

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

R-3669-2008

Phase 2

Régie de l'énergie
DOSSIER R-3669-2008 Phase 2
DEPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 19 octobre 2010
Pièces n°: NON COTÉE

HYDRO-QUÉBEC

Demanderesse

et

Intervenants

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3669-2008 Phase 2
PIÈCE NO: B-159
Date: 19 octobre 2010

PLAN D'ARGUMENTATION

OBJECTION AU RAPPORT DE CRAIG ROACH – SECTION SUR LES ATC

HYDRO-QUÉBEC, DANS SES ACTIVITÉS DE TRANSPORT D'ÉLECTRICITÉ (« LE TRANSPORTEUR »), DEMANDE À LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE (LA « RÉGIE ») D'ACCUEILLIR LA PRÉSENTE OBJECTION POUR LES MOTIFS CI-APRÈS EXPOSÉS :

Commentaires introductifs

1. Le Transporteur s'objecte à la demande d'EBMI de verser en preuve une section du rapport de Craig Roach qui reprend presque textuellement le rapport déposé par ce dernier pour EBMI dans les dossiers de plaintes P-130-001 et P-130-003 (« **Première Partie du Rapport Roach** »);
2. EBMI participe à titre d'intervenant dans la présente instance et, de façon parallèle, EBMI est aussi plaignante dans les dossiers P-130-001 et P-130-003. Dans ce dernier dossier, EBMI prétend notamment que le Transporteur aurait contrevenu aux Tarifs et conditions en refusant de renouveler les services de transport ferme de point à point sur le chemin ON-HQT-NE suite à la diminution de la capacité de transfert disponible (« **ATC** ») sur le chemin HQT-NE résultant de la coordination de l'ATC avec le réseau voisin;
3. En déposant la Première Partie du Rapport Roach, EBMI demande indirectement à la Régie d'interpréter les articles 2 (proposition de modification) et 13.6 (disposition déjà approuvée) des Tarifs et conditions et de rendre une décision déclaratoire sur la portée et les effets de ces dispositions, ce qui ne relève pas du rôle de la Régie dans une cause tarifaire;
4. De plus, les dossiers P-130-001 et P-130-003 sont en délibéré et il y a donc un risque de décisions contradictoires;
5. Enfin, l'admission en preuve de la Première Partie du Rapport Roach porte atteinte à l'équité procédurale;

Rôle de la Régie en matière tarifaire

6. Dans le cadre d'une cause tarifaire, la Régie doit restreindre le débat devant elle à la preuve nécessaire et pertinente aux questions devant elle, soit la fixation des Tarifs et conditions. Dans ce contexte, seuls les éléments de preuve reliés aux questions à débattre, qui permettent de faire progresser ses délibérations et qui pourront avoir une influence sur la décision à rendre sont pertinents et admissibles;
 - *Audience sur les coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel*, D-98-61, (R.E.Q.), p. 4 (ONGLET 1);
 - Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada – procédure et preuve*, Montréal, Thémis, 1997, pp. 296-297 (ONGLET 2);
7. La Première Partie du Rapport Roach ne tend à démontrer aucun fait ou établir quelque fait devant être considéré par la Régie dans la présente cause tarifaire. Au contraire, par cette preuve, EBMI invite la Régie à se pencher et à se prononcer sur des questions dont elle n'est pas saisie dans la présente cause;
8. Le but du rapport de Craig Roach consiste notamment à établir comment le Transporteur devrait allouer l'ATC entre divers clients du service de transport de point à point en cas de diminution de l'ATC par suite de la coordination de celle-ci avec les réseaux voisins. L'une des thèses centrales de cet expert est que l'allocation devrait se faire en appliquant l'article 13.6 TC tel qu'il se trouve actuellement aux Tarifs et conditions;
9. EBMI a déposé un rapport quasi-identique aux mêmes fins dans le dossier des plaintes P-130-001 et P-130-003;
10. Or, la cause tarifaire n'est pas le forum approprié pour demander à la Régie de préciser ou d'interpréter, sur une base purement hypothétique, une disposition des Tarifs et conditions déjà approuvé (en l'occurrence l'article 13.6 TC);
11. Il est manifeste que EBMI tente de créer un lien artificiel et d'étendre les questions soumises à la Régie dans le but de se procurer un avantage dans le débat des plaintes qui est présentement en délibéré. Or, cette question ne comporte aucune relation réelle ni logique avec les questions tarifaires soumises à la Régie par le Transporteur ainsi qu'avec toute décision que pourra prendre la Régie dans le cadre de la présente cause;
12. Dans le cadre de cette cause tarifaire, la Régie n'a pas à se pencher ou à se prononcer sur une plainte concernant l'application d'un tarif. Ces questions relèvent exclusivement du processus établi au chapitre VII de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.;
 - *Audience sur les coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel*, D-98-61, (R.E.Q.), p. 4 (ONGLET 1);

Décision déclaratoire

13. La Régie n'a pas le pouvoir de prononcer des conclusions de nature déclaratoire sur des situations qui ne se sont pas encore matérialisées;
 - *Bellemare c. Petro-Canada*, D-98-18, p. 3-4 (ONGLET 3);
14. La décision de la Régie dans la présente instance devrait se limiter à établir des principes généraux et EBMI ne devrait pas tenter d'obtenir une déclaration de la Régie sur sa situation particulière;

Délibéré

15. Le dossier des plaintes P-130-001 et P-130-003 étant toujours en délibéré, la Régie devrait faire preuve de prudence et ne pas se prononcer sur un aspect qui dépasse le cadre du présent dossier et qui a fait l'objet d'un débat dans ce dossier;
 - *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2009-097, (R.E.Q.) par. 31 (ONGLET 4);
16. De la même façon que la Régie a accepté de reporter l'audience du présent dossier afin de permettre d'abord les audiences dans les dossiers de plaintes P-110-1565, P-110-1597 et P-110-1678, elle devrait éviter de se prononcer sur un sujet abordé dans le dossier des plaintes d'EBMI;
 - *Hydro-Québec et Intervenants*, D-2009-097, (R.E.Q.) par. 31 (ONGLET 4);
17. L'admission de la preuve visée par la présente objection crée le risque injustifié de décisions contradictoires, et ce, sur la base d'un dossier de preuve incomplet. Dans de telles circonstances, la Régie devrait s'abstenir;
18. À cet égard, il faut déplorer l'attitude d'EBMI, qui s'est objecté à la remise de l'audition du dossier des plaintes P-130-001 et P-130-003 en plaidant que les témoins qui seraient entendus dans ces dossiers ne témoigneraient pas sur les mêmes questions que dans le cadre de la cause tarifaire, pour ensuite déposer un rapport d'expert quasi identique et traitant précéssément des mêmes questions;
 - *Énergie Brookfield Marketing Inc. c. Hydro-Québec*, D-2010-075, p. 7 (ONGLET 5);
19. C'est sur la base de ces représentations que la Régie a refusé de surseoir à l'audition des plaintes P-130-001 et P-130-003;
 - *Énergie Brookfield Marketing Inc. c. Hydro-Québec*, D-2010-075, par. 23 (ONGLET 5);
20. En faisant de telles représentations, EBMI s'engageait à ne pas présenter une preuve identique et elle doit être tenue de respecter cet engagement en l'instance;

Équité procédurale

21. La Régie peut recevoir tout élément de preuve qu'elle juge fiable et pertinent, sous réserve du respect de l'équité procédurale;
 - Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada – procédure et preuve*, Montréal, Thémis, 1997, pp. 264-269 (ONGLET 2);
 - P. GARANT, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2010, pp. 634-635 et 641 (ONGLET 6)
22. Or, l'admission en preuve de la Première Partie du Rapport Roach porterait atteinte au droit du Transporteur à un traitement impartial et équitable;
23. en l'espèce, EBMI, à travers le rapport de Craig Roach, cherche à refaire un débat qui vise à faire établir ses droits en lien avec une situation particulière, débat qui a déjà été fait dans le cadre du dossier des plaintes P-130-001 et P-130-003. Or, la Régie est tenue à des exigences élevées lorsqu'elle exerce sa compétence en matière de plaintes;
 - Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, pp. 837-840 (ONGLET 7);
24. Refaire ce débat dans le contexte tarifaire, sans que le Transporteur ne bénéficie des mêmes garanties d'équité procédurale porte atteinte aux droits du Transporteur;
25. Ainsi, admettre en preuve la Première Partie du Rapport Roach aurait pour conséquence d'obliger le Transporteur à répondre spécifiquement aux préoccupations d'EBMI qui sont relatives à une situation particulière qui lui est propre et ce à l'intérieur des quatre jours de preuve en chef qui lui sont accordés pour l'ensemble des 16 thèmes du dossier, tandis que ce seul sujet a fait l'objet de plusieurs jours d'audience dans le dossier des plaintes P-130-001 et P-130-003;

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, ce 18 octobre 2010

Ogilvy Renault conseil srl

OGILVYRENAULT, S.E.N.C.R.L., S.R.L.

Procureurs de Hydro-Québec, dans ses activités de
transport d'électricité

Me Éric Dunberry

Me Marie-Christine Hivon

Me Catherine Martel

Bureau 2500

1, Place Ville-Marie

Montréal, Qc H3B 1R1

Tél. : (514) 847-4492 (E.D.)

Tél. : (514) 847-4805 (M-C.H.)

Fax : (514) 286-5474

edunberry@ogilvyrenault.com

mhivon@ogilvyrenault.com

cmartel@ogilvyrenault.com

HYDRO-QUÉBEC, dans ses activités de
transport d'électricité

Me Jean Morel

75, boulevard René-Lévesque Ouest

4^{ième} étage

Montréal, Qc H5B 1H7

Tél. : (514) 289-2211 ext. 2068

Fax : (514) 289-5197

morel.jean@hydro.qc.ca

D-98-61

R-3399-98

29 juillet 1998

PRÉSENTS :

M^e Catherine Rudel-Tessier, LL.M.
M. André Dumais, B.Sc.A. (Écon.)
M. Jean-Noël Vallière, B. Sc. (Écon.)
Régisseurs

Audience sur les coûts d'exploitation que doit supporter
un détaillant en essence ou en carburant diesel

Décision sur certaines requêtes préliminaires

Liste des intervenants :
(par ordre alphabétique)

Association des services de l'automobile Inc. du Québec (A.S.A.) et Association des ateliers de réparation d'automobiles de Québec Inc. (A.A.R.A.Q.)

CAA-Québec

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI)

Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec (FNACQ) et Option Consommateurs

Institut canadien des produits pétroliers (ICPP)

Association québécoise des indépendants du pétrole (AQUIP)

Centre d'étude sur les industries réglementées (CEIR)

Groupe Gaz-O-Bar

M. Jean-Marc Nadeau

Petro-Canada

Pétrolière Impériale

Produits Shell Canada

Ultramar

Ville de Jonquière

Dans sa décision du 11 juin 1998, la Régie prévoyait qu'une audience pourrait être tenue le 23 juillet suivant afin de régler, préalablement à l'audience du mois d'août, toute question contentieuse entre les intervenants relativement :

- à des objections à fournir certains renseignements demandés;
- à des contestations quant à des demandes de confidentialité de certains documents présentées par des intervenants.

Outre ces questions, la Régie s'est vue saisie de différentes requêtes qu'elle a jugé devoir régler de façon prioritaire, en vue d'un bon déroulement de l'audience.

DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE

La Régie de l'énergie a entamé il y a quelques mois un processus au terme duquel elle devra fixer un montant, par litre, au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel. En vertu de l'article 59 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, des montants différents pourront être déterminés selon les régions et la Régie pourra apprécier l'opportunité de retirer ou d'inclure un tel montant dans les coûts que doit supporter un détaillant, pour une période ou pour une zone déterminée. La Régie devra également assurer la protection des intérêts des consommateurs. Cet article se lit ainsi :

59. Pour l'application de l'article 45.1 de la Loi sur l'utilisation des produits pétroliers (L.R.Q., chapitre U-1.1) :

1. la Régie fixe annuellement un montant, par litre, au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel; elle peut fixer des montants différents selon des régions qu'elle détermine;
2. la Régie apprécie l'opportunité de retirer ou d'inclure ledit montant dans les coûts que doit supporter un détaillant; la Régie précise la période et la zone où sa décision s'applique;
3. la Régie peut déterminer des zones.

Aux fins du paragraphe 1, les coûts d'exploitation sont les coûts nécessaires et raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant diesel de façon efficace.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, la Régie doit assurer la protection des intérêts des consommateurs.

Comme elle l'a écrit dans sa décision D-98-40, la Régie doit, dans l'exercice de sa compétence, établir quels sont les coûts raisonnables et nécessaires pour faire le commerce au détail d'essence et de carburant diesel de façon efficace et doit, pour cela, déterminer les diverses composantes des coûts d'exploitation et répartir ceux-ci entre les différents commerces exploités sur un même site. Il lui faut également, dans son analyse, évaluer l'impact que l'ajout d'un montant additionnel à ceux déjà définis¹, aurait sur les consommateurs et sur le marché, déterminer des

¹ Article 45.1 de la Loi sur l'utilisation des produits pétroliers L.Q., c.U-1.1

zones d'exclusion ou d'inclusion en tenant compte de la situation de concurrence existant dans le marché du commerce au détail de l'essence et du carburant diesel au Québec.

C'est en fonction de cette démarche qu'elle a entreprise que la Régie a déjà précisé que la situation de concurrence dans le marché québécois constitue, selon elle, la toile de fond de l'étude d'opportunité à laquelle elle est tenue². Elle n'entend pas cependant, à cette occasion, entrer dans un débat qui l'entraînerait dans un champ de compétence qui n'est pas le sien. En effet, toute preuve sur les stratégies commerciales de certaines compagnies pétrolières, sur des pratiques illégales qui auraient cours dans le marché doit, de l'avis de la Régie, soit être faite devant un tribunal civil comme le prévoit la *Loi sur l'utilisation des produits pétroliers*³, soit être examinée par le Bureau fédéral de la concurrence. Ce dernier est, en effet, chargé de faire enquête sur les questions qui relèvent de l'application de la loi et notamment sur son objet⁴ qui est de préserver et de favoriser la concurrence dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs.

Si la Régie veut s'acquitter du mandat annuel que lui a donné le législateur en matière de produits pétroliers d'une manière efficace, il lui faut restreindre le débat qui aura cours devant elle à la preuve strictement nécessaire et pertinente aux matières qu'elle aura à décider. La Régie ne voudra entendre que les éléments de preuve reliés aux questions à débattre, qui permettent de faire progresser ses délibérations et qui pourront avoir une influence sur la décision à rendre.

Lors de la réunion d'information qu'elle tenait au mois d'avril dernier, la Régie annonçait déjà certains éléments qui, selon elle, ne devaient pas faire partie de la preuve. Toutefois, les intervenants ont demandé à la Régie de préciser dans une décision les questions qui pourront ou ne pourront pas être abordées à l'audience. À cet égard, la Régie annonce donc qu'elle juge non pertinents à sa prise de décision ou comme n'étant pas de sa compétence, notamment, les éléments de preuve ayant traits :

- au commerce au détail de l'huile à chauffage;
- à des comportements présumément illégaux ou à des stratégies commerciales des divers intervenants;
- aux politiques d'investissement, d'utilisation de leurs bénéfices ou d'emploi des compagnies pétrolières;
- aux litiges particuliers existant entre divers intervenants.

² D-98-40

³ art. 139 de la LRE

⁴ L.R.C.(1985), c.C-34 art. 1.1

La Régie en conséquence ne permettra en audience aucune allégation, insinuation ou accusation reliée à ces sujets.

DE LA CONFIDENTIALITÉ DE CERTAINS ÉLÉMENTS DE PREUVE

L'article 30 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* prévoit que celle-ci peut interdire ou restreindre la divulgation, la publication ou la diffusion de renseignements ou de documents, si leur caractère confidentiel ou l'intérêt public l'exige. La Régie avait, dès sa première décision procédurale⁵, expliqué que les intervenants pourraient déposer uniquement à la Régie, afin qu'elles ne soient pas discutées lors de l'audience publique ou distribuées, les informations spécifiques concernant les coûts d'exploitation de la station-service qu'ils exploitent. Elle précisait, par la suite, que les intervenants pourraient «de façon exceptionnelle, (...) restreindre la diffusion de certains éléments de leur preuve ou demander qu'ils soient déclarés de nature confidentielle (par exemple les montants liés aux diverses composantes de leurs coûts d'exploitation)»⁶.

La Régie n'a reçu qu'une seule demande en ce sens, les autres intervenants choisissant en effet soit de dévoiler leurs coûts réels d'exploitation (quitte à consolider leurs données afin de rendre les sites choisis non identifiables), soit de fournir les coûts de sites de référence ou des coûts normatifs.

