L'Heureux-Dubé, au paragraphe 26 de ses motifs dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, a décrit la manière dont l'attente légitime d'une partie influe sur son droit à l'équité procédurale :

[...] les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels [...] Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend

certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the “circumstances” affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights. [Emphasis added and authorities omitted.]

[65] In my view, Mr. Khadr had a legitimate expectation based on the declaration of the Supreme Court that Canada would effect a remedy that would cure the breach, and if no such curative remedy was available, then it would effect a remedy that would ameliorate the breach. This expectation is founded on section 24 of the Charter and the express words of the Supreme Court [at paragraph 47] that its declaration provided “the legal framework for the executive to exercise its functions and to consider what actions to take in respect of Mr. Khadr, in conformity with the *Charter*.”

[66] Mr. Khadr’s circumstances *vis-à-vis* Canada may be contrasted with that of Mr. Abbasi *vis-à-vis* the United Kingdom as set out in the decision of the English Court of Appeal in *Abbasi & Anor., R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598.

[67] Mr. Abbasi is a British national. Like Mr. Khadr, he was captured by the U.S. in Afghanistan and transported to Guantánamo Bay, Cuba. After he had been detained for eight months without charge or access to a court or hearing, his family brought an application for judicial review, to compel the Government of the United Kingdom to make representations on his behalf to the U.S. government to either take appropriate action or explain why it had not done so.

légitimement à ce qu’une certaine procédure soit suivie, l’obligation d’équité exigera cette procédure [...] De même, si un demandeur s’attend légitimement à un certain résultat, l’équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés [...] Néanmoins, la doctrine de l’attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l’équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu’il serait généralement injuste de leur part d’agir en contravention d’assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants. [Non souligné dans l’original et renvois omises.]

[65] À mon avis, M. Khadr s’attendait légitimement, étant donné le jugement déclaratoire de la Cour suprême, à ce que le Canada prenne une mesure de réparation ayant pour effet de remédier à la violation, et que si une telle mesure de réparation s’avérait impossible, il opérerait pour une réparation ayant pour but de pallier la violation. Cette attente repose sur l’article 24 de la Charte, ainsi que sur les termes exprès employés par la Cour suprême [au paragraphe 47] selon lesquels son jugement déclaratoire fournissait à l’exécutif « le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu’il conviendra de prendre à l’égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte* ».

[66] La situation de M. Khadr par rapport au Canada peut être différenciée de celle de M. Abbasi par rapport au Royaume-Uni, telles qu’elles ont été exposées dans la décision de la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles dans l’arrêt *Abbasi & Anor., R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 1598.

[67] M. Abbasi est citoyen britannique. Tout comme M. Khadr, il a été fait prisonnier par les États-Unis en Afghanistan, et transféré à la baie de Guantánamo, à Cuba. Après avoir été détenu pendant huit mois, sans que des accusations ne soient portées et qu’il ait eu droit à une comparution ou à une audience, sa famille a introduit une demande de contrôle judiciaire visant à enjoindre au gouvernement du Royaume-Uni de faire des représentations en son nom auprès du

[68] The Court of Appeal dismissed the application holding that at international law a State was under no “duty to intervene by diplomatic or other means to protect a citizen who is suffering or threatened with injury in a foreign State”: *Abbasi*, paragraph 69. The Court also found that the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221, provided Mr. Abbasi with no assistance unless it could be shown that England had effective control over Guantánamo Bay or that it had extra-territorial jurisdiction over Mr. Abbasi. It had neither. As it was put by the Court [at paragraph 77]:

[His counsel] has not identified any relevant control or authority exercised by the United Kingdom over Mr. Abbasi in his present predicament. Nor has he identified any act of the United Kingdom government of which complaint can be made that it violates Mr. Abbasi’s human rights.

[69] Just as the United Kingdom had no control or authority over Mr. Abbasi, Canada has no control or authority over Mr. Khadr. However, unlike the United Kingdom’s treatment of Mr. Abbasi, there has been a finding that Canada violated Mr. Khadr’s human rights, and this fact, and the requirement at law that such breaches be vindicated, imposes on Canada a duty to intervene by diplomatic or other means to cure the breach if possible and, if it is not possible to cure it, to attempt to ameliorate it.

[70] The Supreme Court found that a person whose rights under the Charter have been breached is entitled to an effective remedy from the breaching party—Canada in this case. Having found that Mr. Khadr’s section 7 rights were breached and having issued a declaration to that effect, Mr. Khadr could legitimately expect that the Crown would remedy its breach. In my view, the option of doing nothing was not an option that was legally available to Canada, given the declaration of the Supreme Court—doing nothing would not

gouvernement américain afin que celui-ci prenne les mesures appropriées, ou qu’il explique pourquoi il n’a pas pris de telles mesures.

[68] La Cour d’appel a rejeté la demande, statuant qu’en droit international, un État n’avait aucune [TRADUCTION] « obligation d’intervenir, par des moyens diplomatiques ou autres, afin de protéger un citoyen qui souffre, ou qui est menacé de blessures, dans un État étranger » : *Abbasi*, paragraphe 69. La Cour a aussi conclu que la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, n’était d’aucun secours pour M. Abbasi, à moins qu’il ne soit établi que l’Angleterre exerçait un contrôle effectif sur la baie de Guantánamo, ou qu’elle jouissait d’une compétence extraterritoriale sur la personne de M. Abbasi, ce qui n’était pas le cas. Comme l’a dit la Cour [au paragraphe 77] :

[TRADUCTION] [Son avocat] n’avait pas relevé de preuve pertinente d’exercice de contrôle ou d’autorité par le Royaume-Uni sur M. Abbasi dans la présente situation malheureuse qu’il vit. Il n’a pas non plus relevé de loi émanant du gouvernement du Royaume-Uni sur laquelle le plaignant peut se fonder pour affirmer qu’elle a violé les droits fondamentaux de M. Abbasi.

[69] À l’instar du Royaume-Uni qui n’a aucun contrôle ni autorité sur M. Abbasi, le Canada n’a aucun contrôle ni autorité sur M. Khadr. Cependant, contrairement au traitement réservé par le Royaume-Uni à M. Abbasi, il a été conclu que le Canada violait les droits fondamentaux de M. Khadr; ce fait, ainsi que l’obligation constitutionnelle que de telles violations fassent l’objet de mesures de réparation, impose au Canada un devoir d’intervenir, par des moyens diplomatiques ou autres, afin de corriger si possible la violation et, s’il est impossible de remédier à la violation, de tenter d’y pallier.

[70] La Cour suprême a conclu qu’une personne dont les droits garantis par la Charte avaient été violés avait droit à une réparation efficace de la part de la partie à l’origine de la violation — soit le Canada dans la présente affaire. Celle-ci ayant conclu que les droits garantis à M. Khadr par l’article 7 ont été violés et ayant prononcé un jugement déclaratoire en ce sens, M. Khadr pouvait légitimement s’attendre à ce que la Couronne corrige sa violation. À mon avis, le choix de ne rien faire n’était pas juridiquement valable pour le Canada,

be in conformity with the Charter.⁶ Such a response, or non-response, in my view, would only comply with Canada's Charter obligations if there was no action that could be taken to cure or ameliorate the breach. The paucity of remedy is not the case here as the Supreme Court held that requesting repatriation was potentially an effective remedy.

[71] Mr. Khadr was entitled to receive procedural fairness and natural justice from the Executive as it reached its decision as to the Charter remedy it would provide. Had the Government done what Mr. Khadr sought, seeking his return to Canada, then it would not have been necessary for the Executive to engage Mr. Khadr. His wishes were already stated and well known. When Canada made the decision not to seek his repatriation but to fashion a different remedy, then Mr. Khadr was entitled to be afforded procedural fairness and natural justice.

4. Did Mr. Khadr receive procedural fairness and natural justice from Canada?

[72] The procedural fairness and natural justice required will vary depending on the circumstances of the decision and the decision maker. In this case, I find that the level of fairness required to have been provided was at the low end of the scale. Even so, I find that Mr. Khadr did not receive fairness.

[73] The most basic requirement of justice is that a person affected by a decision be given notice of it. In my view, that basic principle applies all the more when the decision being taken directly affects one individual and is being taken to cure or ameliorate a previous breach

⁶It is instructive to note that the Supreme Court stated that its declaration would provide the framework for the Executive to consider "what" actions to take; it did not say that it was a framework for the executive to consider whether to take any action.

compte tenu du jugement déclaratoire de la Cour suprême — ne rien faire irait à l'encontre de la Charte⁶. Une telle réponse, ou absence de réponse, ne serait conforme aux obligations imposées par la Charte canadienne que si aucune mesure ne pouvait être prise pour corriger ou pallier la violation. Nous ne sommes pas en présence d'un cas d'absence de réparation possible en l'espèce, puisque la Cour suprême a statué que réclamer le rapatriement d'Omar Khadr pouvait constituer une réparation efficace.

[71] M. Khadr avait droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle de la part du pouvoir exécutif quand celui-ci a décidé de la réparation qu'il lui fournirait en application de la Charte. Si le gouvernement avait fait ce que M. Khadr demandait, soit de demander son retour au Canada, il n'aurait pas été nécessaire que le pouvoir exécutif noue le dialogue avec M. Khadr. Il avait déjà fait part de ses souhaits, et ceux-ci étaient bien connus. Lorsque le Canada a pris la décision de ne pas réclamer son rapatriement, mais plutôt d'élaborer une réparation différente, alors M. Khadr avait droit à ce que l'équité procédurale et la justice naturelle lui soient accordées.

4. Le Canada a-t-il accordé à M. Khadr l'équité procédurale et la justice naturelle?

[72] Le degré d'équité procédurale et de justice naturelle requis variera en fonction des circonstances de la décision, ainsi que de la situation du décideur. En l'espèce, je conclus que le degré d'équité auquel il avait droit se situait au bas de l'échelle. Malgré cela, je conclus que M. Khadr n'a pas bénéficié de l'équité.

[73] La justice la plus élémentaire exige qu'une personne concernée par une décision soit avisée de celle-ci. À mon avis, ce principe de base s'applique d'autant plus lorsque la décision prise touche directement une personne, et que la décision vise à corriger

⁶Il est intéressant de relever que la Cour suprême a déclaré que son jugement déclaratoire fournirait au pouvoir exécutif un cadre pour établir « quelles » mesures il doit prendre; elle n'a pas mentionné qu'il s'agissait d'un cadre pour examiner s'il doit prendre des mesures ou non.

of that individual's Charter rights. Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 2010), at page 9-1 summarize this duty and its importance in the following passage:

It is therefore a fundamental element of the duty of fairness at common law, and, where applicable, of the constitutionally-guaranteed principles of fundamental justice, that prior notice be given to those entitled to participate that a decision is going to be made or some administrative action taken. In the words of the Supreme Court of Canada:

This rule is so very fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length. [Citation omitted.]

[74] Mr. Khadr's counsel attempted to become involved in the process after the decision was taken that Canada would not seek the return of Mr. Khadr, as is evident from the e-mail sent on February 5, 2010.

[75] When the Supreme Court provided the Executive with an opportunity to fashion a remedy and after the Executive decided that it would not seek Mr. Khadr's return as he had requested, the Executive then had a duty to inform Mr. Khadr of that decision, the remedy it was considering, and the action it would be taking. It also had a duty to give Mr. Khadr an opportunity to make written submissions as to remedial action(s) that would be appropriate before it unilaterally imposed its purported remedy.

[76] One should not interpret anything that has been said as suggesting that the Executive had to accede to any request or suggestion made by Mr. Khadr. On the other hand, that is not to say that the Executive could do nothing, or could choose not to provide the best possible remedy for the breach.

5. *What, if any, order should this Court issue?*

ou à pallier une violation antérieure des droits de cette personne garantis par la Charte. L'ouvrage de Donald J. M. Brown et John M. Evans, intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback, 2010), à la page 9-1, a résumé dans le passage ci-dessous ce devoir et l'importance de celui-ci :

[TRADUCTION] Il s'agit donc d'un élément fondamental du devoir d'agir équitablement en common law et des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution lorsque ceux-ci s'appliquent, qu'un avis soit donné à ceux ayant droit de participer lorsqu'une décision sera rendue, ou qu'une mesure administrative sera prise. Comme l'a dit la Cour suprême du Canada,

Cette règle est si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration. [Renvois omis.]

[74] L'avocat de M. Khadr a tenté de prendre part au processus après que la décision portant que le Canada ne réclamerait pas le rapatriement de M. Khadr fut prise, comme le prouve le courriel envoyé le 5 février 2010.

[75] Lorsque la Cour suprême a donné au pouvoir exécutif la possibilité de concevoir une réparation, le pouvoir exécutif avait l'obligation d'informer M. Khadr de sa décision de ne pas réclamer son rapatriement comme ce dernier le lui avait demandé, de la réparation qu'il envisageait, et de la mesure qu'il allait prendre. Il avait aussi l'obligation de donner à M. Khadr la possibilité de présenter des observations écrites au sujet des mesures de réparation qui seraient appropriées, avant d'imposer sa prétendue mesure de réparation.

[76] Il ne faut pas interpréter tout ce qui a été dit comme laissant entendre que le pouvoir exécutif devait faire droit à toute demande ou suggestion formulée par M. Khadr. D'un autre côté, cela ne veut pas dire que le pouvoir exécutif ne pouvait rien faire, ou qu'il pouvait choisir de ne pas prendre la meilleure mesure de réparation possible pour la violation.

5. *Quelle ordonnance, le cas échéant, la Cour devrait-elle rendre?*

[77] The Charter was breached when Canadian officials interrogated Mr. Khadr in the circumstances as described above and then shared the information they obtained from him with the U.S. The Supreme Court held that in so doing Canada contributed to Mr. Khadr's detention and his ongoing detention by the U.S. The initial breach cannot be cured; the ongoing breach may be curable.

[78] At the hearing, I stated that there appeared to me to be two obvious remedies that, if accepted by the U.S., would cure the breach: (1) to ask the U.S. to end the detention of Mr. Khadr and return him to Canada or (2) to ask the U.S. not to use the information Canada provided so that if he continues to be detained, the detention is not causally linked to Canada's actions.

[79] There may be other possible remedies that would cure the breach.

[80] Counsel for the applicant at the hearing, in response to a question from the Court, submitted that there are a number of actions Canada could take that would not cure the breach but would ameliorate it. One example given was asking the U.S. to try Mr. Khadr as a juvenile, given his age at the time the alleged offences were committed. Whether this remedy would ameliorate the effect of the breach or just ameliorate the consequences of the charges Mr. Khadr faces is unclear. What is clear to the Court is that Mr. Khadr claims to have a number of suggestions of remedial action that he would offer to the Crown if given the opportunity.

[81] A court will not grant a remedy for a breach of procedural fairness if it will have no effect on the result. If the same decision would have been reached even if natural justice had been provided then this Court will not quash the decision.

[77] L'interrogatoire de M. Khadr par les représentants canadiens dans les circonstances décrites ci-dessus et la divulgation subséquente des informations obtenues à la suite de l'interrogatoire ont entraîné la violation de la Charte. La Cour suprême a statué qu'en agissant ainsi, le Canada a joué un rôle dans la détention de M. Khadr par les États-Unis et dans la poursuite de cette détention. Il est impossible de corriger la violation initiale; il est toutefois possible de remédier au caractère continu de cette violation.

[78] Lors de l'audience, j'ai dit qu'il semblait y avoir deux mesures de réparation évidentes qui, si elles étaient acceptées par les États-Unis, auraient pour effet de corriger la violation : 1) demander aux États-Unis de libérer M. Khadr et de le renvoyer au Canada ou 2) demander aux États-Unis de ne pas utiliser les informations fournies par le Canada, de sorte que, si sa détention se poursuit, celle-ci ne soit pas directement attribuable aux gestes posés par le Canada.

[79] Il pourrait y avoir d'autres mesures de réparation qui auraient pour effet de corriger la violation.

[80] En réponse à une question de la Cour, l'avocat du demandeur à l'audience a affirmé que le Canada pourrait poser un certain nombre de gestes qui, sans corriger la violation, pallieraient celle-ci. À titre d'exemple, l'un de ces gestes serait de demander aux États-Unis de juger M. Khadr en tant que jeune délinquant, compte tenu de son âge au moment de la perpétration des infractions qu'on lui reproche. On ne sait pas si cette mesure de réparation aurait pour effet de pallier la violation de ses droits prévus à la Charte, ou simplement d'amoinrir les conséquences découlant des accusations auxquelles M. Khadr fait face. Ce qui est certain pour la Cour, c'est que M. Khadr prétend avoir un certain nombre de propositions de mesures correctives dont il ferait part à la Couronne, si on lui en donnait l'occasion.

[81] Un tribunal n'accordera pas une réparation pour un manquement à l'équité procédurale si cette réparation n'aura eu aucune répercussion sur le résultat. Dans le cas où l'exécutif serait parvenu à la même décision même s'il avait respecté le droit de M. Khadr à la justice naturelle, alors la Cour n'annulera pas la décision.

[82] In this case the diplomatic note has been sent and there has been a response. That cannot be undone—it is an historical fact. Accordingly, I will not grant the order, as requested, in the nature of *certiorari* setting aside the decision to ask the U.S. not to use the information provided to it by Canada. Doing so would be ineffective.

[83] The applicant asks, in the alternative, that the Court issue an order directing the respondents to “reconsider their decision to ask the U.S. not to use the information provided to it by Canada, having first accorded Mr. Khadr an opportunity to be heard”.

[84] In my view, if the actions of Canada in asking the U.S. not to use the information provided to it by Canada cured Canada’s breach, then there is no need for Canada to reconsider its decision as Mr. Khadr has received his Charter remedy. A breach need not be cured twice.

[85] It is clear on the record before the Court that the breach has not been cured. First, the U.S. did not accede to Canada’s request not to use the information it provided. The U.S. merely responded that the prosecution of Mr. Khadr would be governed by the *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574; it has provided no assurance that the information would not be used against Mr. Khadr’s interests. Second, the record discloses that following the response by the U.S. government to Canada’s request, the information was used by the U.S. in the prosecution of Mr. Khadr.

[86] Kobie Flowers, one of Mr. Khadr’s defence counsel in the military commission prosecution being conducted at Guantánamo Bay, provided an affidavit in which he swears that on April 28, 2010, in response to a motion brought by Mr. Khadr to suppress evidence, the U.S. called a witness who testified that:

[82] Dans la présente affaire, la note diplomatique a été envoyée, et celle-ci a fait l’objet d’une réponse. Il est impossible de revenir en arrière — cela fait dorénavant partie de l’histoire. Par conséquent, je ne ferai pas droit à la demande d’ordonnance de *certiorari* visant à annuler la décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements fournis par le Canada. Prendre une telle mesure serait inutile.

[83] Subsidiairement, le demandeur réclame que la Cour prononce une ordonnance enjoignant aux défendeurs de « revenir sur leur décision de demander aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements divulgués par le Canada, après avoir d’abord accordé au demandeur la possibilité de se faire entendre ».

[84] Je suis d’avis que, si la mesure prise par le Canada, en demandant aux États-Unis de ne pas utiliser les renseignements qu’ils lui ont divulgués, a corrigé la violation commise par le Canada, il n’est alors pas nécessaire que le Canada revienne sur sa décision, puisque M. Khadr a eu droit à sa réparation fondée sur la Charte. Il n’est pas nécessaire de remédier deux fois à une violation.

[85] Il ressort clairement du dossier de la Cour que la violation n’a pas été corrigée. Tout d’abord, les États-Unis n’ont pas fait droit à la demande du Canada de ne pas utiliser les renseignements que celui-ci lui avait divulgués : ils ont simplement répondu que le procès de M. Khadr serait régi par la *Military Commissions Act of 2009*, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2574, et n’ont donné aucune garantie que les renseignements ne seront pas utilisés à l’encontre des intérêts de M. Khadr. Ensuite, le dossier nous enseigne qu’après la réponse du gouvernement des États-Unis à la demande du Canada, les États-Unis ont utilisé les renseignements dans le cadre du procès de M. Khadr.

[86] Kobie Flowers, l’un des avocats de M. Khadr dans le procès tenu devant la commission militaire à la baie de Guantánamo, a fourni un affidavit dans lequel il atteste que le 28 avril 2010, en réponse à une requête présentée par M. Khadr visant à radier des éléments de preuve, les États-Unis ont cité un témoin, qui a relaté ce qui suit :

... she reviewed video recordings of interviews of the Applicant conducted by Canadian government officials at GTMO on February 13, 14, 15 and 16, 2003 and prepared a written report from those videos. She then testified as to the information contained in her report of the Canadian interviews. During her testimony, S.A. Dillard referred to her report of the Canadian interviews to refresh her memory.

[87] The respondents submit that Mr. Khadr is responsible for the introduction into evidence of the interviews conducted by the Canadian officials because Mr. Flowers, during his cross-examination of this prosecution witness on May 1, 2010, asked her to view, in closed session, some seven minutes from these videos “much of which consisted of Mr. Khadr crying”. In response, the U.S. then tendered as evidence “DVDs containing the entirety of the Canadian interviews as exhibits on the suppression motion”.

[88] I reject the respondents’ submission that Mr. Khadr was the cause of the Canadian evidence coming before the commission. It is clear on the record before the Court that it was the U.S. that first introduced the substance of the Canadian interviews as evidence before the military commission.

[89] Accordingly, Canada has not cured its breach of Mr. Khadr’s Charter rights.

[90] The Charter and the rule of law require that government breaches of Charter rights be remedied. In the usual case, a remedy that cures a breach caused by the government is available because the remedy is within the complete control of the government. Mr. Khadr’s situation differs because the remedy is not within the complete control of Canada. Canada can propose, but the U.S. must consent. Nonetheless, in my view, the breaching party remains required to attempt to cure the breach. It is only if a cure is not possible that a remedy that merely ameliorates the breach is warranted and must be attempted.

[TRANSDUCTION]

[...] elle a examiné les enregistrements vidéo des interrogatoires du demandeur menés par les représentants du gouvernement canadien à GTMO les 13, 14, 15 et 16 février 2003, ainsi que préparé un rapport écrit en se fondant sur ces vidéos. Elle a ensuite livré un témoignage concernant les renseignements contenus dans son rapport portant sur les interrogatoires du Canada. Lors de son témoignage, S.A. Dillard s’est référée à son rapport des entrevues du Canada afin de se rafraîchir la mémoire.

[87] Les défendeurs font observer que M. Khadr est responsable de la production en preuve des interrogatoires menés par les représentants canadiens, parce que M. Flowers, lors de son contre-interrogatoire du témoin de la poursuite tenu le 1^{er} mai 2010, a demandé à celle-ci de regarder, à huis clos, quelque sept minutes d’extraits de ces vidéos, [TRANSDUCTION] « dont la plupart montraient des images de M. Khadr éclatant en sanglots ». Les États-Unis ont ensuite produit en preuve [TRANSDUCTION] « des DVD contenant les interrogatoires canadiens dans leur intégralité, à titre de pièces en réponse à la requête en radiation ».

[88] Je rejette l’argument des défendeurs que la production de ces éléments de preuve devant la commission était attribuable à M. Khadr. Au vu de la preuve dont est saisie la Cour, il est manifeste que ce sont les États-Unis qui ont d’abord produit en preuve le contenu des interrogatoires canadiens devant la commission militaire.

[89] Par conséquent, le Canada n’a pas remédié à sa violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte.

[90] La Charte et la primauté du droit exigent que les violations, par le gouvernement, des droits que garantit la Charte fassent l’objet d’une réparation. Habituellement, il est possible de remédier à une violation causée par le gouvernement, parce que ce dernier peut mettre en œuvre la mesure de réparation. La situation est quelque peu différente dans le cas de M. Khadr, parce que la mesure de réparation n’est pas complètement du ressort du Canada. Le Canada peut faire une proposition, mais les États-Unis doivent y consentir. Néanmoins, je suis d’avis que la partie à l’origine de la violation a tout de même l’obligation d’essayer de corriger la violation.

[91] In my view, if there is only one available remedy that potentially cures the breach of one person's Charter rights, then that remedy must be ordered by the Court, even if the order involves the exercise of the royal prerogative. This is to be contrasted with the cases relied on by the respondents, such as *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, and *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, above, where a declaration was issued precisely because a number of options or choices were available to the respective governments that would cure the Charter breach at issue; in these circumstances, courts have deliberately and appropriately left the flexibility with governments to fashion remedies that are both appropriate in the circumstances and conform with the Charter. In situations where there has been a Charter breach that is ongoing and where there is only one curative remedy identified, the argument for flexibility in the hands of government is significantly diminished. The fact that the one remedy available falls within the scope of the government's prerogative power does not prevent the Court from fashioning a remedy. As the Supreme Court stated in *Khadr II*, at paragraph 37: "courts are empowered to make orders ensuring that the government's foreign affairs prerogative is exercised in accordance with the constitution". If the Charter, as a part of Canada's Constitution, requires an action to be taken, and it does in the present circumstances, and if that action requires the exercise of the royal prerogative, then this Court is not only empowered to order it, this Court is required to order that it be done.

[92] In this case, if the Court was satisfied on the record that the only potential remedy not yet tried by Canada that could cure the breach was to issue an order requiring Canada, before Mr. Khadr's military commission proceeding commences on August 10, 2010,

C'est seulement lorsqu'il est impossible d'apporter un correctif qu'une mesure de réparation visant à pallier la violation est justifiée, et qu'il faut essayer de prendre cette mesure.

[91] À mon avis, s'il n'y avait qu'une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation des droits d'une personne garantis par la Charte, alors la Cour doit ordonner la prise d'une telle mesure de réparation, même si cette dernière relève de l'exercice de la prérogative royale. Cette situation doit donc être distinguée des arrêts sur lesquels se fondent les défendeurs, tels que *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, et *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, précité, où un jugement déclaratoire a été prononcé précisément parce qu'un certain nombre d'options s'offraient aux gouvernements respectifs pour corriger la violation de la Charte en cause; dans ces cas, les tribunaux ont délibérément et judicieusement laissé aux gouvernements la latitude d'élaborer des mesures de réparation qui étaient à la fois appropriées compte tenu des circonstances et conformes à la Charte. Lorsqu'une violation de la Charte se poursuit et qu'une seule mesure de réparation corrigeant la violation a été répertoriée, l'argument de la latitude du gouvernement s'en trouve grandement affaibli. Le fait que la seule mesure de réparation possible relève de l'exercice de la prérogative du gouvernement n'empêche pas la Cour de concevoir une mesure de réparation. Comme la Cour suprême l'a énoncé dans l'arrêt *Khadr II*, au paragraphe 37, « les tribunaux ont le pouvoir de rendre des ordonnances qui garantissent que la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères est exercée en conformité avec la Constitution ». Si la Charte, enchâssée dans la Constitution du Canada, exige qu'une mesure soit prise, ce qui est le cas en l'espèce, et si la mesure implique l'exercice de la prérogative royale, alors la Cour a non seulement le pouvoir d'ordonner la prise de cette mesure, mais elle en a aussi l'obligation.

[92] Dans la présente affaire, si la Cour était convaincue au vu du dossier que la seule réparation qui n'avait pas encore été essayée par le Canada et qui pouvait corriger la violation consistait à rendre une ordonnance enjoignant au Canada de réclamer le

to request the U.S. to return Mr. Khadr to Canada, that order would be issued. I have previously stated that this is the only alternative remedy I can see that can potentially cure the breach. It may be, however, that Canada and/or Mr. Khadr can fashion other potential curative remedies. If there are others, and keeping in mind the ruling of the Supreme Court in *Khadr II*, it is the role of the Executive, after providing Mr. Khadr an opportunity to be heard, to decide which of the alternative potential curative remedies to choose. It must continue that process until Mr. Khadr is provided with an effective remedy that vindicates his rights. As was stated by the Supreme Court in *Doucet-Boudreau*, at paragraph 55:

... an appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. Naturally, this will take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied. An ineffective remedy, or one which was “smothered in procedural delays and difficulties”, is not a meaningful vindication of the right and therefore not appropriate and just [Citations omitted.]

[93] If after such a process there remains but one potential remedy that can cure the breach, then Canada must advance it; it is the only “appropriate and just” remedy.

[94] The parties deserve an opportunity to explore effective remedies. Given that Mr. Khadr’s hearing is scheduled to commence imminently, this process must be undertaken with some urgency and the Court must reserve the right to oversee this explorative process, to amend the short time frame set out in the judgment for the steps that are to be taken, and to reserve the right to impose a remedy if none is forthcoming from that process.

[95] In keeping with its obligations under the Charter, Canada is expected to advance at least one potential

rapatriement d’Omar Khadr des États-Unis avant que le procès de M. Khadr ne débute devant la commission militaire le 10 août 2010, cette ordonnance aurait été rendue. Comme je l’ai dit précédemment, il s’agit de la seule autre mesure de réparation à laquelle je puisse songer qui pourrait éventuellement remédier à la violation. Il se peut toutefois que le Canada et/ou M. Khadr soient en mesure d’élaborer d’autres mesures de réparation visant à corriger la violation. Si de telles autres mesures existent, et compte tenu de la décision de la Cour suprême dans *Khadr II*, il incombe à l’exécutif, après avoir accordé à M. Khadr la possibilité de se faire entendre, de décider lesquelles des mesures de réparation possibles il retiendra. L’exécutif doit continuer ce processus, jusqu’à ce que M. Khadr bénéficie d’une mesure de réparation efficace qui défend ses droits. Comme l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Doucet-Boudreau*, au paragraphe 55 :

[...] la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu’elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste [...] [Renvois omis.]

[93] Si, après un tel processus, il ne reste qu’une seule mesure de réparation susceptible de corriger la violation, le Canada doit aller de l’avant avec celle-ci; elle est la seule et unique mesure de réparation « convenable et juste ».

[94] Les parties méritent la possibilité de prendre des mesures de réparation efficaces. Étant donné que l’instruction du procès de M. Khadr est imminente, ce processus doit être entrepris dans un délai assez court, et la Cour doit se réserver le droit de surveiller ce processus d’examen, de modifier le court délai prévu dans le jugement pour prendre les mesures visées, ainsi que celui d’imposer une mesure de réparation si aucune ne découle du processus.

[95] Conformément aux obligations qui lui sont imposées par la Charte, le Canada est tenu de proposer

curative remedy in sufficient time prior to the scheduled commencement of the military commission's hearing that one may reasonably expect that the U.S. government will have time to consider the request and respond to it.

[96] In keeping with its continuing obligations under the Charter, Canada is expected to continue advancing potential curative and ameliorative remedies until the breach of Mr. Khadr's Charter rights have been cured, or if no cure is possible, until the breach has been ameliorated, or if there is no remedy, until it has exhausted all possible remedies.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that:

1. These applications are allowed;
2. The Court declares that Mr. Khadr is entitled to procedural fairness and natural justice in Canada's process of determining a remedy for its breach of Mr. Khadr's section 7 Charter rights in that (a) he is entitled to know what alternative remedies Canada is considering, if any, and (b) he is entitled to provide written submissions to Canada as to other potential remedies and as to whether, in his view, those being considered by Canada are potential remedies that will cure or ameliorate its breach;
3. The respondents are to advise the applicant within seven days of the date of this judgment of all untried remedies that it maintains would potentially cure or ameliorate its breach of Mr. Khadr's Charter rights as has been determined by the Supreme Court of Canada in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44;
4. The applicant shall have seven days after receiving the respondents' advice as to potential remedies to provide the respondents with his written submissions as

au moins une mesure de réparation visant à corriger la violation assez tôt avant que le procès devant la commission ne débute, de sorte que le gouvernement des États-Unis puisse avoir le temps de se pencher sur la demande et d'y répondre.

[96] Conformément aux obligations qui lui sont imposées par la Charte, le Canada est tenu de proposer des mesures de réparation visant à corriger ou à pallier la violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte jusqu'à ce que la violation ait été corrigée, ou, si aucun correctif n'est possible, jusqu'à ce qu'il ait été pallié à la violation, ou, si aucune mesure de réparation ne peut être prise, jusqu'à ce qu'il ait épuisé toutes les mesures de réparation possibles.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. Les présentes demandes sont accueillies.
2. La Cour déclare que M. Khadr a droit à l'équité procédurale et à la justice naturelle dans le cadre de la démarche prise par le Canada afin de choisir une mesure de réparation pour sa violation des droits garantis à M. Khadr par l'article 7 de la Charte, en ce sens où a) il a le droit de savoir quelles autres mesures de réparation le Canada envisage, le cas échéant, et b) il a le droit de présenter des observations écrites au Canada concernant d'autres mesures de réparation possibles, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagée par le Canada permettraient de corriger ou de pallier la violation.
3. Les défendeurs doivent aviser le demandeur, dans les sept jours de la date du présent jugement, des mesures de réparation qui, à leur avis, pourraient corriger ou pallier la violation des droits de M. Khadr garantis par la Charte, selon ce qu'a conclu la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.
4. Le demandeur a sept jours, à compter de la réception de l'avis des défendeurs au sujet des mesures de réparation éventuelles, pour leur fournir ses observations

to other potential remedies that may cure or ameliorate the breach of his Charter rights, and as to whether those being considered by Canada, in his view, are potential remedies that may cure or ameliorate the breach;

5. I retain jurisdiction to amend, at any time, the time provided herein for the taking of any step if satisfied that the time that has been provided is too brief for a party to fully and appropriately provide the information required or take the steps ordered;

6. Following the procedural fairness process described herein, Canada is to advance a potential curative remedy as soon thereafter as is reasonably practicable and to continue advancing potential curative remedies until the breach has been cured or all such potential curative remedies have been exhausted, following which it is to advance potential ameliorative remedies until such time as the breach has been reasonably ameliorated or all such remedies have been exhausted;

7. I retain jurisdiction to determine whether a remedy proposed is potentially an effective remedy, should the parties be unable to agree;

8. I retain jurisdiction to impose a remedy if, after the process described herein, Canada has not implemented an effective remedy within a reasonably practicable period of time; and

9. The applicant is entitled to his costs for two counsel at the high end of Column IV.

écrites concernant d'autres mesures de réparation qui pourraient corriger ou pallier la violation de ses droits garantis par la Charte, ainsi que son avis sur la question de savoir si les mesures de réparation envisagées par le Canada pourraient éventuellement corriger ou pallier la violation.

5. Je reste compétent pour modifier, en tout temps, le délai prévu aux présentes pour la prise de toute mesure, si je suis convaincu que le délai accordé est trop court pour qu'une partie puisse pleinement et correctement fournir l'information ou prendre les mesures nécessaires.

6. À la suite du processus concernant l'équité procédurale décrit ci-dessus, le Canada doit proposer une mesure de réparation correctrice dès que les circonstances le permettent, et continuer de proposer des mesures de réparation correctrices jusqu'à ce que la violation ait été corrigée, ou que de telles possibles mesures de réparation aient été épuisées, à la suite de quoi il proposera des mesures de réparation visant à pallier la violation, jusqu'à ce que celle-ci ait été suffisamment atténuée ou que de telles mesures aient toutes été épuisées.

7. Je reste compétent pour déterminer si une mesure de redressement proposée pourrait être efficace, au cas où les parties n'arrivaient pas à s'entendre sur cette question.

8. Je reste compétent pour imposer une mesure de réparation si, après le processus décrit ci-dessus, le Canada n'a pas mis en œuvre une mesure de réparation efficace en temps utile.

9. Le demandeur a droit à ses dépens pour deux avocats, selon l'échelon supérieur de la colonne IV.

Docket: T-230-10
Docket: T-231-10

Dossier : T-230-10
Dossier : T-231-10

ANNEX A

ANNEXE A



[TRADUCTION]

Note No. UNWS0013Note n° UNWS0013

The Embassy of Canada presents its compliments to the State Department of the United States of America and has the honour to refer to the matter of Mr. Omar Khadr, a Canadian citizen detained at Guantanamo Bay, Cuba, and its previous notes concerning the circumstances of his detention and proceedings against him.