Seule l'AQUIP, dans une lettre du 30 juin 1998, informe la Régie de son désir de déposer de manière confidentielle certains éléments de sa preuve :

- une liste provenant du Ministère des Ressources naturelles (le Ministère), comprenant l'ensemble des essenceries du Québec par municipalité ainsi que les volumes vendus en 1996;
- les données relatives aux montants liés aux diverses composantes d'exploitation de détaillants indépendants membres de l'Association;
- les déclarations assermentées des personnes ayant colligé les précédentes informations;
- des contrats liant certains distributeurs et raffineurs.

L'Association ne déposera ces documents que si elle est assurée qu'ils ne seront dévoilés à personne d'autre qu'aux seuls régisseurs.

⁵ D-98-21

⁶ D-98-40

La liste du Ministère

Après certaines discussions entre les intervenants, le procureur de l'AQUIP a modifié sa demande et a plutôt proposé que cette liste soit simplement déposée avec restriction quant à sa divulgation. Il appert en effet que cette liste lui a été transmise par le Ministère des Ressources naturelles sans aucune mention de confidentialité mais que les données qui y sont contenues pourraient permettre une identification relativement facile de certains établissements.

La Régie permet donc le dépôt de cette liste mais restreint sa diffusion au cadre de cette audience et aux seules personnes qui y participent.

Les données relatives aux montants liés aux diverses composantes d'exploitation de certains détaillants indépendants, ainsi que les déclarations assermentées qui y sont relatives

Selon l'AQUIP, ces données illustrent les diverses composantes des coûts d'exploitation qu'un détaillant efficace doit supporter. Les chiffres proviennent directement des détaillants concernés, membres de l'Association, et ont un impact direct sur la compétitivité de ceux-ci. Les données fournies identifient le détaillant, sa situation, son volume de vente, les frais généraux ainsi que les montants liés aux risques environnementaux et leur révélation aurait un impact important sur les commerçants en cause.

L'Association a choisi de révéler des chiffres reflétant la réalité du commerce de détail de l'essence et du carburant diesel afin, explique-t-elle, que sa preuve soit la plus complète possible et qu'elle soit crédible aux yeux de la Régie.

Cette façon de faire est contestée par les autres intervenants qui soulignent que la Régie doit absolument les entendre sur tous les éléments de preuve qui lui serviront à prendre sa décision. Pétrolière Impériale, Petro-Canada et Ultramar, s'objectent formellement à ce que le caractère confidentiel tel que demandé soit reconnu par la Régie. Elles soutiennent que cette façon de faire va à l'encontre des principes de justice naturelle, empêche tout interrogatoire visant à vérifier le bien fondé de la preuve qui serait faite par l'AQUIP. Accorder à celle-ci ce qu'elle demande reviendrait, selon les intervenants, à autoriser le dépôt d'une preuve unilatérale sans possibilité de contestation. Si elle ne veut pas modifier sa déposition, il faudrait, selon les compagnies pétrolières, permettre à tous les procureurs, aux experts et même à un nombre restreint de leurs propres représentants d'en prendre connaissance, de l'analyser et d'interroger les personnes qui ont compilé les données.

De l'avis de la Régie, la demande de confidentialité telle que formulée par l'AQUIP est irrecevable. Parce qu'elle porte sur l'élément le plus central de l'audience en cours, l'accepter équivaldrait pour la Régie à nier le droit des autres intervenants à une audience équitable. Si l'on veut que les principes de justice naturelle soient respectés, il importe que les participants puissent intervenir adéquatement, questionner les experts et faire entendre leurs propres points de vue. Permettre à un intervenant de procéder dans un tel huis clos nierait le droit fondamental de tous les autres intervenants et priverait la Régie de l'expertise de ceux-ci. La nécessité de la transparence du processus en cours implique la divulgation de la preuve la plus large possible (nous reviendrons sur ces notions) et la seule limite est le risque financier et économique que peut signifier le dévoilement au grand public ou aux compétiteurs de données précises. La Régie est sensible aux inquiétudes démontrées par les membres de l'AQUIP même si d'autres intervenants n'ont pas démontré les mêmes craintes ou ont trouvé moyen de les contourner.

En conséquence, la Régie considère que les documents en cause peuvent être déposés sous pli confidentiel par l'AQUIP et feront l'objet d'une audience à huis clos. Ils devront cependant être rendus disponibles aux procureurs des autres intervenants, à un de leurs experts et à un de leurs représentants avec obligation pour eux de prendre les mesures nécessaires pour préserver leur caractère confidentiel, de ne les divulguer à personne d'autre et de ne les utiliser que dans le cadre strict de cette audience.

Toutefois, la Régie, tel que suggéré par la FNACQ et Option Consommateurs, accepterait que l'AQUIP modifie sa preuve et dévoile publiquement les coûts d'exploitation de certains de ses membres, de la même façon que d'autres intervenants l'ont fait, en consolidant les données de telle sorte que les sites choisis ne puissent être identifiés. L'AQUIP aura jusqu'au 5 août pour compléter sa preuve.

Les contrats liant certains distributeurs et raffineurs

Selon l'AQUIP les contrats qu'elle désire déposer sous pli confidentiel servent à réfuter un élément de la preuve de certains intervenants qui est celui-ci : les détaillants bénéficieraient d'un escompte automatique et garanti sur le prix d'acquisition des produits et, à cause de cela, il faut réduire d'autant le montant des coûts d'exploitation à être fixé par la Régie. Ces contrats doivent rester confidentiels pour garantir les relations d'affaire de leurs signataires.

Les représentants des compagnies majeures admettent, en réplique, que ces escomptes ne sont ni garantis ni automatiques mais qu'ils sont de pratique

courante et fixés notamment en fonction des volumes achetés. Ils sont sujets à des variations régulières et sont souvent accordés sans qu'aucun contrat écrit ne les sanctionne.

De l'avis de la Régie, le dépôt confidentiel de ces contrats ne saurait faire avancer ses délibérations puisqu'ils ne représenteraient qu'un type d'escompte parmi d'autres et n'auraient pas de valeur probante quant au pourcentage d'escompte consenti. En effet, il a été admis que les escomptes offerts aux distributeurs n'étaient pas automatiques et pouvaient varier, entre autres, selon la quantité d'essence achetée. La production de certains contrats visant à démontrer qu'ils ne sont ni uniformes ni garantis apparaît donc à ce stade non nécessaire. D'autant plus que ce sujet pourra faire l'objet d'interrogatoires dans le cadre de l'audience publique.

DES DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS ET DE CERTAINES OBJECTIONS À Y RÉPONDRE

Devant les tribunaux administratifs et particulièrement devant un organisme de régulation économique comme la Régie, l'importance de la divulgation de la preuve et l'existence d'une obligation de transparence sont bien établies. En effet, le fait que la preuve soit dévoilée avant l'audience (dans un délai suffisant) permet aux intervenants de l'analyser et donc de la réfuter ou d'y répliquer de façon bien plus efficace. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de témoignages d'expert dont la qualité est préalablement annoncée : la présentation de leur opinion est succincte et leur interrogatoire menée de façon efficiente.

C'est afin de rendre ce processus encore plus productif que la Régie a prévu une période d'échange de renseignements entre les intervenants. Celle-ci a pour but «de faire préciser certains éléments de preuve abordés dans les mémoires ou les témoignages écrits, obtenir certaines références ou sources ou encore faire clarifier certaines données»⁷. La Régie, dans le cadre précis de ce dossier, a voulu reprendre, en l'adaptant cependant, un élément de son Règlement sur la procédure qui s'applique normalement aux demandeurs. L'article 15 permet en effet aux participants à une audience d'adresser à ceux-ci des demandes de renseignements⁸ qui peuvent, contrairement à ce qui est prévu dans le présent cadre, impliquer la production de documents et de preuve supplémentaires.

La Régie qui est maître de sa procédure et qui doit pouvoir s'adapter aux particularités de chaque audience, a donc décidé de permettre des questions par chaque intervenant et à chaque intervenant. Elle en a cependant limité la portée. En effet elle n'a pas décidé de tenir une audience sur pièces et considère qu'on ne peut obliger, par cette procédure, un intervenant à faire une preuve sur des aspects qu'il n'entend pas aborder. Chaque intervenant, selon les intérêts qu'il défend (les siens propres, ceux de ses membres exploitants des stations services, ceux des consommateurs...), a choisi une position, un créneau d'expertise particulier. La Régie entend respecter ce choix et n'imposera pas aux intervenants le devoir de dévoiler des éléments d'information qu'ils ne désirent pas présenter à la Régie, qu'ils n'entendent pas débattre devant elle.

En conséquence, toute question qui déborderait de ce cadre précis ne peut faire l'objet d'une demande écrite. C'est ainsi que sont retenues par la Régie :

- les objections relatives à des questions qui ne sont pas de simples demandes de précisions, de clarifications ou de références;
- les objections à des questions sur des sujets jugés non pertinents à

⁷ D-98-40

⁸ Décret 140 -98 du 4 février 1998, G.O. II p.1244 et s. (art.15)

- l'audience;
- les objections à répondre à des questions reliées à la preuve déposée par les autres intervenants;
 - les objections à répondre à des questions abordant d'autres sujets que ceux traités par l'intervenant;
 - les objections à répondre à des questions nécessitant des recherches ou des études non disponibles aux intervenants;
 - les objections à répondre à des questions reliées à des données stratégiques pour l'intervenant.

Par ailleurs, certaines questions sont, de l'avis de la Régie, en partie pertinentes. Elle demande donc aux intervenants d'y répondre selon les paramètres qu'elle a défini. Enfin, certaines objections sont rejetées par la Régie qui les considère non fondées. Le tableau en annexe, qui fait partie intégrante de la présente décision, expose pour chaque intervenant les questions auxquelles ils doivent fournir une réponse.

Par ailleurs, compte tenu de la date retenue, et maintenue, par la Régie comme date limite imposée à tous les intervenants pour répondre aux questions qui leur étaient posées, la Régie est d'avis qu'elle doit accorder un délai supplémentaire aux intervenants concernés pour répondre aux questions pour lesquelles leurs objections à répondre ont été rejetées. Ceux-ci auront donc jusqu'au 5 août 1998 pour compléter leurs réponses à toutes ces questions.

ATTENDU ce qui précède et les motifs mentionnés ci haut,

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie* de même que son Règlement sur la procédure.

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE partiellement, dans la mesure et pour les motifs déjà mentionnés, la demande de confidentialité déposée par l'Association québécoise des indépendants du pétrole;

ORDONNE aux intervenants, à leurs procureurs et à leurs experts de prendre les mesures nécessaires afin de préserver le caractère confidentiel des documents déposés dont ils prendront connaissance;

ORDONNE aux intervenants de répondre aux questions qui leur ont été posées dans la mesure où leurs objections ont été rejetées et dans les limites de temps fixées.

M^e Catherine Rudel-Tessier
Régisseure

M. André Dumais
Régisseur

M. Jean Noel Vallière
Régisseur

Liste des représentants :

L'Association des services de l'automobile Inc. du Québec (A.S.A.) et l'Association des

ateliers de réparation d'automobiles de Québec Inc. (A.A.R.A.Q.) sont représentées par M^e Jean A. Montigny;

Le CAA-Québec est représenté par Mme Paula Landry;

La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante est représentée par M. Pierre Cléroux et Mme Sylvie Ratté;

La Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec (FNACQ) et Option consommateurs sont représentés par M^e Benoît Pépin;

L'Institut canadien des produits pétroliers (ICPP) est représenté par M^e Pierre Paquet;

L'Association québécoise des indépendants du pétrole (AQUIP) est représentée par M^e Éric Bédard;

Le Centre d'étude sur les industries réglementées (CEIR) est représenté par M^e Daniel Martin Bellemare;

Le Groupe Gaz-O-Bar Inc. est représenté par M. Bernard Côté;

M. Jean-Marc Nadeau;

Pétro-Canada est représentée par M^e Éric Dunberry;

La Pétrolière Impériale est représentée par M^e Pierre Legault;

Les Produits Shell Canada est représentée par M^e Madeleine Renaud;

Ultramar est représenté par M^e Louis P. Bélanger;

La Ville de Jonquière est représentée par M. Daniel Giguère;

La Régie de l'énergie est représentée par M^e Pierre Thérout, M^e Robert Meunier et M^e Jean-François Ouimette.

LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS AU CANADA

**Procédure
et
preuve**

OGILVY RENAULT
Bibliothèque/Library

Sous-section 2.

L'autonomie du droit de la preuve, sous réserve des règles de la justice naturelle

La raison d'être, la composition et la culture des tribunaux administratifs s'accommodent mal des règles complexes d'exclusion de la preuve issues du système de procès par jury²⁴. Certains de ces organismes ont été créés pour agir comme comité de sages²⁵, offrant au public un forum impartial et accessible pouvant répondre à ses attentes impatientes de façon informelle. D'autres sont des organismes spécialisés mandatés pour aider à mettre en oeuvre des politiques législatives et rendre après enquête des décisions d'opportunité politique en l'absence de tout *lis*. Même au Québec où des lois récentes ont tenté de purifier la notion de tribunal administratif et d'en imposer une conception étroite, une transposition des règles techniques de la preuve en contexte quasi judiciaire apparaît contre-indiquée. Cette autonomie résulte d'une lente évolution des idées juridiques, mais se heurte encore à des îlots de résistance dans son application.

Paragraphe 1.

L'évolution vers l'autonomie

Le droit américain a exercé une influence heureuse et significative sur l'évolution du droit anglais et canadien en matière de preuve quasi judiciaire, en contribuant à l'affranchissement des règles de preuve des cours de justice (« les règles techniques de preuve »). Il faut reconnaître cependant que, dès 1911, dans l'important arrêt *Board of Education c. Rice*²⁶, la Chambre des Lords avait bien tracé la voie dans cette direction, en classifiant comme « arbitrale » et non pas judiciaire la compétence de

²⁴ James L.H. SPRAGUE, « Evidence Before Administrative Agencies : Let's All Forget the "Rules" and Just Concentrate on What We're Doing », (1995) 8 C.J.A.L.P. 263.

²⁵ *Alberta (Director of Income Security) c. Alberta Citizen's Appeal Panel, Social Development Act*, (1993) 22 Admin. L.R. 162 (Alta. Q.B.).

²⁶ *Board of Education c. Rice*, [1911] A.C. 179, 182 (Lord Loreburn) : « They can obtain information in any way they think best, always giving a fair opportunity to those who are parties in the controversy for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view. »

trouve application au sein des agences fédérales et provinciales³², y compris dans la province de Québec³³. Cette règle a même été codifiée dans certains textes modernes de portée générale ou particulière³⁴. Maître de sa procédure, le tribunal administratif est en principe maître de sa preuve. Nous avons donc au Canada en matière civile deux régimes distincts de preuve devant refléter deux modes distincts de décision : un pour les tribunaux judiciaires, fondé sur la contradiction, et issu du système de procès par jury, et un pour les tribunaux administratifs, qui tire son inspiration dans les principes de justice naturelle dont le contenu peut varier légèrement selon les textes et les organismes.

Paragraphe 2.

La portée de la règle de l'autonomie

La règle de l'autonomie de la preuve en contexte quasi judiciaire ne signifie pas que l'organisme est relevé de son devoir de fonder ses con-

³² *Canada c. Mills*, (1985) 60 N.R. 4 (C.A.F.); voir aussi *C.N.R. c. Bell Telephone Co.*, [1939] R.C.S. 308, 317 (J. Duff); *In re McKendry*, [1973] 1 C.F. 126, 130 (C.A.F.); *Ager c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 157, 167; *Re Groves and Council of the College of Dental Surgeons of British Columbia*, (1973) 48 D.L.R. (3d) 264 (B.C.S.C.); *Re Greater Niagara Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 1582*, (1988) 43 D.L.R. (4th) 71 (Ont. Div. Ct.).

³³ *Air Canada c. Mirabel (Ville de)*, précité, note 5; voir aussi *Germain inc. c. Ministre de la Voirie*, [1974] C.A. 184, 187; *Syndicat national des travailleurs de St-Thomas Didyme c. Donohue St-Félicien Inc.*, [1982] C.A. 98; *Donohue St-Félicien c. Morency*, [1985] C.S. 684.

³⁴ *Administrative Procedures Act*, R.S.A. 1980, c. A-2, art. 9; *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, c. S-22, art. 15; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 50(2)c); *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2, art. 68(3) : « La section du statut n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision. » *The Planning Act*, R.S.A. 1980, c. P-9, art. 40; *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, c. 54, art. 11 : « L'organisme est maître, dans le cadre de la loi, de la conduite de l'audience. Il doit mener les débats avec souplesse et de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction. Il décide de la recevabilité des éléments et moyens de preuve et il peut, à cette fin, suivre les règles ordinaires de la preuve en matière civile. »

ouï-dire³⁹, le témoignage non assermenté⁴⁰, la preuve secondaire, pourra, selon les circonstances, être admissible. De même, l'organisme pourra souvent recourir plus librement à son expertise et à la doctrine de la connaissance d'office⁴¹. Bien évidemment, le tribunal administratif ne doit pas se considérer lié par les règles de preuve en matière criminelle ni par les décisions des juridictions pénales sur l'admissibilité d'un moyen de preuve⁴².

Il existe donc des différences fondamentales entre une audience devant un tribunal administratif et un procès devant une cour de justice.

Quant aux commissions d'enquête agissant sous l'autorité de la loi qui ne se prononcent pas sur la culpabilité ou la responsabilité civile des personnes et dont les fonctions sont de nature généralement administrative, elles ne sont assujetties qu'à l'obligation d'agir équitablement et ne sont évidemment pas liées par les règles techniques de la preuve⁴³.

Même si en matière de preuve le droit canadien se veut ouvert et accueillant, il demeure fidèle à sa tradition de rigueur et de respect des principes de justice naturelle. Le tribunal administratif doit être performant, mais aussi transparent, et offrir aux parties la possibilité de contredire toute information qui leur est préjudiciable. L'objectif est de simplifier l'administration de la preuve, de faire l'économie des débats et décisions interlocutoires sur les exclusions de preuve, mais non de laisser carte blanche aux organismes pour tout accepter ou se satisfaire de preu-

d'enquête : *Pacaud c. La Reine*, (1898-99) 29 R.C.S. 637; *Ménard c. The King*, (1921) 59 D.L.R. 144 (C.A. Québec); *R. c. Hawker Siddeley Canada Ltd.*, [1977] 1 C.F. 463.

³⁹ *Infra*, p. 303.

⁴⁰ *Board of Education c. Rice*, précité, note 26, 182; *Currie c. Chief Constable of Surrey*, [1982] 1 All E.R. 89 (Q.B.); *R. c. War Pensions Entitlement Appeal Tribunal, ex parte Bott*, (1933) 50 C.L.R. 228, 244 (H.C.); *Ager c. The Queen*, précité, note 32.

⁴¹ *C.N.R. c. Bell Telephone Co.*, précité, note 32 et *infra*, p. 311.

⁴² *Syndicat national des travailleurs de St-Thomas Didyme c. Donohue St-Félicien Inc.*, précité, note 33; *Donohue St-Félicien c. Morency*, précité, note 33; *Re Greater Niagara Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 1582*, précité, note 32.

⁴³ *Ville de Boisbriand c. Procureur général du Québec*, [1993] R.J.Q. 771 (C.S.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, précité, note 16.

Sous-section 1.

L'évaluation de la pertinence

Pour être considéré comme pertinent, un élément de preuve doit être relié directement ou indirectement à un fait d'un litige ou d'un débat et permettre de faire progresser l'enquête; il faut aussi que cet élément de preuve soit de nature à établir ou à rendre probable l'existence ou l'inexistence de ce fait⁵.

L'évaluation de la pertinence d'un élément de preuve est souvent une question de bon sens et de logique mais peut être source de difficultés. Pour évaluer la pertinence, le tribunal administratif prend en considération la compétence attribuée par la loi, car c'est d'abord ce texte qui détermine ce qu'il faut prouver; la procédure introductive d'instance, l'objet du litige et les pouvoirs de redressement ou de réparation prévus par la loi sont aussi des guides importants.

La Cour d'appel de Nouvelle-Écosse a jugé qu'une information ou « une plainte » écrite adressée à un ordre professionnel, selon laquelle un professionnel aurait commis une faute disciplinaire, n'est pas admissible devant l'instance disciplinaire, car elle ne peut prouver les faits dont on se plaint⁶. On a aussi jugé qu'une condamnation criminelle antérieure était admissible devant un tribunal disciplinaire pour prouver l'inconduite d'un professionnel⁷. On peut se demander si, de nos jours, la preuve des pratiques et usages des ingénieurs ou des autres professionnels aux États-Unis ou dans d'autres provinces est pertinente dans une procédure disciplinaire⁸.

⁵ *Re Bortolotti and Ministry of Housing*, précité, note 2; Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 42; voir aussi *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, 731 (J. Pratte).

⁶ *Hatfield c. Nova Scotia Barristers' Society*, (1979) 30 N.S.R. 386 (N.S.S.C.).

⁷ *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists*, (1985) 51 O.R. (2d) 1 (C.A.); voir aussi Raymond TREMBLAY, « L'utilisation successive de la preuve entre les instances civiles, pénales et disciplinaires », (1990) 69 R. du B. can. 497.

⁸ Voir *Boyd c. Conseil de la corporation des ingénieurs du Québec*, [1972] C.A. 735.

D-98-18

R-3396-98

25 mars 1998

PRÉSENTS :

M^e Lise Lambert, LL.L., Vice-présidente
M. André Dumais
M^e Catherine Rudel-Tessier
Régisseurs

Daniel Martin Bellemare

Demandeur

et

Petro-Canada

et

Ultramar ltée

Défenderesses

DÉCISION SUR LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE

Demande de tenir une audience publique sur le projet de fusion des services de raffinage et de commercialisation de Petro-Canada et d'Ultramar ltée

LA DEMANDE

Le 2 février 1998, M^e Daniel Martin Bellemare, le demandeur, s'adresse à la Régie afin d'obtenir des informations quant aux conséquences de la fusion annoncée le 6 janvier précédent par les deux compagnies défenderesses Petro-Canada et Ultramar ltée, de leurs services de raffinage et de commercialisation. Selon le demandeur, cette transaction aura de sérieuses répercussions sur les prix et la concurrence dans les secteurs du raffinage et de la commercialisation des produits pétroliers sur l'ensemble du territoire du Québec.

Il soutient que la Régie a, par les articles 55 à 59 de sa loi constitutive et son mandat de surveiller les prix des produits pétroliers, le pouvoir d'enquêter sur les prix exigés sur le marché et lui demande donc, en vertu de l'article 25 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, de tenir des audiences publiques sur ce projet de fusion. Il prétend que la Régie a le devoir d'évaluer l'impact que la transaction projetée aura sur les prix des produits pétroliers avant que la transaction ne soit complétée.

Le demandeur consent à ce que la Régie rende une décision en se fondant uniquement sur ses allégués et sur la réplique des défenderesses, s'il y a lieu.

Petro-Canada et Ultramar ltée, pour leur part, déposent le 17 février 1998 des requêtes déclinatoires de juridiction. Elles soutiennent que ni la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ ni la *Loi sur l'utilisation des produits pétroliers*² ne donnent à la Régie de l'énergie du Québec de pouvoirs d'enquête sur la transaction annoncée au mois de janvier, et encore moins de pouvoirs pour l'arrêter, la modifier ou autrement l'affecter.

Selon les défenderesses, l'article 58 de la loi qui s'inscrit dans le cadre du pouvoir de surveillance, d'inspection et d'enquête sur la Régie, vise clairement les prix actuels exigés pour les produits pétroliers, alors que la demande, elle, se rattache aux prix futurs qui pourraient éventuellement découler d'une fusion anticipée, qui ne s'est pas encore réalisée.

Enfin, elles précisent que le demandeur tente de saisir la Régie d'une question qui est de la compétence du bureau fédéral de la concurrence désigné en vertu de la *Loi sur la concurrence*³. En effet, celui-ci est chargé de faire enquête sur les questions qui relèvent de l'application de la loi et notamment sur son objet qui est de préserver et de favoriser la concurrence dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs.⁴

¹ L.Q. 1996, chap. 61

² L.R.Q., chapitre U-1.1

³ LRC (1985), ch. C-34 (art. 92 et suivants)

⁴ Art. 1.1

Les défenderesses demandent donc à la Régie de déclarer qu'il ne relève pas de sa compétence d'enquêter sur la transaction de regroupement des activités de raffinage et de commercialisation de produits pétroliers de Petro-Canada et d'Ultramar ltée, ni sur les prix futurs des produits pétroliers en vertu de l'article 58 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, et donc de déclarer la demande de M^e Bellemare irrecevable.

OPINION DE LA RÉGIE

L'article 25 de sa loi constitutive donne à la Régie le pouvoir de convoquer une audience publique sur toute question qui relève de sa compétence. C'est cet article que le demandeur invoque au soutien de sa demande d'audience relativement à la fusion projetée entre les deux compagnies défenderesses. Il suggère que son pouvoir d'enquête lui permet de tenir une telle audience publique et d'ainsi examiner les conséquences qu'aurait une telle fusion sur les prix payés par les consommateurs. La Régie a-t-elle la compétence que le demandeur lui demande d'exercer?

Le législateur a chargé la Régie de surveiller les prix des produits pétroliers de sorte qu'elle puisse renseigner un consommateur⁵ à cet égard. Il lui a, de plus, octroyé un pouvoir de fixer annuellement un montant, par litre, au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant⁶ en essence ou en carburant diesel et d'apprécier l'opportunité de retirer ou d'inclure ce montant dans les coûts que celui-ci doit supporter, pour une période ou pour une zone déterminées. Ce sont là ses compétences quant aux produits pétroliers et en conséquence, les matières sur lesquelles elle doit ou peut tenir des audiences publiques en application de l'article 25, alinéa 2 de sa loi constitutive.

Comme le soulignent les défenderesses, la Régie exerce ses pouvoirs de surveillance, d'inspection et d'enquête relativement aux prix, taxes et droits qui ont été « exigés et payés »⁷ et non, dans l'abstrait, sur des présomptions de prix qui pourraient découler d'une fusion non réalisée.

La Régie n'a pas le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires sur des situations qui ne se sont pas encore matérialisées. La Régie doit exercer les pouvoirs de surveillance des prix et d'enquête qui lui ont été accordés mais elle doit pour cela se placer dans un contexte réel et présent plutôt que dans celui hypothétique qui lui est proposé par le demandeur. La Régie n'a, en effet, « à titre de créature de la loi »⁸ que des compétences étroites. Elle ne dispose pas d'une

⁵ Art. 58

⁶ Art. 59

⁷ Art. 55

⁸ Les tribunaux administratifs au Canada, Y. Ouellette, Les Editions Thémis, page 23

compétence de droit commun et ne possède aucune compétence qui n'est pas expressément ou implicitement autorisée par la loi⁹. Elle ne dispose surtout pas de la compétence déclaratoire que lui reconnaît le demandeur puisque celle-ci appartient plutôt aux cours supérieures.

Dès lors, l'étude de l'impact de la transaction envisagée entre les deux défenderesses ne peut être faite par la Régie. Cette étude relève plutôt d'un organisme de compétence fédérale.

VU la compétence de la Régie en matière de surveillance des prix des produits pétroliers exigés et payés;

VU que la Régie n'a pas le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires sur des situations qui ne se sont pas encore matérialisées;

VU que la Régie ne possède d'autres compétences que celles qui lui sont dévolues par la loi;

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie* et notamment son chapitre V;

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE les requêtes déclinatoires de juridiction des défenderesses;

DÉCLARE qu'elle n'a pas compétence pour tenir une audience publique sur la fusion de Petro-Canada et Ultramar ltée;

DÉCLARE donc la demande irrecevable.

M^e Lise Lambert
Vice-présidente

M. André Dumais

⁹ Voir note 4

Régisseur

M^e Catherine Rudel-Tessier
Régisseure

Les défenderesses sont représentées par M^e Louis P. Bélanger.

La Régie de l'énergie est représentée par M^e François Laurier et M^e Robert Meunier.

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2009-097

R-3669-2008
Phase 2

22 juillet 2009

PRÉSENTS :

Richard Carrier
Lucie Gervais
Jean-François Viau
Régisseurs

Hydro-Québec
Demanderesse

et

Liste des intervenants dont les noms apparaissent ci-
après

Intervenants

Décision concernant une demande de report de
l'audience

*Demande de modification des Tarifs et conditions des
services de transport d'Hydro-Québec au 1^{er} janvier 2009 -
Phase 2*

Intervenants :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec);
- Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI);
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME);
- Newfoundland and Labrador Hydro (NLH);
- Ontario Power Generation (OPG);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA);
- Union des consommateurs (UC);
- Union des municipalités du Québec (UMQ).

1. INTRODUCTION

[1] La Régie de l'énergie (la Régie) est saisie, le 30 juin 2009, d'une demande d'Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) comportant des objections à la preuve transmise par Newfoundland and Labrador Hydro (NLH)¹ et une demande de report de l'audience.

[2] Le Transporteur demande à la Régie de reporter l'audience prévue le 6 juillet 2009 à une date ultérieure à l'audition des plaintes de NLH² prévue pour la période du 27 octobre au 13 novembre 2009.

[3] Le 2 juillet 2009, les intervenants déposent leurs commentaires auxquels le Transporteur réplique le 3 juillet 2009.

[4] Le 3 juillet 2009, la Régie reporte l'audience qui devait débiter le 6 juillet 2009 jusqu'à nouvelles instructions de la Régie.

[5] Dans la présente décision, la Régie se prononce sur la demande du Transporteur de reporter l'audience à une date ultérieure à l'audition des plaintes de NLH.

2. LA DEMANDE

ARGUMENTS DU TRANSPORTEUR

[6] Au soutien de sa demande, le Transporteur soumet que certaines parties du témoignage écrit de l'expert de NLH sont de nature à préjuger d'une décision à venir dans le cadre d'un autre dossier devant la Régie, soit celui des plaintes logées par NLH à l'encontre du Transporteur. Ce témoignage introduit des éléments qui demandent à la Régie de se prononcer sur des questions sous étude dans le cadre des dossiers de plaintes.

[7] Ces éléments sont au cœur des dossiers de plaintes et feront l'objet d'une preuve étoffée lors de l'audition des plaintes. Selon le Transporteur, si la formation assignée au

¹ Pièce C-13-7.

² Dossiers des plaintes P-110-1565, P-110-1597, P-110-1678 et P-110-1692.

présent dossier devait admettre en preuve les parties contestées de la preuve de NLH, elle pourrait préjuger d'une décision dans les dossiers de plaintes de NLH et lier ainsi les membres de la formation chargée d'entendre ces dernières.

[8] Selon le Transporteur, le préjudice qu'il risque de subir d'une décision de la Régie préjugant des questions en litige dans les dossiers de plaintes excède de beaucoup les inconvénients que le report demandé de la Phase 2 du dossier R-3669-2008 peut causer aux parties.

ARGUMENTS DES INTERVENANTS

[9] EBMI, NLH, le RNCREQ et l'UC ainsi que S.É./AQLPA s'opposent à la demande du Transporteur.

[10] EBMI et NLH dénoncent la tardivité de la demande du Transporteur, eu égard au dépôt de la preuve de NLH effectué le 10 juin 2009. Selon les intervenants, cette demande, à quelques jours de l'audition, est inacceptable et constitue un manque de respect à l'égard du processus réglementaire et des participants.

[11] EBMI soumet que les motifs de report invoqués par le Transporteur ne sont pas justifiés. De son point de vue, le présent dossier doit procéder avant ceux des plaintes.

[12] EBMI fait valoir que dans le présent dossier, la Régie devra déterminer les règles applicables pour le calcul de la capacité de transfert à la suite d'une demande de modification de la part du Transporteur. Ce débat doit avoir lieu dans le cadre d'une cause tarifaire et non dans le cadre d'un dossier de plainte.

[13] Selon EBMI, les intervenants au présent dossier ne peuvent être tributaires d'un débat devant intervenir entre le Transporteur et un client du service de transport auquel ils ne sont pas partie. De plus, le dossier de plainte devra considérer le texte des Tarifs et conditions tel qu'il existait alors et non pas en fonction des modifications qui pourraient être à venir.

[14] NLH demande à la Régie de déclarer irrecevable cette demande de report présentée à la veille de l'audience.

[15] NLH soutient que les objections à la preuve transmise par un intervenant devant la Régie ont, de tout temps, été évaluées par celle-ci en fonction du critère de la pertinence. Or, le Transporteur ne présente pas de motifs à cet égard.

[16] Par ailleurs, le Transporteur n'indique pas comment une partie du témoignage écrit de l'expert de NLH serait de nature à « préjuger d'une décision à venir ».

[17] Selon l'intervenante, donner raison au Transporteur équivaldrait à faire en sorte qu'un intervenant qui a de nombreux dossiers connexes devant la Régie ou qui a déposé une plainte contre le Transporteur serait privé d'actions dans les nombreux dossiers où cet intervenant peut avoir un intérêt.