L'ambassade du Canada présente ses compliments au Département d'État des États-Unis d'Amérique et a l'honneur d'évoquer la question de M. Omar Khadr, un citoyen du Canada détenu à la baie de Guantánamo (Cuba), ainsi que ses notes antérieures concernant les circonstances de la détention de M. Khadr et les procédures engagées contre celui-ci.

The Canadian Embassy has the honour to bring to the attention of the State Department of the United States of America the 29 January 2010 decision of the Supreme Court of Canada in *Canada v. Khadr* which found that the Government of Canada is responsible for an ongoing breach of Omar Khadr's section 7 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to not be deprived of liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. The Court found that the breach of Mr. Khadr's rights stemmed from Canadian officials having questioned Mr. Khadr in 2003 and 2004 on matters connected to the charges pending against him, without him having access to counsel, having been told he was subjected to a program of sleep deprivation prior to the interview, and sharing the product of these interviews with U.S. authorities.

L'ambassade du Canada a l'honneur d'attirer l'attention du Département d'État des États-Unis d'Amérique sur l'arrêt *Canada c. Khadr* rendu le 29 janvier 2010 par la Cour suprême du Canada, qui concluait que le gouvernement du Canada est responsable d'une violation constante des droits garantis à Omar Khadr par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de n'être privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La Cour a conclu que la violation des droits de M. Khadr découlait des interrogatoires de ce dernier conduits par des représentants du Canada en 2003 et en 2004 sur des affaires liées aux accusations qui pèsent contre lui, sans lui avoir donné accès à un avocat, malgré l'information reçue selon laquelle il a été soumis à des techniques de privation du sommeil avant l'interrogatoire, et d'avoir divulgué le produit de ces interrogatoires aux autorités américaines.

The Court concluded that the breach of Mr. Khadr's rights is a continuing one in that it was reasonable to infer that the statement to Canadian officials might form part of

La Cour a conclu que la violation des droits de M. Khadr persiste toujours, puisqu'il est raisonnable de déduire que les déclarations recueillies par les représentants du Canada puissent former une partie de

.../2

2

the case against him in the prosecution and in that sense contribute to his ongoing detention. We refer you specifically to para. 21 of the Supreme Court's judgment, which states in part:

la preuve contre lui dans son procès, et qu'elle contribue en ce sens à la détention continue de M. Khadr. Nous vous renvoyons précisément au paragraphe 21 du jugement de la Cour suprême, qui contient le passage suivant :

It is reasonable to infer from the uncontradicted evidence before us that the statements taken by Canadian officials

Il est raisonnable de déduire de la preuve non contredite portée à notre connaissance que les déclarations

are contributing to the continued detention of Mr. Khadr, thereby impacting his liberty and security interests. In the absence of my evidence to the contrary (or disclaimer rebutting this inference), we conclude on the record before us that Canada's active participation in what was at the time an illegal regime has contributed and continues to contribute to Mr. Khadr's current detention, which is the subject of his current claim.

The Government of Canada therefore respectfully requests assurances that any evidence or statements shared with U.S. authorities as a result of the interviews with Mr. Khadr by Canadian agents and officials not be used against him by U.S. authorities in the context of proceedings before the Military Commission or elsewhere.

The Embassy of Canada further wishes to note that in order to confirm its response to the decision of the Supreme Court of Canada, the Government of Canada considers itself obliged to provide a copy of this note to Mr. Khadr's counsel. With the State Department's consent, a copy of the response would be provided to Mr. Khadr's counsel as well.

.../3

3

The Embassy of Canada avails itself of this opportunity to renew to the State Department of the United States of America the assurances of its highest consideration.

Washington, District of Columbia
February 16, 2010



recueillies par des responsables canadiens contribuent à la détention continue de M. Khadr, et ont ainsi une incidence sur ses droits à la liberté et à la sécurité. En l'absence d'éléments de preuve contraires [ou de dénégation réfutant cette inférence], nous concluons sur la foi du dossier dont nous sommes saisis que la participation active du Canada à un régime, illégal à l'époque, a contribué et continue de contribuer à la détention actuelle de M. Khadr, laquelle est l'objet de la demande sur laquelle nous sommes appelés à statuer.

Le gouvernement du Canada demande donc respectueusement des garanties que toute preuve ou déclaration divulguée aux autorités américaines qui découle des interrogatoires d'Omar Khadr menés par les représentants canadiens ne soit pas utilisée contre lui par les autorités américaines dans le cadre des procédures devant la commission militaire, ou devant toute autre instance.

L'ambassade du Canada souhaite également mentionner qu'afin que sa réponse soit conforme à l'arrêt de la Cour suprême du Canada, le gouvernement du Canada s'estime obligé de fournir une copie de la présente note à l'avocat de M. Khadr. Sur consentement du Département d'État, une copie de la réponse à cette note sera aussi fournie à l'avocat de M. Khadr.

L'ambassade du Canada profite de cette occasion pour renouveler au Département d'État des États-Unis d'Amérique l'assurance de sa plus haute considération.

Washington (district de Columbia)
Le 16 février 2010

Docket: T-230-10
Docket: T-231-10

Dossier : T-230-10
Dossier : T-231-10

ANNEX B

ANNEXE B

[TRADUCTION]

No. 269

N° 269

The Embassy of the United States of America presents its compliments to the Department of Foreign Affairs and International Trade and has the honor to refer to the diplomatic note UNWS0013, of February 16, 2010, regarding the matter of Mr. Omar Khadr, a Canadian citizen detained at Guantanamo Bay, Cuba.

L'ambassade des États-Unis présente ses compliments au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, et a l'honneur d'évoquer la note diplomatique UNWS0013, datée du 16 février 2010, concernant la question de M. Omar Khadr, un citoyen du Canada détenu à la baie de Guantánamo, à Cuba.

The Department of State has provided the referenced Diplomatic note to the Department of Defense Office of Military Commissions prosecutors in Mr. Khadr's case. In presenting their case, these prosecutors will be governed by the Military Commissions Act of 2009 (MCA), specifically MCA § 948r, which provides safeguards against the admission in military commission proceedings of evidence obtained through improper means.

Le Département d'État a fourni la note diplomatique évoquée au Bureau des procureurs des commissions militaires du département de la Défense concernant l'affaire de M. Khadr. Lorsqu'ils présenteront leur preuve, ces procureurs seront régis par la *Military Commissions Act of 2009* (la MCA), plus précisément par la règle 948, qui prévoit des garanties contre l'admission d'éléments de preuve obtenus par des moyens irréguliers dans les instances tenues devant une commission militaire.

Relevant safeguards include the exclusion of all statements obtained by torture or cruel, inhuman, or degrading treatment, "except against a person accused of torture or such treatment as evidence that the statement was made." MCA § 948r(a). Other statements of the accused may be admitted in evidence only if the military judge finds "that the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and that – (A) the statement was made incident to lawful conduct during military

Les garanties visées incluent l'exclusion de toutes les déclarations obtenues par la torture, ou par des traitements cruels, inhumains ou dégradants, « sauf contre une personne accusée de torture ou d'avoir infligé de tel traitement en tant que preuve que la déclaration a été faite ». MCA, alinéa 948a). Les autres déclarations de l'accusé peuvent être admises en preuve seulement si le juge militaire conclut « que l'ensemble des circonstances fait en sorte que la déclaration est fiable et a une valeur probante suffisante; et que – (A) la déclaration découle indirectement d'une conduite licite dans le cadre

DIPLOMATIC NOTE

[page 2]

[page 2]

operations at the point of capture or during closely related active combat engagement, and the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence; or (B) the statement was voluntarily given." MCA § 948r(c).

d'opérations militaires au moment de la capture, ou dans le cadre d'une bataille étroitement liée à la déclaration, et que l'intérêt de la justice serait mieux servi par l'admission de la déclaration en preuve; ou (B) la déclaration a été faite de manière volontaire ». MCA, alinéa 948c).

The United States Government confirms that a copy of this response may be provided to Mr. Khadr's counsel.

Le gouvernement des États-Unis accepte qu'une copie de la présente réponse soit fournie à l'avocat de M. Khadr.

The Embassy of the United States of America avails itself of this opportunity to renew to the Department of Foreign Affairs and International Trade the assurances of its highest consideration.

L'ambassade des États-Unis d'Amérique profite de cette occasion pour renouveler au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international l'assurance de sa plus haute considération.

Embassy of the United States of America,
Ottawa, April 27, 2010.



Ambassade des États-Unis d'Amérique
Ottawa, le 27 avril 2010

T-1165-02
2009 FC 858

T-1165-02
2009 CF 858

Margaret Temple (*Applicant*)

Margaret Temple (*demanderesse*)

v.

c.

VIA Rail Canada Inc. (*Respondent*)

VIA Rail Canada Inc. (*défenderesse*)

and

et

Commissioner of Official Languages of Canada
(*Intervener*)

Le Commissaire aux langues officielles du Canada
(*intervenant*)

INDEXED AS: TEMPLE v. VIA RAIL CANADA INC.

RÉPERTORIÉ : TEMPLE c. VIA RAIL CANADA INC.

Federal Court, Martineau J.—Winnipeg, April 21;
Ottawa, September 9, 2009.

Cour fédérale, juge Martineau—Winnipeg, 21 avril;
Ottawa, 9 septembre 2009.

Official Languages — Application for remedy under Official Languages Act (OLA), s. 77 whereby applicant challenging legality of VIA Rail Canada Inc. (VIA)'s bilingual requirements for Service Manager (SM), Assistant Service Coordinator positions on train routes not designated as bilingual by Treasury Board Secretariat — Applicant complaining to Commissioner of Official Languages under OLA, s. 58, alleging discriminated against by VIA as English-speaking unilingual employee — In 1998, VIA implementing New Era Passenger Operations (NEPO) to provide uniform service on trains in both official languages throughout Canada — NEPO resulting in abolishment of former unilingual position of SM, creation of three new bilingual SM classifications — Federal Court having jurisdiction to hear, decide matter despite competing statutory grants of jurisdiction under OLA, Canada Labour Code — Matter exceeding grievance arbitrator's usual expertise in labour relations matters — Bilingual requirements for two positions in issue objectively required under OLA, s. 91 — Fact remote train routes not designated bilingual by Treasury Board Secretariat not conclusive evidence bilingual requirements for front-line positions not objectively justified — Linguistic demand, safety considerations objectively justifying bilingual designation of a minimum of front-line positions — Not unreasonable for VIA to designate on trains running across country certain key positions as requiring bilingual skills — Application dismissed.

Langues officielles — Demande en vue d'obtenir une réparation en vertu de l'art. 77 de la Loi sur les langues officielles (la LLO) dans le cadre de laquelle la demanderesse a contesté la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. (VIA) pour les postes de directeur des services (DS) et de coordonnateur adjoint des services sur les trajets ferroviaires qui n'ont pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor — La demanderesse a déposé une plainte en vertu de l'art. 58 de la LLO auprès du commissaire aux langues officielles, prétendant qu'elle avait été victime de discrimination de la part de VIA parce qu'elle était une employée unilingue anglophone — En 1998, VIA a adopté le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs (ENSV) pour fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l'ensemble du Canada — L'adoption de ce programme a donné lieu à l'abolition de l'ancien poste unilingue de DS et à la création de trois nouvelles classifications DS bilingues — La Cour fédérale avait compétence pour entendre et trancher l'affaire malgré les attributions concurrentes de compétence prévues dans la LLO et le Code canadien du travail — La question outrepassait la compétence normale de l'arbitre de griefs en matière de relations de travail — Les exigences de bilinguisme pour les deux postes en litige s'imposaient objectivement au sens de l'art. 91 de la LLO — Le fait que les trajets ferroviaires éloignés n'avaient pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor ne constituait pas une preuve concluante établissant que les exigences de bilinguisme pour des postes de première ligne n'étaient pas objectivement justifiées — Les considérations en matière de demande linguistique et de sécurité justifient objectivement la désignation bilingue d'un nombre minimal de postes de première ligne — Il n'était pas

Labour Relations — Applicant challenging legality of VIA Rail Canada Inc.'s bilingual requirements for certain Service Manager, Assistant Service Coordinator positions — Applicant, other complainants bound by collective agreement — However, dispute not arising exclusively thereunder — While labour arbitrator having legal authority to interpret, apply Canadian Charter of Rights and Freedoms, external statutes in staffing actions coming under collective agreement, matter in present case exceeding usual expertise of grievance arbitrator in labour relations — Mandatory grievance arbitration procedure provided under Canada Labour Code, s. 57(1) not ousting Federal Court's jurisdiction under Official Languages Act to examine legality of challenged staffing actions.

Constitutional Law — Charter of Rights — Language Rights — VIA Rail Canada Inc. (VIA) having constitutional, quasi-constitutional duty to ensure members of travelling public can communicate with, obtain services in their official language at head office, other locations where significant demand, or where reasonable due to nature of office — These duties flowing from Charter, s. 20, Official Languages Act (OLA), ss. 23, 24 — VIA implementing New Era Passenger Operations to provide uniform service on trains in both official languages throughout Canada — Bilingual requirements set herein by VIA objectively required under OLA, s. 91, thus compatible with applicable provisions of Charter, OLA, regulations thereunder.

This was an application (heard concurrently with four similar applications) for a remedy under section 77 of the *Official Languages Act* (OLA) whereby the applicant challenged the legality of VIA Rail Canada Inc. (VIA)'s bilingual requirements for the Service Manager (SM) and Assistant Service Coordinator (ASC) positions on train routes that were not designated as bilingual by the Treasury Board Secretariat (TBS). The applicant has been in VIA's employ since 1985. She works as an on-board service employee and is based in Winnipeg. In Western Canada, VIA services consist of the Western Transcontinental, which caters mainly to the domestic and foreign tourism markets. It also operates four remote routes. In January 2000, the applicant made a complaint under section 58 of the OLA to the Commissioner

déraisonnable que VIA désigne comme bilingues certains postes clés sur ses trains qui parcourent le pays — Demande rejetée.

Relations du travail — La demanderesse contestait la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. pour certains postes de directeur des services et de coordonnateur adjoint des services — La demanderesse et d'autres plaignants étaient liés par une convention collective — Cependant, le litige ne découlait pas exclusivement de la convention collective — Bien que l'arbitre en droit du travail possède le pouvoir juridique d'interpréter et d'appliquer la Charte canadienne des droits et libertés et les lois externes dans le cas de mesures de dotation régies par la convention collective, la question en l'espèce outrepassait la compétence normale de l'arbitre de griefs en matière de relations de travail — La compétence de la Cour fédérale quant à l'examen de la légalité des mesures de dotation contestées conférée par la Loi sur les langues officielles n'a pas été écartée par la procédure d'arbitrage de griefs prévue à l'art. 57(1) du Code canadien du travail.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — VIA Rail Canada Inc. (VIA) a l'obligation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de voir à ce que les voyageurs puissent, dans l'une ou l'autre des langues officielles, communiquer avec elle ou en recevoir des services à son siège social et où il y a une demande importante, ainsi que lorsque la vocation du bureau justifie l'emploi des deux langues officielles — Ces obligations découlent de l'art. 20 de la Charte ainsi que des art. 23 et 24 de la Loi sur les langues officielles (LLO) — VIA a adopté le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs pour fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l'ensemble du Canada — Les exigences de bilinguisme établies par VIA aux termes de ce programme s'imposaient objectivement en vertu de l'art. 91 de la LLO et étaient donc compatibles avec les dispositions applicables de la Charte, de la LLO ou de ses règlements.

Il s'agissait d'une demande (entendue en même temps que quatre demandes semblables) en vue d'obtenir une réparation en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles* (la LLO) dans le cadre de laquelle la demanderesse a contesté la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. (VIA) pour les postes de directeur des services (DS) et de coordonnateur adjoint des services (CAS) sur les trajets ferroviaires qui n'ont pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor (le SCT). La demanderesse travaille pour VIA depuis 1985. Elle travaille comme membre du personnel itinérant des services dans les trains et sa gare d'attache est Winnipeg. Dans l'Ouest du Canada, les services de VIA consistent en le Transcontinental de l'Ouest, qui s'adresse surtout au marché touristique national

of Official Languages alleging that she had been discriminated against by VIA because she was an English-speaking unilingual employee. Similar complaints were made by 38 other English-speaking on-board service employees based in Winnipeg or Vancouver. All are bound by collective agreement No. 2 covering on-board service employees between VIA and the National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW).

VIA is a Crown corporation and a federal institution to which the OLA applies. It therefore has a constitutional or quasi-constitutional duty to ensure that members of the travelling public can communicate with and obtain its services in their official language at its head office as well as in other locations where there is a significant demand or where it is reasonable due to the nature of the office. These duties flow from section 20 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and sections 23 and 24 of the OLA. In 1986, VIA introduced a policy of hiring bilingual persons in front-line positions to increase bilingual capacity amongst personnel and the availability of bilingual services to its clientele. In 1998, VIA implemented the New Era Passenger Operations (NEPO) to provide uniform service in both official languages throughout Canada and ensure adequate bilingual presence on its trains. As a result of that initiative, the former unilingual position of SM was abolished and VIA and CAW agreed in a memorandum of agreement in 1998 (1998 memorandum) to create three new bilingual SM classifications and provide French language training opportunities.

The allegations made by the 39 complainants dealt with VIA's hiring policy and the bilingual requirements for the SM and ASC positions on all trains running in Western Canada. The Commissioner carried out an investigation on the basis of sections 39 and 91 of the OLA, taking into account VIA's linguistic obligations to the travelling public in Western Canada. Section 39 of the OLA addresses broad language rights while pursuing employment or advancement whereas section 91 addresses particular staffing actions of a federal institution. In 2002, the Commissioner's final investigation report was released. It found that some of the common allegations about VIA's policies and practices relating to language requirements on trains in Western Canada were well founded while others were not. The applicant, who limited her attack to the legality of the ASC and SM bilingual requirements on the Western remote routes, was seeking in particular a declaration that VIA violated sections 39 and 91 of the OLA and an order enjoining VIA to comply with some

et étranger. VIA exploite également quatre trajets éloignés. En janvier 2000, la demanderesse a déposé une plainte en vertu de l'article 58 de la LLO auprès du commissaire aux langues officielles, prétendant qu'elle avait été victime de discrimination de la part de VIA parce qu'elle était une employée unilingue anglophone. Des plaintes semblables ont été déposées par 38 autres employés itinérants anglophones des services dans les trains dont la gare d'attache est Winnipeg ou Vancouver. Ils sont tous liés par la convention collective n° 2 régissant le personnel itinérant des services dans les trains conclue par VIA et le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (les TCA).

VIA est une société d'État et une institution fédérale à laquelle la LLO s'applique. Elle a donc l'obligation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de voir à ce que les voyageurs puissent, dans l'une ou l'autre des langues officielles, communiquer avec elle ou en recevoir des services à son siège social et où il y a une demande importante, ainsi que lorsque la vocation du bureau justifie l'emploi des deux langues officielles. Ces obligations découlent de l'article 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que des articles 23 et 24 de la LLO. En 1986, VIA a introduit une politique d'embauche d'employés bilingues pour les postes de première ligne pour augmenter sa capacité bilingue et accroître l'offre de services bilingues à sa clientèle. En 1998, VIA a adopté le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs (ENSV) pour fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l'ensemble du Canada et à voir à ce qu'il y ait suffisamment d'employés bilingues à bord de ses trains. Par suite de cette initiative, l'ancien poste unilingue de DS a été aboli et VIA et les TAC se sont entendus, dans un protocole d'entente conclu en 1998 (l'entente de 1998) sur la création de trois nouvelles classifications DS bilingues et pour fournir la formation en français.

Les allégations des 39 plaignants portaient sur la politique d'embauche de VIA et les exigences de bilinguisme relatives aux postes de DS et de CAS sur tous les trains en service dans l'Ouest du Canada. Le commissaire a mené une enquête en vertu des articles 39 et 91 de la LLO, tout en tenant compte des obligations linguistiques de VIA envers les voyageurs dans l'Ouest du Canada. L'article 39 de la LLO traite des droits linguistiques généraux en matière de recherche d'emploi et d'avancement alors que l'article 91 traite des dotations en personnel dans les institutions fédérales. En 2002, le rapport final d'enquête du commissaire a été publié. Selon ce rapport, certaines de prétentions communes concernant les politiques et les pratiques de VIA en matière d'exigences linguistiques pour les trains dans l'Ouest du Canada étaient bien fondées, alors que certaines autres ne l'étaient pas. La demanderesse, qui a limité aux trajets éloignés dans l'Ouest du Canada sa contestation de la légalité des exigences de bilinguisme quant aux postes de

of the recommendations in the Commissioner's report by providing the applicant with ASC and SM training as well as French-language training.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction under subsection 77(1) of the OLA to hear and decide this application; if so, whether the bilingual requirements for the SM and the ASC positions in issue were objectively required under section 91 of the OLA; and, if the bilingual requirements for that position were not objectively required, what constituted an appropriate and just remedy within the meaning of subsection 77(4) of the OLA.

Held, the application should be dismissed.

The Federal Court had jurisdiction to hear and decide the matter, despite the competing statutory grants of jurisdiction under the OLA and the *Canada Labour Code*. The dispute did not arise exclusively under the on-board collective agreement. The substance of the applicant's complaint was that VIA and CAW negotiated in 1998 an agreement that allegedly had the effect of breaching the employees' language rights under the Charter and the OLA. Furthermore, the OLA and its regulations form a comprehensive statutory regime that governs all matters relating to language rights within federal institutions. Pursuant to subsection 77(1) of the OLA, any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under section 91 in particular may apply to the Court for a remedy. However, this recourse is not exclusive but concurrent with other recourses. While the labour arbitrator certainly has legal authority to interpret and apply both the Charter and external statutes in the case of staffing actions coming under the collective agreement, the "better fit" had to be determined taking into account the intent of the legislator and the particular nature of the dispute. Since the issue raised by the applicant went far beyond the simple interpretation or application of the text of the on-board collective agreement or the 1998 memorandum, the matter exceeded the usual expertise of the grievance arbitrator in labour relations matters. Therefore, the Federal Court's jurisdiction under subsection 77(1) of the OLA to examine the legality of the challenged staffing actions was not ousted by the mandatory grievance arbitration procedure provided for under subsection 57(1) of the Labour Code.

The bilingual requirements for the two positions in issue were objectively required under section 91 of the OLA. The

CAS et de DS, sollicitait notamment un jugement déclarant que VIA avait contrevenu aux articles 39 et 91 de la LLO ainsi qu'une ordonnance enjoignant à VIA de se conformer à certaines recommandations du rapport du commissaire en dispensant à la demanderesse de la formation relative aux postes de CAS et de DS, ainsi que de la formation en langue française.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu du paragraphe 77(1) de la LLO pour entendre et trancher la demande en l'espèce; dans l'affirmative, si les exigences de bilinguisme pour les postes de DS et de CAS en litige s'imposaient objectivement au sens de l'article 91 de la LLO; et si les exigences de bilinguisme pour ces postes ne s'imposaient pas objectivement, qu'est-ce qui constituait une réparation convenable et juste au sens du paragraphe 77(4) de la LLO.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La Cour fédérale avait compétence pour entendre et trancher l'affaire malgré les attributions concurrentes de compétence prévues dans la LLO et le *Code canadien du travail*. Le litige ne découlait pas exclusivement de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains. Le fond de la plainte de la demanderesse est qu'en 1998, VIA et les TCA ont négocié une entente qui violait prétendument ses droits linguistiques garantis par la Charte et par la LLO. Qui plus est, la LLO et ses règlements forment un régime légal complet qui régit toutes les questions qui ont trait aux droits linguistiques au sein des institutions fédérales. Selon le paragraphe 77(1) de la LLO, quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévu à l'article 91 peut former un recours devant le tribunal. Cependant, ce recours n'est pas exclusif; il s'ajoute à d'autres recourses. Bien que l'arbitre en droit du travail possède certainement le pouvoir juridique d'interpréter et d'appliquer la Charte et les lois externes dans le cas de mesures de dotation régies par la convention collective, en définitive, il s'agissait de savoir quel est le tribunal qui « convient le mieux », compte tenu de l'intention du législateur et de la nature du litige. En l'espèce, la question soulevée par la demanderesse allait bien au-delà de la simple interprétation ou de la simple application du libellé de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains ou de l'entente de 1998, la question outrepassait la compétence normale de l'arbitre de griefs en matière de relations de travail. Par conséquent, la compétence de la Cour fédérale quant à l'examen de la légalité des mesures de dotation contestées conférée par le paragraphe 77(1) de la LLO n'a pas été écartée par la procédure d'arbitrage de griefs prévue au paragraphe 57(1) du Code du travail.

Les exigences de bilinguisme quant aux deux postes en litige s'imposaient objectivement en vertu de l'article 91 de la

OLA creates a set of language rights based on the duties imposed on the Federal Government by the Charter. Pursuant to section 91, a federal institution cannot, in the guise of purportedly giving effect to its obligations under Part IV or V of the OLA, set language requirements that are not objectively related to the provision of bilingual services in the particular setting where those functions are performed by the employee. In a section 91 analysis, the focus is on “the functions for which the staffing action is undertaken”—here, the filling of ASC and SM positions by bilingual personnel following the implementation of the NEPO initiative in 1998. There were duties and responsibilities for both the positions of SM and ASC that justified the bilingual requirements. The fact that remote train routes had not been designated as bilingual by the TBS was not conclusive evidence establishing that the bilingual requirements for front-line positions were not objectively justified. The *Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations* established under Part IV of the OLA enumerate specific cases where railway stations or train routes are “deemed” to meet the “significant demand” or the “nature of the office” criteria. Thus, the Regulations establish a legal presumption in specific cases facilitating the proof that the Charter or OLA criteria are met, but they are not exhaustive and should not be rigidly interpreted and applied. They only set minimum standards with respect to the provision of bilingual services. Linguistic demand and safety considerations (one of the reasons the ASC and SM positions were designated as bilingual by VIA) objectively justify the bilingual designation of a minimum of front-line positions.

The Treasury Board *Directive on the Staffing of Bilingual Positions* provides that imperative staffing (a term used in the Public Service of Canada whereby only applicants who meet all the position’s requirements are considered) should be used, for example, when the bilingual position is one of the very few in an office that provides services to the public. Both the SM and ASC are front-line positions and are staffed on each train by only one incumbent. Therefore, these designations by VIA met the criteria for “imperative staffing”. Based on the evidence in the record and in particular the heightened safety considerations associated with VIA’s operations and its mandate as an independent Crown corporation, it was not unreasonable for VIA to designate on its trains running across the country certain key positions as requiring bilingual skills. The duties and responsibilities of the incumbents in the challenged SM and ASC positions in the Western region and elsewhere in Canada justified a bilingual designation.

LLO. Cette dernière crée un ensemble de droits linguistiques fondés sur les obligations imposées au gouvernement fédéral par la Charte. Selon l’article 91, une institution fédérale ne peut pas, en prétextant vouloir exécuter ses obligations prévues à la partie IV ou à la partie V de la LLO, fixer des exigences linguistiques qui ne sont pas objectivement liées à la prestation de services bilingues dans le contexte dans lequel ces fonctions sont exécutées par le fonctionnaire. Dans le cadre d’une analyse faite au regard de l’article 91, l’accent est mis sur « les fonctions pour lesquelles les mesures de dotation contestées ont été prises » — en l’espèce, la dotation des postes de CAS et de DS par des employés bilingues à la suite de la mise en oeuvre du programme ENSV en 1998. Il y avait des fonctions et des responsabilités pour les postes de DS et de CAS qui justifiaient les exigences de bilinguisme. Le fait que les trajets ferroviaires éloignés n’avaient pas été désignés bilingues par le SCT ne constituait pas une preuve concluante établissant que les exigences de bilinguisme pour des postes de première ligne n’étaient pas objectivement justifiées. Le *Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services* établi en vertu de la partie IV de la LLO énumère des cas précis où les gares ferroviaires ou les trajets sont « réputés » satisfaire aux critères de la « demande importante » ou de la « vocation du bureau ». Par conséquent, le règlement établit une présomption légale facilitant la preuve que les critères prévus dans la Charte ou dans la LLO sont satisfaits, mais ils ne sont pas exhaustifs et ils ne devraient pas être interprétés et appliqués de façon rigoureuse. Il ne fixe que les normes minimales concernant la prestation de services bilingues. Les considérations en matière de demande linguistique et de sécurité (un des motifs pour la désignation bilingue des postes de CAS et de DS) justifient objectivement la désignation bilingue d’un nombre minimal de postes de première ligne.

La *Directive sur la dotation des postes bilingues* du Conseil du Trésor précise qu’on devrait avoir recours à la dotation impérative (terme employé dans la fonction publique du Canada selon lequel seules les candidatures des demandeurs qui satisfont à toutes les exigences du poste sont examinées) lorsque, par exemple, le poste bilingue est l’un des rares postes bilingues dans un bureau offrant des services au public. Les postes de DS et de CAS sont des postes de première ligne qui sont occupés sur chaque train par un seul titulaire. Par conséquent, les désignations par VIA satisfaisaient aux critères de la « dotation impérative ». Compte tenu de la preuve au dossier et notamment des considérations accrues en matière de sécurité associées aux activités de VIA et de son mandat à titre de société d’État, il n’était pas déraisonnable que VIA désigne comme bilingues certains postes clés sur ses trains qui parcourent le pays. Les fonctions et les responsabilités des titulaires des postes de DS et de CAS en litige dans la région de l’Ouest, et ailleurs au Canada, justifiaient une désignation bilingue.

In view of those findings, none of the remedies sought by the applicant were granted. Even if the bilingual requirements for the two positions in issue had been found not to be objectively required, most of the remedies sought would not have been granted. A major difficulty in this case was distinguishing the recommendations in the Commissioner's final report made regarding section 91 of the OLA from those made regarding section 39. While a breach of section 91 allows the Court to issue a remedy under subsection 77(4), there can be no Court remedy in the case of a breach of section 39. Subsection 77(1), the enabling provision for a court remedy, is an exhaustive list. Part VI where section 39 is found is not mentioned in subsection 77(1). Even if a section 39 breach were established, the Court would have no jurisdiction to remedy that breach under the authority of subsection 77(4).

À la lumière de ces conclusions, aucune des réparations demandées par la demanderesse n'a été accordée. Même si les exigences de bilinguisme pour les deux postes en litige n'étaient pas objectivement justifiées, la plupart des réparations demandées n'auraient pas été accordées. Dans la présente affaire, il était très difficile de distinguer les recommandations relatives à l'article 91 faites dans le rapport final du commissaire des recommandations relatives à l'article 39. Bien qu'une violation de l'article 91 permette à la Cour d'accorder une réparation en vertu du paragraphe 77(4), aucune réparation ne peut être accordée par la Cour dans le cas d'une violation de l'article 39. La disposition qui permet à la Cour d'accorder réparation, soit le paragraphe 77(1), comprend une liste exhaustive. La partie VI, dans laquelle se trouve l'article 39, n'est pas mentionnée au paragraphe 77(1). Même s'il était établi qu'il y a eu violation de l'article 39, la Cour n'aurait pas compétence pour accorder réparation en vertu du paragraphe 77(4) quant à cette violation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 56, 57 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 59(b)(E)), 58 (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 153(E); 2002, c. 8, s. 182(1)(e)).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 20.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 7 (as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 225), 9, 11, 12, 22, 23, 24 (as am. by S.C. 2005, c. 46, s. 56.5; 2006, c. 9, ss. 96, 222), 39, 41 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23), 46(2)(c),(f), 58, 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2), 81, 82, 91.
- Official Languages Act*, S.C. 1968-69, c. 54.
- Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations*, SOR/92-48, ss. 7, 8, 9, 11, 12.

CASES CITED

APPLIED:

Professional Institute of the Public Service v. Canada, [1993] 2 F.C. 90, (1993), 60 F.T.R. 194 (T.D.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Norton v. VIA Rail Canada Inc., 2009 FC 704; *Norton v. VIA Rail Canada Inc.*, 2002 FCT 1175, aff'd 2004 FC 406,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés* qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 20.
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 56, 57 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 59b(A)), 58 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 153(A); 2002, ch. 8, art. 182(1)e)).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 7 (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 225), 9, 11, 12, 22, 23, 24 (mod. par L.C. 2005, ch. 46, art. 56.5; 2006, ch. 9, art. 96, 222), 39, 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23), 46(2)c), f), 58, 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2), 81, 82, 91.
- Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-69, ch. 54.
- Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services*, DORS/92-48, art. 7, 8, 9, 11, 12.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Institut professionnel de la fonction publique c. Canada, [1993] 2 C.F. 90 (1^{re} inst.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Norton c. VIA Rail Canada Inc., 2009 CF 704; *Norton c. VIA Rail Canada Inc.*, 2002 CFPI 1175, conf. par 2004

248 F.T.R. 312, revd 2005 FCA 205, 255 D.L.R. (4th) 311, 141 L.A.C. (4th) 193, 337 N.R. 138, application for leave to appeal to S.C.C. refused [2005] 3 S.C.R. viii; *Quebec (Commission des droits de la Personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185, 240 D.L.R. (4th) 577, 15 Admin. L.R. (4th) 1; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, (1995), 125 D.L.R. (4th) 583, 30 Admin. L.R. (2d) 1; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, 243 D.L.R. (4th) 542, 22 Admin. L.R. (4th) 161; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, 230 D.L.R. (4th) 257, 7 Admin. L.R. (4th) 177; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727, 348 A.R. 1, 238 D.L.R. (4th) 385; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, 279 D.L.R. (4th) 1, 59 Admin. L.R. (4th) 1.

REFERRED TO:

VIA Rail Canada Inc. (Re) (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150, 107 di 92 (C.L.R.B.); *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, 2001 FCA 133, [2001] 4 F.C. 139, 200 D.L.R. (4th) 95, 270 N.R. 237, application for leave to appeal to S.C.C. refused [2001] 3 S.C.R. xi; *George Cairns et al.*, [2003] CIRB No. 230, 2003 CLLC 220-040; *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, 2004 FCA 194, [2005] 1 F.C.R. 205, 241 D.L.R. (4th) 700, 16 Admin. L.R. (4th) 55, application for leave to appeal to S.C.C. refused [2005] 1 S.C.R. xvii; *Marchessault v. Canada Post Corp.*, 2003 FCA 436, 315 N.R. 111; *Bonner v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 857, 354 F.T.R. 70; *Collins v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 860, 197 C.R.R. (2d) 116; *Seesahai v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 859, 197 C.R.R. (2d) 60; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, (1986) 73 N.B.R. (2d) 236, 28 D.L.R. (4th) 1; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, 183 D.L.R. (4th) 14, [2000] 4 W.W.R. 149; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, 266 D.L.R. (4th) 542, 51 C.C.P.B. 163; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, 123 N.R. 83 (C.A.); *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193, 121 B.C.A.C. 227; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, 302 D.L.R. (4th) 632, 384 N.R. 50; *Côté v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Asselin* (1995), 100 F.T.R. 309 (F.C.T.D.); *Rogers v. Canada (Department of National Defence)*, 2001 FCT 90, 201 F.T.R. 41; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586, (2001), 199 F.T.R. 196 (T.D.); *Marchessault v. Canada Post Corp.*,

CF 406, inf. par 2005 CAF 205, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2005] 3 R.C.S. viii; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650.