[18] Selon NLH, le Transporteur ne donne aucune illustration quant à l'impact « indéniable » dans les dossiers de plaintes de NLH que pourrait entraîner le fait de procéder dans le présent dossier.

[19] L'intervenante soutient enfin que l'audience qui doit se tenir dans le présent dossier vise à faire évoluer le contexte réglementaire et qu'il ne s'agit pas d'un processus litigieux.

[20] S.É./AQLPA plaide que la similitude invoquée par le Transporteur avec les dossiers de plaintes P-110-1565, P-110-1597, P-110-1678, P-110-1692 ne concerne qu'une partie du présent dossier R-3669-2008 Phase 2. De plus, cette similitude existait déjà lorsque les décisions procédurales au présent dossier furent rendues. Par ailleurs, si l'expert de NLH a débordé du cadre de l'audience ou si la portée de ses propos doit être réduite, la Régie saura rendre les décisions appropriées.

[21] En principe, selon l'intervenant, les dossiers de plaintes et le présent dossier portent sur des objets fort différents. Les premiers portent sur l'interprétation des Tarifs et conditions actuels, alors que le présent dossier vise à déterminer les Tarifs et conditions futurs.

[22] Même en supposant que la Régie ait à trancher des questions accessoires communes au présent dossier et aux dossiers de plaintes de NLH, la hiérarchie des dossiers devrait amener la Régie à privilégier de procéder d'abord dans le présent dossier tarifaire.

[23] Le RNCREQ et l'UC soumettent que la demande du Transporteur n'a aucun fondement en fait et en droit.

RÉPLIQUE DU TRANSPORTEUR

[24] Le Transporteur ne nie pas la capacité de la Régie à procéder, en temps opportun, à l'audition de la phase 2 du dossier R-3669-2008, ni le droit de NLH de participer à titre d'intervenante dans la présente cause du seul fait que, de façon parallèle, elle est aussi la plaignante dans les dossiers de plaintes. Le Transporteur suggère plutôt d'établir l'ordre dans lequel les dossiers seront traités par la Régie.

[25] Le Transporteur réfère à sa lettre du 30 juin dernier dans laquelle il a identifié certains extraits de la preuve du témoin de NLH faisant directement référence aux dossiers de plaintes. Il dit craindre que, par cette preuve, NLH invite la Régie à se pencher et à se prononcer sur des questions relatives aux dossiers de plaintes et dont elle n'est pas saisie dans la présente Phase 2 du dossier R-3669-2008.

[26] Dans la mesure où la Régie se prononce, même indirectement, sur des questions qui sont au cœur de celles devant elle dans le cadre des dossiers de plaintes, le droit du Transporteur à une audition devant un décideur impartial dans ces dossiers pourrait être affecté irrémédiablement.

[27] Selon le Transporteur, aucun préjudice grave et conséquent résultant du report de la phase 2 du présent dossier n'a été plaidé. De plus, le Transporteur souligne l'absence, dans les commentaires des intervenants, de motifs sérieux et convaincants quant à l'urgence de procéder à l'audition de la preuve dans le présent dossier.

3. OPINION DE LA RÉGIE

[28] Après examen des commentaires des participants, la Régie conclut que le report de l'audience après la tenue de l'audition des dossiers de plaintes de NLH est approprié, pour les motifs qui suivent.

[29] La Régie note que certains enjeux d'importance, telle la méthodologie de calcul de la capacité disponible, abordés par NLH dans le présent dossier, recoupent des enjeux traités dans les dossiers de plaintes P-110-1565, P-110-1597, P-110-1678 et P-110-1692.

[30] Pour mener à bien le présent dossier, la Régie juge nécessaire de permettre à tous les participants, y incluant les parties impliquées dans les dossiers de plaintes, de traiter à fond les problématiques sous étude en fonction de leur intérêt propre et de permettre le dépôt et l'examen de toute preuve jugée pertinente avec les enjeux à débattre.

[31] Bien que le présent dossier porte sur l'établissement des règles applicables dans le futur, alors que les dossiers de plaintes portent plutôt sur l'interprétation des règles qui étaient en vigueur au moment du dépôt de ces plaintes, il est fort probable que l'examen des questions à débattre de la présente audience exige d'approfondir certaines questions qui seraient également débattues et décidées dans les dossiers de plaintes. Cette situation particulière commande de faire preuve de prudence.

[32] Enfin, la Régie prend en considération l'absence, dans les commentaires des participants, d'allégations de préjudices ou d'inconvénients substantiels pouvant découler du report de l'audience ainsi que l'absence de motifs quant à l'urgence de tenir la présente audience.

[33] Pour l'ensemble de ces motifs, la Régie juge indiqué de permettre la tenue, en premier lieu, de l'audience dans les dossiers de plaintes prévue du 27 octobre au 13 novembre 2009 inclusivement.

[34] La Régie convoquera les parties, en temps opportun, afin de tenir une conférence préparatoire concernant la poursuite de l'audience dans le présent dossier.

[35] Par ailleurs, bien qu'elle accueille la demande du Transporteur pour les motifs exposés ci-dessus, la Régie s'explique mal le fait que cette demande n'ait été soumise qu'à la toute fin du processus précédant l'audience alors que les éléments de contexte invoqués à son soutien étaient connus depuis au moins le 10 juin 2009. Une telle situation n'est pas sans occasionner des inconvénients non négligeables aux diverses personnes impliquées dans la présente audience.

[36] Pour ces motifs,

La Régie de l'énergie :

AUTORISE le report de l'audience orale de la Phase 2 du présent dossier après l'audition des plaintes de NLH prévue du 27 octobre au 13 novembre 2009 inclusivement.

Richard Carrier
Régisseur

Lucie Gervais
Régisseur

Jean-François Viau
Régisseur

Représentants :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec) représentée par M^e Denis Falardeau;
- Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI) représentée par M^e Paule Hamelin et M^e Pierre Legault;
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAMÉ) représenté par M^e Geneviève Paquet;
- Hydro-Québec représentée par M^e F. Jean Morel et M^e Carolina Rinfret;
- Newfoundland and Labrador Hydro (NLH) représentée par M^e André Turmel;
- Ontario Power Generation (OPG) représentée par M^e Louise Cadieux;
- Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ) représenté par M^e Annie Gariépy;
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M^e Dominique Neuman;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^e Hélène Sicard;
- Union des municipalités du Québec (UMQ) représentée par M^e Steve Cadrin.

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2010-075

P-130-001

11 juin 2010

PRÉSENTS :

Marc Turgeon

Richard Lassonde

Louise Pelletier

Régisseurs

Énergie Brookfield Marketing Inc.

Demanderesse

et

Hydro-Québec

Défenderesse

Décision interlocutoire sur la demande de suspension de
l'audience et décision procédurale

*Plainte déposée en vertu de l'article 86 de la Loi sur la
Régie de l'énergie*

1. INTRODUCTION

[1] Le 15 mars 2010, Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI) dépose une plainte à la Régie de l'énergie (la Régie) à l'encontre d'une décision d'Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur). Dans cette décision, le Transporteur refuse la demande d'EBMI de reconduire les deux demandes de service de transport annuel sur le chemin MATI-HQT-NE pour la période du 1^{er} avril 2010 au 31 mars 2011.

[2] Le 25 mars 2010, la Régie rend une ordonnance de sauvegarde¹ du consentement des parties pour permettre à EBMI de continuer à utiliser les services de transport ferme sur le chemin MATI-HQT-NE à partir du 1^{er} avril 2010, et ce, jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue dans le présent dossier.

[3] Le 6 avril 2010, le Transporteur transmet à la Régie une partie du dossier d'examen interne de la plainte conformément aux dispositions de l'article 97 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*² (la Loi) en indiquant toutefois que certaines pièces confidentielles n'y figurent pas, le Transporteur étant dans l'attente de l'autorisation des représentants d'ISO-New England à cet égard.

[4] Le 21 mai 2010, le Transporteur demande la suspension de l'audition de la présente plainte dans l'attente de la décision finale à intervenir dans le cadre du dossier tarifaire R-3669-2008 Phase 2 (ci-après le Dossier tarifaire). Le Transporteur soumet ses arguments dans la même lettre.

[5] Le 28 mai 2010, EBMI informe la Régie qu'elle s'oppose à la demande de suspension du Transporteur et soumet ses arguments à cet égard.

[6] Le 3 juin 2010, le Transporteur soumet ses arguments en réplique à ceux d'EBMI.

[7] Le 7 juin 2010, EBMI ajoute certains commentaires sur cette réplique.

¹ Ordonnance D-2010-031.

² L.R.Q., c. R-6.01.

[8] La Régie reprend ci-après les arguments des parties. La présente décision porte sur la demande de suspension du Transporteur.

2. ARGUMENTATION DU TRANSPORTEUR

[9] Pour justifier sa demande de suspension de l'audition de la présente plainte, le Transporteur soumet essentiellement les arguments suivants :

- Le Transporteur voit une connexité entre les questions soulevées par cette plainte et celles que EBMI et d'autres parties entendent soumettre dans le cadre de l'audition du Dossier tarifaire;
- La décision du Transporteur à la base de la présente plainte est celle d'entreprendre, dans le contexte de l'Ordonnance n° 890 de la FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*), des travaux en vue d'aligner les capacités de transit affichées sur OASIS (*Open Access Same-Time Information System* ou Système d'information et de réservation de capacité de transport) avec celles affichées sur les réseaux voisins. Par avis sur OASIS, le Transporteur a informé ses clients qu'il analysera toute nouvelle demande de service de transport sur les interconnexions en tenant compte des limites sur les réseaux voisins;
- Le 20 janvier 2010, EBMI a demandé le renouvellement de son service de transport ferme vers la Nouvelle-Angleterre pour la période du 1^{er} avril 2010 au 31 mars 2011. Le 12 février 2010, le Transporteur a répondu à cette demande en informant EBMI que la capacité demandée n'était plus disponible;
- La Régie a fixé le calendrier de l'audition du Dossier tarifaire par sa décision D-2010-058. Lors de l'audition ayant mené à cette décision, le procureur d'EBMI aurait, selon le Transporteur, fait mention de la question de la mise à jour du Dossier tarifaire à la suite de l'Ordonnance n° 890 de la FERC, et ce, notamment, au niveau de la nouvelle méthode de calcul de l'ATC (*Available Transfer Capability* ou capacité de transport disponible);
- La Régie a reconnu, selon le Transporteur, la connexité entre un dossier tarifaire du Transporteur et un dossier de plainte d'un client du Transporteur dans sa décision D-2009-097³ et a accepté de suspendre la demande tarifaire pour permettre la tenue, en premier lieu, de l'audience de plaintes;

³ Dossier R-3669-2008 Phase 2.

- Il existe un risque réel de décisions contradictoires dans cette plainte et dans le Dossier tarifaire, puisque les griefs ainsi que les éléments identifiés par EBMI dans ces deux dossiers sont, à toutes fins pratiques, identiques;
- Le chevauchement de l'audience de cette plainte et du Dossier tarifaire causerait certains inconvénients du fait que des témoins du Transporteur témoigneraient dans les deux dossiers sur des sujets similaires et que EBMI ait annoncé un témoignage d'expert dans le Dossier tarifaire. Cela pourrait amplifier le risque de décisions contradictoires;
- Il serait inapproprié, selon le Transporteur, que l'une ou l'autre des parties à la présente plainte utilise l'une ou l'autre des instances, afin de « *se ménager une preuve testimoniale ou documentaire qui soit susceptible d'indisposer la Régie ou les participants à ces audiences* »⁴;
- Le Transporteur évoque la perturbation possible au bon déroulement du Dossier tarifaire en regard des échanges entre EBMI et le Transporteur au présent dossier et vice-versa;
- Le risque de décisions contradictoires et le préjudice que le Transporteur risque de subir en raison du chevauchement des dossiers dépasseraient largement les inconvénients procéduraux que EBMI pourrait subir si la présente plainte était suspendue. EBMI ne subirait aucun préjudice du fait de la suspension de l'audience de la présente plainte en raison de l'ordonnance de sauvegarde citée plus haut;
- Finalement, le Transporteur soumet qu'il n'est pas urgent de traiter la présente plainte et que la demande de suspension est de nature à assurer le respect des règles de justice naturelle et d'équité procédurale.

3. ARGUMENTATION D'EBMI

[10] Le 28 mai 2010, EBMI informe la Régie qu'elle s'oppose à la demande de suspension du Transporteur et demande que le calendrier, discuté entre les procureurs et qu'elle propose dans sa lettre du 13 mai 2010, fasse l'objet d'une décision procédurale. L'argumentaire d'EBMI est essentiellement le suivant :

⁴ Pièce C-1-4, page 8.

- Le 30 avril 2010, lors de la rencontre préparatoire tenue dans le cadre du Dossier tarifaire, le Transporteur informait les intervenants et la Régie qu'il allait, entre autres, amender ses propositions tarifaires en lien avec l'Ordonnance n° 890 de la FERC;
- Le Transporteur n'aurait cependant toujours pas précisé la nature et l'étendue des modifications additionnelles recherchées dans le Dossier tarifaire;
- EBMI soumet que le Transporteur interprète mal les propos de son procureur lors de la conférence préparatoire tenue dans le Dossier tarifaire. Dans la mesure où le Transporteur n'a pas indiqué, à cette occasion, les modifications additionnelles recherchées à ses Tarifs et conditions, il ne peut prêter au procureur d'EBMI des propos voulant que ce dernier entend aborder les mêmes sujets dans le Dossier tarifaire;
- Il n'y aurait pas de risque de décisions contradictoires dans la présente plainte et dans le Dossier tarifaire, puisque la Régie a déjà statué qu'elle n'avait pas compétence pour rendre des décisions de nature purement déclaratoire et qu'en présence d'un différend opposant un client et le Transporteur quant à la portée et l'étendue des Tarifs et conditions, le différend doit être tranché dans le cadre de la procédure d'examen des plaintes;
- Cette plainte soulève des questions liées à la détermination et à l'étendue des droits consentis par le Transporteur aux termes des Tarifs et conditions présentement en vigueur et non telles qu'elles pourraient le devenir dans l'avenir;
- Le Dossier tarifaire n'est pas le forum approprié pour demander à la Régie de préciser ou d'interpréter, sur une base purement hypothétique, des dispositions des Tarifs et conditions déjà approuvées (décision D-2008-019⁵);
- Dans le Dossier tarifaire, le Transporteur pourra demander à la Régie d'approuver des modifications à ses Tarifs et conditions de façon prospective et la Régie sera alors en mesure de juger du bien-fondé des changements et de considérer les mesures appropriées requises pour sauvegarder les droits déjà acquis par les clients des services de transport antérieurement aux changements demandés;
- Les Tarifs et conditions, tels qu'approuvés, constituent le contrat entre le Transporteur et EBMI, contrat que cette dernière cherche à faire respecter;

⁵ Dossier R-3640-2007.

- Le Dossier tarifaire n'est pas le forum approprié pour traiter des questions soulevées par les plaintes d'EBMI, à savoir (i) si l'article 2.2 des Tarifs et conditions se limite à accorder une simple priorité de réservation sur toute nouvelle demande concurrente ou un droit à la continuation du service de transport souscrit par EBMI, (ii) si le Transporteur peut, sans l'approbation de la Régie, modifier, limiter, réduire, annuler ou résilier les droits d'EBMI aux termes des Tarifs et conditions ou modifier unilatéralement ces conditions et (iii) si le Transporteur a respecté les dispositions des Tarifs et conditions lors de l'implantation du processus d'harmonisation des capacités de transfert entre réseaux voisins;
- Dans le Dossier tarifaire tel que présentement constitué, les éléments de l'article 2.2 des Tarifs et conditions qui sont en cause dans le cadre de la présente plainte ne sont l'objet d'aucune proposition de modification et les autres dispositions des Tarifs et conditions, à l'exception des propositions concernant l'Annexe C-1, ne font l'objet d'aucune demande de modification pertinente;
- Il n'y aurait pas de risque de décisions contradictoires dans ces dossiers, puisque les éléments identifiés à ces dossiers ne sont pas « *à toutes fins pratiques identiques* »⁶.
- L'audition de cette plainte est prévue en août 2010 alors que le Dossier tarifaire sera entendu en octobre 2010;
- S'il est vrai que certains témoins risquent de participer aux deux dossiers, ceux-ci ne seront pas entendus en même temps et ne témoigneront pas sur les mêmes questions;
- Il serait inapproprié que la Régie, dans le Dossier tarifaire, examine l'opportunité de pallier, par des modifications aux Tarifs et conditions, aux reproches énoncés aux plaintes. La Régie doit d'abord se prononcer sur le bien-fondé des plaintes et déterminer la portée des dispositions en vigueur avant de considérer toute modification à ces dispositions;
- Le Transporteur plaide le contraire de ce qu'il a fait dans le Dossier tarifaire et qui a mené à la décision D-2009-097;
- La Régie ne peut permettre au Transporteur de rendre cette plainte sans objet en déplaçant le débat dans le Dossier tarifaire;
- La Régie ne sera pas appelée, contrairement aux prétentions du Transporteur, à considérer l'opportunité de modifications aux dispositions des Tarifs et conditions qui sont au cœur du débat soulevé par cette plainte;

⁶ Pièce B-3, page 5.