DÉCISIONS CITÉES :

VIA Rail Canada Inc. (Re), [1998] D.C.C.R.T. n° 15 (QL); *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, 2001 CAF 133, [2001] 4 C.F. 139; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2001] 3 R.C.S. xi; *George Cairns et autres*, [2003] CCRI n° 230; *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, 2004 CAF 194, [2005] 1 R.C.F. 205, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2005] 1 R.C.S. xvii; *Marchessault c. Société canadienne des postes*, 2003 CAF 436; *Bonner c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 857; *Collins c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 860; *Seesahai c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 859; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.); *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194; *Côté c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 423 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Asselin*, [1995] A.C.F. n° 846 (1^{re} inst.) (QL); *Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 2001 CFPI 90; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1^{re} inst.); *Marchessault c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 1202; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Thibodeau c. Air Canada*, 2007 CAF 115; *Ayangma c. Canada*, 2002 CFPI 707, conf. par 2003 CAF 149; *Sherman c. M.R.N.*, 2003 CAF 202, [2003] 4 C.F. 865; *Rahman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 137.

2002 FCT 1202, 230 F.T.R. 84; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, 202 D.L.R. (4th) 1, 271 N.R. 304; *Thibodeau v. Air Canada*, 2007 FCA 115, 375 N.R. 195; *Ayangma v. Canada*, 2002 FCT 707, 221 F.T.R. 81, affd 2003 FCA 149, 303 N.R. 92; *Sherman v. M.N.R.*, 2003 FCA 202, [2003] 4 F.C. 865, 226 D.L.R. (4th) 46, 17 Admin. L.R. (4th) 63; *Rahman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 137, 216 F.T.R. 263.

AUTHORS CITED

Canada. *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book 1: The Official Languages (1967), Chapter V: Governments and Language Régimes, online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/dunton1967-1970-ef/dunton1967-70-vol1-eng/dunton1967-70-vol-part2-eng.pdf>>.

Commissioner of Official Languages. *Final Investigation Report on Language Requirements and Related Issues concerning VIA Rail in Western Canada*, May 2002 (unpublished).

Commissioner of Official Languages. *Language Rights 1999-2000*, online: <http://www.ocol-clo.gc.ca/html/lr_dl_1999_00_e.php>.

Library and Archives Canada. *Canada, by Train. Ties that Bind: Essay, A Brief History of Railways in Canada*, online: <<http://www.collectionscanada.gc.ca/trains/021006-1000-e.html>>.

Treasury Board of Canada Secretariat. *Directive on the Staffing of Bilingual Positions*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12525>>.

Vaz, Nicole and Pierre Foucher. "The Right to Receive Public Services in either Official Language" in Bastarache, M., ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2004, Chapter 4.

APPLICATION for a remedy under section 77 of the *Official Languages Act* whereby the applicant challenged the legality of VIA Rail Canada Inc.'s bilingual requirements for the Service Manager and Assistant Service Coordinator positions on train routes that were not designated as bilingual by the Treasury Board Secretariat. Application dismissed.

APPEARANCES

Margaret Temple on her own behalf.

DOCTRINE CITÉE

Bibliothèque et Archives Canada. *Le Canada par le train. Lignes qui unissent : essai, Bref historique des chemins de fer au Canada*, en ligne : <<http://www.collectionscanada.gc.ca/trains/021006-1000-f.html>>.

Canada. *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre I : Les langues officielles (1967), chapitre V : Pouvoirs publics et régimes linguistiques, en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/dunton1967-1970-ef/dunton1967-70-vol1-fra/dunton1967-70-vol1-partie2-fra.pdf>>.

Commissariat aux langues officielles. *Droits linguistiques 1999-2000*, en ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/html/lr_dl_1999_00_f.php>.

Commissariat aux langues officielles. *Rapport final d'enquête portant sur les exigences linguistiques et des questions connexes en ce qui concerne VIA Rail dans l'Ouest du Canada*, mai 2002 (non publié).

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada. *Directive sur la dotation des postes bilingues*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12525>>.

Vaz, Nicole et Pierre Foucher. « Le droit à la prestation des services publics dans les langues officielles » dans Bastarache, M., dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2004, chapitre 4.

DEMANDE en vue d'obtenir une réparation en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les langues officielles* dans le cadre de laquelle la demanderesse a contesté la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. pour les postes de directeur des services et de coordonnateur adjoint des services sur les trajets ferroviaires qui n'ont pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Margaret Temple pour son propre compte.

Rachel Ravary and André L. Baril for respondent.

Rachel Ravary et André L. Baril pour la défenderesse.

Pascale Giguère and Kevin Shaar for intervener.

Pascale Giguère et Kevin Shaar pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, for respondent.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse.

Office of the Commissioner of Official Languages, Legal Affairs Branch, Ottawa, for intervener.

Commissariat aux langues officielles, Services juridiques, Ottawa, pour l'intervenant.

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

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

[1] MARTINEAU J.: By this application under section 77 [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the OLA), the applicant, Ms. Margaret Temple, challenges the legality of VIA Rail Canada Inc. (VIA)'s bilingual requirements for the Service Manager (SM) and Assistant Service Coordinator (ASC) positions on train routes that have not been designated as bilingual by the Treasury Board Secretariat (TBS).

[1] LE JUGE MARTINEAU : Par la présente demande formée en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (la LLO), la demanderesse, M^{me} Margaret Temple, conteste la légalité des exigences de bilinguisme de VIA Rail Canada Inc. (VIA) pour les postes de directeur des services (DS) et de coordonnateur adjoint des services (CAS) sur les trajets ferroviaires qui n'ont pas été désignés bilingues par le Secrétariat du Conseil du Trésor (le SCT).

[2] The application is dismissed. For ease of reference, relevant legislative or regulatory provisions referred to in these reasons are reproduced in the Annex.

[2] La demande est rejetée. Par souci de commodité, les dispositions légales et réglementaires mentionnées dans les présents motifs sont reproduites en annexe.

I. COMPLAINT TO THE COMMISSIONER

I. LA PLAINTÉ DÉPOSÉE DEVANT LE COMMISSAIRE

[3] The applicant has been employed by VIA since June 6, 1985. She works as an on-board service employee and is based in Winnipeg. In 2003, the applicant suffered an injury and has been on disability leave since July 14, 2004. Moreover, in 2002 and 2004, the applicant was absent from work for extended periods on disability leave. In Western Canada, VIA services consist of the *Canadian*, its legendary transcontinental train running between Vancouver and Toronto (the Western Transcontinental), which caters mainly to the domestic and foreign tourism markets. VIA also operates four "remote routes", which include the runs between Winnipeg and Churchill (the Hudson Bay), and

[3] La demanderesse travaille pour VIA depuis le 6 juin 1985. Elle travaille comme membre du personnel itinérant des services dans les trains et sa gare d'attache est Winnipeg. En 2003, la demanderesse a subi une blessure et elle est en congé d'invalidité depuis le 14 juillet 2004. De plus, en 2002 et en 2004, la demanderesse a été en congé d'invalidité et elle s'est ainsi absentée du travail pendant de longues périodes de temps. Dans l'Ouest du Canada, les services de VIA consistent en le *Canadien*, son légendaire train transcontinental qui assure la liaison entre Vancouver et Toronto (le Transcontinental de l'Ouest) et qui s'adresse surtout au marché touristique national et étranger. VIA

Jasper and Prince Rupert (the Skeena). On or around January 20, 2000, the applicant made a complaint under section 58 of the OLA to the present intervenor, the Commissioner of Official Languages (the Commissioner).

[4] In her complaint, the applicant alleged that she had been discriminated against by VIA because she was an English-speaking unilingual employee. Her complaint reads as follows:

I am writing to lodge a complaint against VIA Rail Canada Inc. which has discriminated against me based on language.

Since 1986, VIA Rail has imposed a bilingual hiring policy on its new employees and has established two positions as bilingual which has prevented me from obtaining promotion within the company. The two positions by which I am affected are Assistant Service Coordinator and Service Manager. When VIA Rail adopted the policy of bilingualism, they failed to provide to myself, a unilingual employee, training, so that I might upgrade my language abilities and have opportunity to qualify for these bilingual positions.

Although the Assistant Service Coordinator replaced the former Passenger Services Assistant, the new position was placed in the dining car and caused the removal of a unilingual position from that work area.

VIA Rail offered French language training to employees prior to 1988, the last classes ended in 1987. Classes were substituted by a correspondence course which comprised of 7 levels and books to be completed on my own time with teachings being regulated over the phone every six weeks. This form of course does not enable one to be fully immersed in the French language in order to efficiently converse and qualify as bilingual within a reasonable period of time. The course takes approximately 4-6 years to complete.

My wages have been affected since the opportunity for career advancement have precluded failure by this correspondence course. Junior bilingual employees have held full time, year round positions which are between \$3.00-\$8.00 greater than a unilingual position and I have either been laid off annually

exploite également quatre « trajets éloignés », lesquels comprennent le trajet entre Winnipeg et Churchill (desservi par la Baie d'Hudson) et le trajet entre Jasper et Prince Rupert (desservi par le Skeena). Le 20 janvier 2000 ou vers cette date, la demanderesse a déposé une plainte en vertu de l'article 58 de la LLO auprès du commissaire aux langues officielles (le commissaire), l'intervenant dans la présente demande.

[4] Dans sa plainte, la demanderesse prétendait qu'elle avait été victime de discrimination de la part de VIA parce qu'elle était une employée unilingue anglophone. Sa plainte était ainsi libellée :

[TRADUCTION] J'écris pour déposer une plainte contre VIA Rail Canada Inc. qui a agi de façon discriminatoire à mon égard en raison de la langue.

Depuis 1986, VIA Rail a imposé une politique d'embauche de personnel bilingue pour ses nouveaux employés et elle a établi deux postes bilingues qui m'ont empêchée d'obtenir de l'avancement au sein de la société. Les deux postes qui me touchent sont ceux de coordonnateur adjoint des services et de directeur des services. Lorsque VIA Rail a adopté la politique de bilinguisme, elle n'a dispensé, à moi qui suis une employée unilingue, aucune formation visant à me permettre d'améliorer mes compétences linguistiques et à me donner la chance de pouvoir postuler pour ces deux postes bilingues.

Même si le poste de coordonnateur adjoint des services a remplacé l'ancien poste de préposé aux services passagers, le nouveau poste, dont le titulaire est dorénavant affecté à la voiture-restaurant, a entraîné la suppression d'un poste unilingue à cet endroit.

Avant 1988, VIA Rail offrait des cours de langue française aux employés. Les derniers cours ont eu lieu en 1987. Les cours ont été remplacés par un cours par correspondance qui comprenait 7 livres représentant 7 niveaux que je devais assimiler durant mes temps libres et l'apprentissage était supervisé par téléphone toutes les six semaines. Cette forme de cours ne permet pas à une personne de s'immerger complètement dans la langue française afin de pouvoir converser de façon efficace et de pouvoir être considérée comme étant bilingue dans une période de temps raisonnable. Le cours dure environ quatre à six ans.

Ma rémunération a été touchée car les possibilités d'avancement ont été mises en échec par ce cours par correspondance. Des employés subalternes bilingues ont occupé durant toute l'année des postes à temps plein pour lesquels la rémunération est plus élevée de 3 \$ à 8 \$ à celle

or prevented from occupying bilingual positions because of language.

In recent years, VIA Rail reclassified its Service Manager position making it also bilingual. In doing so, the corporation reclassified unilingual positions once again in favour of the French language. Although training is being offered in the classroom this time, to be eligible for the French training for the Service Manager, one must already be a Service Manager. In negotiations for our contract in 1998, it was agreed that unilingual employees would have the opportunity to qualify as Service Managers then go on to French language training in order to qualify for the position. In Western Canada, VIA management would not permit unilinguals to interview for this position (even though the training application still states preference given to) and only accepted bilingual even though French language training would have been offered to successful unilingual candidates.

I have been prevented in every way, since VIA Rail went bilingual, from achieving the highest pay scale one can reach and been denied the opportunity for acceptable language training. My income and pension is suffering because of this discriminatory act of this corporation and my self-esteem and pride I generally exhibit for this crown corporation is diminishing.

It is my understanding that when the bilingual laws of the land came into effect, that those working under federal jurisdiction would be given French language training and that the new jobs would be phased in objectively with minimal impact so that opportunity in the workplace would not be denied.

My opportunities have been denied and I feel that I have been discriminated against on the basis of language. I respectfully request that you assist me in taking VIA Rail to task for the wrong which they have committed against me.

[5] The SM and ASC positions mentioned in the complaint are two front-line positions staffed by on-board service personnel. Similar complaints have been made by 38 other English-speaking on-board service employees based in Winnipeg or Vancouver. All are bound by the terms of collective agreement No. 2 covering on-board service employees (the on-board collective agreement) between VIA and the National

des postes unilingues et j'ai été soit licenciée tous les ans, soit empêchée d'occuper des postes bilingues en raison de la langue.

Dans les dernières années, VIA Rail a reclassé son poste de directeur des services en le rendant également bilingue. Ce faisant, la société a reclassé des postes unilingues une fois de plus en faveur de la langue française. Même si cette fois-ci de la formation est offerte en salle de classe, il faut déjà être directeur des services pour être admissible à la formation en langue française pour le poste de directeur des services. Durant nos négociations contractuelles en 1998, il a été convenu que les employés unilingues auraient la possibilité d'être admissibles au poste de directeur des services, puis de suivre une formation en langue française afin d'être admissibles au poste. Dans l'Ouest du Canada, la direction de VIA ne permettait pas à des unilingues de passer des entrevues pour ce poste (même si la demande de formation mentionne toujours que la préférence est accordée) et n'acceptait que les personnes bilingues, même si la formation en langue française avait été offerte aux candidats unilingues qui auraient été acceptés.

On m'a empêchée de toutes les façons, depuis que VIA Rail est devenue bilingue, d'obtenir le taux de rémunération le plus élevé et on m'a refusé la possibilité d'obtenir une formation linguistique satisfaisante. Cet acte discriminatoire commis par cette société a des conséquences sur mon revenu, sur mes prestations de retraite et sur mon amour-propre, et la fierté dont je fais généralement preuve à l'égard de cette société d'État s'amenuise.

Je crois comprendre que, lorsque les lois bilingues du pays sont entrées en vigueur, les personnes qui travaillaient dans les domaines de compétence fédérale auraient une formation en langue française et que les nouveaux postes seraient mis en place objectivement avec peu de répercussions de telle sorte que le principe de l'égalité des chances en milieu de travail ne serait pas violé.

On a nui à mes possibilités d'avancement et j'estime que j'ai été victime de discrimination en raison de la langue. Je vous demande justice et donc de sanctionner VIA Rail pour le préjudice que j'ai subi en raison de ses actions.

[5] Les postes de DS et de CAS mentionnés dans la plainte sont deux postes de première ligne occupés par des employés itinérants des services dans les trains. Des plaintes semblables ont été déposées par 38 autres employés itinérants anglophones des services dans les trains dont la gare d'attache est Winnipeg ou Vancouver. Ils sont tous liés par les modalités de la convention collective n° 2 régissant le personnel itinérant des

Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW).

[6] At the time of her complaint, the applicant was the local chairperson of the CAW in Winnipeg. In her oral presentation to the Court, she explained that a group of unsatisfied unilingual employees got together and she, in collaboration with Mr. Stan Pogorzelec, who was acting as the Regional Bargaining Representative of the CAW, covering all of Western Canada, drafted a formal complaint. The facts leading to their dispute with VIA are set out in the following section.

II. FACTS LEADING TO THE DISPUTE

[7] VIA was created in 1978 as a Crown corporation to provide Canadians with year-round safe and efficient passenger rail services to both large and small communities, including many where rail travel is the only transportation available. Contrary to its private sector counterparts, VIA is an important instrument of government policy in transportation, employment and promotion of linguistic duality and bilingualism in Canada.

[8] Notably, both as a Crown corporation and a “federal institution” to which the OLA applies, VIA has the constitutional or quasi-constitutional duty to ensure that members of the travelling public can communicate with and obtain its services in their official language at its head office as well as in any local office, railway station or train where there is a “significant demand” or where it is reasonable, due to the “nature of the office”. This duty flows directly from subsection 20(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), and sections 23 and 24 [as am. by S.C. 2005, c. 46, s. 56.5; 2006, c. 9, ss. 96, 222] of the OLA, which are found in Part IV [ss. 21–33] of same.

services dans les trains (la convention collective) conclue par VIA et le Syndicat national de l’automobile, de l’aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (les TCA).

[6] À l’époque où elle a déposé sa plainte, la demanderesse était la présidente de la section locale des TCA à Winnipeg. Dans sa plaidoirie à la Cour, elle a expliqué que des employés unilingues insatisfaits se sont réunis et qu’en collaboration avec M. Stan Pogorzelec, qui était le représentant régional pour les négociations des TCA pour l’ensemble de l’Ouest du Canada, elle a rédigé une plainte officielle. Les faits qui sont à l’origine de leur conflit avec VIA sont énoncés dans la section suivante.

II. LES FAITS QUI SONT À L’ORIGINE DU CONFLIT

[7] VIA a été constituée en société d’État en 1978 afin de fournir à l’année, aux Canadiens, des services ferroviaires de passagers sûrs et efficaces dans les petites et dans les grandes collectivités, y compris dans de nombreuses collectivités où le transport ferroviaire est le seul mode de transport qui est offert. Contrairement à ses homologues du secteur privé, VIA est un instrument important de la politique gouvernementale en matière de transport, d’emploi et de promotion de la dualité linguistique et du bilinguisme au Canada.

[8] Il convient de souligner qu’à titre de société d’État et à titre d’« institution fédérale » à laquelle la LLO s’applique, VIA a l’obligation constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de voir à ce que les voyageurs puissent, dans l’une ou l’autre des langues officielles, communiquer avec elle et en recevoir les services à son siège social, dans les bureaux régionaux, les gares ferroviaires et les trains où il y a une « demande importante », ainsi que lorsque la « vocation du bureau » justifie l’emploi des deux langues officielles. Cette obligation découle directement du paragraphe 20(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), ainsi que des articles 23

[9] While reasserting a number of values and language rights recognized in the Charter, the OLA not only imposes on federal institutions a number of prescribed duties; it also encourages them to take active measures to foster the broad objectives of the OLA. In this respect, VIA's language policies are monitored by various public institutions, including the Official Languages Branch of the Treasury Board, through annual reviews, and the Commissioner who has the mandate to promote and oversee the full implementation of the OLA, to protect the language rights of Canadians and to promote linguistic duality and bilingualism.

[10] In 1986, with the encouragement of the Commissioner, VIA introduced a policy of hiring bilingual persons in front-line positions. Its purpose was to increase bilingual capacity amongst personnel and the availability of bilingual services to its clientele. Since then, VIA has maintained its corporate commitment to providing uniform service throughout Canada, and to protecting the safety and welfare of its passengers by ensuring a bilingual presence on its trains. On this issue, VIA has historically taken a pragmatic approach which consists of designating specific front-line positions as bilingual only when the *status quo* has failed to fulfill bilingual needs across the system, as reflected in Appendix 6 of the on-board collective agreement.

[11] Thus, the majority of front-line positions on board trains have not been designated bilingual by VIA. Indeed, prior to 1998, only one position, that of the ASC, had been designated bilingual since its creation in 1986 in order to assure a minimum bilingual presence on VIA trains for safety reasons.

[12] Among the front-line positions that have never been designated bilingual are the former position of SM, whose duties were substantially affected in 1998

et 24 [mod. par L.C. 2005, ch. 46, art. 56.5; 2006, ch. 9, art. 96, 222] de la LLO, qui figurent à la partie IV [art. 21 à 33] de cette loi.

[9] Bien que la LLO réaffirme un certain nombre de valeurs et de droits linguistiques reconnus par la Charte, elle impose non seulement un certain nombre d'obligations précises aux institutions fédérales, elle les encourage également à prendre des mesures concrètes afin de favoriser les objectifs généraux visés par la LLO. À cet égard, les politiques linguistiques de VIA font l'objet d'un contrôle de la part de diverses institutions publiques, notamment de la part de la direction des langues officielles du Conseil du Trésor, et ce, grâce à des examens annuels, et de la part du commissaire aux langues officielles, qui est chargé de promouvoir la LLO et de voir à ce qu'elle soit complètement mise en œuvre, de protéger les droits linguistiques des Canadiens et de promouvoir la dualité linguistique et le bilinguisme.

[10] En 1986, avec l'appui du commissaire, VIA a introduit une politique d'embauche d'employés bilingues pour les postes de première ligne. Son but était d'augmenter sa capacité bilingue et d'accroître l'offre de services bilingues à sa clientèle. Depuis, VIA a poursuivi son engagement à fournir un service uniforme dans l'ensemble du Canada et à assurer la sécurité et le bien-être de ses passagers en voyant à ce qu'il y ait des employés bilingues à bord de ses trains. À cet égard, VIA a toujours adopté une approche pratique, soit de désigner des postes de première ligne précis comme étant bilingues uniquement lorsque le statu quo n'a pas réussi à répondre aux besoins en matière de bilinguisme dans l'ensemble du système, comme en fait foi l'annexe 6 de la convention collective.

[11] Par conséquent, la majorité des postes de première ligne à bord des trains n'ont pas été désignés bilingues par VIA. En fait, avant 1998, un seul poste, celui de CAS, était désigné bilingue, et ce, depuis sa création en 1986, afin de garantir un minimum de personnel bilingue à bord des trains de VIA, et ce, pour des raisons de sécurité.

[12] Parmi les postes de première ligne qui n'ont jamais été désignés bilingues figurent l'ancien poste de DS, dont les fonctions ont été considérablement

by the New Era Passenger Operations (NEPO) initiative described below, and the positions of Service Coordinator (SC), Activity Coordinator (AC), Senior Service Attendant (SSA) and Service Attendant (SA). In addition to being qualified as a Service Attendant, cook and SSA, the applicant is also qualified as a SC.

[13] Traditionally, Canadian railway employees in the “running trades”—those engaged in the operation of trains—were grouped, for purposes of collective bargaining, into two broad categories: locomotive engineers and conductors. For decades, these crafts were represented by different bargaining agents; the engineers by the International Brotherhood of Locomotive Engineers (the BLE) and the conductors by the United Transportation Union (the UTU). Each was party to a series of collective agreements and other arrangements negotiated with the Canadian Pacific Railway (CPR), Canadian National (CN), and their successor in providing passenger services, VIA. Other office and train employees were members of different bargaining units, one of which is the train service employees of on-board services, including corporate employees engaged in the preparation of food and beverage for service on trains, which are currently represented by CAW.

[14] In the nineties, despite its bilingual hiring policy and the bilingual designation of the ASC position, VIA continued to be under considerable external pressure, notably from the Commissioner, to provide adequate bilingual services to the travelling public in stations and trains. In 1991, an action for a mandatory order was brought to this Court by the Commissioner to correct alleged deficiencies in the French language services offered to the travelling public in the Montréal–Ottawa–Toronto triangle: *Commissioner of Official Languages of Canada v. VIA Rail Canada Inc. et al.*, Federal Court file T-1389-91. At that time, VIA claimed that seniority provisions in various collective agreements

modifiées en 1998 par le programme une ère nouvelle pour les services voyageurs (ENSV), décrit ci-dessous, ainsi que les postes de coordonnateur des services (CS), coordonnateur des activités (CA), préposé principal aux services (PPS) et préposé aux services (PS). En plus de posséder les compétences pour les postes de préposé aux services, de cuisinière et de PPS, la demanderesse possède également les compétences pour le poste de CS.

[13] Traditionnellement, les employés des chemins de fer canadiens faisant partie du personnel itinérant, c’est-à-dire le personnel embauché pour assurer un service à bord des trains, étaient classés, aux fins de la négociation collective, en deux grandes catégories : les mécaniciens de locomotive et les chefs de train. Pendant des décennies, ces métiers ont été représentés par des agents négociateurs différents : les mécaniciens, par la Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives (la FIL), et les chefs de train, par les Travailleurs unis des transports (les TUT). Ces unités ont été parties à de nombreuses conventions collectives et à d’autres accords négociés avec Canadien Pacifique Limitée (CP) et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN), et la société qui leur a succédé en matière de services passagers, VIA. Les employés de bureau et les autres employés travaillant à bord des trains étaient membres de différentes unités de négociation, dont l’une représentait les membres du personnel itinérant des services dans les trains, y compris les employés de la société s’occupant de la préparation des aliments et des boissons servis dans les trains, qui sont actuellement représentés par les TCA.

[14] Durant les années 1990, malgré sa politique d’embauche d’employés bilingues et malgré la désignation bilingue du poste de CAS, VIA a continué de subir des pressions externes très importantes, en particulier de la part du commissaire, pour qu’elle fournisse des services bilingues adéquats aux voyageurs dans les gares et à bord des trains. En 1991, le commissaire a demandé à la Cour d’ordonner à VIA de corriger de présumées lacunes dans les services en français offerts aux voyageurs dans le triangle Montréal–Ottawa–Toronto (*Commissaire aux langues officielles du Canada c. VIA Rail Canada Inc. et al.*, dossier de la Cour fédérale T-1389-91). À cette époque, VIA

prevented it from acting. Indeed, rigid assignment or organizational work rules negotiated with trade unions or inherited from its predecessors were restraining VIA's provision of bilingual services in different parts of Canada. In 1997, the Court's proceeding was suspended to give VIA the opportunity to negotiate new work rules with the unions and reach a satisfactory resolution.

[15] In 1998, VIA implemented the NEPO initiative as part of its corporate commitment to provide uniform service in both official languages throughout Canada and ensure adequate bilingual presence on its trains. As a result, train crews were reorganized; more specifically, the NEPO initiative merged the train conductors' operating responsibilities with those of the locomotive engineer and assigned safety responsibilities to the person occupying the position of SM. The crewing initiatives implemented as a result of NEPO were nationwide and were not limited to the Western region. NEPO involved not only on-board service employees represented by CAW, but other groups of employees represented by other trade unions as well.

[16] VIA's efforts to provide better bilingual services came to fruition with the NEPO initiative, as subsequently reported by the Commissioner in her annual report, where it is noted that the role of seniority in designating the members of a work unit was diminished in favour of ensuring that members of the public could be served in either French or English (see *Language Rights 1999-2000*, Commissioner of Official Languages, Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, online: <http://www.ocol-clo.gc.ca/html/lr_dl_1999_00_e.php>). Indeed, some eight years after the institution of the action for a mandatory order against VIA, as appears from the Court's record, a notice of discontinuance was filed by the Commissioner on June 21, 1999.

a prétendu que les dispositions sur l'ancienneté figurant dans les diverses conventions collectives l'empêchaient d'agir. En effet, des règles rigides en matière d'affectation et d'exécution du travail négociées avec les syndicats ou héritées de ses prédécesseurs limitaient la prestation par VIA de services bilingues dans différentes parties du Canada. En 1997, l'instance devant la Cour a été suspendue afin de permettre à VIA de négocier de nouvelles règles concernant l'exécution du travail avec les syndicats et d'en arriver à un règlement satisfaisant.

[15] En 1998, VIA a mis en œuvre le programme ENSV dans le cours de son engagement à fournir un service uniforme dans les deux langues officielles dans l'ensemble du Canada et à voir à ce qu'il y ait suffisamment d'employés bilingues à bord de ses trains. Par conséquent, les équipes de train ont été restructurées; plus précisément, en vertu du programme ENSV, les responsabilités des chefs de train en matière de fonctionnement ont été fusionnées avec celles des mécaniciens de locomotive et les responsabilités en matière de sécurité ont été confiées aux employés qui occupaient les postes de DS. Les mesures prises en vertu du programme ENSV quant aux équipes de train ont été appliquées dans l'ensemble du Canada et non pas seulement dans l'Ouest du Canada. Le programme ENSV visait non seulement le personnel itinérant des services dans les trains représenté par les TCA, mais également d'autres groupes d'employés représentés par d'autres syndicats.

[16] Les efforts déployés par VIA afin de fournir de meilleurs services bilingues se sont concrétisés avec le programme ENSV, comme l'a ultérieurement mentionné le commissaire dans son rapport annuel, dans lequel il est souligné que le principe de l'ancienneté a été réduit lors de la formation des unités de travail afin de respecter le principe voulant que le public puisse recevoir des services soit en français, soit en anglais (voir *Droits linguistiques 1999-2000*, Commissariat aux langues officielles, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada, 2001, en ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/html/lr_dl_1999_00_f.php>). En fait, quelque huit ans après l'introduction de la demande visant à obtenir la délivrance d'une ordonnance de faire contre VIA, ainsi qu'il ressort du dossier de la Cour, un

[17] In view of the NEPO initiative, the former unilingual position of SM was abolished and VIA and CAW agreed in a memorandum of agreement dated March 11, 1998 (the 1998 memorandum) to the creation of three new bilingual SM classifications (SM-Transcontinental, SM-Corridor and SM-Remote) (see articles 2, 3, 4, 5 and 6 of the 1998 memorandum). Furthermore, there was the introduction of a second ASC position on board the Western Transcontinental to ensure a bilingual presence while the SM is on night rest (see article 12 of the 1998 memorandum).

[18] Upon implementation of the NEPO initiative in July 1998, VIA had 24 regular assignments: 31 employees had been trained as SMs. By the end of 1998, it had 37 trained employees. The applicant was not one of those employees. That said, in regard to French-language training, VIA and the CAW agreed in the most recent round of negotiations that 10 language training opportunities per year would be made available to Union members system-wide for 2005 and 2006, with specific reference to employees seeking to work as SMs on the Skeena.

[19] Thus, for the on-board service employees who could qualify for the newly created positions, the NEPO initiative meant additional work opportunities and a salary increase. Conversely, it represented in turn a loss of work or reduction of responsibilities for the running trade employees whose positions and bargaining units had been merged (locomotive engineers and train conductors). In particular, for train conductors whose responsibilities in respect of safety were transferred to the SMs, the NEPO initiative had dramatic effects. Indeed, a group of former train conductors (formerly represented by the UTU) made a complaint of unfair representation against BLE (their new bargaining agent) to the Canada Industrial Relations Board (the Board), following the negotiation with VIA of the 1998 crewing agreement which severely limited their chances of being qualified to occupy the new position of locomotive engineer.

avis de désistement a été déposé par le commissaire le 21 juin 1999.

[17] Compte tenu du programme ENSV, l'ancien poste unilingue de DS a été aboli et VIA et les TCA se sont entendus, dans un protocole d'entente conclu le 11 mars 1998 (l'entente de 1998), sur la création de trois nouvelles classifications DS bilingues (DS (Transcontinental), DS (corridor) et DS (trajets éloignés)) (voir les articles 2, 3, 4, 5 et 6 de l'entente de 1998). De plus, un deuxième poste de CAS a été créé à bord du Transcontinental de l'Ouest afin de garantir la présence de personnel bilingue pendant que le DS se repose durant la nuit (voir l'article 12 de l'entente de 1998).

[18] À la suite de la mise en œuvre du programme ENSV en juillet 1998, VIA disposait de 24 affectations régulières : 31 employés avaient suivi une formation de DS. À la fin de 1998, elle disposait de 37 employés formés. La demanderesse ne faisait pas partie de ces employés. Ceci étant dit, en ce qui concerne la formation en français, VIA et les TCA ont convenu lors des dernières négociations que 10 possibilités de formation linguistique par année seraient offertes en 2005 et en 2006 aux membres du syndicat de l'ensemble du réseau, plus particulièrement aux employés désirant travailler comme DS à bord du Skeena.

[19] Par conséquent, le programme ENSV offrait au personnel itinérant des services dans les trains qui possédait les compétences requises pour occuper les postes nouvellement créés des possibilités d'emploi additionnelles ainsi qu'une rémunération accrue. Par contre, il comportait une perte de travail ou une diminution des responsabilités du personnel itinérant dont les postes et les unités de négociation avaient été fusionnés (mécaniciens de locomotive et chefs de train). Plus particulièrement, en ce qui concerne les chefs de train, dont les responsabilités en matière de sécurité avaient été transférées aux DS, le programme ENSV a eu des conséquences importantes. En fait, un groupe d'anciens chefs de train (autrefois représentés par les TUT) ont déposé une plainte pour manquement au devoir de représentation juste contre la FIL (leur nouvel agent négociateur) auprès du Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) à la suite de la négociation

[20] The Board's decisions to accept the complaint and to order corrective actions against both VIA and the BLE resulted in a long and complex legal battle (see *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 45 C.L.R.B.R. (2d) 150 (C.L.R.B.); *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, 2001 FCA 133, [2001] 4 F.C. 139, leave to appeal to the S.C.C. refused [2001] 3 S.C.R. xi (*Cairns* 1); *George Cairns et al.*, [2003] CIRB No. 230; *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, 2004 FCA 194, [2005] 1 F.C.R. 205, leave to appeal to the S.C.C. refused [2005] 1 S.C.R. xvii (*Cairns* 2)).

[21] In sharp contrast, after more than 10 years, no complaint of unfair representation has been filed by on-board service employees against the CAW as a result of the NEPO initiative or the conclusion of the 1998 memorandum. That said, the applicant indicated to the Court last April 2009 that applicants could file to the Board a complaint of unfair representation if this Court were to conclude that the bilingual requirements for the SM and ASC positions were contrary to the linguistic rights of unilingual employees in 1998.

III. INVESTIGATION AND REPORT BY THE COMMISSIONER

[22] Before the Commissioner, the 39 complainants directly questioned the validity of bilingual designations made under the 1998 memorandum, which was expressly negotiated and agreed to by the CAW in the course of mediation conducted in April 1998 by former arbitrator George W. Adams. In their concerted attack against both VIA's hiring policy and the bilingual requirements for the SM and ASC positions on all trains running in Western Canada, including the Western Transcontinental, the complainants nevertheless acknowledged that VIA had linguistic obligations to the travelling public.

avec VIA de l'entente de 1998 quant aux équipes de bord qui a considérablement limité leurs chances d'obtenir les compétences nécessaires pour pouvoir occuper le nouveau poste de mécanicien de locomotive.

[20] La décision du Conseil d'accueillir la plainte et d'ordonner que VIA et la FIL prennent des mesures correctives a entraîné une bataille juridique longue et complexe (voir *VIA Rail Canada Inc. (Re)*, [1998] D.C.C.R.T. n° 15 (QL); *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, 2001 CAF 133, [2001] 4 C.F. 139, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2001] 3 R.C.S. xi (*Cairns* n° 1); *George Cairns et autres*, [2003] CCRI n° 230; *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, 2004 CAF 194, [2005] 1 R.C.F. 205, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] 1 R.C.S. xvii (*Cairns* n° 2)).

[21] Par contre, après plus de 10 ans, aucune plainte pour manquement au devoir de représentation juste n'a été déposée par le personnel itinérant des services dans les trains contre les TCA à la suite du programme ENSV ou à la suite de la conclusion de l'entente de 1998. Ceci étant dit, la demanderesse a mentionné à la Cour, en avril 2009, que les demandeurs pouvaient déposer au Conseil une plainte pour manquement au devoir de représentation juste si la Cour concluait que les exigences de bilinguisme pour les postes de DS et de CAS contrevenaient aux droits linguistiques dont jouissaient les employés unilingues en 1998.

III. L'ENQUÊTE ET LE RAPPORT DU COMMISSAIRE

[22] Devant le commissaire, les 39 plaignants ont directement mis en doute la validité des désignations bilingues faites en vertu de l'entente de 1998, qui a été expressément négociée et conclue par les TCA au cours de la médiation menée en avril 1998 par l'ancien arbitre George W. Adams. Dans leur attaque en règle contre la politique d'embauche de VIA et contre les exigences de bilinguisme relatives aux postes de DS et de CAS sur tous les trains en service dans l'Ouest du Canada, y compris le Transcontinental de l'Ouest, les plaignants ont néanmoins reconnu que VIA avait des obligations linguistiques envers les voyageurs.

[23] However, the complainants submitted that up to 75 percent of employees on the Western Transcontinental were already bilingual (a figure which has been challenged by VIA). In their view, bilingual capacity among trained crews had reached a point where VIA could ensure the availability of services to passengers in both official languages without adversely affecting the advancement and employment opportunities of unilingual employees. While recognizing that VIA was taking certain measures to assist unilingual employees, most notably in relation to second-language training, they considered the measures inadequate.