- Le droit d'EBMI de faire déterminer l'étendue de ses droits aux termes de la Procédure d'examen des plaintes est fondamental. Ce droit ne doit pas céder le pas à des considérations de balance des inconvénients ou d'absence de préjudice à court terme;
- Malgré les mesures de sauvegarde, EBMI a le droit de connaître aussitôt que possible l'étendue et la portée de ses conventions de service. Comme intermédiaire de marché, ces conventions sont directement liées à sa capacité de garantir la livraison de l'énergie vendue. L'incertitude au niveau du droit de reconduction d'EBMI cause préjudice;
- Le Dossier tarifaire ne soulève pas de questions similaires à celles de la présente plainte, à moins que le Transporteur n'ait déjà décidé de modifier ses Tarifs et conditions et de présenter une preuve additionnelle, auquel cas, le Transporteur, en réaction aux plaintes d'EBMI, causerait lui-même le dédoublement auquel il réfère dans sa demande de suspension de la présente plainte;
- Si tel était le cas, suivant la décision D-2009-097, le Dossier tarifaire devrait être suspendu, ce à quoi EBMI n'aurait pas d'objection si des propositions de modifications additionnelles du Transporteur étaient susceptibles de créer un risque de décision potentiellement contradictoire. EBMI se réserve le droit de demander une suspension du Dossier tarifaire, le cas échéant;
- Enfin, EBMI s'interroge sur la logique qui voudrait que l'établissement de droits n'ayant d'effet que pour l'avenir soit entendu en priorité sur une demande visant le respect de droits existants.

4. RÉPLIQUE DU TRANSPORTEUR

[11] Le 3 juin 2010, le Transporteur soumet les arguments suivants en réplique à l'opposition d'EBMI :

- La suspension de l'audition de la présente plainte dans l'attente de la décision finale dans le Dossier tarifaire demeure la solution optimale dans les circonstances;

- Selon le Transporteur, un indice de chevauchement est la question soulevée par EBMI de savoir quelles dispositions des Tarifs et conditions sont applicables, soit celles en vigueur au moment de la demande de renouvellement ou celles qui l'étaient lors du dépôt de sa demande initiale;
- La Régie doit considérer ce que EBMI soutiendra dans ce dossier et dans le Dossier tarifaire pour juger du chevauchement des sujets et, notamment, du fait que EBMI a déjà indiqué qu'elle fera des représentations dans le Dossier tarifaire sur la détermination de l'ATC et sur l'Appendice C des Tarifs et conditions, sujets auxquels EBMI réfère dans la présente plainte;
- Il est peu vraisemblable que les témoignages ne portent pas sur les mêmes sujets et questions dans ces dossiers vu leur recoupement;
- Des tiers ont déjà indiqué qu'ils soumettront des arguments dans le Dossier tarifaire sur des sujets qui chevauchent ceux traités dans la présente plainte. Dans une telle situation, le Transporteur soumet qu'il faut user de prudence et éviter que ces dossiers cheminent de façon parallèle quant à la tenue des audiences orales;
- La suspension de l'audition de cette plainte ne causerait pas préjudice dans la mesure où le calendrier d'audience du Dossier tarifaire est déjà déterminé et mènera à une décision dans les premiers trimestres de 2011;
- Selon le Transporteur, la suspension de l'audition de cette plainte favorise l'équité procédurale;
- Le Transporteur réitère son argument voulant que l'ordonnance de sauvegarde permet de maintenir les conventions de service d'EBMI et que cette dernière n'a pas identifié le préjudice certain ou substantiel qu'elle subirait du fait de la suspension de l'audition de la présente plainte;
- Le Transporteur s'oppose à la suspension du Dossier tarifaire puisque, dans ce cas, le calendrier est déjà fixé alors que le dossier de cette plainte serait, selon lui, embryonnaire et sans calendrier d'audience;
- Sur les aspects procéduraux, le Transporteur indique que le calendrier d'audience de la plainte soumis à la Régie est devenu désuet parce que certaines dates proposées sont dépassées, que EBMI va déposer une nouvelle plainte et demander qu'elle soit jointe pour audience à la présente plainte, que le Transporteur se réserve le droit de faire entendre un témoin expert dans le présent dossier et que la période des vacances estivales et la non disponibilité du procureur d'EBMI l'automne prochain rendent illusoire la possibilité de traiter cette plainte en août 2010 comme le suggérait le calendrier soumis à la Régie par EBMI;

- Finalement, le Transporteur soumet que, selon la décision de la Régie sur sa demande de suspension de l'audience, la Régie devrait convoquer les parties à une conférence préparatoire pour mettre en place le calendrier d'audience et revoir les questions en litige.

5. OPINION DE LA RÉGIE

[12] Le Transporteur demande la suspension de l'audition de la présente plainte dans l'attente de la décision finale à intervenir dans le Dossier tarifaire. Dans sa réplique aux objections formulées par EBMI, le Transporteur indique qu'il lui semble « *illusoire que le dossier relatif à la plainte P-130-001 puisse être valablement constitué et ce, afin que l'audience ait lieu à la fin août 2010* »⁷.

[13] La Régie a déjà informé les parties qu'elle pouvait entendre cette plainte dans la semaine du 23 août 2010. L'audience du Dossier tarifaire est prévue du 18 au 22 octobre 2010.

[14] La Régie considère que l'établissement d'un calendrier d'audience respectant l'équité procédurale pour les deux parties est une étape incontournable.

[15] La Régie conclut que la demande de suspension de l'audition de la présente plainte est mal fondée pour les motifs exposés ci-après.

[16] La Régie, du consentement des parties, a rendu une ordonnance de sauvegarde pour permettre à EBMI de continuer à utiliser les services de transport ferme sur le chemin MATI-HQT-NE à partir du 1^{er} avril 2010, et ce, jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue dans le présent dossier. L'ordonnance de sauvegarde n'a pas été rendue dans l'attente d'une décision dans le Dossier tarifaire.

⁷ Pièce C-1-5, page 6.

[17] L'ordonnance de sauvegarde ne doit pas avoir pour effet de priver EBMI de demander à la Régie d'examiner sa plainte et, comme le prévoit l'article 98 de la Loi, de vérifier si l'application des Tarifs et conditions a été suivie par le Transporteur.

[18] Il y a une nette distinction à faire entre vérifier si la décision du Transporteur à l'origine de cette plainte a été prise conformément aux Tarifs et conditions et vérifier si certaines dispositions des Tarifs et conditions, incluant, le cas échéant, celles applicables à la présente plainte, doivent être modifiées, ce qui fera l'objet de l'audience dans le Dossier tarifaire.

[19] S'il y a connexité entre certains sujets faisant l'objet de la présente plainte et ce qui sera discuté dans le Dossier tarifaire, cela tient au fait que le Transporteur, et non EBMI, a choisi de demander ou demandera des modifications aux Tarifs et conditions qui touchent certains sujets qui sont également abordés dans le cadre de la présente plainte.

[20] Par exemple, les parties ont référé la Régie à certaines pièces du Dossier tarifaire où le Transporteur demande de remplacer l'Appendice C des Tarifs et conditions par un nouvel Appendice C-1 portant sur la méthodologie pour évaluer la capacité de transfert disponible sur les interconnexions.

[21] À la face même de la présente plainte, la méthodologie pour évaluer la capacité de transfert disponible sur les interconnexions semble également être un sujet à la base du différend entre les parties. Cependant, dans le cadre de l'examen de la plainte d'EBMI, la Régie ne sera pas appelée à vérifier l'application de ce nouvel Appendice C-1 mais plutôt le texte de l'appendice C et les autres dispositions des Tarifs et conditions reliées à la décision du Transporteur de refuser la reconduction des conventions de service d'EBMI.

[22] Une distinction doit être faite entre les questions à être débattues dans le cadre de cette plainte — c'est-à-dire l'application correcte des Tarifs et conditions dans leur teneur au moment où le Transporteur a pris la décision à l'origine de cette plainte — et celles qui seront discutées dans le Dossier tarifaire — c'est-à-dire la question de savoir si les

modifications que le Transporteur veut introduire dans le Dossier tarifaire, notamment au niveau de la méthodologie pour évaluer la capacité de transfert sur les interconnexions et la coordination de cette évaluation avec les réseaux voisins — sont acceptables et quelle en sera la date d'application.

[23] La décision que la présente formation rendra dans le cadre de l'examen de la présente plainte ne risque pas d'être en contradiction avec la décision qu'une autre formation rendra dans le Dossier tarifaire, puisqu'elle n'aura pas le même objet.

[24] Considérant l'état d'avancement du dossier à ce jour et le fait que certaines dates proposées par EBMI dans son calendrier sont périmées, la Régie convoque donc les parties à une rencontre préparatoire afin d'établir, entre autres, le calendrier d'examen de cette plainte. Le Secrétaire de la Régie communiquera avec les parties afin de convenir de la date de cette rencontre et leur transmettra l'ordre du jour.

[25] La Régie rappelle que les parties ont droit à un processus qui respecte l'équité procédurale. La Régie a déjà indiqué qu'elle pouvait entendre cette plainte en août 2010 et informe les parties qu'elle pourrait également se rendre disponible en septembre 2010 à des dates mutuellement convenues.

[26] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de suspension de l'audition de la présente plainte dans l'attente de la décision finale à intervenir dans le cadre du dossier R-3669-2008 Phase 2;

CONVOQUE une rencontre préparatoire qui devra se tenir d'ici le 15 juillet 2010.

Marc Turgeon
Régisseur

Richard Lassonde
Régisseur

Louise Pelletier
Régisseur

EBMI représentée par M^e Paule Hamelin et M^e Pierre Legault;
Hydro-Québec représentée par M^e Yves Fréchette.

DROIT ADMINISTRATIF

6^e édition

Patrice Garant, M.S.R.C.
Professeur émérite, Université Laval

Avec la collaboration de
Philippe Garant, avocat, M.Sc.Pol.,
Jérôme Garant, avocat, LL.M.,

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2010 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ: Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

**Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec
et Bibliothèque et Archives Canada**

Garant, Patrice, 1937-

Droit administratif

6^e éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-453-5

1. Droit administratif – Canada. 2. Droit administratif – Québec (Province).
I. Garant, Philippe. II. Garant, Jérôme, 1970- . III. Titre.

KE5015.G37 2010

342.71'06

C2010-941776-3

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par
l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition
(PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 3^e trimestre 2010
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN : 978-2-89635-453-5



THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

Charte²⁹⁵. Cependant, le Comité doit néanmoins se conformer à la justice fondamentale de l'article 7 et porter à la connaissance de l'administré en instance de déportation la teneur et la provenance de l'information communiquée *in camera* ; il doit aussi lui offrir la possibilité de se faire entendre²⁹⁶.

Lorsqu'une autorité administrative procède par voie d'entrevue ou de rencontre, l'administré a droit normalement d'être présent, mais les circonstances pourront justifier que l'on procède en son absence²⁹⁷. Il n'est pas nécessaire que l'administré soit présent lors de l'audition de témoins devant une autorité administrative, pourvu qu'on lui communique le contenu de ces témoignages pour qu'il puisse avoir la possibilité réelle et effective de répondre aux allégations faites à son sujet²⁹⁸. L'autorité administrative n'a pas à inviter l'administré à assister à la présentation que son avocat lui fait avant le début de l'audition des arguments ; cette rencontre préliminaire peut se situer dans la continuation de services juridiques et non être perçue comme une violation de la règle *audi alteram partem*²⁹⁹.

B. La preuve

L'application de la règle *audi alteram partem* implique aussi que le tribunal administratif doive permettre aux parties d'apporter tout élément de preuve susceptible d'éclairer le débat et d'avoir une influence sur l'issue de la contestation³⁰⁰. Cette exigence a donné naissance à un chapitre important du droit administratif contemporain, celui de la preuve devant les tribunaux administratifs et disciplinaires³⁰¹.

295. *Chiarelli c. Canada*, [1990] 2 C.F. 279 (C.A.) et [1992] 1 R.C.S. 711.

296. *Ibid.*

297. Voir P. GARANT et P. HALLEY, « L'article 7 de la Charte canadienne et la discipline carcérale », (1989) 20 R.G.D. 599-646.

298. *Pierre-Pierre c. Finlay*, [1991] R.J.Q. 1947 (C.S.).

299. *Montambault c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893, par. 115 (C.A.), perm. d'appeler CSC refusée le 21-10-2001.

300. *Spar Aérospatiale Ltée c. Lauzon*, D.T.E. 89T-163 (C.S.) ; *Charet c. Comité administratif de la Chambre des notaires*, J.E. 95-1066 (C.S.) ; *Tricots San Reno c. Lalande*, D.T.E. 95T-1051 (C.S.) ; *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 345 ; *Lamoureux c. Boily*, J.E. 2001-984 (C.S.) ; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *supra*, note 93.

301. P. GARANT, « La preuve devant les tribunaux administratifs », (1980) 21 C. de D. 825-853 ; Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 253-386 ; L. VERSCHELDEN, *La preuve et la procédure en arbitrage des griefs*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, 320 p. ; R. BLOUIN et F. MORIN, *Droit de l'arbitrage des griefs*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002 ; M. GOULET, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, 238 p. ; S. LAFONTAINE et P. BOUVIER, « Droits fondamentaux : l'autonomie procédurale des tribunaux administratifs et les règles d'exclusion de la preuve », dans *Actes de la XII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996 ; L.H. SPRAGUE,

Si le tribunal administratif est maître de sa procédure, cela doit se concilier avec les principes de justice naturelle, comme le reconnaissait la Cour suprême dans l'arrêt *Larocque* :

[...] le principe de l'autonomie de la procédure et de la preuve administratives, qui est largement admis en droit administratif, n'a jamais eu pour effet de limiter l'obligation faite aux tribunaux administratifs de respecter les exigences de la justice naturelle.³⁰²

Il appartient normalement au justiciable de faire sa preuve, d'en démontrer la pertinence et la valeur probante.

Pour pouvoir invoquer avec succès une violation de la règle *audi alteram partem*, l'administré a, pour sa part, l'obligation d'être sans reproche dans la production de sa propre preuve. Ainsi, un administré est non avenu à demander l'annulation d'une décision, au motif que le tribunal n'a pas tenu compte des reçus qu'il lui avait transmis par télécopieur trois ans après que la SAAQ eut constaté pour la première fois l'absence de suivi médical et cinq jours avant l'audience devant le TAQ, sans autre commentaire. Il ne pouvait non plus reprocher au TAQ de ne pas avoir ordonné un supplément d'enquête s'il n'était pas satisfait de la valeur probante des reçus. Il appartenait au requérant de présenter ses arguments visant leur valeur probante³⁰³.

De plus, l'administré doit compléter son dossier dans les délais ; autrement, il s'expose à ce que des documents soient refusés par l'instance décisionnelle³⁰⁴.

En principe, le tribunal doit admettre toute preuve pertinente ; toutefois le rejet d'une preuve pertinente « ne constitue pas automatiquement une violation de la justice naturelle » : le tribunal administratif doit apprécier cette pertinence, mais « il pourra toutefois arriver que le rejet d'une preuve pertinente ait un

« Evidence Before Administrative Agencies », (1995) *C.J.A.L.P.* 263-295 ; N. MAWANI, « Questions relatives à la preuve intéressant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à l'âge de la diversité », (1994) 8 *Can. J. Admin. Practice*, 67-94 ; J. GARANT, *Le Tribunal administratif du Québec, la procédure et la preuve*, Mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, avril 2004, 135 p. ; P. GARANT et Ph. GARANT, *La Justice arbitrale de l'assurance-emploi*, Ministère du Développement des ressources humaines, Ottawa, 2001, 165 p. <<http://www.ei-ae.gc.ca/conseil/tribunal>>.

302. *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, 485 ; cet arrêt phare a été cité 225 fois depuis ; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, par. 88-89 ; *Cascades Conversion Inc. c. Yergeau*, 2006 QCCA 464 (CanLII) ; excellentes observations sur la question.

303. *Guay c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 2001-1977 (C.S.).

304. *Syndicat des professeures et professeurs de l'Université Laval c. Université Laval*, J.E. 98-596 (C.A.).

Un tribunal ne peut toutefois pas écarter la preuve des parties pour introduire une autre méthode de calcul qu'il juge plus appropriée pour régler le conflit³³². Cela ne s'applique cependant guère aux tribunaux de régulation économique.

Qu'en est-il de l'importation dans un dossier d'éléments de preuve provenant d'un autre dossier ? Dans une affaire, la Cour d'appel fédérale reprochait au Conseil canadien des relations de travail d'avoir statué sur une plainte en se fondant sur des éléments de preuve relatifs à une plainte antérieure ; le Conseil fut considéré comme n'ayant pas accordé « une audition appropriée »³³³. De même, la Cour du Québec sanctionnait l'importation par le Comité de surveillance de l'Association des intermédiaires en assurance de preuves recueillies durant le procès d'un premier accusé pour déterminer la sanction d'un second sans lui avoir divulgué les faits qu'il entendait retenir, lui avoir donné l'occasion de les commenter ou de les contredire³³⁴. Par contre, en 1999, bien que la Cour supérieure admette que le fait de tenir compte d'éléments de preuve considérés dans la décision d'une autre instance, sans qu'une preuve directe soit faite, puisse constituer une violation des règles de la justice naturelle, elle concluait qu'en l'espèce ce n'était pas le cas puisque les parties n'avaient pas été surprises ni privées de faire valoir leur point de vue ; il est donc essentiel que le justiciable ne soit pas pris par surprise et empêché de répondre³³⁵.

Un tribunal doit permettre à chacune des parties de présenter sa preuve avant la prise de décision³³⁶. Il doit offrir aux deux parties une égale opportunité de faire entendre leurs témoins ; même s'il est « maître de la procédure »³³⁷, il ne peut la refuser à l'une des parties pour la punir d'un retard³³⁸. Il doit offrir aux deux parties une possibilité égale de présenter leur argumentation³³⁹.

Le tribunal étant maître de la procédure et de la preuve, il lui appartient d'en apprécier la valeur probante. Il ne faut pas confondre la valeur probante et

332. *Olivier c. T.A.Q.*, [2001] R.J.Q. 651 (C.S.), appel accueilli, J.E. 2004-203 (C.A.).

333. *Shehan c. Fraternité canadienne des cheminots et al.*, [1978] 1 C.F. 847 (C.A.).

334. *Charlebois c. Comité de surveillance de l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec*, J.E. 2000-74 (C.Q.).

335. *Daniel c. T.A.Q.*, J.E. 99-1729 (C.S.), en appel, règlement hors cours ; *Couture c. T.A.Q.*, J.E. 2003-428 (C.S.).

336. *Poulin c. Rouleau*, [1997] R.J.Q. 1617 (C.S.), désistement en appel ; *Godin c. Monette*, J.E. 98-783 (C.S.), désistement en appel ; *Joron c. Rouleau*, J.E. 99-1787 (C.S.), appel déserté ; *Nutrinor, coopérative agroalimentaire du Saguenay-Lac-St-Jean c. Turcotte*, J.E. 2000-279 (C.S.).

337. *Via Rail Can. Inc. c. Butterill*, [1982] 2 C.F. 830 (C.A.) ; *Renaissance International c. M.N.R.*, (1982) 83 D.T.C. 5024 (C.F.A.) ; *Disco-Bar Caprice Inc. c. Régie des permis d'alcool*, J.E. 83-380 (C.S.).

338. *P.G. Canada c. Leclerc*, [1979] 2 C.F. 365.

339. *LaSalle (Ville) c. Deslières*, D.T.E. 92T-157 (C.S.) ; *Hudon et Daudelin c. Gagnon*, D.T.E. 91T-1004 (C.S.).

Mavis Baker *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Council of Churches, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, the Canadian Council for Refugees, and the Charter Committee on Poverty Issues *Interveners*

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

File No.: 25823.

1998: November 4; 1999: July 9.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.

Administrative law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.

Mavis Baker *Appelante*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Le Conseil canadien des églises, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada, le Conseil canadien pour les réfugiés et le Comité de la Charte et des questions de pauvreté *Intervenants*

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

Nº du greffe: 25823.

1998: 4 novembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.

Droit administratif — Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?

Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 83(1).

Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 83(1).

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.

Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.

Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.

The appellant, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, from the requirement that an application for permanent residence be made from outside Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treatment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. A senior immigration officer replied by letter stating that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. This letter contained no reasons for the decision. Counsel for the appellant, however, requested and was provided with the notes made by the investigating immigration officer and used by the senior officer in making his decision. The Federal Court — Trial Division, dismissed an application for judicial review but certified the following question pursuant to s. 83(1) of the Act: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?" The Court of Appeal limited its consideration to the question and found that the best interests of the children did not need to be given primacy in assessing such an application. The order that the appellant be removed from Canada, which was made after the immigration officer's decision, was stayed pending the result of this appeal.

Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Un agent d'immigration supérieur a répondu par lettre qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. L'avocat de l'appelante a cependant demandé et reçu les notes de l'agent investigateur, que l'agent supérieur d'immigration avait utilisées pour rendre sa décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire mais a certifié la question suivante en application du par. 83(1) de la Loi: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?» La Cour d'appel a limité son examen à cette question et a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accorder la primauté à l'intérêt supérieur des enfants dans l'appréciation d'une telle demande. Un sursis à la mesure d'expulsion de l'appelante prononcée après la décision de l'agent d'immigration, a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

Held: The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: Section 83(1) of the *Immigration Act* does not require the Court of Appeal to address only the certified question. Once a question has been certified, the Court of Appeal may consider all aspects of the appeal lying within its jurisdiction.

The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (5) the choices of procedure made by the agency itself. This list is not exhaustive.

A duty of procedural fairness applies to humanitarian and compassionate decisions. In this case, there was no legitimate expectation affecting the content of the duty of procedural fairness. Taking into account the other factors, although some suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model. The duty of fairness owed in these circumstances is more than minimal, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered. Nevertheless, taking all the factors into account, the lack of an oral hearing or notice of such a hearing did not constitute a violation of the requirement of procedural fairness. The opportunity to produce full and complete written documentation was sufficient.

It is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, including when the decision has important significance for the individual, or when there is a statutory right of appeal, the duty of procedural fairness will require a written explanation for a decision. Reasons are

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que la Cour d'appel traite seulement la question certifiée. Lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence.

L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale: (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive.

L'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. En l'espèce, il n'y avait pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité procédurale. Compte tenu des autres facteurs, bien que certains indiquent des exigences plus strictes en vertu de l'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes et plus éloignées du modèle judiciaire. L'obligation d'équité dans ces circonstances est plus que minimale, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Néanmoins, compte tenu de tous ces facteurs, le fait qu'il n'y ait pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas un manquement à l'obligation d'équité procédurale. La possibilité de produire une documentation écrite complète était suffisante.

Il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, notamment lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de

required here given the profound importance of this decision to those affected. This requirement was fulfilled by the provision of the junior immigration officer's notes, which are to be taken to be the reasons for decision. Accepting such documentation as sufficient reasons upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that, in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias, by an impartial decision-maker. This duty applies to all immigration officers who play a role in the making of decisions. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference. Statements in the immigration officer's notes gave the impression that he may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that the appellant was a single mother with several children and had been diagnosed with a psychiatric illness. Here, a reasonable and well-informed member of the community would conclude that the reviewing officer had not approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. The notes therefore give rise to a reasonable apprehension of bias.

The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. Review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within the pragmatic and functional framework defined by this Court's decisions, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions. Though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

la décision. Des motifs écrits sont nécessaires en l'espèce, étant donné l'importance cruciale de la décision pour les personnes visées. Cette obligation a été remplie par la production des notes de l'agent subalterne, qui doivent être considérées comme les motifs de la décision. L'admission de ces documents comme motifs de la décision confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. Cette obligation s'applique à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence. Les déclarations contenues dans les notes de l'agent d'immigration donnent l'impression qu'il peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que l'appelante était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. En l'espèce, un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent n'a pas traité cette affaire avec l'impartialité requise dans une décision rendue par un agent d'immigration. Les notes donnent donc lieu à une crainte raisonnable de partialité.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagé selon la démarche pragmatique et fonctionnelle définie par la jurisprudence de notre Cour, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. Même si en général il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

In applying the applicable factors to determining the standard of review, considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division, and the individual rather than polycentric nature of the decision also suggest that the standard should not be as deferential as "patent unreasonableness". The appropriate standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

The wording of the legislation shows Parliament's intention that the decision be made in a humanitarian and compassionate manner. A reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children since children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of these values may be found in the purposes of the Act, in international instruments, and in the Minister's guidelines for making humanitarian and compassionate decisions. Because the reasons for this decision did not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of the appellant's children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to the appellant's country of origin might cause her.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The reasons and disposition of L'Heureux-Dubé J. were agreed with apart from the effect of international law on the exercise of ministerial discretion under s. 114(2) of the *Immigration Act*. The certified question must be answered in the negative. The principle that an international convention ratified by the executive is of no force or effect within the Canadian legal system until incorporated into domestic law does not survive intact the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation.

Dans l'application des facteurs pertinents à la détermination de la norme de contrôle appropriée, on devrait faire preuve d'une retenue considérable envers les décisions d'agents d'immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l'analyse, de son rôle d'exception au sein du régime législatif et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l'absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale — Section de première instance, ainsi que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d'aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Le libellé de la législation révèle l'intention du Parlement de faire en sorte que la décision soit fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. L'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants puisque les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs humanitaires centrales dans la société canadienne. Une indication de ces valeurs se trouve dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre. Étant donné que les motifs de la décision n'indiquent pas qu'elle a été rendue d'une manière réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt des enfants de l'appelante, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi. En outre, les motifs de la décision n'accordent pas suffisamment d'importance ou de poids aux difficultés qu'un retour de l'appelante dans son pays d'origine pouvait lui susciter.

Les juges Cory et Iacobucci: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé et le dispositif qu'elle propose sont acceptés sauf pour ce qui concerne la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. La question certifiée devrait recevoir une réponse négative. Le principe qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant qu'elle n'est pas incorporée dans le droit interne ne peut pas survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **disapproved:** *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **not followed:** *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (No. 1) (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; **referred to:** *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. v. Secretary of*

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts critiqués:** *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **arrêts non suivis:** *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (n° 1) (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; **arrêts mentionnés:** *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

State for the Home Department, ex parte Doody, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316; *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By Iacobucci J.

Applied: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, preamble, Arts. 3(1), (2), 9, 12.
Declaration of the Rights of the Child (1959), preamble.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 9(1), 82.1(1) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73], 83(1) [idem], 114(2) [ibid., s. 102].

provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316; *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 43; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; **arrêt mentionné:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, préambule, art. 3(1), (2), 9, 12.
Déclaration des droits de l'enfant (1959), préambule.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3(c), 9(1), 82.1(1) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73], 83(1) [idem], 114(2) [ibid., art. 102].

Immigration Regulations, 1978. SOR/78-172, s. 2.1 [ad. SOR/93-44, s. 2].

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2.1 [aj. DORS/93-44, art. 2].

Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Employment and Immigration Canada. *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1983 (loose-leaf updated 1991, release 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] F.C.J. No. 1726 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Simpson J. (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150. [1995] F.C.J. No. 1441 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed.

Roger Rowe and Rocco Galati, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell, for the respondent.

Sheena Scott and Sharryn Aiken, for the interveners the Canadian Foundation for Children,

Doctrine citée

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1983 (feuilles mobiles mises à jour 1991, envoi n° 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554. [1996] A.C.F. n° 1726 (QL), qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Simpson (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] A.C.F. n° 1441 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli.

Roger Rowe et Rocco Galati, pour l'appelante.

Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell, pour l'intimé.

Sheena Scott et Sharryn Aiken, pour les intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth

Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and the Canadian Council for Refugees.

John Terry and Craig Scott, for the intervenor the Charter Committee on Poverty Issues.

Barbara Jackman and Marie Chen, for the intervenor the Canadian Council of Churches.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Regulations made pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, empower the respondent Minister to facilitate the admission to Canada of a person where the Minister is satisfied, owing to humanitarian and compassionate considerations, that admission should be facilitated or an exemption from the regulations made under the Act should be granted. At the centre of this appeal is the approach to be taken by a court to judicial review of such decisions, both on procedural and substantive grounds. It also raises issues of reasonable apprehension of bias, the provision of written reasons as part of the duty of fairness, and the role of children's interests in reviewing decisions made pursuant to s. 114(2).

I. Factual Background

Mavis Baker is a citizen of Jamaica who entered Canada as a visitor in August of 1981 and has remained in Canada since then. She never received permanent resident status, but supported herself illegally as a live-in domestic worker for 11 years. She has had four children (who are all Canadian citizens) while living in Canada: Paul Brown, born in 1985, twins Patricia and Peter Robinson, born in 1989, and Desmond Robinson, born in 1992. After Desmond was born, Ms. Baker suffered from post-partum psychosis and was diagnosed with paranoid schizophrenia. She applied for welfare at that time. When she was first diagnosed with mental illness, two of her children were placed in the care of their

and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le Conseil canadien pour les réfugiés.

John Terry et Craig Scott, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Barbara Jackman et Marie Chen, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le règlement passé en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, autorise le ministre intimé à faciliter l'admission au Canada d'une personne quand il est convaincu, pour des raisons d'ordre humanitaire, que l'admission devrait être facilitée ou qu'une dispense d'application des règlements passés aux termes de la Loi devrait être accordée. Le présent pourvoi porte essentiellement sur la démarche à suivre lorsqu'un tribunal procède au contrôle judiciaire de ces décisions, à la fois sur le fond et sur le plan de la procédure. Ce pourvoi soulève également des questions relatives à la crainte raisonnable de partialité, à la rédaction de motifs écrits dans le cadre de l'obligation d'agir équitablement et au rôle de l'intérêt des enfants dans le contrôle judiciaire de décisions rendues conformément au par. 114(2).

I. Les faits

Mavis Baker, citoyenne de la Jamaïque, est entrée au Canada à titre de visiteur en août 1981 et y vit depuis. Elle n'a jamais obtenu le statut de résidente permanente, mais a subvenu illégalement à ses besoins en travaillant pendant 11 ans comme travailleur domestique. Elle a eu quatre enfants (qui sont tous citoyens canadiens) au Canada: Paul Brown, né en 1985, les jumeaux Patricia et Peter Robinson, nés en 1989, et Desmond Robinson, né en 1992. Après la naissance de Desmond, M^{me} Baker a souffert d'une psychose post-partum et on a diagnostiqué qu'elle était atteinte d'une schizophrénie paranoïde. À cette époque, elle a présenté une demande d'assistance sociale. Quand

natural father, and the other two were placed in foster care. The two who were in foster care are now again under her care, since her condition has improved.

on a découvert qu'elle était atteinte de troubles mentaux, deux de ses enfants ont été confiés aux soins de leur père naturel et les deux autres ont été placés en foyer d'accueil. Son état s'étant amélioré, elle a de nouveau la garde des deux enfants placés en foyer d'accueil.

³ The appellant was ordered deported in December 1992, after it was determined that she had worked illegally in Canada and had overstayed her visitor's visa. In 1993, Ms. Baker applied for an exemption from the requirement to apply for permanent residence outside Canada, based upon humanitarian and compassionate considerations, pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*. She had the assistance of counsel in filing this application, and included, among other documentation, submissions from her lawyer, a letter from her doctor, and a letter from a social worker with the Children's Aid Society. The documentation provided indicated that, although she was still experiencing psychiatric problems, she was making progress. It also stated that she might become ill again if she were forced to return to Jamaica, since treatment might not be available for her there. Ms. Baker's submissions also clearly indicated that she was the sole caregiver for two of her Canadian-born children, and that the other two depended on her for emotional support and were in regular contact with her. The documentation suggested that she too would suffer emotional hardship if she were separated from them.

En décembre 1992, une ordonnance d'expulsion a été prise contre l'appelante, lorsqu'on a découvert qu'elle avait travaillé illégalement au Canada et avait séjourné au-delà de son visa de visiteur. En 1993, M^{me} Baker a demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Elle a obtenu l'aide d'un avocat pour remplir cette demande, et a notamment ajouté, comme documents additionnels, des observations de son avocat, une lettre de son médecin et une lettre d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance. Les documents présentés indiquaient que, même si elle éprouvait toujours des problèmes psychiatriques, elle faisait des progrès, mais qu'elle pourrait retomber malade si elle était forcée de retourner en Jamaïque, parce qu'elle ne pourrait peut-être pas y bénéficier d'un traitement. Madame Baker a aussi clairement indiqué qu'elle était la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada et que ses deux autres enfants avaient besoin de son soutien affectif et étaient régulièrement en contact avec elle. Les documents mentionnaient également qu'elle subirait aussi des difficultés d'ordre émotionnel si elle était séparée d'eux.