[24] Given that the employment policies and practices that were the subject of the 39 complaints affected only Anglophone employees and given that train crew assignments were deemed to constitute staffing actions, the allegations made by the 39 complainants were investigated by the Commissioner on the basis of sections 39 and 91 of the OLA, taking into account VIA's linguistic obligations to the travelling public in Western Canada.

[25] Section 39 of the OLA, which is found in Part VI [ss. 39–40], addresses broad language rights while pursuing employment or advancement. More particularly, subsection 39(2) requires a federal institution to “ensure that employment opportunities are open to both English-speaking Canadians and French-speaking Canadians” and to take into account “the purposes and provisions of Part IV and V” in appointing and advancing its officers and employees and in determining the terms and conditions of their employment. Part IV has already been mentioned above (see paragraph 8). Part V [ss. 34–38] creates rights and duties in relation to the language of work. Section 91, which is found at Part XI [ss. 82–93], addresses particular staffing actions of a federal institution; it obliges the federal institution to use objective criteria in determining each position's language requirements.

[26] The Treasury Board may issue directive guidelines to give effect to Parts IV, V and VI and provide information to the public and to officers and employees of federal institutions relating to the policies and programs that give effect to Parts IV, V and VI (see paragraphs 46(2)(c) and (f) of the OLA). Although VIA,

[23] Toutefois, les plaignants ont prétendu que jusqu'à 75 p. 100 des employés du Transcontinental de l'Ouest étaient déjà bilingues (chiffre qui a été contesté par VIA). Selon eux, la capacité bilingue du personnel de bord avait atteint un point où VIA pouvait garantir la prestation de services aux passagers dans les deux langues officielles sans nuire aux possibilités d'avancement et d'emploi des employés unilingues. Ils ont reconnu que VIA prenait certaines mesures visant à aider les employés unilingues, notamment en ce qui concerne la formation en langue seconde, mais ils ont estimé que ces mesures étaient inadéquates.

[24] Puisque les pratiques et les politiques en matière d'emploi qui ont fait l'objet des 39 plaintes ne touchaient que les employés anglophones et puisque les affectations aux équipes de bord étaient réputées constituer des mesures de dotation, les allégations formulées par les 39 plaignants ont fait l'objet d'une enquête de la part du commissaire en vertu des articles 39 et 91 de la LLO, tout en tenant compte des obligations linguistiques de VIA envers les voyageurs dans l'Ouest du Canada.

[25] L'article 39 de la LLO, qui figure à la partie VI [art. 39 et 40], traite des droits linguistiques généraux en matière de recherche d'emploi et d'avancement. Plus particulièrement, le paragraphe 39(2) exige que les institutions fédérales « veillent [...] à ce que l'emploi soit ouvert à tous les Canadiens, tant d'expression française que d'expression anglaise » et tiennent compte « des objets et des dispositions des parties IV et V relatives à l'emploi ». La partie IV a déjà été mentionnée ci-dessus (voir le paragraphe 8). La partie V [art. 34 à 38] crée des droits et des obligations relativement à la langue de travail. L'article 91, qui figure à la partie XI [art. 82 à 93], traite des dotations en personnel dans les institutions fédérales; il oblige les institutions fédérales à utiliser des critères objectifs pour déterminer les exigences linguistiques de chaque poste.

[26] Le Conseil du Trésor peut donner des instructions pour l'application des parties IV, V et VI et peut informer le public et le personnel des institutions fédérales sur les principes et programmes d'application des parties IV, V et VI (voir les alinéas 46(2)c) et f) de la LLO). Bien que VIA, à titre de société d'État, et, donc, à titre

as a Crown corporation and thereby a separate employer, is not subject to TBS policies and guidelines, the Commissioner considered that it was expected as a federal institution to abide by the underlying principles and purpose of the Secretariat's official language policies. Accordingly, the Commissioner examined the legality of VIA's bilingual requirements in light of the Treasury Board's directive for the use of imperative and non-imperative staffing of bilingual positions in the federal public service.

[27] Moreover, with respect to the scope of linguistic obligations, the Commissioner heavily relied on Burolis, which is the Government of Canada's database that lists those offices outside the National Capital Region that the TBS considers to meet the criteria of "significant demand" under the *Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations*, SOR/92-48 (the Regulations). At the time of the complaints, the Western Transcontinental was designated by TBS as a "bilingual office", apparently on the basis that it was on an interprovincial route that started in, finished in or passed through a province that had an English or French linguistic minority population that was equal to at least five percent of the total population in the province (see subparagraph 7(4)(d)(i) of the Regulations). On the other hand, the Western remote routes were not designated by TBS as bilingual, apparently on the basis that there was less than five percent of the demand from the travelling public for services in the French minority language (see subsection 7(2) of the Regulations).

[28] The Commissioner took two years or so to complete its investigation.

[29] On or around June 12, 2002, the applicant was notified of the release of the Commissioner's final report entitled *Final Investigation Report on Language Requirements and Related Issues concerning VIA Rail in Western Canada*, May 2002 (the final report). Except in one case not related to this application, there is no specific finding with respect to the merits of any individual complaint or any particular staffing action. The complainants are treated as a group, as are their

d'employeur distinct, ne soit pas soumise aux politiques et aux directives du SCT, le commissaire a estimé qu'elle devait, à titre d'institution fédérale, respecter les principes sous-jacents et l'objet des politiques du Secrétariat en matière de langues officielles. Par conséquent, le commissaire a examiné la légalité des exigences de VIA en matière de bilinguisme en fonction de la directive du Conseil du Trésor quant à la dotation impérative et non impérative des postes bilingues dans la fonction publique fédérale.

[27] En outre, en ce qui concerne la portée des obligations linguistiques, le commissaire s'est grandement fié à Burolis, la base de données du gouvernement du Canada qui énumère les bureaux à l'extérieur de la région de la capitale fédérale qui, selon le SCT, satisfont au critère de la « demande importante » prévu dans le *Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services*, DORS/92-48 (le Règlement). À l'époque où les plaintes ont été déposées, le Transcontinental de l'Ouest avait été désigné par le SCT de « bureau bilingue », apparemment parce qu'il s'agit d'un train sur un trajet interprovincial dont la tête de ligne ou le terminus est situé dans une province dont la population de la minorité francophone ou anglophone représente au moins cinq pour cent de l'ensemble de la population de la province, ou qui traverse une telle province (voir le sous-alinéa 7(4)d)(i) du Règlement). Par contre, les trajets éloignés de l'Ouest n'ont pas été désignés bilingues par le SCT, apparemment parce que moins de cinq pour cent de la demande de services faite par les voyageurs sur ces trajets était dans la langue de la minorité francophone (voir le paragraphe 7(2) du Règlement).

[28] L'enquête du commissaire a duré environ deux ans.

[29] Le 12 juin 2002 ou vers cette date, la demanderesse a été informée de la publication du rapport final du commissaire intitulé *Rapport final d'enquête portant sur les exigences linguistiques et des questions connexes en ce qui concerne VIA Rail dans l'Ouest du Canada*, mai 2002 (le rapport final). Sauf dans un cas non lié à la présente demande, aucune conclusion précise n'a été tirée quant au bien-fondé de l'une ou l'autre plainte ou de l'une ou l'autre mesure de dotation. Les plaignants

allegations. The Commissioner found in this regard that some of the common allegations about VIA's policies and practices relating to language requirements on trains in Western Canada were well founded, while others were not.

[30] The common unfounded allegations concerned the Western Transcontinental's SM position and participation levels in the region. Indeed, the Commissioner considered that both VIA's linguistic obligations to the travelling public and the SM's role and duties supported the position's bilingual requirements on the Western Transcontinental. VIA's linguistic obligations also accounted for a relatively high level of Francophone participation among the employees in question, given the demographic of the region's population.

[31] The Commissioner also supported the need for bilingual capacity for at least one ASC position on the Western Transcontinental; however, the bilingual requirements for a second ASC position on the Western Transcontinental were to a certain extent, in the Commissioner's view, contrary to section 91 and Part VI of the OLA.

[32] Moreover, the Commissioner was also of the opinion that bilingual requirements on SM and ASC positions assigned to remote routes that had not been designated as bilingual by TBS were to a certain extent contrary to section 91 and Part VI of the OLA and second-language training should be provided if needed. The Commissioner also invited VIA to pursue discussions with TBS to have those routes designated as bilingual on other regulatory grounds than the significant demand criteria (such as for safety reasons).

[33] Other related issues discussed in the final report of the Commissioner concerned VIA's hiring policy and the limited number of language training openings in French since 1986.

sont considérés comme un groupe, tout comme leurs prétentions. Le commissaire a conclu à cet égard que certaines des prétentions communes concernant les politiques et les pratiques de VIA en matière d'exigences linguistiques pour les trains dans l'Ouest du Canada étaient bien fondées, alors que certaines autres ne l'étaient pas.

[30] Les prétentions communes non fondées avaient trait au poste de DS à bord du Transcontinental de l'Ouest et aux degrés de participation dans la région. En fait, le commissaire a estimé que les obligations linguistiques de VIA envers les voyageurs ainsi que le rôle et les fonctions du DS militaient en faveur des exigences de bilinguisme à l'égard du poste pour le Transcontinental de l'Ouest. Les obligations linguistiques de VIA justifiaient également un degré relativement élevé de participation francophone parmi les employés en question, compte tenu de la population de la région.

[31] Le commissaire a également reconnu qu'au moins un des postes de CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest devait être bilingue; toutefois, selon le commissaire, les exigences de bilinguisme quant à un deuxième poste de CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest étaient, dans une certaine mesure, contraires à l'article 91 et à la partie VI de la LLO.

[32] De plus, le commissaire a également estimé que les exigences de bilinguisme quant aux postes de DS et de CAS sur les trajets éloignés qui n'étaient pas désignés bilingues par le SCT étaient dans une certaine mesure contraires à l'article 91 et à la partie VI de la LLO et que de la formation en langue seconde devrait être dispensée au besoin. Le commissaire a également invité VIA à poursuivre, avec le SCT, des discussions visant à ce que ces itinéraires soient désignés bilingues pour des motifs de nature réglementaire autres que le critère de la demande importante (des motifs de sécurité, par exemple).

[33] D'autres questions connexes examinées dans le rapport final du commissaire avaient trait à la politique de VIA en matière d'embauche et au faible nombre de postes offerts en matière de formation linguistique en français depuis 1986.

[34] The Commissioner considered that VIA's obligations to the travelling public justified its policy of hiring only bilingual candidates for front-line positions and supported its continuation to the extent that it was still necessary to meet its linguistic obligations, as well as other needs such as passenger safety.

[35] With respect to the alleged lack of language-training opportunities, the Commissioner considered that the programme directed at former unilingual SMS affected by the NEPO initiative was consistent with the incumbents' linguistic rights. However, other language-training initiatives had been misguided due to the strict application of the seniority principle (which notably had for effect that language courses were offered to employees who were not occupying front-line positions or were too close to retirement).

[36] As the applicant explained in her oral presentation in Winnipeg, following the issuance of the Commissioner's final report, five days before the expiration of the 60-day delay to make an application to the Court, the CAW, at the national level, decided to "withdraw their support [to the 39 complainants] because they did not want to be involved in a dispute between the company and the Official Languages Act".

[37] On July 23, 2002, the applicant made the present application.

IV. APPLICATION FOR REMEDY TO THE COURT

[38] The present proceeding is not an application for judicial review. It is a *sui generis* application in regard to a "remedy" specifically provided for by section 77 of the OLA (*Marchessault v. Canada Post Corp.*, 2003 FCA 436, 315 N.R. 111, at paragraph 10) and is designed:

(a) to verify the merits of a complaint before the Commissioner in view of an alleged breach of the rights and duties provided under the OLA; and

[34] Le commissaire a estimé que les obligations de VIA envers les voyageurs justifiaient sa politique d'embauche exclusive de candidats bilingues quant aux postes de première ligne et justifiaient le maintien de cette politique dans la mesure où elle était toujours essentielle à la satisfaction de ses obligations linguistiques et d'autres exigences, comme la sécurité des passagers.

[35] En ce qui concerne le prétendu manque de formation linguistique, le commissaire a estimé que le programme qui visait les anciens DS unilingues touchés par le programme ENSV était conforme aux droits linguistiques des titulaires de poste. Toutefois, d'autres programmes de formation linguistique se sont révélés peu judicieux en raison de l'application rigoureuse du principe de l'ancienneté, qui a notamment eu pour effet que des cours de langue ont été offerts à des employés qui n'occupaient pas des postes de première ligne ou qui étaient proches de la retraite.

[36] Comme la demanderesse l'a expliqué dans son exposé oral à Winnipeg, à la suite de la publication du rapport final du commissaire, cinq jours avant l'expiration du délai de 60 jours prévu pour la présentation d'une demande à la Cour, les TCA, au niveau national, ont décidé de [TRADUCTION] « retirer leur appui [aux 39 plaignants] parce qu'ils ne voulaient pas participer à un conflit entre la société et la *Loi sur les langues officielles* ».

[37] Le 23 juillet 2002, la demanderesse a déposé la présente demande.

IV. LA DEMANDE DE RÉPARATION À LA COUR

[38] La présente instance n'est pas une demande de contrôle judiciaire. Il s'agit d'une demande *sui generis* relative à un « recours » expressément prévu à l'article 77 de la LLO (*Marchessault c. Société canadienne des postes*, 2003 CAF 436, au paragraphe 10) qui vise à :

a) vérifier le bien-fondé de la plainte au commissaire eu égard à la présumée violation des droits et des obligations prévus par la LLO;

(b) to secure relief, where applicable, that is appropriate and just in the circumstances.

[39] Before this Court, the applicant has considerably narrowed the scope of her original complaint by limiting her attack to the legality of the ASC and SM bilingual requirements on the Western remote routes (the challenged staffing actions). The applicant essentially submits today that VIA acted in a discriminatory or arbitrary manner in 1998 and did not use objective criteria in taking the challenged staffing actions, which are contrary to sections 39 and 91 of the OLA. In this respect, the applicant submits that VIA's linguistic obligations to the travelling public in Western Canada are limited to the Western Transcontinental, which is designated bilingual by TBS, in contrast to the Western remote routes, which are not designated bilingual by TBS (see *Burolis*). Where bilingual requirements for the staffing of a position are not based on VIA's linguistic obligations, it is therefore unfair to exclude otherwise qualified unilingual employees without providing them with appropriate language training that would allow them to fulfill the corporation's other responsibilities, such as safety. This includes the SM-Remote position and the ASC position on the Western remote trains, as well as the second ASC position on the Western Transcontinental, which the applicant submits she would have held from 1998 through to the present, because of her seniority rank.

[40] At the hearing in Winnipeg, the applicant expressed her discontent with VIA's policies stating that VIA's decision to place bilingual positions in place of English-speaking positions had invalidated her years of training and experience with VIA and had caused her humiliation and embarrassment, "[t]here is such controversy and animosity between the Anglophones and the Francophones on the train over the designation of these positions that, as a senior unilingual English employee, it is sometimes, you know, not a pleasant place to come to work".

b) le cas échéant, assurer une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances.

[39] Devant la Cour, la demanderesse a considérablement restreint la portée de sa plainte initiale en limitant aux trajets éloignés dans l'Ouest du Canada sa contestation de la légalité des exigences de bilinguisme quant aux postes de CAS et de DS (les mesures de dotation contestées). La demanderesse prétend essentiellement aujourd'hui qu'en 1998, VIA a agi de façon discriminatoire ou arbitraire et ne s'est pas servie de critères objectifs lorsqu'elle a entrepris les mesures de dotation contestées, qui contreviennent aux articles 39 et 91 de la LLO. À cet égard, la demanderesse prétend que les obligations linguistiques de VIA envers les voyageurs dans l'Ouest du Canada se limitent au Transcontinental de l'Ouest, lequel est désigné bilingue par le SCT, contrairement aux trajets éloignés de l'Ouest, lesquels ne sont pas désignés bilingues par le SCT (voir *Burolis*). Lorsque les exigences de bilinguisme relatives à la dotation d'un poste ne sont pas fondées sur les obligations linguistiques de VIA, il est injuste d'exclure des employés unilingues par ailleurs compétents sans leur dispenser la formation linguistique qui leur permettrait de s'acquitter des autres responsabilités de la société, comme la sécurité par exemple. Il s'agit notamment du poste de DS (trajets éloignés) et du poste de CAS sur les trajets éloignés de l'Ouest du Canada, ainsi que du deuxième poste de CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest, que la demanderesse, selon ses dires, aurait occupé de 1998 à aujourd'hui en raison de son ancienneté.

[40] Lors de l'audience à Winnipeg, la demanderesse a fait part de son mécontentement quant aux politiques de VIA, en affirmant que la décision de VIA de remplacer des postes de langue anglaise par des postes bilingues avait rendu inutiles ses années de formation et d'expérience chez VIA et lui avait causé de l'humiliation et de la gêne. Elle a affirmé : [TRADUCTION] « La désignation de ces postes a été source de controverse et d'animosité entre les anglophones et les francophones travaillant à bord des trains, à tel point que, pour une employée unilingue anglophone ayant de l'ancienneté, ce n'était pas toujours, vous savez, un endroit agréable où travailler ».

[41] With respect to the remedies sought by the applicant, only the first, third and fourth recommendations of the Commissioner's report are relevant. They are that VIA:

1. Take the necessary steps to enable otherwise qualified unilingual employees to apply for bilingual Service Manager positions on non-designated routes and provide second-language training where needed;

...

3. In accordance with section 91 of the Official Languages Act and taking into account bilingual capacity among crews and existing flexibility, identify opportunities for assigning qualified unilingual employees to one of the two Assistant Service Coordinator positions on the Western Transcontinental while providing appropriate second-language training; and,

4. While pursuing discussions with the Treasury Board Secretariat concerning non-designated routes, take the necessary steps to enable otherwise qualified unilingual employees to apply for Assistant Service Coordinator positions on these routes and provide second-language training where deemed needed.

[42] Thus, the applicant confirmed at the hearing that she seeks the following remedies:

(a) a declaration that VIA has violated sections 39 and 91 of the OLA;

(b) an order enjoining VIA to comply with recommendations 1, 3 and 4 of the Commissioner's final report by providing the applicant with ASC and SM training, as well as French-language training;

(c) monetary compensation for lost wages and reduced pension;

(d) damages for the humiliation and embarrassment suffered; and

(e) any other remedial order the Court considers appropriate and just in the circumstances.

[41] En ce qui concerne la réparation demandée par la demanderesse, seules la première, la troisième et la quatrième recommandations du rapport du commissaire sont pertinentes. Le commissaire a donc recommandé à VIA :

1. de prendre les mesures nécessaires pour permettre à des effectifs unilingues qui possèdent toutes les autres qualifications requises de poser leur candidature aux postes de « directeur des services » sur les trajets non désignés, et de leur fournir une formation en langue seconde au besoin;

[...]

3. conformément à l'article 91 de la *Loi sur les langues officielles* et en tenant compte de la capacité bilingue parmi les membres des équipes et de la souplesse qui existe, d'identifier des occasions pour assigner des effectifs unilingues qualifiés à un des deux postes de « coordonnateur des services » sur le Transcontinental de l'Ouest en leur fournissant de la formation en langue seconde appropriée;

4. tout en poursuivant ses discussions avec le Secrétariat du Conseil du Trésor au sujet des trajets non désignés, de prendre les mesures nécessaires pour permettre à des effectifs unilingues qui possèdent toutes les autres qualifications requises de poser leur candidature aux postes de « coordonnateur des services » sur ces trajets et de leur fournir une formation en langue seconde au besoin.

[42] Par conséquent, la demanderesse a confirmé à l'audience qu'elle demande les réparations suivantes :

a) un jugement déclarant que VIA a contrevenu aux articles 39 et 91 de la LLO;

b) une ordonnance enjoignant à VIA de se conformer aux recommandations 1, 3 et 4 du rapport final du commissaire en dispensant à la demanderesse de la formation relative aux postes de CAS et de DS, ainsi que de la formation en langue française;

c) une compensation monétaire pour la perte de salaire et pour les prestations de retraite réduites;

d) des dommages-intérêts pour l'humiliation et les ennuis occasionnés;

e) toute autre ordonnance réparatrice que la Cour estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[43] The application is opposed by the respondent. Subject to its objection that a labour arbitrator has exclusive jurisdiction or is better placed than the Court to hear and decide the matter in dispute, VIA submits that language requirements for the SM and ASC positions, which were agreed to by CAW in 1998, were objectively required and did not infringe section 39 or 91 of the OLA, due in particular to the nature of VIA's operations, the specific functions and responsibilities associated with those positions, and the consequent service and safety considerations that arise. In any event, the remedies sought today by the applicant under subsection 77(4) of the OLA are not appropriate and just in the circumstances.

[44] The intervener has limited her submissions to two issues. First, the Commissioner takes the position that the Court has jurisdiction to hear and decide the matter under subsection 77(1) of the OLA. Second, while not addressing the actual merits of the applicant's particular case, the Commissioner nonetheless submits that if a breach of section 91 of the OLA is found (which was one of the Commissioner's assumptions in her final report), the Court has broad powers under subsection 77(4) of the OLA to remedy the situation, including by ordering VIA to indemnify the applicant for lost wages and reduced pension and awarding damages for the humiliation and embarrassment suffered.

[45] Along with the present proceeding, other similar applications by four on-board service VIA employees who had complained to the Commissioner were heard concurrently with this application in Winnipeg from April 20 to 24, 2009 (T-1280-02 [*Norton v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 704], T-1167-02 [*Bonner v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 857], T-1795-02 [*Collins v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 860] and T-1915-02 [*Seesahai v. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 FC 859]). Although the applications were not consolidated, the Court granted on April 24, 2009, a motion made by the applicants to join the factual evidence of all five proceedings.

[43] La demande est contestée par la défenderesse. Sous réserve de son objection selon laquelle un arbitre en droit du travail a compétence exclusive ou est mieux placé que la Cour pour entendre et trancher l'affaire en litige, VIA prétend que les exigences linguistiques pour les postes de DS et de CAS, lesquelles ont été acceptées par les TCA en 1998, s'imposaient objectivement et ne contrevenaient pas aux articles 39 ou 91 de la LLO, notamment en raison de la nature des activités de VIA, des fonctions et des responsabilités que comportent ces postes et des considérations connexes en matière de service et de sécurité qui sont soulevées. Quoi qu'il en soit, les réparations demandées aujourd'hui par la demanderesse en vertu du paragraphe 77(4) de la LLO ne sont pas convenables et justes eu égard aux circonstances.

[44] L'intervenant a limité ses observations à deux questions. Premièrement, le commissaire est d'avis que la Cour a compétence pour entendre et trancher l'affaire en vertu du paragraphe 77(1) de la LLO. Deuxièmement, même s'il ne traite pas de la question du bien-fondé de la cause de la demanderesse, le commissaire prétend néanmoins que s'il est conclu qu'il y a eu violation de l'article 91 de la LLO (ce qui était une des hypothèses formulées par le commissaire dans son rapport final), la Cour dispose, en vertu du paragraphe 77(4) de la LLO, de vastes pouvoirs pour corriger la situation. Elle peut notamment ordonner à VIA d'indemniser la demanderesse quant au salaire perdu et quant aux prestations de retraite réduites et lui accorder des dommages-intérêts pour l'humiliation et les ennuis occasionnés.

[45] Parallèlement à la présente instance, d'autres demandes semblables présentées par quatre employés itinérants des services dans les trains de VIA qui se sont plaints au commissaire ont été entendues en même temps que la présente demande à Winnipeg, du 20 au 24 avril 2009 (T-1280-02 [*Norton c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 704], T-1167-02 [*Bonner c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 857], T-1795-02 [*Collins c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 860] et T-1915-02 [*Seesahai c. VIA Rail Canada Inc.*, 2009 CF 859]). Bien que ces demandes ne fussent pas réunies, la Cour a accueilli le 24 avril 2009 une requête des demandeurs visant la réunion de la preuve factuelle de l'ensemble des cinq instances.

V. ISSUES IN DISPUTE AND DETERMINATION

[46] Three issues are raised by the parties in this case:

(a) Does the Federal Court have jurisdiction under subsection 77(1) of the OLA to hear and decide this application (or any part of same)?

(b) If so, are the bilingual requirements for the SM and the ASC positions in issue “objectively required” under section 91 of the OLA?

(c) If the bilingual requirements for the above positions are not “objectively required”, what constitutes an “appropriate and just remedy” within the meaning of subsection 77(4) of the OLA?

[47] For the reasons which will be found in the following sections of this judgment, the Court’s answers to the questions above are as follows.

[48] First, insofar as the challenged staffing actions are concerned, the Court has jurisdiction to hear and decide the matter.

[49] Second, based on the evidence in the record, the bilingual requirements for the SM and ASC positions were objectively required under section 91 of the OLA in order for VIA to perform the functions for which the challenged staffing actions have been taken.

[50] Third, even if the bilingual requirements for the SM and ASC positions were not objectively required, the Court would not have granted any of the remedies sought by the applicant in her application, except that of declaring the bilingual requirements to be illegal and ordering VIA to post a bulletin inviting all employees to bid for training in the existing ASC and SM positions on Western remote routes, and reserving jurisdiction to finally determine the amount of compensation or damages to be awarded to the applicant if she was chosen for training and found ultimately to be qualified for an assignment in any of these positions.

V. LES QUESTIONS EN LITIGE ET LA DÉCISION

[46] Trois questions sont soulevées par les parties dans la présente demande :

a) La Cour fédérale a-t-elle compétence en vertu du paragraphe 77(1) de la LLO pour entendre et trancher la présente demande (ou la trancher en partie)?

b) Dans l’affirmative, les exigences de bilinguisme pour les postes de DS et de CAS en litige s’imposaient-elles objectivement au sens de l’article 91 de la LLO?

c) Si les exigences de bilinguisme pour les postes susmentionnés ne s’imposaient pas objectivement, qu’est-ce qui constitue une réparation « convenable et juste » au sens du paragraphe 77(4) de la LLO?

[47] Pour les motifs qui figurent dans les sections suivantes du présent jugement, les réponses de la Cour à ces questions sont les suivantes.

[48] Premièrement, en ce qui concerne les mesures de dotation contestées, la Cour a compétence pour entendre et trancher l’affaire.

[49] Deuxièmement, selon la preuve au dossier, les exigences de bilinguisme pour les postes de DS et de CAS s’imposaient objectivement au sens de l’article 91 de la LLO pour que VIA exerce les fonctions pour lesquelles les mesures de dotation contestées ont été prises.

[50] Troisièmement, même si les exigences de bilinguisme quant aux postes de DS et de CAS ne s’imposaient pas objectivement, la Cour n’aurait accordé aucune des réparations demandées par la demanderesse dans sa demande, sauf celle qui consiste à déclarer illégales les exigences de bilinguisme et à ordonner à VIA d’afficher une annonce invitant tous les employés à postuler pour de la formation relative aux postes de CAS et de DS sur les trajets éloignés dans l’Ouest du Canada, et la Cour serait demeurée saisie de l’affaire afin de déterminer de façon définitive le montant de l’indemnité ou des dommages-intérêts à accorder à la demanderesse

si elle était choisie pour la formation et qu'elle était en fin de compte jugée compétente pour occuper l'un ou l'autre de ces postes.

VI. JURISDICTIONAL ISSUE

[51] From the outset, it has been VIA's submission that the present application should be dismissed on the ground that the subject-matter of the dispute is governed by the on-board collective agreement and falls within the exclusive jurisdiction of the grievance arbitrator.

[52] It should be noted that prior to the present application, on July 5, 1998, the applicant filed a grievance with regards to the bilingual requirements in the selection of SM training. By letter dated September 8, 1998, the applicant was advised that her grievance was considered as a concern rather than as a grievance since training of SMs had not yet taken place. Thus, the applicant was referred to the terms of the 1998 memorandum. Subsequently, on May 7, 2000, the applicant as the local chairperson of the CAW in Winnipeg, once again filed a step two grievance concerning the interview process for SM training. On May 15, 2000, her grievance was declined, since the SM position is a bilingual position; only those candidates who were either shown as bilingual on VIA's corporate records, or were nearing the status through language training, were afforded the preliminary interview.

[53] The Prothonotary granted VIA's motion to strike the application (2002 FCT 1175) and his decision was upheld by a Judge of this Court (2004 FC 406). However, the Federal Court of Appeal overturned these two decisions (*Norton v. VIA Rail Canada Inc.*, 2005 FCA 205, 255 D.L.R. (4th) 311 (*Norton*)). On December 8, 2005, the Supreme Court of Canada dismissed VIA's application for leave to appeal (*Via Rail Canada Inc. v. Norton*, [2005] 3 S.C.R. viii).

[54] Justice Sharlow, speaking for the majority of the Federal Court of Appeal, noted in *Norton*, above, that

VI. LA QUESTION DE LA COMPÉTENCE

[51] D'entrée de jeu, VIA a prétendu que la présente demande devrait être rejetée au motif que l'objet du litige est régi par la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains et relève de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

[52] Il convient de souligner qu'avant le dépôt de la présente demande, la demanderesse a déposé, le 5 juillet 1998, un grief à l'encontre des exigences de bilinguisme lors de la sélection pour la formation relative au poste de directeur des services. Dans une lettre du 8 septembre 1998, on a informé la demanderesse que son grief était considéré comme étant une préoccupation plutôt qu'un grief, car la formation relative aux postes de DS n'avait pas encore eu lieu. On a ainsi renvoyé la demanderesse aux modalités de l'entente de 1998. Par la suite, le 7 mai 2000, la demanderesse, à titre de présidente de la section locale des TCA à Winnipeg, a de nouveau déposé, au deuxième palier, un grief concernant le processus d'entrevue pour la formation relative au poste de DS. Le 15 mai 2000, le grief a été rejeté car le poste de DS est un poste bilingue. Seuls les candidats qui, selon les dossiers de VIA, étaient bilingues ou étaient presque bilingues, grâce à la formation linguistique, ont été convoqués à l'entrevue préliminaire.

[53] Le protonotaire a accueilli la requête de VIA visant à faire radier la demande (2002 CFPI 1175) et sa décision a été confirmée par un juge de la Cour (2004 CF 406). Toutefois, la Cour d'appel fédérale a annulé ces deux décisions (*Norton c. VIA Rail Canada Inc.*, 2005 CAF 205 (*Norton*)). Le 8 décembre 2005, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel présentée par VIA (*Via Rail Canada Inc. c. Norton*, [2005] 3 R.C.S. viii).

[54] La juge Sharlow, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour d'appel fédérale, a souligné dans

the appellants had the right to submit their complaints to the Commissioner under section 58 of the OLA (*Norton*, at paragraph 6) and that “[t]he subject matter of the applications is within subsection 77(1) of the OLA” (*Norton*, at paragraph 9), which means that “it will be for the judge who finally hears this application to interpret the complaints and assess their merits” (*Norton*, at paragraph 20). Moreover, she expressed “some doubt about the proposition that all differences relating to the matters listed in subsection 57(1) of the Code [*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (the Labour Code)], that is, the interpretation, application, administration or contravention of a collective agreement, are exclusively within the jurisdiction of a labour arbitrator” (*Norton*, at paragraph 19 (emphasis added)), while “the substance of the complaint may be that the language rights of the appellants were breached when the terms of the Collective Agreement were agreed to, either because of what is in the Collective Agreement, or because of what is not in the Collective Agreement” (*Norton*, at paragraph 20). In a case where “the Collective Agreement is intended to bar the appellants from all recourse to section 77 of the OLA”, this raises the issue of “whether it is possible, as a matter of law, to bargain away the right of a person to bring an application under section 77 of the OLA” (*Norton*, at paragraph 21). That said, Justice Sharlow nevertheless left open “the possibility that, after a hearing, a judge may determine that the language rights of the appellants have not been breached, or that their language rights are most appropriately dealt with in the context of the grievance procedure set out in the Collective Agreement, or that there is no remedy that could be granted by the Federal Court without infringing on the jurisdiction of a labour arbitrator” (*Norton* at paragraph 22).

[55] Since the judgment rendered in 2005 by the Federal Court of Appeal in *Norton*, above, VIA has not abandoned its claim that the Court does not have jurisdiction to hear and decide the matter on the merits or to craft a remedy, in view of the grievance arbitrator’s general jurisdiction over labour disputes. The parties

l’arrêt *Norton*, susmentionné, que les appelants avaient le droit de soumettre leurs plaintes au commissaire en vertu de l’article 58 de la LLO (*Norton*, au paragraphe 6) et que « [l]’objet des demandes est visé par les dispositions du paragraphe 77(1) de la LLO » (*Norton*, au paragraphe 9), ce qui signifie « qu’il incombera au juge qui entendra finalement cette demande d’interpréter les plaintes et d’évaluer leur bien-fondé » (*Norton*, au paragraphe 20). De plus, elle a exprimé « quelques réserves quant à l’argument selon lequel la totalité des désaccords concernant les questions énumérées au paragraphe 57(1) du Code [le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code du travail)], c’est-à-dire l’interprétation, l’application ou la violation d’une convention collective, relèvent de la compétence exclusive d’un arbitre en droit du travail » (*Norton*, au paragraphe 19 (non souligné dans l’original)), alors qu’« il se peut que la plainte porte essentiellement qu’il y a eu violation des droits linguistiques des appelants lorsque les conditions de la convention collective ont été établies, soit en raison du contenu de la convention collective, soit en raison de ce qu’elle ne prévoit pas » (*Norton*, au paragraphe 20). Dans un cas où « la convention collective est destinée à empêcher les appelants d’exercer tout recours en vertu de l’article 77 de la LLO », « il pourrait y avoir lieu de se demander si, en droit, il est possible d’écarter dans une convention collective le droit individuel de présenter une demande en vertu de l’article 77 de la LLO » (*Norton*, au paragraphe 21). Ceci étant dit, la juge Sharlow n’écarter néanmoins pas « la possibilité qu’un juge décide, après la tenue d’une audience, que les droits linguistiques des appelants n’ont pas été violés, que leurs droits linguistiques devraient plutôt être examinés dans le cadre de la procédure de règlement des griefs prévue dans la convention collective ou que la Cour fédérale serait dans l’impossibilité d’accorder une réparation sans empiéter sur la compétence d’un arbitre en droit du travail » (*Norton*, au paragraphe 22).

[55] Depuis le jugement rendu en 2005 par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Norton*, susmentionné, VIA n’a pas abandonné sa prétention que la Cour n’a pas compétence pour entendre et trancher l’affaire sur le fond ou pour concevoir une réparation, compte tenu de la compétence générale de l’arbitre des griefs quant aux

made full argument on the jurisdictional issue in the *Norton* application on April 20 and 21, 2009. It was agreed that it would not be necessary to re-argue this issue in the four other related applications.

[56] Leaving for now the issue of the legality under the OLA of the challenged staffing actions, there are a number of parallel issues raised in the original complaint or in the material submitted by the parties in this file or related files which clearly fall under the exclusive jurisdiction of, or would be better resolved, by a labour arbitrator or another specialized tribunal, in view of the limited jurisdiction granted to this Court under subsection 77(1) of the OLA. These issues entail deciding whether VIA's hiring policy or practices are discriminatory on the basis of language; whether the bilingual capacity of VIA has reached such a level that it is no longer necessary to designate bilingual positions on trains; whether the applicant has been personally discriminated against by VIA on the basis of language since 1986; whether the applicant has been harassed or humiliated in the workplace because she is a unilingual employee; whether VIA has provided adequate language training to unilingual employees, including the applicant; whether VIA's evaluation of the language level of the applicant is proper; whether under the 1998 memorandum, bilingualism was a pre-requisite in order to be selected for training in the cases of unilingual candidates who were not already qualified as SM; whether the provisions of Appendix 6 of the on-board collective agreement applied in respect of the crewing initiatives taken as a result of the implementation of the NEPO initiative, including the creation or designation of additional bilingual ASC positions; whether the training bulletins posted as a result of the implementation of the NEPO initiative complied to the 1998 memorandum or the on-board collective agreement; and whether VIA could legally ask unilingual employees previously not qualified as SM or ASC to occasionally perform their functions—just to name a few situations where this Court cannot or should not be involved because the matters are regulated in an exhaustive manner by the on-board collective agreement.

litiges en droit du travail. Les 20 et 21 avril 2009, les parties ont présenté des plaidoiries complètes quant à la question de la compétence dans la demande *Norton*. Il a été convenu qu'il ne serait pas nécessaire de débattre à nouveau cette question dans les quatre autres demandes connexes.

[56] Laissons de côté pour l'instant la question de la légalité en vertu de la LLO des mesures de dotation contestées. Un certain nombre de questions parallèles soulevées dans la plainte initiale ou dans les documents soumis par les parties au présent dossier ou dans les dossiers connexes relèvent manifestement de la compétence exclusive d'un arbitre en droit du travail ou d'un autre tribunal spécialisé, ou seraient plus adéquatement réglées par un arbitre en droit du travail ou par un autre tribunal spécialisé, compte tenu de la compétence limitée accordée à la Cour par le paragraphe 77(1) de la LLO. Pour trancher ces questions, il faut déterminer si la politique ou les pratiques d'embauche de VIA sont discriminatoires au titre de la langue, si la capacité bilingue de VIA est assez élevée pour qu'il ne soit plus nécessaire de désigner des postes bilingues à bord des trains, si, depuis 1986, la demanderesse a été personnellement victime de discrimination de la part de VIA au titre de la langue, si la demanderesse a été victime de harcèlement ou d'humiliation en milieu de travail parce qu'elle est une employée unilingue, si VIA a dispensé de la formation linguistique adéquate aux employés unilingues, notamment à la demanderesse, si l'évaluation faite par VIA de la compétence en français de la demanderesse a été adéquate, si, en vertu de l'entente de 1998, la compétence dans les deux langues officielles était une condition préalable en vue de la sélection pour la formation dans le cas des candidats unilingues qui n'avaient pas déjà les compétences pour le poste de DS, si les dispositions de l'annexe 6 de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains s'appliquaient aux initiatives relatives à la composition des équipes entreprises à la suite de la mise en œuvre du programme ENSV, y compris la création de postes de CAS bilingues supplémentaires ou la désignation bilingue de postes de CAS déjà existants, si les annonces relatives à la formation affichées à la suite de la mise en œuvre du programme ENSV respectaient

[57] That said, in view of competing statutory grants of jurisdiction under the OLA and the Labour Code, and given the complexity of this matter as well as the further implications of this Court's ruling on its own jurisdiction, we shall refrain from hastily and mechanically applying the exclusive jurisdiction model to the challenged staffing actions (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, at paragraph 11 (*Morin*)) and proceed to the two-step analytical approach developed by the Supreme Court in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at pages 718–721, as refined in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paragraphs 43–46, 50–67 (*Weber*) and more recently reaffirmed in *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360 (*Regina Police Assn.*) and *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666 (*Bisaillon*).

The essential character of the dispute

[58] In deciding which of the competing statutory regimes should govern the dispute, the Court should first consider the nature of the dispute to determine its essential character, the key question being whether in its factual context the essential character of the dispute arises either expressly or inferentially from a statutory scheme (*Regina Police Assn.*).

[59] VIA submits that in the present case, the essential character of the proceedings concerns the refusal of the

l'entente de 1998 ou la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains, et si VIA pouvait légalement demander aux employés unilingues qui n'avaient pas déjà les compétences pour les postes de DS ou de CAS d'effectuer à l'occasion les fonctions de ces postes. Voilà quelques exemples de situations où la Cour ne peut pas ou ne devrait pas intervenir parce que les questions sont régies de façon exhaustive par la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains.

[57] Ceci étant dit, compte tenu des attributions concurrentes de compétence prévues dans la LLO et dans le Code du travail et compte tenu de la complexité de la présente affaire ainsi que des conséquences de la décision de la Cour quant à sa propre compétence, nous nous abstenons d'appliquer rapidement et mécaniquement le modèle de la compétence exclusive aux mesures de dotation contestées (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, au paragraphe 11 (*Morin*)) et nous entreprendrons l'analyse en deux étapes élaborée par la Cour suprême dans l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section Locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, aux pages 718 à 721, explicitée dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, aux paragraphes 43 à 46 et 50 à 67 (*Weber*), et confirmée plus récemment dans l'arrêt *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360 (*Regina Police Assn.*), et dans l'arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666 (*Bisaillon*).

L'essence du litige

[58] Pour décider lequel des régimes légaux concurrents devrait régir le litige, la Cour devrait d'abord analyser la nature du litige afin de déterminer son essence, la question clé étant de savoir si l'essence du litige dans son contexte factuel est expressément ou implicitement visée par un régime légal (*Regina Police Assn.*).

[59] VIA prétend qu'en l'espèce, l'essence de l'instance porte sur le rejet des demandes formulées par

applicant's bids to be trained and qualified for bargaining unit positions as per the procedures and criteria set out in the on-board collective agreement, which include, but are not limited to, language requirements. Thus, the essential character of the dispute would arise explicitly from the interpretation and application of Appendix 9 of the on-board collective agreement, which lists the duties and responsibilities of the SM and ASC positions giving exclusive jurisdiction to the arbitrator pursuant to a grievance procedure set out in Appendix 6 of the on-board collective agreement.

[60] With respect to the on-board service employees, the bilingualism policy of VIA is expressed in Appendix 6 of the on-board collective agreement. Representatives of CAW and VIA will meet to discuss the bilingual requirements of the system before any changes are implemented. Both parties recognize in this regard that there are already many employees with bilingual skills. Where bilingual employees are already available in the positions required, and are prepared to serve in a bilingual capacity, formal designation is unnecessary. Accordingly, attention will be focused on identifying specific positions only when the *status quo* has failed to fulfill the needs. After a position has been designated bilingual, efforts to staff it with a bilingual employee will be made with and when the regularly assigned position becomes vacant. Appendix 6 also provides for an expedited dispute resolution procedure in the event of a disagreement between the CAW and VIA over the linguistic designation of a specific position on the ground that it does not comply with the OLA.

[61] As far as the legality of the challenged staffing actions under section 91 of the OLA is concerned, the Court disagrees with VIA's characterization of the essential character of the dispute as being one that arises exclusively under the on-board collective agreement. Indeed, between VIA and CAW there was no dispute with respect to the bilingual designation of the SM and ASC positions, as appears from the 1998 memorandum. Quite the contrary, the substance of the applicant's complaint is that VIA and CAW negotiated in 1998 an agreement that allegedly had the effect of breaching their language rights under the Charter and the OLA.

la demanderesse, conformément aux procédures et aux critères prévus dans la convention collective, quant à la formation relative aux postes de l'unité de négociation, ce qui comprend notamment la formation linguistique. Par conséquent, l'essence du litige découlerait explicitement de l'interprétation et de l'application de l'annexe 9 de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains qui énumère les fonctions et les responsabilités des postes de DS et de CAS et qui accorde compétence exclusive à l'arbitre en conformité avec la procédure de grief énoncée à l'annexe 6 de la convention collective.

[60] En ce qui concerne le personnel itinérant des services dans les trains, la politique en matière de bilinguisme de VIA est formulée à l'annexe 6 de la convention collective. Les représentants des TCA et de VIA doivent se rencontrer pour établir les exigences de bilinguisme du réseau avant la mise en œuvre de tout changement. Les deux parties reconnaissent que bon nombre d'employés sont déjà bilingues à des degrés divers. On reconnaît par ailleurs l'inutilité de procéder à des désignations officielles dans le cas où des employés bilingues sont déjà affectés à des postes visés et sont disposés à travailler dans les deux langues. En conséquence, on se penchera en particulier sur les postes où les besoins ne sont pas satisfaits en vertu du statu quo. Lorsqu'un poste est désigné bilingue, on s'efforcera d'y nommer un employé bilingue lorsque ce poste deviendra vacant. L'annexe 6 prévoit également une procédure accélérée de règlement des litiges en cas de désaccord entre les TCA et VIA quant à la désignation linguistique d'un poste au motif que la désignation ne respecte pas la LLO.

[61] En ce qui concerne la légalité des mesures de dotation contestées en vertu de l'article 91 [de la LLO], la Cour ne souscrit pas à l'affirmation de VIA selon laquelle l'essence du litige découle exclusivement de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains. En fait, il n'y avait aucun litige entre VIA et les TCA en ce qui concerne la désignation bilingue des postes de DS et de CAS, ainsi qu'il ressort de l'entente de 1998. Bien au contraire, le fond de la plainte de la demanderesse est qu'en 1998, VIA et les TCA ont négocié une entente qui violait prétendument ses droits linguistiques garantis par la Charte et par la LLO. La

The present situation is therefore akin to the facts considered by the Supreme Court of Canada in *Morin*, where the alleged discrimination suffered by a group of unionized employees led to the filing of a complaint to the Canadian Human Rights Tribunal that had jurisdiction over the dispute because it resulted from the negotiation of the collective agreement

The intention of the legislature

[62] Secondly, in addition to determining whether the facts of the dispute fall within the ambit of the collective agreement, the Court must also determine if the legislature intended the dispute to be governed by the collective agreement or by the OLA, as revealed by the relevant legislation.

[63] The OLA and its regulations form a comprehensive statutory regime that governs all matters related to language rights within federal institutions, reflects a social and political compromise, gives the Commissioner the powers of a true language ombudsman and creates a Court process for securing relief in cases contemplated by subsection 77(1) of the OLA (see *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.), at page 386; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at pages 790 to 792; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276 (*Forum des maires*), at paragraphs 16 and 17; *DesRochers v. Canada (Industry)*, [2009] 1 S.C.R. 194, at paragraphs 32–35).

[64] Thus, pursuant to subsection 77(1) of the OLA, any person who has made a complaint to the Commissioner “in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV, V or VII, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under [Part X]” (my emphasis). There is, however, a statutory indication that the recourse provided for in section 77 of the OLA is not exclusive, but concurrent with other recourses, since “[n]othing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section” (subsection 77(5) of the OLA).

situation actuelle s’apparente aux faits examinés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Morin*. Dans cette affaire, la prétendue discrimination subie par un groupe d’employés syndiqués a mené au dépôt d’une plainte au Tribunal canadien des droits de la personne, qui avait compétence à l’égard du litige parce qu’il découlait de la négociation de la convention collective.

L’intention du législateur

[62] Deuxièmement, en plus de déterminer si les faits du litige sont visés par la convention collective, la Cour doit également déterminer si le législateur voulait que le litige soit régi par la convention collective ou par la LLO, selon ce qu’indiquent les dispositions légales pertinentes.

[63] La LLO et ses règlements forment un régime légal complet qui régit toutes les questions qui ont trait aux droits linguistiques au sein des institutions fédérales. La Loi reflète un compromis social et politique, elle attribue au commissaire les pouvoirs d’un véritable ombudsman linguistique et elle crée un processus judiciaire qui permet d’obtenir réparation dans les cas prévus au paragraphe 77(1) de la LLO (voir *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.), à la page 386; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, aux pages 790 à 792; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276 (*Forum des maires*), aux paragraphes 16 et 17; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194, aux paragraphes 32 à 35).

[64] Par conséquent, selon le paragraphe 77(1) de la LLO, quiconque a saisi le commissaire d’une plainte « visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, ou VII, ou fondée sur l’article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie [la partie X] » (non souligné dans l’original). Toutefois, la loi mentionne que le recours prévu à l’article 77 de la LLO n’est pas exclusif. Il s’ajoute à d’autres recours : « Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d’action » (paragraphe 77(5) de la LLO).

[65] With respect to particular staffing actions, the Federal Court has, on numerous occasions, been seized of and assumed jurisdiction over disputes arising in the federal employment context and involving the application of section 91 of the OLA: *Professional Institute of the Public Service v. Canada*, [1993] 2 F.C. 90 (T.D.) (*Professional Institute of the Public Service*); *Canada (Attorney General) v. Viola*, above; *Côté v. Canada* (1994), 78 F.T.R. 65 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Asselin* (1995), 100 F.T.R. 309 (F.C.T.D.); *Rogers v. Canada (Department of National Defence)*, 2001 FCT 90, 201 F.T.R. 41; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.); *Marchessault v. Canada Post Corp.*, 2002 FCT 1202.

[66] Against this quasi-constitutional legal framework is the general labour relations scheme, which is said by the Supreme Court of Canada to provide a comprehensive code governing all aspects of labour relations; the essence of which also operates in favour of the stability and consistency of labour dispute resolutions within the procedures set out by the collective agreement under the exclusive jurisdiction of labour arbitrators (*Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, at paragraph 44; *Bisaillon*, at paragraph 27, sections 56, 57 [as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 59(b)(E)] and 58 [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 153(E); 2002, c. 8, s. 182(1)(e)] of the Labour Code).

[67] Moreover, as discussed in Justice Malone's dissent in the Federal Court of Appeal decision rendered in *Norton*, above, the labour relations scheme implemented by section 56 and subsections 57(1) and 58(1) of the Labour Code, confirms the legislator's intent that disputes arising out of the interpretation, application or violation of a collective agreement should be finally settled under the grievance procedure established in accordance with the on-board collective agreement (*Norton*, above, at paragraph 37).

[68] The judgment of the Supreme Court of Canada in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157 (*Parry Sound*) expanded the scope of an arbitrator's

[65] En ce qui concerne des mesures de dotation précises, la Cour fédérale, à de nombreuses occasions, a entendu des litiges qui avaient pris naissance dans le domaine fédéral et dans lesquels il était question de l'application de l'article 91 de la LLO : *Institut professionnel de la fonction publique c. Canada*, [1993] 2 C.F. 90 (1^{re} inst.) (*Institut professionnel de la fonction publique*); *Canada (Procureur général) c. Viola*, précité; *Côté c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 423 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Asselin*, [1995] A.C.F. n° 846 (1^{re} inst.) (QL); *Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, 2001 CFPI 90; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1^{re} inst.); *Marchessault c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 1202.

[66] Il faut comparer ce cadre juridique quasi constitutionnel au régime général des relations de travail qui, selon la Cour suprême du Canada, prévoit un code complet qui régit tous les aspects des relations de travail; ce système favorise la stabilité et la cohérence des règlements des conflits de travail en vertu des procédures prévues par la convention collective sous la compétence exclusive des arbitres en droit du travail (*Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, au paragraphe 44; *Bisaillon*, au paragraphe 27, articles 56, 57 [mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 59b)(A)] et 58 [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 153(A); 2002, ch. 8, art. 182(1)e]) du Code du travail).

[67] De plus, comme le mentionne le juge Malone dans ses propos dissidents dans la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Norton*, susmentionné, le régime des relations de travail établi par l'article 56 et les paragraphes 57(1) et 58(1) du Code du travail confirme que, conformément à l'intention du législateur, les litiges résultant de l'interprétation, de l'application ou de l'inexécution d'une convention collective doivent être tranchés exclusivement au moyen de la procédure de traitement des griefs établie conformément à la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains (*Norton*, susmentionné, au paragraphe 37).

[68] Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157 (*Parry Sound*),

jurisdiction to include human rights and other employment-related legislations.

[69] Indeed, *Weber* and *Parry Sound* mark a trend in the jurisprudence toward conferring on arbitrators broad remedial and jurisdictional authority. As stated by Justice Iacobucci for a unanimous Supreme Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, at paragraph 41, “[a]rming arbitrators with the means to carry out their mandate lies at the very core of resolving workplace disputes.”

[70] That said, while the labour arbitrator certainly has legal authority to interpret and apply both the Charter and external statutes (including the OLA) in the case of staffing actions coming under the collective agreement, the ultimate question is which forum is a “better fit”, taking into account the intent of the legislator and the particular nature of the dispute. Here, the issue raised by the applicant is whether VIA can impose, with the concurrence of CAW, bilingual requirements in the staffing of front-line service positions on board trains not “designated” bilingual by TBS. This goes far beyond the simple interpretation or application of the text of the on-board collective agreement or the 1998 memorandum. In the case at bar, VIA’s policies and staffing actions are to be measured against any applicable provisions of the OLA and the Regulations. This certainly exceeds the usual expertise of the grievance arbitrator in labour relations matters.

[71] Thus, insofar as the interpretation or application of section 91 of the OLA is concerned, the Court dismisses the respondent’s proposition that the Federal Court’s jurisdiction under subsection 77(1) of the OLA to examine the legality of the challenged staffing actions is ousted by the mandatory grievance arbitration procedure provided for under subsection 57(1) of the Labour Code, or that a labour arbitrator would be better placed today than the Court to decide the matter, further

a élargi la portée de la compétence des arbitres en englobant les droits de l’homme et d’autres lois liées à l’emploi.

[69] En fait, les arrêts *Weber* et *Parry Sound* s’inscrivent dans un courant jurisprudentiel reconnaissant aux arbitres une compétence plus vaste et un large pouvoir de réparation. Le juge Iacobucci, dans un jugement unanime de la Cour suprême, a déclaré ce qui suit dans l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, au paragraphe 41 : « Doter les arbitres des moyens de s’acquitter de leur mandat est un aspect fondamental du règlement des conflits en milieu de travail. »

[70] Ceci étant dit, bien que l’arbitre en droit du travail possède certainement le pouvoir juridique d’interpréter et d’appliquer la Charte et les lois externes (notamment la LLO) dans le cas de mesures de dotation régies par la convention collective, en définitive, il s’agit de savoir quel est le tribunal qui « convient le mieux », compte tenu de l’intention du législateur et de la nature du litige. En l’espèce, la question soulevée par la demanderesse est celle qui consiste à savoir si VIA peut imposer, avec l’accord des TCA, des exigences de bilinguisme à des postes de service de première ligne dans les trains non « désignés » bilingues par le SCT. Cette question va bien au-delà de la simple interprétation ou de la simple application du libellé de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains ou de l’entente de 1998. En l’espèce, les politiques et les mesures de dotation de VIA doivent être examinées en fonction des dispositions applicables de la LLO et de ses règlements. Cet examen outrepassé assurément la compétence normale de l’arbitre de griefs en matière de relations de travail.

[71] Par conséquent, en ce qui concerne l’interprétation ou l’application de l’article 91 de la LLO, la Cour rejette l’affirmation de la défenderesse selon laquelle la compétence de la Cour fédérale quant à l’examen de la légalité des mesures de dotation contestées conférée par le paragraphe 77(1) de la LLO est écartée par la procédure d’arbitrage de griefs prévue au paragraphe 57(1) du Code du travail, et selon laquelle un arbitre en droit du travail serait aujourd’hui mieux placé

considering in the latter instance that the delays in making a grievance and referring same to the labour arbitrator expired a long time ago and that VIA never objected to the jurisdiction of the Commissioner to investigate the applicant's complaint.

[72] As a final note on the jurisdictional issue and as affirmed by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27, “[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences.” Accordingly, I would like to clarify that, but for the attack by the applicant on the legality of the 1998 memorandum or applicable provisions of the on-board collective agreement, I am not certain that the Federal Court would otherwise constitute, in Parliament's view, the preferred forum of resolution with respect to the legality of staffing actions in a collective bargaining context. As noted in *Forum des maires*, above, at paragraph 17:

... to ensure that the *Official Languages Act* has some teeth, that the rights or obligations it recognizes or imposes do not remain dead letters, and that the members of the official language minorities are not condemned to unceasing battles with no guarantees at the political level alone, Parliament has created a “remedy” in the Federal Court that the Commissioner herself (section 78) or the complainant (section 77) may use.

[73] However, the rights enjoyed by VIA's employees under applicable collective agreements go far beyond the rights of the general public or linguistic minorities, who indeed need a legal recourse under the OLA to have their rights, notably under Part IV, recognized and enforced if no action is taken by a federal institution. Indeed, staffing actions taken by federal institutions can always be reviewed, for alleged lack of objectivity, through normal arbitral legal mechanisms, such as the grievance arbitration process under the Labour Code.

que la Cour pour trancher l'affaire, compte tenu en plus que, dans ce dernier cas, les délais pour déposer un grief et le renvoyer à un arbitre en droit du travail sont expirés depuis longtemps et que VIA n'a jamais contesté que le commissaire avait compétence pour enquêter sur la plainte de la demanderesse.

[72] Enfin, en ce qui concerne la question de la compétence, comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27, « [s]elon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes ». Par conséquent, j'aimerais préciser que si la demanderesse ne contestait pas la légalité de l'entente de 1998 et les dispositions applicables de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains, je ne suis pas certain que la Cour fédérale constituerait, selon le législateur, l'endroit idéal pour régler la question de la légalité des mesures de dotation dans un contexte de négociation collective. Comme il a été souligné dans l'arrêt *Forum des maires*, susmentionné, au paragraphe 17 :

Pour s'assurer [...] que la *Loi sur les langues officielles* ait des dents, que les droits ou obligations qu'elle reconnaît ou impose ne demeurent pas lettres mortes, et que les membres des minorités linguistiques officielles ne soient pas condamnés à se battre sans cesse et sans garantie au seul niveau politique, le législateur a créé un « recours » devant la Cour fédérale dont peut se prévaloir la commissaire elle-même (article 78) ou le plaignant (article 77).

[73] Toutefois, les droits dont jouissent les employés de VIA en vertu des conventions collectives applicables vont bien au-delà des droits collectifs ou des droits des minorités linguistiques, lesquelles ont besoin qu'un recours juridique soit prévu dans la LLO pour que leurs droits, notamment ceux prévus à la partie IV, soient reconnus et appliqués si aucune mesure n'est prise par une institution fédérale. En effet, les mesures de dotation prises par des institutions fédérales peuvent toujours faire l'objet d'un contrôle, pour un prétendu manque d'objectivité, par les mécanismes juridiques d'arbitrage normaux comme le processus d'arbitrage de griefs prévu dans le Code du travail.

VII. THE STAFFING ACTIONS ISSUE

[74] The second issue for this Court to determine pertains to the objectivity of the bilingual requirements for the two positions in issue, which must be compatible with applicable provisions of the Charter, the OLA or the Regulations, as the case may be.

General principles

[75] The OLA creates a set of language rights based on the duties imposed on the Federal Government by the Charter. In its preamble, the OLA recognizes the fundamental principles underlying its enactment, including the constitutional foundation for the equality of the English and French languages and for the right of a member of the public to communicate with and receive services in either official language from any institution of Parliament or the government. The preamble also highlights that the Government of Canada has engaged itself to various commitments, including the achievement of the full participation of English-speaking Canadians and French-speaking Canadians, the enhancement of the development of English and French linguistic minority communities, and the enhancement of the bilingual character of the National Capital Region.

[76] Part IV of the OLA, where sections 22, 23 and 24 are found, repeats the constitutional rights and guarantees of the Charter afforded to the public with respect to communications with and services from the Government of Canada in either official language. As to Part V, it creates rights and duties with respect to the language of work. In the case at bar, there is no allegation that any right conferred on the applicant by Part V has been infringed. Indeed, in Western Canada, on VIA's trains, the language of work is English and not French. Thus, where Western on-board service employees may be called to speak French, it is exclusively in respect of communications with and services to French-speaking passengers travelling on the Western Transcontinental or on the Western remote routes. On the other hand, Part VI where section 39 invoked by the applicant is found, reflects the in-house requirement that the government provide equal opportunities to its French- and English-speaking employees in matters of appointment and

VII. LA QUESTION DES MESURES DE DOTATION

[74] La deuxième question que la Cour doit trancher a trait à l'objectivité des exigences de bilinguisme quant aux deux postes en litige. Ces exigences doivent être compatibles avec les dispositions applicables de la Charte, de la LLO ou de ses règlements, selon le cas.

Les principes généraux

[75] La LLO crée un ensemble de droits linguistiques fondés sur les obligations imposées au gouvernement fédéral par la Charte. Dans son préambule, la LLO reconnaît les principes fondamentaux sous-jacents à son établissement, notamment le fondement constitutionnel de l'égalité du français et de l'anglais et du droit du public à l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues pour communiquer avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Le préambule souligne également que le gouvernement du Canada s'est notamment engagé à réaliser la pleine participation des Canadiens d'expression française et d'expression anglaise à ses institutions, à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones et à promouvoir le caractère bilingue de la région de la capitale nationale.

[76] La partie IV de la LLO, où figurent les articles 22, 23 et 24, répète les droits et les garanties constitutionnels que la Charte confère au public concernant les communications avec le gouvernement du Canada et les services reçus de celui-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles. La partie V, elle, crée des droits et des obligations quant à la langue de travail. En l'espèce, personne ne prétend que l'un ou l'autre droit conféré à la demanderesse par la partie V a été violé. En effet, dans l'Ouest du Canada, dans les trains de VIA, la langue de travail est l'anglais et non pas le français. Par conséquent, lorsqu'un employé itinérant des services dans les trains est appelé à parler français, ce n'est que lorsqu'il communique avec les passagers d'expression française voyageant à bord du Transcontinental de l'Ouest ou sur des trajets éloignés dans l'Ouest du Canada et lorsqu'il leur fournit des services. Par contre, la partie VI, où figure l'article 39 invoqué par la demanderesse, reflète l'obligation interne imposée au

advancement institutions “with due regard to the principle of selection of personnel according to merit”. In the case at bar, once an employee is qualified in a position covered by the on-board collective agreement, staffing actions are not taken according to merit but according to seniority.

[77] As we can see, Parts IV, V and VI mentioned above create a set of different and distinct rights. Accordingly, there may be a balancing of conflicting rights (e.g. rights conferred on the public at Part IV versus rights conferred on the employees by Part V or Part VI, and whose resolution will be dependent on legislative intent). In this respect, section 82, which is found in Part XI, ensures the primacy of Parts I to V over other legislative or regulatory enactments, save the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 and its regulations.

[78] Coming back to the nature of the rights conferred on the public by Part IV of the OLA, it must be understood that the right to communicate, which is already guaranteed by section 20 of the Charter, implies a right to be heard and understood by the institution in either official language. Moreover, the concept of public “services”, which is also guaranteed by section 20 of the Charter, is broader than the term “communications”. Simultaneous or consecutive translation is impractical in the case of oral communication, and diminishes the quality of service. Therefore, the opportunity to be served in the official language of one’s choice in the cases contemplated by the law can only be assured by the presence of bilingual personnel. Lip service does not satisfy the letter and spirit of provisions found in Part IV of the OLA which require an “active offer”. See Nicole Vaz and Pierre Foucher, Chapter 4: “The Right to Receive Public Services in either Official Language” in *Language Rights in Canada*, 2nd ed., edited by Michel Bastarache (Cowansville, Quebec: Yvon Blais, 2004).

gouvernement d’offrir à ses fonctionnaires d’expression française et d’expression anglaise des chances égales d’emploi et d’avancement dans les institutions fédérales, « dans le strict respect du principe du mérite en matière de sélection ». En l’espèce, dès qu’un employé possède les compétences exigées quant à un poste visé par la convention collective, les mesures de dotation ne sont pas prises en fonction du mérite, mais en fonction de l’ancienneté.

[77] Comme on peut le constater, les parties IV, V et VI susmentionnées créent un ensemble de droits différents et distincts. Par conséquent, il peut être nécessaire de mettre en balance des droits conflictuels (par exemple un conflit entre les droits conférés au public à la partie IV et les droits conférés aux fonctionnaires à la partie V ou à la partie VI, et dont l’issue dépendra de l’intention du législateur). À cet égard, l’article 82, qui figure à la partie XI, prévoit que les parties I à V l’emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux, à l’exception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et ses règlements.

[78] Pour en revenir à la nature des droits conférés au public par la partie IV de la LLO, il faut comprendre que le droit de communiquer, qui est déjà garanti par l’article 20 de la Charte, emporte le droit d’être entendu et d’être compris par l’institution dans l’une ou l’autre des langues officielles. De plus, le concept de « services » publics, qui est également garanti par l’article 20 de la Charte, est plus large que le concept de « communications ». L’utilisation de l’interprétation simultanée ou de l’interprétation consécutive est irréaliste dans le cas de communications de vive voix et elle diminue la qualité du service. Par conséquent, il n’est possible d’être servi dans la langue officielle de son choix dans les cas visés par la loi que si des fonctionnaires bilingues sont présents. Un respect de pure forme ne répond pas à la lettre et à l’esprit des dispositions de la partie IV de la LLO, qui exigent une « offre active ». Voir Nicole Vaz et Pierre Foucher, chapitre 4 : « Le droit à la prestation de services publics dans les langues officielles » dans *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., compilé par Michel Bastarache, dir. (Cowansville, Québec : Yvon Blais, 2004).

[79] Thus, the right of the public under Part IV of the OLA to communicate with and receive services in the official language of its choice will prevail over any incompatible work rule found in a collective agreement (e.g. seniority) preventing members of the public from communicating with and receiving services from the concerned federal institution in the official language of their choice. Whether the obligation under Part IV is one of result or one of means, there is very little room for compromise (*Thibodeau v. Air Canada*, 2007 FCA 115, 375 N.R. 195 (*Thibodeau*)).

[80] This brings us to an examination of section 91 which is also found in Part XI of the OLA. As appears from its wording, this provision is essentially a clarification which must be read, under the circumstances, in conjunction with Part IV or Part V to which it refers:

Staffing
generally

91. Nothing in Part IV or V authorizes the application of official language requirements to a particular staffing action unless those requirements are objectively required to perform the functions for which the staffing action is undertaken.

[81] As I read section 91, a federal institution cannot, in the guise of purportedly giving effect to its obligations under Part IV or V of the OLA, set language requirements that are not objectively related to the provision of bilingual services in the particular setting where those functions are performed by the employee. For example, on VIA's trains, this might include imposing bilingual requirements on the positions of cook and chef which are not front-line positions. I will examine later in these reasons (see paragraphs 100 to 108), whether section 91 also prevents VIA from negotiating the bilingual requirements of front-line positions with trade unions in routes or stations not designated bilingual by TBS.

[82] That said, this Court in *Professional Institute of the Public Service*, above, has already decided that an applicant assumes "a fairly heavy burden" in establishing that the federal institution's designation of a bilingual

[79] Par conséquent, le droit du public de pouvoir communiquer et recevoir des services dans la langue officielle de son choix qui est prévu à la partie IV de la LLO l'emportera sur toute règle de travail incompatible qui figure dans une convention collective (p. ex., l'ancienneté) et qui empêche les membres du public de communiquer avec l'institution fédérale concernée et de recevoir des services de celle-ci dans la langue officielle de leur choix. Peu importe que l'obligation prévue à la partie IV soit une obligation de résultat ou une obligation de moyen, il y a peu de place pour les compromis (*Thibodeau c. Air Canada*, 2007 CAF 115 (*Thibodeau*)).

[80] Cela nous amène à l'examen de l'article 91, qui figure également à la partie XI de la LLO. Ainsi qu'il ressort de son libellé, cette disposition est essentiellement une précision qui doit être lue, dans les circonstances, de concert avec la partie IV ou la partie V auxquelles elle renvoie :

91. Les parties IV et V n'ont pour effet d'autoriser la prise en compte des exigences relatives aux langues officielles, lors d'une dotation en personnel, que si elle s'impose objectivement pour l'exercice des fonctions en cause.

Dotation en
personnel

[81] À mon avis, selon l'article 91, une institution fédérale ne peut pas, en prétextant vouloir exécuter ses obligations prévues à la partie IV ou à la partie V de la LLO, fixer des exigences linguistiques qui ne sont pas objectivement liées à la prestation de services bilingues dans le contexte dans lequel ces fonctions sont exécutées par le fonctionnaire. Par exemple, dans les trains de VIA, cela peut comprendre l'imposition d'exigences de bilinguisme quant aux postes de cuisinier et de chef cuisinier, qui ne sont pas des postes de première ligne. J'examinerai plus loin dans les présents motifs (voir les paragraphes 100 à 108) si l'article 91 empêche également VIA de négocier avec les syndicats les exigences de bilinguisme quant aux postes de première ligne sur les itinéraires ou dans les gares qui ne sont pas désignés bilingues par le SCT.

[82] Ceci étant dit, la Cour, dans la décision *Institut professionnel de la fonction publique*, susmentionnée, a déjà décidé qu'un requérant assume « un fardeau plutôt lourd » pour établir le « manque d'objectivité » de la

position “lacks objectivity” (at page 106). It will require by the judge who assesses the matter “a finding that there was no evidentiary base to the designation, or that the designation was evidently unreasonable, or that there was an error of law somewhere” (*ibid.*).

[83] In this regard, whether VIA could otherwise organize crews on its trains so that *de facto* bilingual personnel in other front-line positions not designated as bilingual, such as SSAs, are always present and can be asked to perform duties and functions incumbent upon unilingual personnel in the two positions in issue, is not relevant in a section 91 analysis. The focus is not on the SSA duties and responsibilities but on “the functions for which the staffing action is undertaken”—here, the filling of ASC and SM positions by bilingual personnel following the implementation of the NEPO initiative in 1998.

[84] Finally, this Court has decided that in its analysis of the remedy to be granted under section 77 of the OLA, it must hear the matter *de novo* and re-examine the applicant’s complaint; the Court is thus not limited to the evidence provided during the Commissioner’s investigation. Moreover, the Commissioner’s report is admissible in evidence, but is not binding on the Court and may be contradicted like any other evidence (*Forum des maires*, above, at paragraphs 20–21; *Rogers v. Canada (Department of National Defence)*, above, at paragraph 40).

Duties and responsibilities

[85] Some of SM’s key duties and responsibilities are set out in Appendix 9 of the on-board collective agreement. The duties and functions of SMs, which in the Court’s opinion justify the bilingual requirements of the position, include:

- At major terminals, receives sleeping car passengers at reception desk;

désignation d’un poste bilingue (à la page 106). Le juge qui évalue l’affaire doit « établir que la preuve n’était pas la désignation, ou que cette dernière était manifestement déraisonnable, ou qu’une erreur de droit a été commise » (*ibid.*).

[83] À cet égard, la question de savoir si VIA pouvait constituer les équipes dans ses trains de manière à ce que des employés *de facto* bilingues aux autres postes de première ligne non désignés bilingues, comme les PPS, soient toujours présents et puissent être appelés à effectuer, dans les deux postes en litige, des tâches qui incombent aux employés unilingues n’est pas pertinente à l’analyse faite au regard de l’article 91. L’accent est mis non pas sur les obligations et les responsabilités des PPS, mais sur « les fonctions pour lesquelles les mesures de dotation contestées ont été prises » — en l’espèce, la dotation des postes de CAS et de DS par des employés bilingues à la suite de la mise en œuvre du programme ENSV en 1998.

[84] Enfin, la Cour a décidé que, dans son analyse relative à la réparation qui doit être accordée en vertu de l’article 77 de la LLO, elle doit entendre l’affaire *de novo* et examiner à nouveau la plainte de la demanderesse; la Cour n’est donc pas limitée aux éléments de preuve fournis durant l’enquête du commissaire. De plus, le rapport du commissaire est admissible en preuve, mais il ne lie pas la Cour et il peut être contredit comme tout autre élément de preuve (arrêt *Forum des maires*, susmentionné, aux paragraphes 20 et 21; *Rogers c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, susmentionné, au paragraphe 40).