⁴ The response to this request was contained in a letter dated April 18, 1994 and signed by Immigration Officer M. Caden, stating that a decision had been made that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant processing Ms. Baker's application for permanent residence within Canada. This letter contained no reasons for the decision.

En réponse à cette demande, une lettre datée du 18 avril 1994 et signée par l'agent d'immigration M. Caden a informé M^{me} Baker de la décision qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter au Canada sa demande de résidence permanente, sans toutefois donner les motifs de la décision.

⁵ Upon request of the appellant's counsel, she was provided with the notes made by Immigration Officer G. Lorenz, which were used by Officer Caden when making his decision. After a summary

À la demande de l'avocat de l'appelante, les notes de l'agent d'immigration G. Lorenz, que l'agent Caden a utilisées pour rendre sa décision, ont été remises à l'appelante. Après un résumé de

of the history of the case, Lorenz's notes read as follows:

PC is unemployed — on Welfare. No income shown — no assets. Has four Cdn.-born children — four other children in Jamaica — HAS A TOTAL OF EIGHT CHILDREN

Says only two children are in her "direct custody". (No info on who has ghe [*sic*] other two). There is nothing for her in Jamaica — hasn't been there in a long time — no longer close to her children there — no jobs there — she has no skills other than as a domestic — children would suffer — can't take them with her and can't leave them with anyone here. Says has suffered from a mental disorder since '81 — is now an outpatient and is improving. If sent back will have a relapse.

Letter from Children's Aid — they say PC has been diagnosed as a paranoid schizophrenic. — children would suffer if returned — Letter of Aug. '93 from psychiatrist from Ont. Govm't. Says PC had post-partum psychosis and had a brief episode of psychosis in Jam. when was 25 yrs. old. Is now an out-patient and is doing relatively well — deportation would be an extremely stressful experience.

Lawyer says PS [*sic*] is sole caregiver and single parent of two Cdn born children. Pc's mental condition would suffer a setback if she is deported etc.

This case is a catastrophe [*sic*]. It is also an indictment of our "system" that the client came as a visitor in Aug. '81, was not ordered deported until Dec. '92 and in APRIL '94 IS STILL HERE!

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity. However, because of the circumstances involved, there

l'historique de l'affaire, les notes de M. Lorenz se lisent:

[TRADUCTION] PC est sans emploi — reçoit l'assistance sociale. Aucun revenu connu — pas de biens. A quatre enfants nés au Canada, quatre autres en Jamaïque — HUIT ENFANTS AU TOTAL

Dit que seulement deux enfants sont sous sa garde directe. (Aucun renseignement sur la garde des deux autres). Il n'y a rien qui l'attend en Jamaïque — n'y est pas allée depuis longtemps — n'est plus proche de ses enfants qui s'y trouvent — pas d'emplois — n'a pas d'autre métier que celui de domestique — les enfants souffriraient — elle ne peut pas les emmener avec elle et elle n'a personne ici à qui les confier. Dit qu'elle souffre de troubles mentaux depuis 1981 — elle est actuellement une patiente en consultation externe et son état s'améliore. Si elle est renvoyée là-bas, elle fera une rechute.

Lettre de la Société d'aide à l'enfance — dit que PC souffre d'une schizophrénie paranoïde — les enfants souffriraient, si elle était renvoyée. Lettre d'août 1993 d'un psychiatre du gouvernement de l'Ontario — dit que PC a une psychose post-partum et a eu une brève période de psychose en Jamaïque quand elle avait 25 ans. Elle est maintenant patiente en consultation externe et se porte relativement bien — l'expulsion serait une expérience extrêmement stressante.

L'avocat dit que PC est une mère célibataire et qu'elle est la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada. L'état mental de PC se détériorerait si elle devait être déportée etc.

Cette affaire est une catastrophe. C'est aussi une condamnation de notre système: la cliente est arrivée comme visiteur en août 1981, une ordonnance d'expulsion n'a été prise qu'en décembre 1992 et en AVRIL 1994 ELLE EST TOUJOURS ICI!

PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité. Toutefois, compte tenu des circonstances, il est possible qu'il y ait une mauvaise presse.

is a potential for adverse publicity. I recommend refusal but you may wish to clear this with someone at Region.

There is also a potential for violence — see charge of "assault with a weapon" [Capitalization in original.]

6 Following the refusal of her application, Ms. Baker was served, on May 27, 1994, with a direction to report to Pearson Airport on June 17 for removal from Canada. Her deportation has been stayed pending the result of this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions and Provisions of International Treaties

7 *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2

82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

83. (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

114. . . .

(2) The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, as amended by SOR/93-44

2.1 The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to

Je recommande le rejet, mais vous désirerez peut-être obtenir l'approbation de quelqu'un au centre régional.

Violence possible — voir l'accusation d'agression armée. [Majuscules dans l'original.]

À la suite du rejet de sa demande, M^{me} Baker a reçu signification, le 27 mai 1994, de l'ordre de se présenter à l'aéroport Pearson le 17 juin pour son renvoi du Canada. Un sursis d'expulsion a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives et des traités internationaux

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

82.1 (1) La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

114. . . .

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44

2.1 Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de

Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family

la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3

Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements

with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division* (1995), 101 F.T.R. 110

8

Simpson J. delivered oral reasons dismissing the appellant's judicial review application. She held that since there were no reasons given by Officer Caden for his decision, no affidavit was provided, and no reasons were required, she would assume, in the absence of evidence to the contrary, that he acted in good faith and made a decision based on correct principles. She rejected the appellant's argument that the statement in Officer Lorenz's notes that Ms. Baker would be a strain on the welfare system was not supported by the evidence, holding that it was reasonable to conclude from the reports provided that Ms. Baker would not be able to return to work. She held that the language of Officer Lorenz did not raise a reasonable apprehension of bias, and also found that the views expressed in his notes were unimportant, because they were not those of the decision-maker, Officer Caden. She rejected the appellant's argument that the *Convention on the Rights of the Child* mandated that the appellant's interests be given priority in s. 114(2) decisions, holding that the Convention did not apply to this situation, and was not part of domestic law. She also held that the evidence

essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

III. Les jugements

A. *Cour fédérale — Section de première instance* (1995), 101 F.T.R. 110

Le juge Simpson a prononcé à l'audience les motifs rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. Elle a statué que, puisque l'agent Caden n'avait pas motivé sa décision, qu'aucun affidavit n'avait été fourni, et qu'aucun motif n'était requis, elle présumerait, en l'absence de preuve contraire, qu'il avait agi de bonne foi et avait rendu la décision en se fondant sur des principes appropriés. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'affirmation dans les notes de l'agent Lorenz que M^{me} Baker serait un fardeau pour le système d'aide sociale n'était pas étayée par la preuve, concluant qu'il était raisonnable de conclure au vu des rapports fournis que M^{me} Baker ne pourrait pas reprendre le travail. Elle a conclu que le langage de l'agent Lorenz ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, et a également conclu que les opinions exprimées dans ses notes étaient sans importance parce qu'elles n'étaient pas celles du décideur, l'agent Caden. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la *Convention relative aux droits de l'enfant* commandait que l'intérêt de l'appelante prime dans les décisions fondées sur le par. 114(2), concluant que

showed the children were a significant factor in the decision-making process. She rejected the appellant's submission that the Convention gave rise to a legitimate expectation that the children's interests would be a primary consideration in the decision.

Simpson J. certified the following as a "serious question of general importance" under s. 83(1) of the *Immigration Act*: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?"

B. Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127

The reasons of the Court of Appeal were delivered by Strayer J.A. He held that pursuant to s. 83(1) of the *Immigration Act*, the appeal was limited to the question certified by Simpson J. He also rejected the appellant's request to challenge the constitutional validity of s. 83(1). Strayer J.A. noted that a treaty cannot have legal effect in Canada unless implemented through domestic legislation, and that the Convention had not been adopted in either federal or provincial legislation. He held that although legislation should be interpreted, where possible, to avoid conflicts with Canada's international obligations, interpreting s. 114(2) to require that the discretion it provides for must be exercised in accordance with the Convention would interfere with the separation of powers between the executive and legislature. He held that such a principle could also alter rights and obligations within the jurisdiction of provincial legislatures. Strayer J.A. also rejected the argument that any articles of the Convention could be interpreted to impose an obligation upon the government to give primacy to the interests of the children in a proceeding such as deportation. He

la Convention ne s'appliquait pas à cette situation, et ne faisait pas partie du droit interne. Elle a également conclu que la preuve démontrait que les enfants avaient constitué un facteur important dans le processus décisionnel et a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la Convention donnait lieu à une attente légitime que l'intérêt des enfants serait une considération primordiale dans la décision.

Le juge Simpson a certifié la question suivante comme «question grave de portée générale» en vertu du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?»

B. Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127

Les motifs de la Cour d'appel sont exposés par le juge Strayer. Il déclare que, conformément au par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appel est limité à la question certifiée par le juge Simpson. Il rejette également la contestation par l'appelante de la constitutionnalité du par. 83(1). Le juge Strayer note qu'un traité ne peut pas avoir d'effet juridique au Canada s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet, et que la Convention n'avait pas été adoptée par une loi fédérale ou provinciale. Il conclut que, bien que la loi doive, dans la mesure du possible, être interprétée de façon à ne pas entraîner de conflit avec les obligations internationales du Canada, dire que le par. 114(2) exige que le pouvoir discrétionnaire conféré s'exerce conformément à la Convention enfreindrait la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Il conclut qu'un tel principe pourrait également toucher des droits et obligations relevant de la compétence des législatures provinciales. Le juge Strayer rejette également l'argument selon lequel quelque article de la Convention peut s'interpréter de façon à imposer l'obligation au gouvernement d'accorder priorité à l'intérêt des

9

10

held that the deportation of a parent was not a decision "concerning" children within the meaning of article 3. Finally, Strayer J.A. considered the appellant's argument based on the doctrine of legitimate expectations. He noted that because the doctrine does not create substantive rights, and because a requirement that the best interests of the children be given primacy by a decision-maker under s. 114(2) would be to create a substantive right, the doctrine did not apply.

IV. Issues

11 Because, in my view, the issues raised can be resolved under the principles of administrative law and statutory interpretation, I find it unnecessary to consider the various *Charter* issues raised by the appellant and the interveners who supported her position. The issues raised by this appeal are therefore as follows:

(1) What is the legal effect of a stated question under s. 83(1) of the *Immigration Act* on the scope of appellate review?

(2) Were the principles of procedural fairness violated in this case?

(i) Were the participatory rights accorded consistent with the duty of procedural fairness?

(ii) Did the failure of Officer Caden to provide his own reasons violate the principles of procedural fairness?

(iii) Was there a reasonable apprehension of bias in the making of this decision?

(3) Was this discretion improperly exercised because of the approach taken to the interests of Ms. Baker's children?

I note that it is the third issue that raises directly the issues contained in the certified question of general importance stated by Simpson J.

enfants dans une procédure comme l'expulsion. Il conclut que l'expulsion du père ou de la mère n'est pas une décision «concernant» les enfants au sens de l'article 3. Enfin, le juge Strayer, examinant l'argument de l'appelante fondé sur la doctrine de l'attente légitime, conclut que puisque l'attente légitime ne crée aucun droit matériel et que le fait d'exiger qu'un décideur donne priorité à l'intérêt supérieur des enfants sous le régime du par. 114(2) aurait pour effet de créer un droit matériel, la doctrine ne s'appliquait pas.

IV. Les questions en litige

Comme, à mon avis, l'appel peut être tranché en vertu des principes du droit administratif et de l'interprétation des lois, il n'est pas nécessaire d'examiner les divers moyens fondés sur la *Charte* qui ont été invoqués par l'appelante et les intervenants qui l'ont appuyée. Par conséquent, les questions examinées sont les suivantes:

(1) Quel effet juridique la question énoncée aux termes du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration* a-t-elle sur la portée de l'examen en appel?

(2) Les principes d'équité procédurale ont-ils été enfreints en l'espèce?

(i) Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale?

(ii) Le défaut de l'agent Caden d'exposer les motifs de sa décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale?

(iii) Y avait-il une crainte raisonnable de partialité dans la prise de cette décision?

(3) Le pouvoir discrétionnaire a-t-il été incorrectement exercé en raison de la façon d'aborder l'intérêt des enfants de M^{me} Baker?

Je note que c'est la troisième question qui soulève directement les points mentionnés dans la question certifiée de portée générale énoncée par le juge Simpson.

V. Analysis

A. Stated Questions Under Section 83(1) of the Immigration Act

The Court of Appeal held, in accordance with its decision in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, that the requirement, in s. 83(1), that a "serious question of general importance" be certified for an appeal to be permitted restricts an appeal court to addressing the issues raised by the certified question. However, in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 25, this Court held that s. 83(1) does not require that the Court of Appeal address only the stated question and issues related to it:

The certification of a "question of general importance" is the trigger by which an appeal is justified. The object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question.

Rothstein J. noted in *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), that once a question has been certified, all aspects of the appeal may be considered by the Court of Appeal, within its jurisdiction. I agree. The wording of s. 83(1) suggests, and *Pushpanathan* confirms, that if a "question of general importance" has been certified, this allows for an appeal from the judgment of the Trial Division which would otherwise not be permitted, but does not confine the Court of Appeal or this Court to answering the stated question or issues directly related to it. All issues raised by the appeal may therefore be considered here.

B. The Statutory Scheme and the Nature of the Decision

Before examining the various grounds for judicial review, it is appropriate to discuss briefly the nature of the decision made under s. 114(2) of the *Immigration Act*, the role of this decision in the statutory scheme, and the guidelines given by the Minister to immigration officers in relation to it.

V. Analyse

A. Les questions énoncées en vertu du par. 83(1) de la Loi sur l'immigration

La Cour d'appel a conclu, conformément à son arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, que le par. 83(1), en exigeant qu'une «question grave de portée générale» soit certifiée pour qu'un appel puisse être autorisé, limite l'appel aux questions soulevées par la question certifiée. Toutefois, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au par. 25, notre Cour a conclu que le par. 83(1) n'exige pas que la Cour d'appel traite uniquement de la question énoncée et des points qui s'y rapportent:

Sans la certification d'une «question grave de portée générale», l'appel ne serait pas justifié. L'objet de l'appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée.

Le juge Rothstein dit, dans le jugement *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1^{re} inst.), que lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence. Je suis d'accord. Le libellé du par. 83(1) indique, et l'arrêt *Pushpanathan* le confirme, que la certification d'une «question grave de portée générale» permet un appel du jugement de première instance qui, normalement, ne serait pas autorisé, mais ne limite pas la Cour d'appel ni notre Cour à la question énoncée ou aux points qui s'y rapportent directement. Par conséquent, nous pouvons examiner tous les points soulevés dans le pourvoi.

B. Le régime législatif et la nature de la décision

Avant d'examiner les divers moyens invoqués dans la demande de contrôle judiciaire, il est nécessaire d'aborder brièvement la nature de la décision rendue en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, du rôle que joue cette décision dans le régime législatif, et des directives données par le ministre aux agents d'immigration à ce sujet.

12

13

¹⁴ Section 114(2) itself authorizes the Governor in Council to authorize the Minister to exempt a person from a regulation made under the Act, or to facilitate the admission to Canada of any person. The Minister's power to grant an exemption based on humanitarian and compassionate (H & C) considerations arises from s. 2.1 of the *Immigration Regulations*, which I reproduce for convenience:

The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

For the purpose of clarity, I will refer throughout these reasons to decisions made pursuant to the combination of s. 114(2) of the Act and s. 2.1 of the Regulations as "H & C decisions".

¹⁵ Applications for permanent residence must, as a general rule, be made from outside Canada, pursuant to s. 9(1) of the Act. One of the exceptions to this is when admission is facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. In law, pursuant to the Act and the Regulations, an H & C decision is made by the Minister, though in practice, this decision is dealt with in the name of the Minister by immigration officers: see, for example, *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 569. In addition, while in law, the H & C decision is one that provides for an exemption from regulations or from the Act, in practice, it is one that, in cases like this one, determines whether a person who has been in Canada but does not have status can stay in the country or will be required to leave a place where he or she has become established. It is an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals' lives. In addition, it may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person whose humanitarian and compassionate application is being considered, since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of

Le paragraphe 114(2) habilite le gouverneur en conseil à autoriser le ministre à accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi, ou à faciliter l'admission d'une personne au Canada. Le pouvoir du ministre d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire découle de l'art. 2.1 du *Règlement sur l'immigration*:

Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Pour plus de clarté, je référerai aux décisions rendues conformément à une combinaison du par. 114(2) de la Loi et de l'art. 2.1 du règlement de «décisions d'ordre humanitaire».