Les fonctions et les responsabilités

[85] Certaines des fonctions et des responsabilités clés des DS sont énoncées à l’annexe 9 de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains. Les fonctions et les responsabilités des DS qui, selon la Cour, justifient les exigences de bilinguisme du poste comprennent ce qui suit :

- Dans les gares principales, recevoir les voyageurs des voitures-lits au comptoir d’accueil;

- Entrains and detrains in sleeping cars and dayneters as and when required;
 - Collects transportation and sells cash fares in sleeping cars and dayneters as and when required and turns same over to Service Coordinators (when operated) to include with his/her remittance;
 - Supervises entraining and detraining en route;
 - At regular intervals, patrols train (incl. coaches) and obtains passenger reaction to services offered, taking immediate action, if warranted, and/or passes this information along to management for further handling (i.e. service discrepancies, employee performance, product offerings);
 - Coordinates the dissemination of information regarding train delays, time changes, etc. to employees and passengers;
 - Collaborates with Service Coordinator to ensure service to passengers available in both "Official Languages";
 - Resolves, to the best of his/her ability, all matters related to customer complaints and/or potential complaints as well as employee-customer and/or employee-employee differences.
- Faire monter les voyageurs dans les voitures-lits et les voitures Superconfort et les en faire descendre si nécessaire;
 - Contrôler les titres de transport et vendre comptant des places dans les voitures-lits ainsi que dans les voitures Superconfort, si nécessaire, et remettre le tout au coordonnateur des services (s'il est présent) pour l'inclure dans sa remise;
 - Superviser l'embarquement et le débarquement des voyageurs en cours de route;
 - À intervalles réguliers, faire des allées et venues dans le train (y compris les voitures-coach) et demander aux voyageurs leur avis sur les services qui leur sont offerts; prendre immédiatement les mesures nécessaires et transmettre à la direction les renseignements recueillis (qualité des services, rendement des employés, qualité des produits);
 - Coordonner la diffusion des renseignements sur les retards de train, les changements d'horaire, etc., auprès des employés et des voyageurs;
 - Collaborer avec le coordonnateur des services pour que les voyageurs soient servis dans les deux « langues officielles »;
 - Résoudre, du mieux qu'il le peut, tous les problèmes relatifs aux plaintes réelles ou éventuelles des clients ainsi qu'aux différends entre clients et employés ou entre employés.

[86] In addition to the duties listed in Appendix 9, there are the important responsibilities in respect of safety and security previously exercised by train conductors which were transferred in 1998 to the SMs as a result of the implementation of the NEPO initiative. These also objectively justify the designation of the SM positions as bilingual in the Court's opinion.

[87] The ASC's duties and responsibilities are set out in Appendix 9 of the on-board collective agreement. Those that justify, in the Court's opinion, the bilingual requirements of the position, include:

[86] En plus des fonctions énumérées à l'annexe 9, il y a les responsabilités importantes en matière de sécurité exercées autrefois par les chefs de train qui ont été transférées en 1998 aux DS à la suite de la mise en œuvre du programme ENSV. Selon la Cour, ces responsabilités justifient également objectivement la désignation bilingue des postes DS.

[87] Les fonctions et les responsabilités des CAS sont énoncées à l'annexe 9 de la convention collective. Selon la Cour, celles qui justifient les exigences de bilinguisme du poste comprennent les suivantes :

-
- At major terminals, assists Service Manager with reception of sleeping car passengers at reception desk and collects transportation for turnover to Service Coordinator;
 - Collects transportation and sells cash fares in sleeping cars and dayneters as and when required;
 - Entrains and detrains in sleeping cars and dayneters as and when required;
 - Canvasses and takes reservations for meal sittings for meal service cars as directed by Service Coordinator;
 - Makes all bilingual announcements regarding train delays, time changes and meal sittings throughout train;
 - Assists Service Manager and Service Coordinator with provision of service to passengers in both “Official Languages”;
 - Administers first aid and/or oxygen, when required to passengers or employees;
 - Assists with reception of passengers and service of meals and refreshments in meal service cars;
 - Patrols sleeping cars and dayneters when Service Attendants on rest periods;
 - Provides snack and/or refreshment service in relief of Senior Service Attendants during their meal and/or regular rest periods;
 - Assumes duties of Service Coordinator in meal service cars when the latter is required in other areas of the train.
- Dans les gares principales, aider le directeur des services à recevoir les voyageurs des voitures-lits au comptoir d’accueil et contrôler les titres de transport pour les remettre au coordonnateur des services;
 - Contrôler les titres de transport et vendre comptant des places dans les voitures-lits et les voitures Superconfort, si nécessaire;
 - Faire monter les voyageurs dans les voitures-lits et les voitures Superconfort et les en faire descendre si nécessaire;
 - Passer dans les voitures et prendre des réservations pour les divers services des voitures de restauration, selon les directives du coordonnateur des services;
 - Communiquer les renseignements sur les retards de train, les changements d’horaire et les services de repas, dans les deux langues;
 - Aider le directeur des services et le coordonnateur des services à fournir des services aux voyageurs dans les deux « langues officielles »;
 - Si nécessaire, donner les premiers soins ou administrer de l’oxygène aux voyageurs ou aux employés indisposés;
 - Aider à accueillir les voyageurs et à servir les repas et les boissons dans les voitures de restauration;
 - Faire des allées et venues dans les voitures-lits et les voitures Superconfort pendant les périodes de repos des préposés aux services;
 - Servir des casse-croûte et des boissons à la place des préposés principaux aux services quand ces derniers prennent leur repas ou se reposent;
 - Remplacer le coordonnateur des services dans les voitures de restauration quand ce dernier est demandé dans d’autres secteurs du train.

[88] The ASC’s duties are highly service-oriented. In addition to assisting coach passengers throughout a trip, they are directly responsible for first aid services to passengers and crew. There is currently one ASC on

[88] Les fonctions des CAS sont très axées sur le service à la clientèle. En plus d’aider les passagers des voitures-coach au cours des voyages, les CAS sont directement responsables de la prestation des services

each train on the Western Transcontinental and on the Hudson Bay. There is no ASC on the Skeena. The ASC generally reports directly to the SM. Bilingualism has always been a requirement for the position of ASC, as well as for the earlier designation of Passenger Service Assistant (PSA), which existed prior to the creation of the ASC position on June 1, 1986. The safety features of the ASC's duties and responsibilities have notably constituted a justification for their past designation as a bilingual position.

[89] At the hearing held in Winnipeg, one of the applicants, Ms. Brenda Bonner, Court file T-1167-02 [at paragraph 88], explained to the Court that prior to 1986, the PSA would “go right through the train speaking to everybody in the coaches, everybody in the sleeping car. He would do the meals. He would see who wanted French service. And also, he was like the understudy, in theatrical terms, for the service manager”. Thus, in 1986, when VIA decided to abolish the position of the first waiter in the dinner car, who was unilingual, and replace it with that of an ASC, and make it bilingual, it came as a surprise to Ms. Bonner “because you’d think that [VIA] would be promoting these PSAs to service manager. If [VIA] wanted the service manager bilingual, they could have waited until these senior guys, who were unilingual [retire], and promoted the PSA, who’s been working with the service manager for all these years, since 1977, but, no, [VIA] took that PSA and they put him in the dining car to do first waiter job.”

[90] The question of whether the staffing actions taken in 1986 constituted a “demotion” for the PSAs and an obstacle for advancement for unilingual SSAs, such as Ms. Bonner who “wanted to be that first waiter”, has become academic and is not the issue that this Court is seized with, which strictly relates to the objectivity of the bilingual requirements for the ASC position. Again, the Court is not here to decide whether there has been a breach of section 39 of the OLA or whether there has

de premiers soins aux passagers et à l’équipe. Il y a actuellement un CAS dans le Transcontinental de l’Ouest et un CAS dans la Baie d’Hudson. Il n’y a aucun CAS dans le Skeena. Le CAS relève habituellement du DS. Le bilinguisme a toujours été exigé pour le poste de CAS ainsi que pour l’ancien poste de préposé aux services passagers (PSP) qui existait avant la création du poste de CAS le 1^{er} juin 1986. Le volet sécurité des fonctions et des responsabilités du poste de CAS a notamment constitué une justification quant à sa désignation antérieure de poste bilingue.

[89] Lors de l’audience qui a eu lieu à Winnipeg, une demanderesse, M^{me} Brenda Bonner, dossier de la Cour T-1167-02 [au paragraphe 88], a expliqué à la Cour qu’avant 1986, le PSP [TRADUCTION] « circulait dans le train et parlait à toutes les personnes qui se trouvaient dans les voitures-coach et à toutes les personnes qui se trouvaient dans la voiture-lit. Il préparait les repas. Il s’informait pour savoir quels passagers voulaient recevoir des services en français. Il était, pour employer un terme utilisé au théâtre, la doublure du directeur des services. » En 1986, VIA a décidé d’abolir, dans les voitures-restaurant, le poste de serveur principal, un poste unilingue, et de le remplacer par le poste de CAS, un poste bilingue. M^{me} Bonner a affirmé ce qui suit à ce sujet : [TRADUCTION] « J’ai été surprise parce qu’on penserait que VIA ferait passer les personnes occupant les postes de PSP à des postes de directeur des services. Si VIA voulait que le directeur des services soit bilingue, elle aurait pu attendre que les employés les plus anciens, qui étaient unilingues, prennent leur retraite, et donner de l’avancement au PSP, qui avait travaillé avec le directeur des services pendant toutes ces années, depuis 1977, mais, non, VIA a pris ce PSP et elle l’a affecté à la voiture-restaurant pour faire le travail du serveur principal. »

[90] La question de savoir si les mesures de dotation prises en 1986 constituaient une « rétrogradation » pour les PSP et un obstacle à l’avancement des PPS unilingues, comme M^{me} Bonner, qui [TRADUCTION] « voulait occuper le poste de serveuse principale », est devenue théorique et n’est pas la question dont la Cour est saisie, laquelle porte strictement sur l’objectivité des exigences de bilinguisme quant aux postes de CAS. Encore une fois, la Cour n’a pas à décider s’il y a eu

been group discrimination on the basis of language. Section 91 is exclusively focused on individual staffing actions.

[91] Since 1998, in addition to the duties and responsibilities mentioned in Appendix 9 of the on-board collective agreement, the ASC is also called to relieve the SM who rests at night. There has been no evidence suggesting that the nature and frequency of contacts all ASCs have with train passengers, whether on the Western Transcontinental, the Skeena or the Hudson Bay, have diminished. This appears to be so even if the ASCs are no longer assigned to the dining car but to the coaches to replace the former train conductors. Again, the issue before this Court is not whether the changes made in 1998 amounted to the creation of a new ASC position or whether the movement of personnel from the dining car to the coaches was permissible under the terms of the on-board collective agreement. Those are matters to be decided exclusively by a labour arbitrator. As properly framed, the issue today before the Court is narrower and consists of determining whether the bilingual requirements for the ASC position were still sustainable after the implementation of the NEPO initiative, which has been deemed to constitute a particular staffing action by the Commissioner as far as the creation of a second ASC on the Western Transcontinental is concerned.

Reasonable bilingual requirements

[92] The applicant has not brought any evidence or made any compelling argument that the designation of the first ASC position as bilingual in 1986 or the second one in 1998 was not objectively required to perform the functions for which the staffing actions were taken. Moreover, I find, based on the evidence in the record, that the bilingual requirements for the new SM-Transcontinental, SM-Corridor and SM-Remote were not unreasonable.

violation de l'article 39 de la LLO ou s'il y a eu discrimination à l'encontre d'un groupe en raison de la langue. L'article 91 porte exclusivement sur les mesures de dotation individuelles.

[91] Depuis 1998, en plus des fonctions et des responsabilités mentionnées à l'annexe 9 de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains, le CAS est appelé à remplacer le DS durant ses périodes de repos la nuit. Aucun élément de preuve ne donne à penser que la nature des rapports que tous les CAS ont avec les passagers, que ce soit à bord du Transcontinental de l'Ouest, du Skeena ou du Baie d'Hudson, a changé ou que la fréquence de ces rapports a diminué. Il semble en être ainsi même si les CAS ne sont plus affectés aux voitures-restaurant. Ils sont affectés aux voitures-coach en remplacement des anciens chefs de train. Encore une fois, la question dont la Cour est saisie ne consiste pas à savoir si les changements effectués en 1998 équivalaient à la création d'un nouveau poste de CAS ou si le transfert du personnel de la voiture-restaurant aux voitures-coach était permis par la convention collective. Ces questions relèvent de la compétence exclusive d'un arbitre en droit du travail. Telle qu'elle doit être formulée, la question dont est saisie la Cour aujourd'hui est plus étroite et elle consiste à déterminer si les exigences de bilinguisme quant au poste de CAS devaient toujours être maintenues après la mise en œuvre du programme ENSV, qui a été considéré par le commissaire comme constituant une mesure de dotation particulière pour ce qui est de la création d'un deuxième poste de CAS dans le Transcontinental de l'Ouest.

Exigences de bilinguisme raisonnables

[92] La demanderesse n'a présenté aucun élément de preuve et n'a présenté aucun argument convaincant selon lequel la désignation, en 1986, du premier poste de CAS comme étant bilingue ou du deuxième poste, en 1998, ne s'imposait pas objectivement pour accomplir les fonctions pour lesquelles les mesures de dotation étaient prises. De plus, selon moi, compte tenu de la preuve au dossier, les exigences de bilinguisme quant aux nouveaux postes de DS (Transcontinental),

[93] In her report, which I accept in part, the Commissioner acknowledged without reservation that the bilingual requirements for all of the SMs, and at least one of the two ASCs on the Western Transcontinental, were objectively justified in light of their duties, which involved extensive dealings with the travelling public. Moreover, the Commissioner dismissed the complainants' argument that "bilingual capacity among trained crews have reached a point where VIA could ensure the availability of services to passengers in both official languages without adversely affecting the advancement and employment opportunities of unilingual employees". I find this evidence conclusive for the purpose of the present application.

[94] More particularly, with respect to the bilingual positions on the Western Transcontinental, the Commissioner found at page 11:

Our review of the SM position found sufficient evidence to support the bilingual requirement for those positions assigned to the Western Transcontinental on which VIA Rail is legally obliged to ensure that both English-speaking and French-speaking passengers are served in their preferred language. We note in particular that the SM is in a unique position with significant operational impact and plays an indispensable role in meeting passenger needs in the context of complaint resolution. While VIA and complainants have different viewpoints on the extent to which the SM on a given train otherwise deal with passengers, we accept the Corporation's position that the incumbent is expected to deal extensively with passengers in a public relations' capacity. Given these circumstances, bilingual capacity among other train personnel does not alter the need for a bilingual SM on the Western Transcontinental.

[95] With regard to the second ASC on the Western Transcontinental, the Commissioner concluded that there was some flexibility, but did not overtly reject the objective justification for the language requirement. At pages 12 and 13 of the final report, the Commissioner noted:

DS (corridor) et DS (trajets éloignés) à bord du Transcontinental, dans le corridor et sur les trajets éloignés n'étaient pas déraisonnables.

[93] Dans son rapport, que j'accepte en partie, le commissaire a reconnu sans réserve que les exigences de bilinguisme pour tous les DS, et pour au moins un des deux CAS dans le Transcontinental de l'Ouest, étaient objectivement justifiées, compte tenu de leurs fonctions, pendant lesquelles ils avaient beaucoup affaire aux voyageurs. De plus, le commissaire a rejeté l'argument des plaignants selon lequel [TRADUCTION] « la capacité bilingue du personnel de bord a atteint un point où VIA peut garantir les services aux voyageurs dans les deux langues officielles sans que cela ne nuise aux occasions d'avancement et d'emploi des employés unilingues ». Selon moi, cette preuve est concluante aux fins de la présente demande.

[94] Plus particulièrement, en ce qui concerne les postes bilingues à bord du Transcontinental de l'Ouest, le commissaire a conclu ce qui suit aux pages 11 et 12 de son rapport final :

La preuve qui ressort de notre examen du poste de « DS » suffit pour justifier l'exigence de bilinguisme pour ces postes à bord du Transcontinental de l'Ouest, où la Loi oblige VIA à veiller à ce que le public voyageur francophone et anglophone reçoit les services dans la langue de son choix. Nous constatons en particulier qu'il s'agit d'un poste unique qui influe beaucoup sur les opérations et dont le rôle est indispensable pour régler les plaintes de façon satisfaisante. Bien que VIA et les personnes qui ont déposé une plainte aient des points de vue divergents sur la mesure dans laquelle les « DS » traitent avec la clientèle sur d'autres plans, nous acceptons la position de la Société selon laquelle elle s'attend à ce que les « DS » jouent un important rôle de relationniste auprès de la clientèle. Dans les circonstances, une capacité bilingue parmi d'autres effectifs de bord ne change rien à la nécessité d'avoir un « DS » bilingue à bord du Transcontinental de l'Ouest.

[95] En ce qui concerne le deuxième poste de CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest, le commissaire a conclu qu'il existait une certaine souplesse, mais il n'a pas rejeté ouvertement la justification objective quant à l'exigence linguistique. Aux pages 13 et 14 du rapport final, le commissaire a souligné ce qui suit :

The investigation revealed that the ASC's duties are heavily service oriented. In addition to assisting coach passengers throughout a trip, they are directly responsible for first-aid services to passengers and crew. Our review of train crews assigned to the Western Transcontinental during a four-month period in 2000 revealed that the passenger load in the coach cars varied from 16 to 189. No other train crew position is normally assigned to the coaches. We were told that an ASC may be asked to assist in a dining car, although we understand that this rarely occurs.

Under NEPO, an ASC is the designated relief employee for the SM. This ASC is in charge of passenger service during a six-hour shift at night when a Service Attendant elsewhere on the train is also on duty.

[96] At page 14 of the final report, the Commissioner concluded:

Our review of the ASC positions leads us to conclude that VIA is justified in ensuring bilingual capacity among ASCs assigned to the Western Transcontinental, given their responsibility for coach passengers, first aid and night relief. The evidence nonetheless suggests that some flexibility exists which was not found in the case of the SM position. For example, whereas there is only one SM per train, each train on the Western Transcontinental has two ASCs assigned to the same section. In addition, a Service Attendant, many of whom are bilingual, can be called upon to assist in the coach if required. Under these circumstances, we deem it excessive to restrict all ASC assignments on the Western Transcontinental to those employees who already meet the position's bilingual requirements. It is incumbent upon VIA to make ASC assignments accessible to otherwise qualified unilingual employees by providing appropriate second-language training.

[97] Although as a practical matter, the duties and responsibilities of the SMs and ASCs *vis-à-vis* the travelling public were apparently the same on all train routes, the Commissioner nevertheless suggested that the bilingual requirements on the Western remote routes were contrary to both section 91 and Part VI (section 39) of the OLA "to the extent that they adversely affect the advancement opportunities of unilingual employees" (my emphasis). This conclusion of fact and law made by the Commissioner is not binding on the Court, and I must distinguish and depart from that part of her report

L'enquête a révélé que les fonctions des « CAS » sont fortement axées sur le service. En plus d'aider la clientèle tout au long du trajet, les « CAS » sont directement responsables des services de premiers soins à la clientèle et à l'équipe. Selon notre examen des équipes de bord affectées au Transcontinental de l'Ouest sur une période de quatre mois en 2000, le nombre de personnes voyageant dans les voitures-coach variait entre 16 et 189. Aucun autre poste du personnel de bord n'est habituellement affecté aux voitures-coach. On nous a dit que le « CAS » peut être appelé à aider dans une voiture-restaurant, mais nous croyons savoir que c'est rarement le cas.

En vertu de l'ENSV, un « CAS » est désigné « DS » de relève. Ce « CAS » est responsable des services voyageurs durant un quart de six heures la nuit. Un « préposé aux services » affecté ailleurs dans le train est également de service à ce moment-là.

[96] À la page 15 du rapport final, le commissaire a conclu ce qui suit :

Notre examen des postes « CAS » nous porte à conclure que VIA a raison d'assurer la capacité bilingue parmi les « CAS » affectés au Transcontinental de l'Ouest, compte tenu de leurs responsabilités à l'égard de la clientèle coach et ayant trait aux soins d'urgence et de suppléance la nuit. La preuve laisse croire cependant qu'il y a peut-être là une souplesse qui n'était pas présente dans le cas du poste de « DS ». Par exemple, bien qu'il n'y ait qu'un seul « DS » par train, deux « CAS » sont affectés à la même section sur chaque train du Transcontinental de l'Ouest. De plus, un « préposé aux services », dont nombreux sont bilingues, peut être appelé à fournir de l'aide dans les voitures-coach au besoin. Dans ces conditions, il est excessif, à notre avis, de réserver toutes les affectations « CAS » sur le Transcontinental de l'Ouest uniquement aux effectifs qui satisfont déjà aux exigences de bilinguisme du poste. VIA a l'obligation de mettre les postes « CAS » à la portée des effectifs unilingues qui possèdent toutes les autres qualifications requises en leur offrant la formation en langue seconde dont ils ont besoin.

[97] Bien que, sur le plan pratique, les fonctions et les responsabilités des DS et des CAS envers les voyageurs étaient apparemment les mêmes sur tous les trajets, le commissaire a néanmoins affirmé que les exigences de bilinguisme sur les trajets éloignés de l'Ouest contrevenaient à l'article 91 et à la partie VI (article 39) de la LLO « dans la mesure où elles nuisent aux occasions d'avancement de l'effectif unilingue » (non souligné dans l'original). Cette conclusion de fait et de droit tirée par le commissaire ne lie pas la Cour et je dois distinguer cette partie du rapport et m'en écarter aux fins

for the sake of my analysis, which again is made under section 91 of the OLA.

[98] First, the Commissioner implicitly accepted that if the advancement opportunities of unilingual employees were not adversely affected, the bilingual requirements would be necessary to perform the functions for which the staffing actions were undertaken. The reason the advancement opportunities were adversely affected was that too few French-language training opportunities were provided in the workplace, reducing the chances of senior unilingual employees to bid for training in these positions. Again, this Court is not called upon to decide whether this action constituted a breach of section 39 of the OLA, because this particular provision is not mentioned in subsection 77(1) of the OLA.

[99] Second, the Commissioner was apparently of the view that bilingual requirements for front-line positions, even if they involved extensive contact with the travelling public and some safety features, were not objectively required on remote routes simply because they had not been designed as bilingual by TBS. As explained in the following paragraphs, the fact that these routes had not been designated (and are still not designated) as bilingual by TBS is not conclusive evidence establishing that the bilingual requirements were not objectively justified.

Train routes not designated bilingual by TBS

[100] What constitutes under the Charter or the OLA “significant demand” or in what circumstances it is reasonable, due to the “nature of the office”, to provide bilingual services, is subject to differing interpretations. Regulatory criteria provide greater certainty and uniformity in the application of such open-ended concepts. For this purpose, regulations established by the Governor in Council under Part IV of the OLA enumerate specific cases where railway stations or train routes are “deemed” to meet the “significant demand” or the

de mon analyse, laquelle, faut-il le rappeler, est faite au regard de l’article 91 de la LLO.

[98] Premièrement, le commissaire a accepté de façon implicite que si les possibilités d’avancement des employés unilingues n’étaient pas touchées de façon défavorable, les exigences de bilinguisme seraient nécessaires à l’exécution des fonctions pour lesquelles les mesures de dotation ont été prises. La raison pour laquelle les possibilités d’avancement ont été touchées de façon défavorable était que trop peu de formation en langue française a été dispensée en milieu de travail, ce qui a eu pour effet de diminuer les chances des employés unilingues ayant de l’ancienneté de demander de la formation relativement à ces postes. Encore une fois, la Cour n’a pas à décider si cette action constituait une violation de l’article 39 de la LLO, parce que cette disposition n’est pas mentionnée au paragraphe 77(1) de la LLO.

[99] Deuxièmement, le commissaire était apparemment d’avis que les exigences de bilinguisme quant aux postes de première ligne, même si ceux-ci comportaient un degré d’interaction très élevé avec les voyageurs ainsi que l’exécution de certaines mesures de sécurité, ne s’imposaient pas objectivement sur les trajets éloignés pour la simple raison qu’ils n’avaient pas été désignés bilingues par le SCT. Comme il est expliqué dans les paragraphes qui suivent, le fait que ces trajets n’ont pas été désignés bilingues (et ne sont toujours pas désignés bilingues) par le SCT ne constitue pas une preuve concluante établissant que les exigences de bilinguisme n’étaient pas objectivement justifiées.

Les trajets non désignés bilingues par le SCT

[100] Ce qui constitue, en vertu de la Charte ou de la LLO, une « demande importante », ou la question de savoir dans quelles circonstances il est raisonnable, en raison de la « vocation du bureau », de dispenser des services bilingues, fait l’objet d’interprétations divergentes. Des critères réglementaires procurent une plus grande certitude et une plus grande uniformité dans l’application de ces concepts mal définis. À cette fin, les règlements établis par le gouverneur en conseil en vertu de la partie IV de la LLO énumèrent des cas précis

“nature of the office” criteria: sections 7, 9, 11 and 12. Thus, the Regulations establish a legal presumption facilitating the proof that the Charter or OLA criteria are met. This is their basic purpose but they are not exhaustive and should not be rigidly interpreted and applied. Indeed, it must be accepted by the Court that neither the Regulations nor Burolis can supersede or restrain the OLA or the Charter, but must always be interpreted and applied in a manner consistent with the general objectives of the preamble of the OLA and a recognition of the fundamental values of the Charter and Canadian policy in the matter of bilingualism.

[101] As early as 1967, the Laurendeau-Dunton Commission (Canada. *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism* (Ottawa: Queen’s Printer, 1967)) suggested that Crown corporations providing transportation services to the travelling public should offer them in both official languages across the country (Canada. *Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Ottawa: Queen’s Printer, 1967, Book 1: The Official Languages (1967), Chapter V: Governments and Language Régimes):

277. ... The administration in Ottawa must be able to communicate adequately with the public in both languages. ... Federal government offices and Crown corporations across the country must be able to deal with people in either French or English. For example, in the immigration and customs offices at all ports of entry, in important transportation terminals, on Canadian National’s trains, and on Air Canada’s airplanes—everywhere, even in the completely unilingual sections of the country, where there is contact with the travelling public—services should be available in both languages as a matter of course. [My emphasis; footnote omitted.]

[102] The wishes expressed above by the Laurendeau-Dunton Commission are not surprising in view of the particular importance of railways in the building of this country, and their unifying role and their profound cultural symbolism for all Canadians. In 1969, Parliament adopted its *Official Languages Act*, S.C. 1968-69, c. 54 (the 1969 Act) following the studies

où les gares ferroviaires ou les trajets sont « réputés » satisfaire aux critères de la « demande importante » ou de la « vocation du bureau » (articles 7, 9, 11 et 12). Par conséquent, les règlements établissent une présomption légale facilitant la preuve que les critères prévus dans la Charte ou dans la LLO sont satisfaits. Il s’agit de leur objet fondamental, mais ils ne sont pas exhaustifs et ils ne devraient pas être interprétés et appliqués de façon rigoureuse. En effet, la Cour doit accepter que ni les règlements ni Burolis ne peuvent l’emporter sur la LLO ou la Charte, ou restreindre la LLO ou la Charte, et qu’ils doivent toujours être interprétés et appliqués d’une manière conforme aux objectifs généraux du préambule de la LLO et refléter les valeurs fondamentales de la Charte et de la politique canadienne en matière de bilinguisme.

[101] Dès 1967, la Commission Laurendeau-Dunton (Canada, *Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme* (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1967) a proposé que les sociétés d’État qui offrent des services de transport aux voyageurs offrent ces services dans les deux langues officielles dans tout le pays (Canada. *Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1967, Livre I : Les langues officielles (1967), chapitre V : Pouvoirs publics et régimes linguistiques) :

277. [...] L’appareil gouvernemental à Ottawa doit être effectivement capable de pouvoir communiquer avec le public dans les deux langues officielles [...] Les bureaux du gouvernement fédéral et des sociétés de la Couronne à travers le pays doivent pouvoir traiter avec les individus, dans les deux langues officielles. Ainsi, à toutes les entrées du pays, aux services des douanes et de l’immigration, dans les gares de quelque importance, dans les trains des Chemins de fer nationaux, dans les avions d’Air Canada, c’est-à-dire partout où il y a contact avec le public voyageur, on devrait d’office être en mesure de servir ce public dans les deux langues, même dans les régions tout à fait unilingues du pays. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

[102] La volonté exprimée par la Commission Laurendeau-Dunton n’est pas surprenante, compte tenu de l’importance particulière des chemins de fer dans l’édification du Canada, de leur rôle unificateur et du symbolisme culturel important qu’ils représentent pour tous les Canadiens. En 1969, le Parlement a adopté la *Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-69, ch. 54

and recommendations of the Laurendeau-Dunton Commission. The 1969 Act was repealed in its entirety and replaced by the OLA, which was proclaimed in force on September 15, 1988, save and except for certain provisions not relevant in the present proceeding. Today, the train remains a privileged and extraordinary instrument of national unity permitting Canadians travelling all around the country to discover their country and to exchange ideas with its people.

[103] It must be remembered that prior to the introduction of the first passenger train in British North America, transportation was a difficult undertaking; little known areas of the country were being revealed to its population. Historically, the CPR, including the *Canadian*, is perhaps the best known railway to Canadians. It was the CPR, unifying the country geographically and politically, that constituted John A. Macdonald's "national dream". Indeed, connection to the national railway was a promise made to both British Columbia and Prince Edward Island to ensure their entrance into Confederation (*Canada, by Train. Ties that Bind: Essay, A Brief History of Railways in Canada*, Library and Archives Canada, online: <<http://www.collectionscanada.gc.ca/trains/021006-1000-e.html>>). It is likely that the train encouraged many French-speaking Canadians living in the Province of Quebec at the time of Confederation to move out west.

[104] I will now briefly address the safety issue which is also one of the reasons invoked by VIA for designating the ASC and SM positions as bilingual. Under paragraph 24(1)(a) of the OLA, every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services in either official language from any of its offices in any circumstance prescribed by regulation that relates to the health, safety or security of members of the public, the location of the office, or the national or international mandate of the office. Under paragraph 24(1)(b), the same obligation extends to federal institutions in other circumstances prescribed by regulation, where "due to the nature of the office", it is reasonable

(la Loi de 1969), à la suite des études et des recommandations de la Commission Laurendeau-Dunton. La Loi de 1969 a été complètement abrogée et a été remplacée par la LLO qui a été proclamée en vigueur le 15 septembre 1988, sauf certaines dispositions qui ne sont pas pertinentes à la présente instance. Aujourd'hui, le train demeure un instrument privilégié et extraordinaire d'unité nationale qui permet aux Canadiens qui voyagent partout au pays de découvrir leur pays et d'échanger des idées avec sa population.

[103] Il convient de se rappeler qu'avant l'introduction du premier train de voyageurs en Amérique du Nord britannique, le transport était une entreprise difficile; le train a permis à la population du Canada de découvrir des régions peu connues de leur pays. D'un point de vue historique, le CP, notamment le *Canadien*, est peut-être le chemin de fer le plus connu des Canadiens. C'est sur le CP que reposait le « rêve national » de John A. Macdonald d'unifier géographiquement et politiquement le pays. C'est d'ailleurs sous la promesse d'intégrer les provinces de la Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard à ce réseau qu'il a obtenu leur adhésion à la Confédération. (*Le Canada par le train, Lignes qui unissent : essai Bref historique des chemins de fer au Canada*, Bibliothèque et Archives Canada, en ligne : <<http://www.collectionscanada.gc.ca/trains/021006-1000-f.html>>.) Il est probable que le train ait encouragé de nombreux Canadiens francophones vivant dans la province de Québec à l'époque de la Confédération à déménager dans l'Ouest.

[104] Je vais maintenant examiner brièvement la question de la sécurité qui est un autre des motifs invoqués par VIA pour la désignation bilingue des postes de CAS et de DS. L'alinéa 24(1)a) de la LLO prévoit qu'il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leurs bureaux et en recevoir les services dans l'une ou l'autre des langues officielles dans les cas, fixés par règlement, touchant à la santé ou à la sécurité du public ainsi qu'à l'emplacement des bureaux, ou liés au caractère national ou international de leur mandat. L'alinéa 24(1)b) prévoit que cette obligation vaut pour les institutions fédérales en toute autre circonstance déterminée par règlement, si la « vocation des bureaux » justifie l'emploi des deux

that communications with and services from that office be available in both official languages. The circumstances that relate to the health, safety or security of members of the public are described by the Regulations as where an office or facility of a federal institution provides emergency services, including first aid services, in a clinic or health care unit at an airport, railway station or ferry terminal; or uses signage that includes words or standardized public announcements regarding health, safety or security in respect of passengers on aircraft, trains or ferries or members of the public at airports, railway stations or ferry terminals, or members of the public in or on the grounds of federal buildings (see section 8 of the Regulations).

[105] The fact that the former SM position had not been designated bilingual is not a determinative element, as there may have existed a number of reasons not related to the actual performance of duties and responsibilities of SMs for not taking any action before the implementation of the NEPO initiative.

[106] Again, I reiterate that in my opinion, the Regulations only set minimum standards with respect to the provision of bilingual services that the Governor in Council expects rail carriers to meet. Linguistic demand and safety considerations objectively justify bilingual designation of a minimum of front-line positions, to say the least. However, the general purpose of federal linguistic rights legislation is broader. One implied goal is that all transportation services offered by VIA to the travelling public be offered in both official languages, if reasonably feasible, and not merely pieces of the railroad network. To use the analogy made by the Supreme Court of Canada in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 178 “[a] passenger who buys a ticket to take a VIA train does not ride the entire VIA network of all trains on all routes. He or she takes a specific train on a specific route at a specific time.” For instance, let’s say that this passenger is a unilingual Francophone from the province of Quebec who has used his holidays to visit Western Canada. He is new in Jasper and wishes to take a journey over two days on the Skeena to discover the Rockies that will take him to the Pacific Coast. It is immaterial at that time whether VIA runs a fully bilingual train from Montréal to Toronto. For such a

langues officielles. Les cas touchant à la santé ou à la sécurité du public sont décrits comme suit dans le Règlement : lorsqu’un bureau d’une institution fédérale fournit des services d’urgence, notamment les premiers soins, dans une clinique ou une infirmerie située dans un aéroport ou une gare ferroviaire ou de traversiers, lorsqu’un bureau d’une institution fédérale utilise des moyens de signalisation comportant des mots, ou des messages publics normalisés, qui visent la santé ou la sécurité soit des passagers à bord d’aéronefs, de trains ou de traversiers, soit du public dans les aéroports ou les gares ferroviaires ou de traversiers, soit du public à l’intérieur des immeubles fédéraux ou sur leurs terrains avoisinants (voir l’article 8 du Règlement).

[105] Le fait que l’ancien poste de DS n’a pas été désigné bilingue n’est pas un élément déterminant, car un certain nombre de raisons non liées à l’exécution des fonctions et des responsabilités des DS ont pu justifier de ne prendre aucune mesure avant la mise en œuvre du programme ENSV.

[106] Une fois de plus, je répète que, selon moi, le Règlement ne fixe que les normes minimales concernant la prestation de services bilingues qui, selon le gouverneur en conseil, doivent être satisfaites par les transporteurs ferroviaires. Les considérations en matière de demande linguistique et de sécurité justifient objectivement, à tout le moins, la désignation bilingue d’un nombre minimal de postes de première ligne. Toutefois, l’objet général des lois fédérales en matière de droits linguistiques est plus large. L’un des objets implicites visés par ces lois est que VIA offre, dans la mesure du possible, l’ensemble de ses services de transport dans les deux langues officielles, sur tout le réseau ferroviaire, et non pas seulement sur des parties de ce réseau. Je pense à l’exemple donné par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, au paragraphe 178 : « La personne qui achète un billet de train de VIA ne voyage pas à bord de tous les trains et sur tous les parcours du réseau de VIA. Elle prend un train précis, sur un parcours précis, et à un moment précis ». Supposons, par exemple, que ce passager est un francophone unilingue de la province de Québec qui va visiter l’Ouest canadien durant ses vacances. C’est la première fois qu’il va à Jasper et il désire faire une

long journey, this traveller will certainly expect to be able to order his drinks and meals in French, and if there is an emergency, a hazard or an accident, to be instructed in French of the situation or the safety measures to be taken. Using the same analogy, a unilingual Anglophone from the Province of Alberta visiting the Province of Quebec who has taken a few days during the summer to discover by train the Gaspé Peninsula, Abitibi or the Saguenay region, will have similar expectations.

[107] As decided in *Professional Institute of the Public Service* [at page 106], the objectivity test mentioned at section 91 of the OLA “must be studied not only in respect of an individual designation which might be required to meet a demand for bilingual services, but must also have regard for the ‘proactive’ obligations imposed [by section 41 [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23] of the OLA] on federal institutions to promote the use of an official language in a minority setting.” As Justice Joyal remarked in *Professional Institute of the Public Service*, the Court shares the view that [at page 109]:

... a purposive or proactive component in language policies is not only in keeping with statutory obligations, but is conducive to effective practices. In other words, the respondent has to initiate a level of bilingual services and not simply respond to individual or group demands. Otherwise, the syndrome outlined in 1967 would continue indefinitely, and lip service only would increasingly be paid to the statutory duties Parliament has imposed on the respondent.

[108] Therefore, whether or not a particular train route is designated bilingual by the TBS is not conclusive in itself of whether bilingual requirements are objectively required since Burolis does not change the nature of the functions performed by front-line on-board service personnel, nor the requirement that VIA assures

excursion de deux jours dans les Rocheuses à bord du Skeena qui l’amènera jusqu’à la côte du Pacifique. Il importe peu dans son cas que VIA offre une liaison complètement bilingue entre Montréal et Toronto. Durant ce long voyage, le voyageur s’attend certainement à pouvoir commander ses consommations et ses repas en français et, s’il survient une situation d’urgence, un danger ou un accident, à recevoir des renseignements en français sur la situation ou sur les mesures de sécurité qui doivent être prises. Pour reprendre un exemple similaire, un anglophone unilingue de la province de l’Alberta en visite dans la province de Québec qui en profite pour prendre quelques jours et aller visiter en train la Gaspésie, l’Abitibi ou la région du Saguenay aura des attentes semblables.

[107] Comme il a été décidé dans la décision *Institut professionnel de la fonction publique* [à la page 106], le critère d’objectivité sous le régime de l’article 91 de la LLO « doit être étudié non seulement dans le cadre d’une désignation individuelle requise afin de répondre à une demande de services dans les deux langues, mais également en fonction des obligations “proactives” imposées aux institutions fédérales [par l’article 41 [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23] de la LLO] qui doivent promouvoir l’emploi d’une langue officielle dans un milieu minoritaire ». Comme l’a fait remarquer le juge Joyal dans la décision *Institut professionnel de la fonction publique*, la Cour est d’avis que [à la page 109] :

[...] le volet fonctionnel ou proactif des politiques linguistiques est non seulement compatible avec les obligations légales de l’intimée, mais il encourage les pratiques efficaces. En d’autres termes, l’intimée doit instaurer un certain niveau de services bilingues, et non se contenter simplement de répondre à des demandes individuelles ou collectives. Autrement, le syndrome décrit en 1967 se perpétuerait indéfiniment et, de plus en plus, l’intimée ne respecterait qu’en paroles les obligations légales que le Parlement lui a imposées.

[108] Par conséquent, qu’une liaison ferroviaire particulière soit désignée bilingue par le SCT ou non ne permet pas de conclure si des exigences de bilinguisme s’imposent objectivement, car Burolis ne change pas la nature des fonctions exécutées par le personnel itinérant des services de première ligne dans les trains ni

the safety of all its passengers through appropriate means which may include communications and services in both official languages.

Treasury Board Directive on the Staffing of Bilingual Positions

[109] It has been suggested by the Commissioner in her final report as well as by some applicants that the Treasury Board of Canada Secretariat, *Directive on the Staffing of Bilingual Positions* [<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12525>] should be looked at when determining whether or not particular staffing actions are in breach of section 91 of the OLA. In the Public Service of Canada—which does not include VIA—there is a distinction between “imperative staffing” and “non-imperative staffing”. In the case of imperative staffing, only applicants who meet all the position’s requirements, including the language requirements, are considered. These applicants suggest that this would be the case of the incumbents presently occupying the SM or ASC positions, on the Western Continental. Conversely, non-imperative staffing allows the consideration of applicants who meet all essential requirements except for the requisite language skills; the institution will then provide language training to allow the incumbent to meet the language requirements of the position. Again, these applicants suggest that this would be the case of otherwise qualified unilingual employees who should be able to occupy the SM or ASC positions on the Skeena and the Hudson Bay.

[110] Under the Treasury Board staffing directive, managers are responsible for organizing their human resources. They must ensure that an office required to provide services in both languages, does it at all times. For that purpose, a manager will be required to staff certain bilingual positions imperatively. This obligation follows when the positions are linguistically indispensable, because the provision of service depends on direct spoken or written communications by persons; the quality or availability of service in either of the official languages would be inadequate without this capacity.

l’exigence que VIA assure la sécurité de tous ses passagers grâce à des moyens appropriés, notamment les communications et les services dans les deux langues officielles.

La directive du Conseil du Trésor sur la dotation des postes bilingues

[109] Le commissaire, dans son rapport final, ainsi qu’un certain nombre de demandeurs, ont laissé entendre que la *Directive sur la dotation des postes bilingues* du Conseil du Trésor [<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12525>] devrait être consultée lorsque l’on décide si des mesures de dotation particulières contreviennent à l’article 91 de la LLO. Dans la fonction publique du Canada — dont VIA ne fait pas partie — on fait une distinction entre « dotation impérative » et « dotation non impérative ». Dans le cas de la dotation impérative, seules les candidatures des demandeurs qui satisfont à toutes les exigences du poste, notamment aux exigences linguistiques, sont examinées. Les demandeurs affirment que c’est le cas des titulaires actuels des postes de DS et de CAS, à bord du Transcontinental de l’Ouest. À l’inverse, les dotations non impératives permettent l’examen des candidatures des demandeurs qui satisfont à l’ensemble des exigences essentielles sauf celles qui ont trait aux compétences linguistiques; l’institution offrira alors de la formation linguistique au titulaire pour lui permettre de satisfaire aux exigences des fonctions du poste. Encore une fois, les demandeurs affirment que ce cas s’applique aux employés unilingues qui sont à tout autre égard compétents pour occuper les postes de DS et de CAS sur le Skeena et la Baie d’Hudson.

[110] En vertu de la directive du Conseil du Trésor, les gestionnaires sont chargés d’organiser leurs ressources humaines. Ils doivent voir à ce qu’un bureau qui doit fournir des services dans les deux langues officielles soit capable de le faire en tout temps. Pour ce faire, un gestionnaire doit avoir recours à la dotation impérative pour certains postes. On procède ainsi lorsque les postes sont indispensables du point de vue linguistique, parce que la prestation de services dépend de la communication directe, orale ou écrite, entre les personnes, et lorsque la qualité et la disponibilité du service dans l’une ou l’autre

Such exercise of managerial discretion is dependent on an evaluation of the overall bilingual capacity, the duties and responsibilities of each front-line position and the available options in terms of crewing arrangements. As can be seen, the process described in the Treasury Board directive, while not binding on VIA, is not dissimilar to or incompatible with the bilingual designation process described in Appendix 6 of the on-board collective agreement.

[111] Here, the particular staffing actions were not taken at the managerial level. They followed in a direct way the implementation of the NEPO initiative after broader-based negotiations and a mediation exercise with all trade unions. Be that as it may, the Treasury Board directive provides that imperative staffing should be used, for example, when the bilingual position is one of the very few in an office that provides services to the public; when the bilingual position is the only one that provides certain services; when the bilingual position is one of several providing similar services but there are not enough incumbents who meet language requirements to ensure service in both official languages at all times; or, when the functions of the position require the capacity to communicate promptly and accurately in both languages in situations where the communication has a direct bearing on the health, safety or security of the public or the occupants of the office (e.g. a position responsible for communicating instructions within the context of internal security services or for the management of emergency situations).

[112] In the case at bar, the Court notes that the SM is responsible for managing all passenger services on the train and is in charge of all on-board service personnel. Thus, the SM is the highest-ranking on-board service employee and reports directly to the Manager, Customer Experience. Each train is assigned only one SM. On the Skeena, the SM-Remote is the only service employee on the train in off-peak season, which typically runs from October 1st to May 14th. There is no ASC on the Skeena.

des langues officielles sera inadéquate sans cette capacité. Cet exercice de pouvoir discrétionnaire de gestion dépend d'une évaluation de la capacité bilingue totale, des fonctions et des responsabilités de chacun des postes de première ligne et des solutions possibles concernant la composition des équipes de bord. Comme on peut le constater, le processus décrit dans la directive du Conseil du Trésor, bien qu'il ne lie pas VIA, n'est pas très différent du processus de désignation bilingue décrit à l'annexe 6 de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains et n'est pas non plus incompatible avec ce dernier.

[111] En l'espèce, les mesures de dotation n'ont pas été prises au niveau de la gestion. Elles ont découlé directement de la mise en œuvre du programme ENSV après des négociations et une médiation élargies avec l'ensemble des syndicats. Quoi qu'il en soit, la directive du Conseil du Trésor prévoit qu'on devrait avoir recours à la dotation impérative lorsque, par exemple, le poste bilingue est l'un des rares postes bilingues dans un bureau offrant des services au public ou aux employés, lorsque le poste bilingue est le seul offrant certains services, lorsque le poste bilingue est l'un parmi plusieurs offrant des services similaires, mais qu'il n'y a pas assez de titulaires répondant aux exigences linguistiques pour garantir le service dans les deux langues officielles en tout temps, ou lorsque les fonctions du poste requièrent la capacité de communiquer rapidement et précisément dans les deux langues dans des situations où la communication a des conséquences directes sur la santé ou la sécurité du public ou des occupants d'un bureau (p. ex., un poste dont le titulaire est chargé de communiquer des instructions dans le contexte de services de sécurité internes ou de la gestion de situations d'urgence).

[112] En l'espèce, la Cour souligne que le DS est chargé de la gestion de l'ensemble des services aux passagers dans le train et qu'il s'occupe du personnel itinérant des services dans les trains. Par conséquent, le DS est le préposé aux services à bord des trains qui possède le rang le plus élevé et il relève directement du directeur des services aux clients. Il n'y a qu'un seul DS à bord de chaque train. Sur le Skeena, le DS (trajets éloignés) est le seul préposé aux services à bord du train

[113] Both the SM and ASC are front-line positions. They are staffed on each train by only one incumbent (there are no longer two ASCs on the Western Transcontinental). In the Court's opinion these designations by VIA meet the criteria for "imperative staffing". Other front-line positions, such as the SSA position, would also have to be imperatively staffed if there would not be enough incumbents who meet language requirements to ensure service in both official languages at all time. (However, this seems not to be the case in view of VIA's policy of hiring bilingual candidates.)

No breach of section 91

[114] Throughout the Commissioner's investigation, as well as in these proceedings, VIA has maintained that its language requirements for the positions of SM and ASC were objectively required due, in particular, to the nature of VIA's operations, the specific functions and responsibilities associated with those positions, and the consequent service and safety considerations that arise. Based on the evidence in the record, VIA's position is not unreasonable in the Court's opinion.

[115] The evidence submitted by the applicant, including the final report of the Commissioner and Burolis, does not permit the Court to conclude that VIA's rationale for imposing bilingual language requirements for the SM and ASC positions on the Western Transcontinental and on the remote lines in Western Canada were not objectively required. Given the heightened safety considerations associated with VIA's operations, as well as its mandate as an independent Crown corporation and the diverse national and international clientele that it serves, it was not unreasonable, in the Court's view for VIA to designate on its trains running across the country certain key positions as requiring bilingual skills.

durant la période hors saison, qui se situe d'ordinaire du 1^{er} octobre au 14 mai. Il n'y a aucun CAS à bord du Skeena.

[113] Les postes de DS et de CAS sont des postes de première ligne. Ils sont occupés sur chaque train par un seul titulaire (il n'y a désormais plus deux CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest). Selon la Cour, les désignations faites par VIA satisfont aux critères de la « dotation impérative ». Les autres postes de première ligne, comme le poste de PPS, devraient également faire l'objet d'une dotation impérative s'il n'y a pas assez de titulaires répondant aux exigences linguistiques pour garantir le service dans les deux langues officielles en tout temps (toutefois, cela ne semble pas être le cas, compte tenu de la politique d'embauche de candidats bilingues de VIA).

Aucune violation de l'article 91

[114] Tout au long de l'enquête du commissaire ainsi que tout au long de la présente instance, VIA a prétendu que ses exigences linguistiques quant aux postes de DS et de CAS s'imposaient objectivement en raison, notamment, de la nature de ses activités, des fonctions et des responsabilités particulières associées à ces postes et des considérations en matière de service et de sécurité qui en découlent. Compte tenu de la preuve au dossier, la Cour estime que le point de vue de VIA n'est pas déraisonnable.

[115] La preuve soumise par la demanderesse, notamment le rapport final du commissaire et les extraits tirés de Burolis, ne permet pas à la Cour de conclure que la raison invoquée par VIA pour justifier ses exigences de bilinguisme quant aux postes de DS et de CAS à bord du Transcontinental de l'Ouest et sur les trajets éloignés de l'Ouest du Canada ne s'imposait pas objectivement. Compte tenu des considérations accrues en matière de sécurité associées aux activités de VIA, de son mandat à titre de société d'État et de sa clientèle hétérogène nationale et étrangère, il n'était pas déraisonnable, selon la Cour, que VIA désigne comme bilingues certains postes clés sur ses trains qui parcourent le pays.

[116] The duties and responsibilities of the incumbents in the challenged SM and ASC positions in the Western region, and elsewhere in Canada, justified a bilingual designation. Accordingly, section 91 of the OLA was not breached by VIA when these positions were staffed by on-board service employees more junior than the applicant, but who possessed the requisite level of bilingual skills under the on-board collective agreement (Level D).

VIII. THE REMEDY ISSUE

[117] In view of the findings made above, even if the bilingual requirements for the ASC and SM positions were not objectively justified, I would not have granted any of the remedies sought by the applicant in her application, except for declaring the bilingual requirements to be illegal and ordering VIA to post a bulletin inviting all employees to bid for training in the existing ASC and SM positions on Western remote routes, and reserving jurisdiction to finally determine the amount of compensation or damages to be awarded to the applicant if she was ultimately chosen for training and found to be qualified for an assignment in any of these positions.

The Commissioner's recommendations

[118] A major difficulty in this case is distinguishing the recommendations in the Commissioner's final report made with respect to section 91 from those made with respect to section 39. This is particularly true for the remedies sought today by the individual applicants. Moreover, the question of whether VIA should provide second-language training where needed, as mentioned in recommendations 1, 3 and 4, may be relevant in the context of a section 39 group complaint but not in the context of assessing a particular staffing action under section 91 of the OLA.

[116] Les fonctions et les responsabilités des titulaires des postes de DS et de CAS en litige dans la région de l'Ouest, et ailleurs au Canada, justifiaient une désignation bilingue. Par conséquent, l'article 91 de la LLO n'a pas été violé par VIA lorsqu'elle a pourvu ces postes avec des employés itinérants des services dans les trains ayant moins d'ancienneté que la demanderesse, mais possédant le niveau de compétence en matière de bilinguisme exigé en vertu de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains (niveau D).

VIII. LA QUESTION DES RÉPARATIONS

[117] Compte tenu des conclusions susmentionnées, même si les exigences de bilinguisme pour les postes de CAS et de DS n'étaient pas objectivement justifiées, la Cour n'aurait accordé aucune des réparations demandées par la demanderesse dans sa demande, sauf celle qui consiste à déclarer illégales les exigences de bilinguisme et à ordonner à VIA d'afficher une annonce invitant tous les employés à postuler pour de la formation relative aux postes de CAS et de DS sur les trajets éloignés dans l'Ouest du Canada, et la Cour serait demeurée saisie de l'affaire afin de déterminer de façon définitive le montant de l'indemnité ou des dommages-intérêts à accorder à la demanderesse si elle était choisie pour la formation et qu'elle était en fin de compte jugée compétente pour occuper l'un ou l'autre de ces postes.

Les recommandations du commissaire

[118] Dans la présente affaire, il est très difficile de distinguer les recommandations relatives à l'article 91 faites dans le rapport final du commissaire des recommandations relatives à l'article 39. Cela vaut plus particulièrement pour les réparations demandées aujourd'hui par les différents demandeurs en l'espèce. De plus, la question de savoir si VIA devrait dispenser au besoin de la formation en langue seconde, comme il est mentionné dans les recommandations 1, 3 et 4, peut être pertinente lors d'une plainte collective déposée en vertu de l'article 39, mais non lors de l'examen, au

[119] While a breach of section 91 permits the Court to issue a remedy under subsection 77(4), there can be no Court remedy in the case of a breach of section 39. It must be remembered that the enabling provision for a court remedy, that is subsection 77(1), is an exhaustive list. Part VI where section 39 is found is not mentioned in subsection 77(1). Even if a section 39 breach were established, this Court would have no jurisdiction to remedy that breach under the authority of subsection 77(4) (see *Ayangma v. Canada*, 2002 FCT 707, 221 F.T.R. 81, at paragraph 65, affirmed 2003 FCA 149, 303 N.R. 92).

[120] Moreover, language training opportunities are limited under the on-board collective agreement. At the hearing before this Court, Commissioner's counsel recognized that no compelling obligation to offer second-language training existed under the OLA, although the provision of such training would promote its objectives. The Commissioner also acknowledged in her final report that VIA had already taken and was continuing to take steps to assist unilingual employees affected by the creation of the new bilingual positions. However, because their seniority prevails, only those employees closest to retirement undergo intensive second-language training. More junior unilingual employees who have less seniority have, therefore, very few chances of being chosen where second-language training bulletins are posted. If the union acted in an arbitrary or discriminatory manner toward more junior employees, the proper recourse was to make a complaint of unfair representation to the Board and not to come to this Court to seek remedy (see *Cairns* 1 and 2).

[121] With respect to the recommendation made by the Commissioner to "identify opportunities for assigning qualified unilingual employees to one of the two ASC positions on the Western Transcontinental" (recommendation No. 3), under the circumstances, no

regard de l'article 91 de la LLO, d'une mesure de dotation particulière.

[119] Bien qu'une violation de l'article 91 permette à la Cour d'accorder une réparation en vertu du paragraphe 77(4), aucune réparation ne peut être accordée par la Cour dans le cas d'une violation de l'article 39. Il ne faut pas oublier que la disposition qui permet à la Cour d'accorder réparation, c'est-à-dire le paragraphe 77(1), comprend une liste exhaustive. La partie VI, dans laquelle se trouve l'article 39, n'est pas mentionnée au paragraphe 77(1). Même s'il était établi qu'il y a eu violation de l'article 39, la Cour n'aurait pas compétence pour accorder réparation en vertu du paragraphe 77(4) quant à cette violation (voir *Ayangma c. Canada*, 2002 CFPI 707, au paragraphe 65, confirmé par 2003 CAF 149).

[120] De plus, les possibilités de suivre des cours de langue sont limitées en vertu de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains et, à l'audience devant la Cour, l'avocat du commissaire a reconnu que la LLO ne prévoit aucune obligation impérieuse d'offrir de la formation en langue seconde, bien que la prestation d'une telle formation favoriserait l'atteinte de ses objectifs. Le commissaire a également reconnu dans son rapport final que VIA avait déjà pris et continuait de prendre des mesures visant à aider les employés unilingues touchés par la création des nouveaux postes bilingues. Toutefois, comme leur ancienneté l'emporte, seuls les employés qui approchent de leur retraite suivent de la formation intensive en langue seconde. Les employés unilingues qui ont moins d'ancienneté ont donc très peu de chance d'être choisis dans les endroits où l'on annonce les cours de langue seconde. Si le syndicat a agi de manière arbitraire ou discriminatoire envers les employés ayant moins d'ancienneté, le recours approprié était de déposer une plainte pour manquement au devoir de représentation juste au Conseil et non pas de s'adresser à la Cour pour demander réparation (voir *Cairns* nos 1 et 2).

[121] En ce qui concerne la recommandation faite par le commissaire « d'identifier des occasions pour assigner des effectifs unilingues qualifiés à un des deux postes de coordonnateur des services sur le Transcontinental de l'Ouest » (recommandation n° 3),

compellable order can be made today since this position no longer exists. According to the non-contradicted evidence on record, as of March 11, 2003, the number of bilingual ASC positions on the Western Transcontinental line was reduced from 18 to 9 to provide further opportunities for unilingual employees to hold regularly assigned positions. The legality of this action under both the on-board collective agreement and the 1998 memorandum was confirmed by Arbitrator Michel Picher in an award dated July 14, 2003 (Arbitration Award, Case No. 3347, Canadian Railway Office of Arbitration, Arbitrator Michel Picher, July 14, 2003).

Applicant's entitlement for damages

[122] In the case at bar, the applicant claims \$40 000 for punitive damages as well as \$80 815.05 as compensatory damages. This claim covers the whole period between March 1998 and July 1, 2004 and is based on the difference between the wages she earned during this period and the salary a regularly assigned SM would have earned during the same period. Some figures were provided at the hearing by the applicant but have not been attested to in an affidavit by the applicant in support of her application for a remedy.

[123] VIA's counsel has referred the Court to the two affidavits of Mr. Edward G. Houlihan, dated December 14, 2006 and June 21, 2007, respectively. There is no serious reason to discard or ignore this highly relevant evidence which has not been seriously challenged by the applicant. As of June 21, 2007, there were nine Western service employees holding regular SM assignments on the Western Transcontinental line. There were eight Western service employees holding regular SMR assignments on the remote lines, more specifically, four on the Churchill line and four on the Skeena. There is currently one ASC on each of the trains on the Western Transcontinental and Churchill lines. There is no ASC on the Skeena.

dans les circonstances, aucune ordonnance contraignante ne peut être délivrée aujourd'hui car ce poste n'existe plus. Selon la preuve non contredite déposée au dossier, en date du 11 mars 2003, le nombre de postes de CAS bilingues à bord du Transcontinental de l'Ouest est passé de 18 à 9 afin d'accorder davantage d'occasions aux employés unilingues d'occuper des postes attribués de façon régulière. La légalité de cette mesure en vertu de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains et en vertu de l'entente de 1998 a été confirmée par l'arbitre Michel Picher dans une décision datée du 14 juillet 2003 (sentence arbitrale, affaire n° 3347, Bureau d'arbitrage et de médiation des chemins de fer du Canada, arbitre Michel Picher, 14 juillet 2003).

Le droit de la demanderesse à des dommages-intérêts

[122] En l'espèce, la demanderesse demande des dommages-intérêts punitifs de 40 000 \$, ainsi que des dommages-intérêts compensatoires de 80 815,05 \$. Cette demande est présentée à l'égard de la période de mars 1998 au 1^{er} juillet 2004 et elle est fondée sur la différence entre le salaire qu'elle a gagné au cours de cette période et le salaire qu'un DS affecté régulièrement à son poste aurait gagné au cours de la même période. Un certain nombre de montants ont été avancés à l'audience par la demanderesse, mais celle-ci ne les a pas prouvés par un affidavit soumis à l'appui de sa demande de réparation.

[123] L'avocat de VIA a renvoyé la Cour à deux affidavits soumis par M. Edward G. Houlihan, un daté du 14 décembre 2006 et l'autre daté du 21 juin 2007. Il n'existe pas de raisons sérieuses d'écarter cet élément de preuve très pertinent, qui n'a pas été sérieusement contesté par la demanderesse, ou de ne pas en tenir compte. Le 21 juin 2007, il y avait, dans l'Ouest, neuf employés des services dans les trains affectés régulièrement à des postes de DS à bord du Transcontinental de l'Ouest. Il y avait, dans l'Ouest, huit employés des services dans les trains affectés régulièrement à des postes de DS sur les trajets éloignés, plus précisément, quatre sur le trajet Churchill et quatre sur le Skeena. À ce moment, il y a un CAS à bord de chacun des trains

[124] Of the Western service employees who were fully qualified to work as SM, 29 were senior to the applicant and, of those, 12 did not have the seniority required to hold a regular SM assignment. From 1998 to that date, there were at any given time no fewer than 63 unilingual Western service employees who were senior to the applicant and who otherwise satisfied the basic requirements to apply for SM training. Moreover, as of June 21, 2007, of the Western service employees who were fully qualified to work as ASC, 34 were senior to the applicant. From 1998 to that date, there were, at any given time, no fewer than 63 unilingual Western service employees who were senior to the applicant and who otherwise satisfied the basic requirements to apply for ASC training.

[125] As can be seen, the monetary remedies sought by the applicant would entail an *ex post facto* determination by the Court, on a hypothetical basis, of whether the applicant would have successfully qualified for training and bidding in the SM or ASC positions, were bilingual requirements for any of these positions to be declared illegal retroactively. In this regard, should the date used be that of the applicant's complaint to the Commissioner, the date the applicant first applied to training or the date of the implementation of the NEPO initiative?

[126] No up-to-date evidence was filed by the parties at the hearing held last April 2009. The Court, as of today, cannot determine the exact number of unilingual Western service employees who are more senior to the applicant. However, given the figures already provided by Mr. Houlihan in his second affidavit of June 21, 2007, absent any bilingual requirements, any claim that the applicant would otherwise have qualified to hold a

du Transcontinental de l'Ouest et à bord de chacun des trains du trajet Churchill. Il n'y a pas de CAS à bord du Skeena.

[124] Dans l'Ouest, parmi les employés des services dans les trains qui avaient toutes les compétences pour occuper un poste de DS, 29 étaient des employés ayant plus d'ancienneté que la demanderesse et, parmi ceux-ci, 12 n'avaient pas l'ancienneté exigée pour être affectés régulièrement à un poste de DS. De 1998 à cette date, il y avait en tout temps, dans l'Ouest, pas moins de 63 employés des services dans les trains unilingues qui avaient plus d'ancienneté que la demanderesse et qui répondaient à tout autre égard aux critères fondamentaux pour postuler pour la formation relative au poste de DS. De plus, dans l'Ouest, le 21 juin 2007, parmi les employés des services dans les trains qui avaient toutes les compétences pour occuper un poste de CAS, 34 avaient plus d'ancienneté que la demanderesse. De 1998 à cette date, il y avait en tout temps, dans l'Ouest, pas moins de 63 employés des services dans les trains unilingues qui avaient plus d'ancienneté que la demanderesse et qui répondaient à tout autre égard aux critères fondamentaux pour postuler pour la formation relative au poste de CAS.

[125] Comme on peut le constater, les réparations d'ordre pécuniaire demandées par la demanderesse entraîneraient une décision hypothétique après coup par la Cour sur la question de savoir si la demanderesse aurait été admissible à la formation et aurait pu postuler avec succès pour les postes de DS ou de CAS si les exigences de bilinguisme pour ces postes étaient déclarées illégales rétroactivement. À cet égard, devrait-on utiliser la date du dépôt de la plainte de la demanderesse au commissaire, la date à laquelle la demanderesse a demandé pour la première fois à recevoir de la formation ou la date de la mise en œuvre du programme ENSV?

[126] Aucun élément de preuve à jour n'a été déposé par les parties à l'audience tenue en avril 2009. La Cour ne peut pas déterminer le nombre exact, aujourd'hui, d'employés des services dans les trains dans la région de l'Ouest ayant plus d'ancienneté que la demanderesse. Toutefois, compte tenu des chiffres déjà mentionnés par M. Houlihan dans son deuxième affidavit du 21 juin 2007, en l'absence d'exigences de bilinguisme,

SM or ASC position during the time period indicated at the hearing (March 1998 to July 1, 2004) appears highly speculative in the circumstances. The Court simply cannot assume, as suggested by the applicant at the hearing, that more senior employees would not have bid for training on these positions, nor that the applicant would have passed the tests and examinations. The only just and reasonable remedy in the circumstances would be to make a declaration of right and order VIA to conduct a new bidding process.

[127] According to the evidence, at the time the NEPO initiative was implemented, that is in the summer of 1998, the applicant had 13 years of service. The applicant, who is also qualified as cook, SA and SSA, was regularly occupying the position of SC and reported directly to the SM. Furthermore, she has experienced working as a SM in her capacity as a SC after being assigned from the spareboard in the absence of a qualified SM. However, the applicant would not have been allowed to qualify for training under the 1998 memorandum in a SM position, because of the transitional nature of its provisions. By award of arbitration dated April 23, 2002, it was decided by labour arbitrator Ted Weatherhill that the intent of paragraph 6 of the 1998 memorandum was to allow unilingual employees to access SM positions only during the initial implementation period of the initiative, until the full complement of employees had been achieved (see Award of Arbitration dated April 23, 2002, filed as exhibit C to the affidavit of Edward Houlihan).

[128] Moreover, in crafting a just and reasonable remedy, the Court would also have to consider the provisions of the on-board collective agreement. The latter exhaustively regulate bids for training or assignments, limit the number of training positions or assignments available and regulate the whole selection process, which is notably based on the relative seniority of each candidate. For example, with respect to SM positions, once the initial selection of candidates is made (i.e. based on seniority) each candidate is individually evaluated by VIA's management through a formal

la prétention selon laquelle la demanderesse avait les compétences à tout autre égard pour occuper un poste de DS ou de CAS au cours de la période de temps mentionnée à l'audience (de mars 1998 au 1^{er} juillet 2004) semble très hypothétique dans les circonstances. La Cour ne peut tout simplement pas présumer, comme l'a laissé entendre la demanderesse à l'audience, que les employés ayant plus d'ancienneté n'auraient pas postulé pour la formation relative à ces postes, ni que la demanderesse aurait réussi les examens. La seule réparation juste et raisonnable dans les circonstances serait de rendre une ordonnance déclaratoire et d'ordonner à VIA d'effectuer un nouveau processus de soumission de candidatures.

[127] Selon la preuve, à l'époque où le programme ENSV a été mis en œuvre, c'est-à-dire à l'été de 1998, la demanderesse comptait 13 années de service. La demanderesse, qui possède également des compétences de cuisinière, de PS et de PPS, occupait de façon régulière le poste de CS et relevait directement du DS. De plus, lorsqu'elle était CS, elle a été appelée à travailler comme DS après avoir été choisie de la liste de réserve en l'absence d'un DS compétent. Toutefois, la demanderesse n'aurait pas été admissible à la formation relative au poste de DS en vertu de l'entente de 1998 en raison de la nature transitoire des dispositions de cette entente. Dans une sentence arbitrale datée du 23 avril 2002, l'arbitre en droit du travail Ted Weatherhill a décidé que l'objet du paragraphe 6 de l'entente de 1998 était de permettre aux employés unilingues d'accéder aux postes de DS uniquement pendant la période de mise en œuvre initiale du programme, jusqu'à ce que l'effectif soit complet (voir la sentence arbitrale du 23 avril 2002, pièce C de l'affidavit d'Edward Houlihan).

[128] De plus, en élaborant une réparation juste et raisonnable, la Cour devrait également examiner les dispositions de la convention collective du personnel itinérant des services dans les trains. Celle-ci régleme de façon exhaustive les demandes de formation ou d'affectation, limite le nombre de postes de formation ou d'affectation et régleme l'ensemble du processus de sélection, qui est notamment fondé sur l'ancienneté relative de chaque candidat. Par exemple, pour les postes de DS, une fois que la sélection initiale des candidats a été effectuée (d'après l'ancienneté), chaque

interview process, as well as theoretical and practical testing. The major component of the practical testing consists of an exercise called “In-Basket Testing”, which requires the candidate to resolve a series of problems based on a hypothetical or “role-play” scenario. It is only if a candidate successfully completes all of the components of the selection process that he or she is invited to participate in SM training. Only candidates who have successfully completed the training are deemed qualified SM and are thereby entitled to bid on SM or work from the spareboard in that position.

[129] Finally, there is no evidence of bad conduct such that VIA should be condemned to pay punitive damages for the humiliation or stress, if any, personally caused to the applicant as a result of the implementation of the NEPO initiative or the taking of the challenged staffing actions.

IX. COSTS

[130] Section 81 of the OLA provides:

Costs **81.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

Idem (2) Where the Court is of the opinion that an application under section 77 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

[131] Exercising my discretion and having considered all relevant factors, I find that this is one of those cases raising an important new principle in relation to the OLA where costs should be awarded to the applicant even if the applicant was not successful in the result. This application has raised the complex interplay between the various parts of the OLA and

candidat fait l’objet d’une évaluation individuelle de la part de la direction de VIA grâce à un processus officiel d’entrevue et à des examens théoriques et pratiques. L’élément principal des examens pratiques consiste en un exercice appelé « épreuve du courrier », au cours duquel le candidat doit régler une série de problèmes en fonction d’un scénario hypothétique ou d’un « jeu de rôles ». Ce n’est que si un candidat réussit l’ensemble des éléments du processus de sélection qu’il est invité à participer à la formation relative au poste de DS. Seuls les candidats qui réussissent la formation sont réputés avoir les compétences de DS et sont donc autorisés à postuler pour un poste de DS ou à figurer sur la liste de réserve pour ce poste.

[129] Enfin, il n’y a aucune preuve de mauvaise conduite de la part de VIA qui ferait que celle-ci devrait être condamnée à payer des dommages-intérêts punitifs pour l’humiliation ou le stress occasionné, le cas échéant, à la demanderesse à la suite de la mise en œuvre du programme ENSV ou de la prise des mesures de dotation contestées.

IX. LES DÉPENS

[130] L’article 81 de la LLO prévoit ce qui suit :

81. (1) Les frais et dépens sont laissés à l’appréciation du tribunal et suivent, sauf ordonnance contraire de celui-ci, le sort du principal. Frais et dépens

(2) Cependant, dans les cas où il estime que l’objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, le tribunal accorde les frais et dépens à l’auteur du recours, même s’il est débouté. Idem

[131] En exerçant mon pouvoir discrétionnaire, et après avoir tenu compte de l’ensemble des facteurs pertinents, je conclus que la cause en l’espèce soulève un principe important et nouveau quant à la LLO et que les dépens devraient être accordés à la demanderesse même si celle-ci a été déboutée. La présente demande a soulevé la question de l’interaction complexe entre les

some of its key provisions. The clarification of the scope of these provisions in the context of the challenged staffing actions goes far beyond the immediate interests of the parties involved in this litigation. This case sheds additional light on general guiding principles governing the assessment of reasonableness of bilingual requirements in cases where a federal institution provides services to the traveling public.

[132] This is a proper case to award to the applicant a lump sum in lieu of any assessed costs. The sum of \$2 000, considering all relevant factors and the particular circumstances of the case, is reasonable and shall be paid by the respondent (*Thibodeau*, above; *Sherman v. M.N.R.*, 2003 FCA 202, [2003] 4 F.C. 865; *Rahman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 137, 216 F.T.R. 263).

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application is dismissed with costs in favour of the applicant; and
2. The sum of \$2 000 in lieu of any assessed costs, payable by the respondent, is attributed to the applicant.

ANNEX

Relevant Legislative or Regulatory Provisions

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 [s. 7 (as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 225)]

Legislative instruments 7. (1) Any instrument made in the execution of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament that

diverses parties de la LLO et certaines de ses dispositions clés. La clarification de la portée de ces dispositions dans le contexte des mesures de dotation contestées va bien au-delà des intérêts immédiats des parties au présent litige. La présente cause apporte un éclairage additionnel aux principes directeurs généraux qui régissent l'évaluation du caractère raisonnable des exigences de bilinguisme dans les cas où une institution fédérale dispense des services aux voyageurs.

[132] Il convient en l'espèce d'adjuger à la demanderesse une somme globale tenant lieu de dépens. Compte tenu de l'ensemble des facteurs pertinents et des circonstances particulières de l'espèce, l'adjudication d'un montant de 2 000 \$ est raisonnable et ce montant sera versé par la défenderesse (*Thibodeau*, précité; *Sherman c. M.R.N.*, 2003 CAF 202, [2003] 4 C.F. 865; *Rahman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 137).

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ET ADJUGE que

1. la demande est rejetée avec dépens à la demanderesse;
2. la somme de 2 000 \$ tenant lieu de dépens, payable par la défenderesse, est adjugée à la demanderesse.

ANNEXE

Dispositions légales et réglementaires

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 [art. 7 (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 225)]

Textes d'application 7. (1) Sont établis dans les deux langues officielles les actes pris, dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale, soit par le gouverneur en conseil ou par un ou plusieurs ministres fédéraux, soit avec leur agrément, les actes astreints, sous le régime d'une loi fédérale, à l'obligation de publication dans la *Gazette du Canada*, ainsi que les actes de nature publique et générale. Leur impression et

leur publication éventuelles se font dans les deux langues officielles.

(a) is made by, or with the approval of, the Governor in Council or one or more ministers of the Crown,

(b) is required by or pursuant to an Act of Parliament to be published in the *Canada Gazette*, or

(c) is of a public and general nature

shall be made in both official languages and, if printed and published, shall be printed and published in both official languages.

Instruments under prerogative or other executive power

(2) All instruments made in the exercise of a prerogative or other executive power that are of a public and general nature shall be made in both official languages and, if printed and published, shall be printed and published in both official languages.

(2) Les actes qui procèdent de la prérogative ou de tout autre pouvoir exécutif et sont de nature publique et générale sont établis dans les deux langues officielles. Leur impression et leur publication éventuelles se font dans ces deux langues.

Prérogative

Exceptions

(3) Subsection (1) does not apply to

(a) an ordinance of the Northwest Territories or a law made by the Legislature of Yukon or the Legislature for Nunavut, or any instrument made under any such ordinance or law, or

(b) a by-law, law or other instrument of an Indian band, band council or other body established to perform a governmental function in relation to an Indian band or other group of aboriginal people,

by reason only that the ordinance, by-law, law or other instrument is of a public and general nature.

...

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux textes suivants du seul fait qu'ils sont d'intérêt général et public :

a) les ordonnances des Territoires du Nord-Ouest, les lois de la Législature du Yukon ou de celle du Nunavut, ainsi que les actes découlant de ces ordonnances et lois;

b) les actes pris par les organismes — bande indienne, conseil de bande ou autres — chargés de l'administration d'une bande indienne ou d'autres groupes de peuples autochtones.

Exceptions

Rules, etc., governing practice and procedure

9. All rules, orders and regulations governing the practice or procedure in any proceedings before a federal court shall be made, printed and published in both official languages.

...

9. Les textes régissant la procédure et la pratique des tribunaux fédéraux sont établis, imprimés et publiés dans les deux langues officielles.

[...]

[...]

Textes de procédures

Notices, advertisements and other matters that are published

11. (1) A notice, advertisement or other matter that is required or authorized by or pursuant to an Act of Parliament to be published by or under the authority of a federal institution primarily for the information of members of the public shall,

(a) wherever possible, be printed in one of the official languages in at least one publication in general circulation within each region where the matter applies that appears wholly or mainly in that language and in the other official language in at least one publication in general circulation within each region where the matter applies that appears wholly or mainly in that other language; and

(b) where there is no publication in general circulation within a region where the matter applies that appears wholly or mainly in English or no such publication that appears wholly or mainly in French, be printed in both official languages in at least one publication in general circulation within that region.

Equal prominence

(2) Where a notice, advertisement or other matter is printed in one or more publications pursuant to subsection (1), it shall be given equal prominence in each official language.

Instruments directed to the public

12. All instruments directed to or intended for the notice of the public, purporting to be made or issued by or under the authority of a federal institution, shall be made or issued in both official languages.

...

Where communications and services must be in both official languages

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

11. (1) Les textes — notamment les avis et annonces — que les institutions fédérales doivent ou peuvent, sous le régime d'une loi fédérale, publier, ou faire publier, et qui sont principalement destinés au public doivent, là où cela est possible, paraître dans des publications qui sont largement diffusées dans chacune des régions visées, la version française dans au moins une publication d'expression principalement française et son pendant anglais dans au moins une publication d'expression principalement anglaise. En l'absence de telles publications, ils doivent paraître dans les deux langues officielles dans au moins une publication qui est largement diffusée dans la région.

Avis et annonces

(2) Il est donné dans ces textes égale importance aux deux langues officielles.

Importance

12. Les actes qui s'adressent au public et qui sont censés émaner d'une institution fédérale sont établis ou délivrés dans les deux langues officielles.

Actes destinés au public

[...]

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux — auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions

Langues des communications et services

offrent des services — situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

Traveling
Public

23. (1) For greater certainty, every federal institution that provides services or makes them available to the travelling public has the duty to ensure that any member of the travelling public can communicate with and obtain those services in either official language from any office or facility of the institution in Canada or elsewhere where there is significant demand for those services in that language.

23. (1) Il est entendu qu'il incombe aux institutions fédérales offrant des services aux voyageurs de veiller à ce que ceux-ci puissent, dans l'une ou l'autre des langues officielles, communiquer avec leurs bureaux et en recevoir les services, là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

Voyageurs

Services
provided
pursuant to a
contract

(2) Every federal institution has the duty to ensure that such services to the travelling public as may be prescribed by regulation of the Governor in Council that are provided or made available by another person or organization pursuant to a contract with the federal institution for the provision of those services at an office or facility referred to in subsection (1) are provided or made available, in both official languages, in the manner prescribed by regulation of the Governor in Council.

(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, dans les bureaux visés au paragraphe (1), les services réglementaires offerts aux voyageurs par des tiers conventionnés par elles à cette fin le soient, dans les deux langues officielles, selon les modalités réglementaires.

Services
conventionnés

Nature of the
office

24. (1) Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate in either official language with, and obtain available services in either official language from, any of its offices or facilities in Canada or elsewhere

24. (1) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leurs bureaux, tant au Canada qu'à l'étranger, et en recevoir les services dans l'une ou l'autre des langues officielles :

Vocation du
bureau

(a) in any circumstances prescribed by regulation of the Governor in Council that relate to any of the following:

a) soit dans les cas, fixés par règlement, touchant à la santé ou à la sécurité du public ainsi qu'à l'emplacement des bureaux, ou liés au caractère national ou international de leur mandat;

(i) the health, safety or security of members of the public,

(ii) the location of the office or facility, or

(iii) the national or international mandate of the office; or

	<p>(b) in any other circumstances prescribed by regulation of the Governor in Council where, due to the nature of the office or facility, it is reasonable that communications with and services from that office or facility be available in both official languages.</p>	<p>b) soit en toute autre circonstance déterminée par règlement, si la vocation des bureaux justifie l'emploi des deux langues officielles.</p>	
Institutions reporting directly to Parliament	<p>(2) Any federal institution that reports directly to Parliament on any of its activities has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from all of its offices or facilities in Canada or elsewhere in either official language.</p>	<p>(2) Il incombe aux institutions fédérales tenues de rendre directement compte au Parlement de leurs activités de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leurs bureaux, tant au Canada qu'à l'étranger, et en recevoir les services dans l'une ou l'autre des langues officielles.</p>	Institutions relevant directement du Parlement
Idem	<p>(3) Without restricting the generality of subsection (2), the duty set out in that subsection applies in respect of</p> <p>(a) the Office of the Commissioner of Official Languages;</p> <p>(b) the Office of the Chief Electoral Officer;</p> <p>(b.1) the Office of the Public Sector Integrity Commissioner;</p> <p>(c) the Office of the Auditor General;</p> <p>(d) the Office of the Information Commissioner;</p> <p>(e) the Office of the Privacy Commissioner; and</p> <p>(f) the Office of the Commissioner of Lobbying.</p> <p>...</p>	<p>(3) Cette obligation vise notamment :</p> <p>a) le commissariat aux langues officielles;</p> <p>b) le bureau du directeur général des élections;</p> <p>b.1) le commissariat à l'intégrité du secteur public;</p> <p>c) le bureau du vérificateur général;</p> <p>d) le commissariat à l'information;</p> <p>e) le commissariat à la protection de la vie privée;</p> <p>f) le Commissariat au lobbying.</p> <p>[...]</p>	Précision
Commitment to equal opportunities and equitable participation	<p>39. (1) The Government of Canada is committed to ensuring that</p> <p>(a) English-speaking Canadians and French-speaking Canadians, without regard to their ethnic origin or first language learned, have equal opportunities to obtain employment and advancement in federal institutions; and</p> <p>(b) the composition of the work-force of federal institutions tends to reflect the presence of both the official language communities of Canada, taking into account the characteristics</p>	<p>39. (1) Le gouvernement fédéral s'engage à veiller à ce que :</p> <p>a) les Canadiens d'expression française et d'expression anglaise, sans distinction d'origine ethnique ni égard à la première langue apprise, aient des chances égales d'emploi et d'avancement dans les institutions fédérales;</p> <p>b) les effectifs des institutions fédérales tendent à refléter la présence au Canada des deux collectivités de langue officielle, compte tenu de la nature de chacune d'elles et</p>	Engagement

	of individual institutions, including their mandates, the public they serve and their location.	notamment de leur mandat, de leur public et de l'emplacement de leurs bureaux.	
Employment opportunities	(2) In carrying out the commitment of the Government of Canada under subsection (1), federal institutions shall ensure that employment opportunities are open to both English-speaking Canadians and French-speaking Canadians, taking due account of the purposes and provisions of Parts IV and V in relation to the appointment and advancement of officers and employees by those institutions and the determination of the terms and conditions of their employment.	(2) Les institutions fédérales veillent, au titre de cet engagement, à ce que l'emploi soit ouvert à tous les Canadiens, tant d'expression française que d'expression anglaise, compte tenu des objets et des dispositions des parties IV et V relatives à l'emploi.	Possibilités d'emploi
Merit principle	(3) Nothing in this section shall be construed as abrogating or derogating from the principle of selection of personnel according to merit. ...	(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au mode de sélection fondé sur le mérite. [...]	Principe du mérite
Government policy	41. (1) The Government of Canada is committed to (a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and (b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.	41. (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.	Engagement
Duty of federal institutions	(2) Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under subsection (1). For greater certainty, this implementation shall be carried out while respecting the jurisdiction and powers of the provinces.	(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.	Obligations des institutions fédérales
Regulations	(3) The Governor in Council may make regulations in respect of federal institutions, other than the Senate, House of Commons, Library of Parliament, office of the Senate Ethics Officer or office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner, prescribing the manner in which any duties of those institutions under this Part are to be carried out. ...	(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose. [...]	Règlements

Powers of Treasury Board	<p>46. (1) ...</p> <p>(2) In carrying out its responsibilities under subsection (1), the Treasury Board may</p> <p>...</p> <p>(c) issue directives to give effect to Parts IV, V and VI;</p> <p>...</p> <p>(f) provide information to the public and to officers and employees of federal institutions relating to the policies and programs that give effect to Parts IV, V and VI; and</p> <p>...</p>	<p>46. (1) [...]</p> <p>(2) Le Conseil du Trésor peut, dans le cadre de cette mission :</p> <p>[...]</p> <p>c) donner des instructions pour l'application des parties IV, V et VI;</p> <p>[...]</p> <p>f) informer le public et le personnel des institutions fédérales sur les principes et programmes d'application des parties IV, V et VI;</p> <p>[...]</p>	Attributions
Investigation of complaints	<p>58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,</p> <p>(a) the status of an official language was not or is not being recognized,</p> <p>(b) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or</p> <p>(c) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with in the administration of the affairs of any federal institution.</p>	<p>58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.</p>	Plaintes
Who may make complaint	<p>(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue.</p>	<p>(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants.</p>	Dépôt d'une plainte
Discontinuance of investigation	<p>(3) If in the course of investigating any complaint it appears to the Commissioner that, having regard to all the circumstances of the case, any further investigation is unnecessary, the Commissioner may refuse to investigate the matter further.</p>	<p>(3) Le commissaire peut, à son appréciation, interrompre toute enquête qu'il estime, compte tenu des circonstances, inutile de poursuivre.</p>	Interruption de l'instruction

Right of Commissioner to refuse or cease investigation	<p>(4) The Commissioner may refuse to investigate or cease to investigate any complaint if in the opinion of the Commissioner</p> <p>(a) the subject-matter of the complaint is trivial;</p> <p>(b) the complaint is frivolous or vexatious or is not made in good faith; or</p> <p>(c) the subject-matter of the complaint does not involve a contravention or failure to comply with the spirit and intent of this Act, or does not for any other reason come within the authority of the Commissioner under this Act.</p>	<p>(4) Le commissaire peut, à son appréciation, refuser ou cesser d'instruire une plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :</p> <p>a) elle est sans importance;</p> <p>b) elle est futile ou vexatoire ou n'est pas faite de bonne foi;</p> <p>c) son objet ne constitue pas une contravention à la présente loi ou une violation de son esprit et de l'intention du législateur ou, pour toute autre raison, ne relève pas de la compétence du commissaire.</p>	Refus d'instruire
Complainant to be notified	<p>(5) Where the Commissioner decides to refuse to investigate or cease to investigate any complaint, the Commissioner shall inform the complainant of that decision and shall give the reasons therefor.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>(5) En cas de refus d'ouvrir une enquête ou de la poursuivre, le commissaire donne au plaignant un avis motivé.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Avis au plaignant
Application for Remedy	<p>77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV, V or VII, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.</p>	<p>77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, ou VII, ou fondée sur l'article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.</p>	Recours
Limitation period	<p>(2) An application may be made under subsection (1) within sixty days after</p> <p>(a) the results of an investigation of the complaint by the Commissioner are reported to the complainant under subsection 64(1),</p> <p>(b) the complainant is informed of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2), or</p> <p>(c) the complainant is informed of the Commissioner's decision to refuse or cease to investigate the complaint under subsection 58(5), or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those sixty days, fix or allow.</p>	<p>(2) Sauf délai supérieur accordé par le tribunal sur demande présentée ou non avant l'expiration du délai normal, le recours est formé dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l'enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou de l'avis de refus d'ouverture ou de poursuite d'une enquête donné au titre du paragraphe 58(5).</p>	Délai

Application six months after complaint	(3) Where a complaint is made to the Commissioner under this Act but the complainant is not informed of the results of the investigation of the complaint under subsection 64(1), of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2) or of a decision under subsection 58(5) within six months after the complaint is made, the complainant may make an application under subsection (1) at any time thereafter.	(3) Si, dans les six mois suivant le dépôt d'une plainte, il n'est pas avisé des conclusions de l'enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou du refus opposé au titre du paragraphe 58(5), le plaignant peut former le recours à l'expiration de ces six mois.	Autre délai
Order of Court	(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.	(4) Le tribunal peut, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.	Ordonnance
Other rights of action	(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.	(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d'action.	Précision
...		[...]	
Primacy of Parts I to V	82. (1) In the event of any inconsistency between the following Parts and any other Act of Parliament or regulation thereunder, the following Parts prevail to the extent of the inconsistency:	82. (1) Les dispositions des parties qui suivent l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux :	Primauté sur les autres lois
	<p>(a) Part I (Proceedings of Parliament);</p> <p>(b) Part II (Legislative and other Instruments);</p> <p>(c) Part III (Administration of Justice);</p> <p>(d) Part IV (Communications with and Services to the Public); and</p> <p>(e) Part V (Language of Work).</p>	<p>a) partie I (Débats et travaux parlementaires);</p> <p>b) partie II (Actes législatifs et autres);</p> <p>c) partie III (Administration de la justice);</p> <p>d) partie IV (Communications avec le public et prestation des services);</p> <p>e) partie V (Langue de travail).</p>	
<i>Canadian Human Rights Act</i> excepted	(2) Subsection (1) does not apply to the <i>Canadian Human Rights Act</i> or any regulation made thereunder.	(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> ni à ses règlements.	Exception
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , being Part I of the <i>Constitution Act, 1982</i> , Schedule B, <i>Canada Act 1982</i> , 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]		<i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , qui constitue la partie I de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> , annexe B, <i>Loi de 1982 sur le Canada</i> , 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]	
Communications by public with federal institutions	20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same	20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a	Communications entre les administrés et les institutions fédérales

right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48

7. (1) ...

(2) For the purposes of subsection 23(1) of the Act, there is significant demand for services to the travelling public from an office or facility of a federal institution in an official language where the office or facility provides those services on a route and on that route over a year at least 5 per cent of the demand from the travelling public for services is in that language.

...

(4) For the purposes of subsection 23(1) of the Act, there is significant demand for services to the travelling public from an office or facility of a federal institution in both official languages where

...

(d) the office or facility provides those services on board a train

(i) on an interprovincial route that starts in, finishes in or passes through a province that has an English or French linguistic minority population that is equal to at least 5 per cent of the total population in the province, or

...

8. For the purposes of paragraph 24(1)(a) of the Act, the circumstances that relate to the health, safety or security of members of the public are the following:

(a) where an office or facility of a federal institution provides emergency services, including first aid services, in

Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services, DORS/92-48

7. (1) [...]

(2) Pour l'application du paragraphe 23(1) de la Loi, l'emploi d'une langue officielle fait l'objet d'une demande importante à un bureau d'une institution fédérale en ce qui a trait aux services offerts aux voyageurs lorsque le bureau offre ces services sur un trajet et qu'au moins cinq pour cent de la demande de services faite par les voyageurs sur ce trajet, au cours d'une année, est dans cette langue.

[...]

(4) Pour l'application du paragraphe 23(1) de la Loi, l'emploi des deux langues officielles fait l'objet d'une demande importante à un bureau d'une institution fédérale en ce qui a trait aux services offerts aux voyageurs, dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

[...]

d) le bureau offre les services à bord d'un train :

(i) soit sur un trajet interprovincial dont la tête de ligne ou le terminus est situé dans une province dont la population de la minorité francophone ou anglophone représente au moins cinq pour cent de l'ensemble de la population de la province, ou qui traverse une telle province,

[...]

8. Sont visés à l'alinéa 24(1)a) de la Loi les cas touchant à la santé ou à la sécurité du public qui suivent :

a) lorsqu'un bureau d'une institution fédérale fournit des services d'urgence, notamment les premiers soins, dans une

a clinic or health care unit at an airport, railway station or ferry terminal;

(b) where an office or facility of a federal institution uses signage that includes words or standardized public announcements regarding health, safety or security in respect of

(i) passengers on aircraft, trains or ferries,

(ii) members of the public at airports, railway stations or ferry terminals, or

(iii) members of the public in or on the grounds of federal buildings; and

(c) where an office or facility of a federal institution uses written notices or signage that includes words for alerting the public to hazards of a radioactive, explosive, chemical, biological or environmental nature or to other hazards of a similar nature.

clinique ou une infirmerie située dans un aéroport ou une gare ferroviaire ou de traversiers;

b) lorsqu'un bureau d'une institution fédérale utilise des moyens de signalisation comportant des mots, ou des messages publics normalisés, qui visent la santé ou la sécurité :

(i) soit des passagers à bord d'aéronefs, de trains ou de traversiers,

(ii) soit du public dans les aéroports ou les gares ferroviaires ou de traversiers,

(iii) soit du public à l'intérieur des immeubles fédéraux ou sur leurs terrains avoisinants;

c) lorsqu'un bureau d'une institution fédérale utilise des avis écrits ou des moyens de signalisation comportant des mots pour mettre en garde le public contre tout danger de nature radioactive, explosive, chimique, biologique ou environnementale ou tout autre danger de nature semblable.

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2

Effect of
collective
agreement

56. A collective agreement entered into between a bargaining agent and an employer in respect of a bargaining unit is, subject to and for the purposes of this Part, binding on the bargaining agent, every employee in the bargaining unit and the employer.

Provision for
final
settlement
without
stoppage
of work

57. (1) Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties to or employees bound by the collective agreement, concerning its interpretation, application, administration or alleged contravention.

...

Decisions
not to be
reviewed by
court

58. (1) Every order or decision of an arbitrator or arbitration board is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2

56. Pour l'application de la présente partie et sous réserve des dispositions contraires de celle-ci, la convention collective conclue entre l'agent négociateur et l'employeur lie l'agent négociateur, les employés de l'unité de négociation régie par la convention et l'employeur.

57. (1) Est obligatoire dans la convention collective la présence d'une clause prévoyant le mode — par arbitrage ou toute autre voie — de règlement définitif, sans arrêt de travail, des désaccords qui pourraient survenir entre les parties ou les employés qu'elle régit, quant à son interprétation, son application ou sa prétendue violation.

[...]

58. (1) Les ordonnances ou décisions d'un conseil d'arbitrage ou d'un arbitre sont définitives et ne peuvent être ni contestées ni révisées par voie judiciaire.

Effet de la
convention
collective

Clause de
règlement
définitif
sans arrêt
de travail

Caractère
définitif des
décisions

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Citizens

Application for *mandamus* compelling Minister of Citizenship and Immigration to process applicant's citizenship application—Citizenship application submitted in July 2008, residence questionnaire answered in April 2009—In January 2010, citizenship officer reviewing applicant's file recommending RCMP investigation under *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 29, regarding misrepresentation of home address—Applicant submitting should Minister investigate, he may only suspend proceedings for six months, pursuant to Act, s. 17—Court previously finding s. 17 not mandatory time limit, suggesting s. 17 only coming into play after citizenship judge has decided, Minister obligated to confer citizenship—Nevertheless, while overall purpose for s. 17 suspension is to allow Minister flexibility to investigate when not satisfied with information provided, also imposing constraint—Once six month period exceeded, incumbent on Minister to explain delay in processing citizenship application—Such explanation providing applicants with opportunity to assist their cause—Also providing transparency in citizenship application process—No reason why Registrar of Canadian Citizenship, in whose hands present inquiry currently resting, ought not observe similar requirement—While citizenship officer not precluded from requesting RCMP investigation, important that resulting delay not be unreasonably extended—Although applicant not provided with acceptable explanation for delay, seven month delay not unreasonable such that it warrants Court's intervention by way of *mandamus*—Application dismissed.

WANG V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-262-10, 2010 FC 841, Mandamin J., judgment dated August 25, 2010, 16 pp.)

Permanent Residents

Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of visa officer's decision refusing to grant permanent resident status on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Applicant, 56-year-old citizen of Guyana, suffering from schizophrenia—Despite receiving medication, applicant stated to be incapable of being self-sufficient—Applicant's claim based on being last remaining family member in Guyana, being dependant on family members for support due to mental illness—Visa officer denying request on grounds family members willingly leaving him in Guyana, family visiting him regularly, financially supporting him—Officer presuming applicant able to find employment, at very least, care for himself—Applicant submits officer ignoring medical evidence emphasizing his inability to support himself financially, erring by not considering him as *de facto* family member—*De facto* family guidelines explaining how officers must be aware of every facet of dependency, from financial to emotional in order to render reasonable decision—This must be done in conjunction with an explanation by officers of the ability of family members to provide financial guarantees, all of which must be shown to have been considered in relation to entire evidentiary record—Without such specific demonstration, decision not reasonable—Unification of family members hallmark of Canadian immigration system, due consideration must be given to this key intention—Visa officer only narrowly focussing on applicant's material well-being

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

without demonstrating understanding of his mental, emotional health—H&C applications designed to consider all forms of hardship, from tangible to intangible—Application allowed.

KARIMULLAH V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5903-09, 2010 FC 824, Shore J., judgement dated August 19, 2010, 11 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Motion by Canada Revenue Agency (CRA) to strike out application for writ of prohibition preventing CRA from assessing GST on international roaming fees charged by applicants (TELUS) to customers—Alternatively, CRA appealing Prothonotary's decision ordering CRA's affiant to inform herself, provide written answers to cross-examination questions, provide documents—CRA previously informing TELUS fees for international roaming services subject to GST on basis roaming charges treated in industry as single supply of telecommunication services—In response, TELUS requesting CRA to conduct assessment only after 2006—CRA denying request—Issues: (1) whether prohibition application should be struck because Court cannot grant relief sought; (2) whether Prothonotary's order should be reversed—TELUS contending CRA's timing militating against granting motion—While timing relevant in most circumstances, not so herein—Prothonotary's order arguably changing application's nature into something more complex—Bringing CRA's motion now rather than occupying Court's time with application allegedly doomed to fail making sense—Limited authorities supporting position that prohibition application not clearly bereft of any chance of success—Fact of raising novel issue not dictating that it is bereft of any chance of success—CRA not meeting test required for striking application—CRA also failing to show Prothonotary's decision clearly wrong—Although TELUS's document request not made in accordance with *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 91, if issue arises during cross-examination, parties are to be encouraged to make requests at that time with the hope, expectation opposing party will be willing to provide documents—Prothonotaries are to be given flexibility to apply rules in efficient, practical, just manner—If situation such as present one arising, and Prothonotary of view that production warranted, technical reading of r. 91 should not invalidate order—Motion dismissed; appeal dismissed.

TELE-MOBILE COMPANY PARTNERSHIP V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-990-09, 2010 FC 839, Zinn J., order dated August 25, 2010, 16 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion by Apotex to strike counterclaim by H. Lundbeck A/S (Lundbeck) in nature of *quia timet* action on infringement—Lundbeck arguing counterclaim should be allowed to proceed because it is brought in response to an action seeking a declaration of non-infringement—Apotex seeking not only declaration of invalidity against Lundbeck's Canadian patent No. 1339452 ('452 patent), but also declaration that making, selling drug at issue will not infringe '452 patent—Lundbeck's counterclaim in nature of *quia timet* seeking declaration that '452 patent will be infringed—Court's previous authorities consistently holding that actions by second person pursuing mechanism in *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 do not, by themselves, justify *quia timet* proceeding by patent owner—However, present circumstances materially different from previous cases in that Apotex' action specifically seeking declaration that proposed drug will not infringe '452 patent—These circumstances not within Court's contemplation when criteria enunciated in *Connaught Laboratories Ltd. v. Smithkline Beecham Pharma Inc.* (1998), 86 C.P.R. (3d) 36, since pleading at issue therein was principal action—Review of authorities indicating that fundamental concern in regulating use of *quia timet* proceedings is preventing abuses of process, ensuring judicial resources not wasted—No suggestion of abuse of process in present case—Criteria set out in *Connaught Laboratories* should be applied with more flexibility where *quia timet* proceeding brought in response to action seeking declaration of non-infringement—Motion dismissed.

APOTEX INC. V. H. LUNDBECK A/S (T-1407-09, 2010 FC 807, Tabib P., order dated August 5, 2010, 12 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

BREVETS

PRATIQUE

Requête en radiation présentée par Apotex à l'encontre de la demande reconventionnelle de H. Lundbeck A/S (Lundbeck) de la nature d'une action *quia timet* dans une affaire de contrefaçon—Lundbeck soutenait que la demande reconventionnelle devrait être autorisée à suivre son cours parce qu'elle avait été déposée en réponse à une action sollicitant une déclaration de non-contrefaçon—Apotex sollicitait non seulement une déclaration portant que le brevet canadien n° 1339452 (le brevet '452) de Lundbeck était invalide, mais aussi une déclaration portant que la fabrication et la vente du médicament en cause ne constituerait pas une contrefaçon du brevet '452—La demande reconventionnelle de la nature d'une action *quia timet* de Lundbeck sollicitait une déclaration portant qu'il y aurait contrefaçon du brevet '452—Il appert toujours de la jurisprudence antérieure de la Cour que les actions qu'intente une « seconde personne » dans le cadre du mécanisme exposé dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, ne justifient pas en soi que le titulaire du brevet engage une procédure *quia timet*—Cependant, les circonstances en l'espèce étaient nettement différentes de celles dont il était question dans la jurisprudence à cause du fait important qu'Apotex, dans son action, cherchait précisément à obtenir une déclaration portant que le produit proposé ne contreviendrait pas au brevet '452—Ces circonstances ne correspondaient pas à celles qu'envisageait la Cour quand elle a formulé les critères énoncés dans *Connaught Laboratories Ltd. c. Smithkline Beecham Pharma Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1851 (1^{re} inst.) (QL), parce que l'acte de procédure en litige dans cette affaire était l'action principale—Il ressort d'un examen de la jurisprudence que, pour la réglementation de l'emploi des procédures *quia timet*, le principal sujet de préoccupation est le fait d'éviter que l'on abuse de la procédure et de veiller à ce qu'il n'y ait pas de gaspillage des ressources judiciaires—On ne pouvait pas parler d'un abus de procédure en l'espèce—Il convient d'appliquer avec plus de souplesse les critères énoncés dans *Connaught Laboratories* dans les cas où une procédure *quia timet* est engagée en réponse à une action visant à obtenir une déclaration de non-contrefaçon—Requête rejetée.

APOTEX INC. C. H. LUNDBECK A/S (T-1407-09, 2010 CF 807, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 5 août 2010, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Citoyens

Requête en bref de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de traiter la demande de citoyenneté de la demanderesse—Elle a soumis la demande de citoyenneté en juillet 2008 et a répondu au questionnaire sur la résidence en avril 2009—En janvier 2010, l'agent de citoyenneté chargé du dossier de la demanderesse a recommandé la tenue d'une enquête de la GRC en application de l'art. 29 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, relativement à une fausse déclaration quant à son adresse domiciliaire—La demanderesse soutenait que si le ministre devait mener une enquête, il ne pouvait suspendre la procédure que pendant six mois en vertu de l'art. 17 de la Loi—La Cour avait statué auparavant que l'art. 17 n'impose pas de délai obligatoire, donnant à penser que l'art. 17 ne trouve application qu'après qu'un juge de la citoyenneté a décidé que le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

ministre est tenu d'accorder la citoyenneté—Néanmoins, bien que l'objet général de la suspension prévue à l'art. 17 est de conférer au ministre une certaine souplesse pour mener une enquête lorsque les renseignements fournis ne sont pas satisfaisants, cette disposition impose aussi une contrainte—À l'expiration de la période de six mois, il incombe au ministre de justifier le délai de traitement de la demande de citoyenneté—Cette explication donne au demandeur l'occasion d'améliorer sa cause—Elle prévoit aussi la transparence dans le cadre du processus de demande de citoyenneté—Il n'y avait aucune raison pour laquelle le greffier de la citoyenneté canadienne, chargé de l'enquête en l'espèce, ne devrait pas observer une exigence semblable—Bien que l'agent de citoyenneté ne soit pas empêché de demander une enquête de la GRC, il importe que le délai qui en découle ne soit pas prolongé de façon déraisonnable—Même si aucune explication acceptable n'avait été fournie à la demanderesse pour expliquer le retard, le délai de sept mois n'était pas si déraisonnable qu'il justifiait l'intervention de la Cour au moyen d'un *mandamus*—Demande rejetée.

WANG C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (T-262-10, 2010 CF 841, juge Mandamin, jugement en date du 25 août 2010, 16 p.)

Résidents permanents

Motifs d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire visant la décision d'une agente d'immigration de ne pas accorder le statut de résident permanent pour des motifs d'ordre humanitaire—Le demandeur, un citoyen du Guyana de 56 ans, souffre de schizophrénie—Même s'il prenait des médicaments, le demandeur était incapable de subvenir à ses besoins—La demande du demandeur reposait sur le fait qu'il était le dernier membre de sa famille au Guyana et qu'il dépendait du soutien de sa famille en raison de sa maladie mentale—L'agente des visas a rejeté sa demande pour les motifs que les membres de sa famille l'avaient sciemment laissé au Guyana, que sa famille le visitait régulièrement et qu'elle lui apportait un soutien financier—L'agente a supposé que le demandeur était capable de trouver de l'emploi ou, à tout le moins, de s'occuper de lui-même—Le demandeur soutenait que l'agente n'avait pas tenu compte des éléments de la preuve médicale qui mettaient en évidence son incapacité à subvenir à ses besoins financiers et qu'elle avait commis une erreur en ne le considérant pas comme un membre d'une famille de fait—Selon les lignes directrices sur les membres de la famille de fait, les agents doivent, pour rendre une décision raisonnable, prendre connaissance de tous les aspects de la dépendance, de l'aspect financier à celui affectif—Ils doivent le faire tout en donnant des explications sur la capacité de la famille de donner des garanties financières; ils doivent montrer qu'ils ont pris en compte tout cela en relation avec l'intégralité du dossier de preuve—En l'absence d'une telle démonstration précise, la décision ne serait pas raisonnable—L'unification des membres de la famille constituant un point central du système d'immigration canadien, il faut prendre dûment en compte cette intention clé—L'agente des visas s'était seulement penchée, d'une manière précise, sur le bien-être matériel du demandeur, sans avoir démontré une compréhension de la santé mentale et émotionnelle de celui-ci—Les demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire ont été conçues afin que toutes les formes de difficultés, tangibles et intangibles, soient prises en compte—Demande accueillie.

KARIMULLAH C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5903-09, 2010 CF 824, juge Shore, jugement en date du 19 août 2010, 11 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Requête en radiation présentée par l'Agence du revenu du Canada (ARC) à l'égard de la demande de bref de prohibition l'empêchant d'établir une cotisation pour la TPS sur les frais d'itinérance internationaux perçus des clients par les demandereses (TELUS)—Subsidiairement, l'ARC interjetait appel de la décision du protonotaire enjoignant à la déposante de l'ARC de se renseigner et de fournir des réponses écrites aux questions posées pendant le contre-interrogatoire et de fournir des documents—Auparavant, l'ARC avait avisé TELUS que les frais perçus au titre de services d'itinérance internationaux étaient assujettis à la TPS au motif que les frais d'itinérance sont considérés, dans l'industrie, comme une fourniture unique de services de télécommunications—En réponse, TELUS avait demandé à l'ARC d'établir la cotisation à compter de 2006—L'ARC avait refusé la demande—Il s'agissait de savoir si : 1) la demande de bref de prohibition devait être radiée parce que la Cour ne pouvait pas accorder la réparation demandée; et 2) l'ordonnance du protonotaire devait être annulée—TELUS affirmait que le choix du

DOUANES ET ACCISE—Fin

moment de l'ARC militait contre la requête—Bien que le choix du moment soit pertinent dans la plupart des circonstances, ce n'était pas le cas en l'espèce—On peut soutenir que l'ordonnance du protonotaire avait transformé la nature de la demande en la rendant plus complexe—La présentation de la requête de l'ARC à ce stade au lieu du dépôt d'une demande vouée à l'échec était judicieuse—Un nombre restreint de précédents étayent la position selon laquelle la demande de bref de prohibition n'était pas manifestement dépourvue de succès—Le fait de soulever une question nouvelle ne signifie pas qu'elle est dépourvue de chances de réussite—L'ARC n'avait pas satisfait au critère nécessaire pour radier la demande—De même, l'ARC n'avait pas démontré que la décision du protonotaire était manifestement erronée—Même si la demande de documents de TELUS n'avait pas été faite conformément à la règle 91 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, si la question est soulevée pendant le contre-interrogatoire, les parties sont encouragées à présenter des demandes à ce moment-là dans l'espoir et l'attente que la partie adverse sera disposée à fournir les documents—Les protonotaires ont la flexibilité d'appliquer les règles de façon efficace, pratique et juste—Si une situation comme celle visée en l'espèce survient et si le protonotaire estime que la production de documents est justifiée, une lecture technique de la règle 91 ne devrait pas invalider l'ordonnance—Requête rejetée; appel rejeté.

TELE-MOBILE COMPANY PARTNERSHIP C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-990-09, 2010 CF 839, juge Zinn, ordonnance en date du 25 août 2010, 16 p.)