Les demandes de résidence permanente doivent normalement être présentées à l'extérieur du Canada, conformément au par. 9(1) de la Loi. L'une des exceptions à cette règle est l'admission fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. En droit, conformément à la Loi et au règlement, c'est le ministre qui prend les décisions d'ordre humanitaire, alors qu'en pratique, ces décisions sont prises en son nom par des agents d'immigration: voir, par exemple, *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565, à la p. 569. En outre, même si, en droit, une décision d'ordre humanitaire est une décision qui prévoit une dispense d'application du règlement ou de la Loi, en pratique, il s'agit d'une décision, dans des affaires comme celle dont nous sommes saisis, qui détermine si une personne qui est au Canada, mais qui n'a pas de statut, peut y demeurer ou sera tenue de quitter l'endroit où elle s'est établie. Il s'agit d'une décision importante qui a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées. Elle peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de

citizenship, where they have settled and have connections.

Immigration officers who make H & C decisions are provided with a set of guidelines, contained in chapter 9 of the *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. The guidelines constitute instructions to immigration officers about how to exercise the discretion delegated to them. These guidelines are also available to the public. A number of statements in the guidelines are relevant to Ms. Baker's application. Guideline 9.05 emphasizes that officers have a duty to decide which cases should be given a favourable recommendation, by carefully considering all aspects of the case, using their best judgment and asking themselves what a reasonable person would do in such a situation. It also states that although officers are not expected to "delve into areas which are not presented during examination or interviews, they should attempt to clarify possible humanitarian grounds and public policy considerations even if these are not well articulated".

The guidelines also set out the bases upon which the discretion conferred by s. 114(2) and the Regulations should be exercised. Two different types of criteria that may lead to a positive s. 114(2) decision are outlined — public policy considerations and humanitarian and compassionate grounds. Immigration officers are instructed, under guideline 9.07, to assure themselves, first, whether a public policy consideration is present, and if there is none, whether humanitarian and compassionate circumstances exist. Public policy reasons include marriage to a Canadian resident, the fact that the person has lived in Canada, has become established, and has become an "illegal de facto resident", and the fact that the person may be a long-term holder of employment authorization or has worked as a foreign domestic. Guideline 9.07 states that humanitarian and compassionate grounds will exist if "unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration if he or she had to leave Canada". The guidelines also directly address

citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches.

Les agents d'immigration qui prennent des décisions d'ordre humanitaire reçoivent une série de lignes directrices, figurant au chapitre 9 du *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*, qui leur servent d'instructions sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est délégué. Le public a aussi accès à ces lignes directrices. Dans ces lignes directrices, plusieurs énoncés s'appliquent à la demande de M^{me} Baker. La directive 9.05 met l'accent sur le devoir des agents de décider quelles affaires devraient recevoir une recommandation favorable, en étudiant avec soin les cas sous tous leurs aspects, en faisant preuve de discernement, et en se demandant ce qu'une personne sensée ferait dans une telle situation. Elle dit également que les agents ne doivent pas «tente[r] d'approfondir des questions qui ne sont pas soulevées au cours des examens ou des entrevues. Toutefois, ils doivent essayer d'obtenir des précisions relativement à des raisons possibles d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, même si celles-ci ne sont pas clairement formulées».

Ces directives définissent également les fondements de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 114(2) et le règlement. Deux types de raisons pouvant mener à une décision favorable sont indiqués — les raisons d'intérêt public et les considérations humanitaires. Conformément à la directive 9.07, les agents d'immigration doivent s'assurer d'abord qu'il n'existe pas de raisons d'intérêt public, et, s'il n'y en a pas, s'il existe des considérations humanitaires. Les raisons d'intérêt public comprennent, notamment, le mariage à un résident du Canada, le fait qu'une personne a vécu au Canada, s'y est établie et est devenue un résident «de fait en situation administrative irrégulière», et le fait que la personne est titulaire d'un permis de travail de longue date ou a travaillé comme travailleur domestique étranger. La directive 9.07 dit qu'il existe des considérations humanitaires lorsque «des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l'examen de son cas si celle-ci devait quitter le Canada». Les directives traitent expressé-

16

17

situations involving family dependency, and emphasize that the requirement that a person leave Canada to apply from abroad may result in hardship for close family members of a Canadian resident, whether parents, children, or others who are close to the claimant, but not related by blood. They note that in such cases, the reasons why the person did not apply from abroad and the existence of family or other support in the person's home country should also be considered.

C. Procedural Fairness

18 The first ground upon which the appellant challenges the decision made by Officer Caden is the allegation that she was not accorded procedural fairness. She suggests that the following procedures are required by the duty of fairness when parents have Canadian children and they make an H & C application: an oral interview before the decision-maker, notice to her children and the other parent of that interview, a right for the children and the other parent to make submissions at that interview, and notice to the other parent of the interview and of that person's right to have counsel present. She also alleges that procedural fairness requires the provision of reasons by the decision-maker, Officer Caden, and that the notes of Officer Lorenz give rise to a reasonable apprehension of bias.

19 In addressing the fairness issues, I will consider first the principles relevant to the determination of the content of the duty of procedural fairness, and then address Ms. Baker's arguments that she was accorded insufficient participatory rights, that a duty to give reasons existed, and that there was a reasonable apprehension of bias.

20 Both parties agree that a duty of procedural fairness applies to H & C decisions. The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*,

ment de situations où il existe des liens familiaux de dépendance, et soulignent que l'obligation de quitter le Canada pour présenter une demande de l'étranger peut occasionner des difficultés à certains membres de la famille proche d'un résident canadien, parents, enfants ou autres proches qui n'ont pas de liens de sang avec le demandeur. Elles précisent que dans de tels cas, il faut aussi tenir compte des raisons pour lesquelles la personne n'a pas présenté sa demande à l'étranger et de la présence d'une famille ou d'autres personnes susceptibles de l'aider dans son pays d'origine.

C. L'équité procédurale

Comme premier moyen pour contester la décision de l'agent Caden, l'appelante allègue qu'elle n'a pas bénéficié de l'équité procédurale. L'appelante estime que l'obligation d'agir équitablement exige le respect des procédures suivantes quand des parents ayant des enfants canadiens présentent une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire: une entrevue orale devant le décideur, un avis de la tenue de cette entrevue aux enfants et à l'autre parent, un droit pour les enfants et l'autre parent de présenter des arguments au cours de cette entrevue, un avis à l'autre parent de la tenue de l'entrevue et du droit de cette personne d'être représentée par un avocat. Elle allègue également que l'équité procédurale exige que le décideur, soit l'agent Caden, motive sa décision; et que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

En traitant des questions d'équité, j'examinerai d'abord les principes applicables à la détermination de la nature de l'obligation d'équité procédurale, et ensuite les arguments de M^{me} Baker sur l'insuffisance des droits de participation qui lui ont été accordés, sur l'existence d'une obligation de motiver la décision et sur la crainte raisonnable de partialité.

Les deux parties admettent que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. Le fait qu'une décision soit administrative et touche «les droits, privilèges ou biens d'une personne» suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité: *Cardinal c.*

[1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. Clearly, the determination of whether an applicant will be exempted from the requirements of the Act falls within this category, and it has been long recognized that the duty of fairness applies to H & C decisions: *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at p. 88; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (F.C.T.D.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.).

(1) Factors Affecting the Content of the Duty of Fairness

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case". All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal*, *supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J.

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Il est évident que la décision quant à savoir si un demandeur sera dispensé des exigences prévues par la Loi entre dans cette catégorie, et il est admis depuis longtemps que l'obligation d'équité s'applique aux décisions d'ordre humanitaire: *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 88; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (C.F. 1^{re} inst.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.).

(1) Les facteurs ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité

L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale: *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

21

22

23 Several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances. One important consideration is the nature of the decision being made and the process followed in making it. In *Knight, supra*, at p. 683, it was held that "the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making". The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness. See also *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896, *per Sopinka J.*

24 A second factor is the nature of the statutory scheme and the "terms of the statute pursuant to which the body operates": *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191. The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-67.

25 A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its

La jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pertinents en ce qui a trait aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données. Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. Dans l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 683, on a conclu que «la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives». Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès. Voir également *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896, le juge Sopinka.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes: voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 7-66 et 7-67.

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont

impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

Fourth, 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: *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1204; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. 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 certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty

grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [...] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667:

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend «judiciaire» dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

Quatrièmement, 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: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 557. 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 légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obliga-

of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). 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: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. 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.

27

Fifth, the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: *Brown and Evans, supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, per Gonthier J.

28

I should note that this list of factors is not exhaustive. These principles all help a court determine whether the procedures that were followed

tion d'équité exigera cette procédure: *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). 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: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. 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.

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances: *Brown et Evans, op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles: *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

Je dois mentionner que cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Tous ces principes aident le tribunal à déterminer si les procédures suivies res-

respected the duty of fairness. Other factors may also be important, particularly when considering aspects of the duty of fairness unrelated to participatory rights. The values underlying the duty of procedural fairness relate to the principle that the individual or individuals affected should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests, or privileges made using a fair, impartial, and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision.

(2) Legitimate Expectations

I turn now to an application of these principles to the circumstances of this case to determine whether the procedures followed respected the duty of procedural fairness. I will first determine whether the duty of procedural fairness that would otherwise be applicable is affected, as the appellant argues, by the existence of a legitimate expectation based upon the text of the articles of the Convention and the fact that Canada has ratified it. In my view, however, the articles of the Convention and their wording did not give rise to a legitimate expectation on the part of Ms. Baker that when the decision on her H & C application was made, specific procedural rights above what would normally be required under the duty of fairness would be accorded, a positive finding would be made, or particular criteria would be applied. This Convention is not, in my view, the equivalent of a government representation about how H & C applications will be decided, nor does it suggest that any rights beyond the participatory rights discussed below will be accorded. Therefore, in this case there is no legitimate expectation affecting the content of the duty of fairness, and the fourth factor outlined above therefore does not affect the analysis. It is unnecessary to decide whether an international instrument ratified by Canada could, in other circumstances, give rise to a legitimate expectation.

pectent l'obligation d'équité. D'autres facteurs peuvent également être importants, notamment dans l'examen des aspects de l'obligation d'agir équitablement non reliés aux droits de participation. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.

(2) L'attente légitime

Je passe maintenant à une application de ces principes aux circonstances de l'espèce pour déterminer si les procédures suivies respectaient l'obligation d'équité procédurale. Je déciderai d'abord si l'existence d'une attente légitime fondée sur le texte des articles de la Convention et le fait que le Canada l'ait ratifiée a une incidence, comme l'appelante le soutient, sur l'obligation d'équité procédurale qui serait autrement applicable. À mon avis, les articles de la Convention et leur libellé n'ont pas créé chez M^{me} Baker l'attente légitime que sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire donne lieu à l'application de droits procéduraux particuliers autres que ceux qui seraient normalement exigés en vertu de l'obligation d'équité, à une conclusion positive, ou à l'utilisation de critères particuliers. Cette convention n'est pas, à mon avis, l'équivalent d'une déclaration gouvernementale sur la façon dont les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire doivent être tranchées, elle n'indique pas non plus que des droits autres que les droits de participation dont il est question ci-dessous seront accordés. Par conséquent, dans la présente affaire, il n'existe pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité et le quatrième facteur identifié plus haut n'affecte donc pas l'analyse. Il n'est pas nécessaire de décider si un instrument international ratifié par le Canada pourrait, dans d'autres circonstances, donner lieu à une attente légitime.

(3) Participatory Rights

30

The next issue is whether, taking into account the other factors related to the determination of the content of the duty of fairness, the failure to accord an oral hearing and give notice to Ms. Baker or her children was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness in these circumstances. At the heart of this analysis is whether, considering all the circumstances, those whose interests were affected had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly. The procedure in this case consisted of a written application with supporting documentation, which was summarized by the junior officer (Lorenz), with a recommendation being made by that officer. The summary, recommendation, and material was then considered by the senior officer (Caden), who made the decision.

31

Several of the factors described above enter into the determination of the type of participatory rights the duty of procedural fairness requires in the circumstances. First, an H & C decision is very different from a judicial decision, since it involves the exercise of considerable discretion and requires the consideration of multiple factors. Second, its role is also, within the statutory scheme, as an exception to the general principles of Canadian immigration law. These factors militate in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. On the other hand, there is no appeal procedure, although judicial review may be applied for with leave of the Federal Court — Trial Division. In addition, considering the third factor, this is a decision that in practice has exceptional importance to the lives of those with an interest in its result — the claimant and his or her close family members — and this leads to the content of the duty of fairness being more extensive. Finally, applying the fifth factor described above, the statute accords considerable flexibility to the Minister to decide on the proper procedure, and immigration officers, as a matter of practice, do not conduct interviews in all cases. The institutional practices and choices made by the Minister, are significant, though of course not determinative

(3) Les droits de participation

La question suivante est de savoir si, compte tenu des autres facteurs déterminant la nature de l'obligation d'équité, le défaut d'accorder une audience et de donner avis à M^{me} Baker ou à ses enfants était incompatible avec les droits de participation qu'exige l'obligation d'équité dans ces circonstances. Au cœur de cette analyse, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, les personnes dont les intérêts étaient en jeu ont eu une occasion valable de présenter leur position pleinement et équitablement. La procédure en l'espèce se composait d'une demande écrite accompagnée de documents justificatifs, résumée par l'agent subalterne (Lorenz) et transmise avec une recommandation faite par ce dernier. Le résumé, la recommandation et les documents ont alors été examinés par l'agent principal (Caden), qui a pris la décision.

Plusieurs des facteurs susmentionnés servent à déterminer quel type de droits de participation sont requis par l'obligation d'équité procédurale dans les circonstances. En premier lieu, une décision d'ordre humanitaire est très différente d'une décision judiciaire, car elle suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étendu et l'examen de facteurs multiples. Deuxièmement, son rôle est aussi, dans le cadre du régime législatif, une exception aux principes généraux du droit canadien de l'immigration. Ces facteurs militent en faveur d'une application moins stricte de l'obligation d'équité. D'autre part, il n'existe pas de procédure d'appel, bien qu'il puisse y avoir un contrôle judiciaire sur autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance. En outre, au vu du troisième facteur, il s'agit là d'une décision qui, en pratique, a une importance exceptionnelle sur la vie des personnes concernées — le demandeur et les membres de sa famille proche, ce qui accroît l'étendue de l'obligation d'équité. Enfin, appliquant le cinquième facteur ci-haut décrit, la loi donne au ministre une grande latitude pour décider de la procédure appropriée, et les agents d'immigration, dans la pratique, ne procèdent pas à des entrevues dans tous les cas. Les pratiques et les choix institutionnels que fait le ministre sont

factors to be considered in the analysis. Thus, it can be seen that although some of the factors suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model.

Balancing these factors, I disagree with the holding of the Federal Court of Appeal in *Shah*, *supra*, at p. 239, that the duty of fairness owed in these circumstances is simply "minimal". Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

However, it also cannot be said that an oral hearing is always necessary to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved. The flexible nature of the duty of fairness recognizes that meaningful participation can occur in different ways in different situations. The Federal Court has held that procedural fairness does not require an oral hearing in these circumstances: see, for example, *Said*, *supra*, at p. 30.

I agree that an oral hearing is not a general requirement for H & C decisions. An interview is not essential for the information relevant to an H & C application to be put before an immigration officer, so that the humanitarian and compassionate considerations presented may be considered in their entirety and in a fair manner. In this case, the appellant had the opportunity to put forward, in written form through her lawyer, information about her situation, her children and their emotional dependence on her, and documentation in support of her application from a social worker at the Children's Aid Society and from her psychiatrist. These documents were before the decision-makers, and they contained the information relevant to making this decision. Taking all the factors relevant to determining the content of the duty of fairness into account, the lack of an oral hearing or

importants, bien que ce ne soient évidemment pas des facteurs déterminants dans l'analyse. On peut donc voir que, si certains facteurs indiquent des exigences plus strictes en matière d'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes, plus éloignées du modèle judiciaire.

Pondérant ces facteurs, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, que l'obligation d'équité dans ces circonstances est simplement «minimale». Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

Toutefois, on ne peut pas dire non plus qu'une audience est toujours nécessaire pour garantir l'audition et l'examen équitables des questions en jeu. La nature souple de l'obligation d'équité reconnaît qu'une participation valable peut se faire de différentes façons dans des situations différentes. La Cour fédérale a statué que l'équité procédurale n'exige pas la tenue d'une audience dans ces circonstances: voir, par exemple, *Said*, précité, à la p. 30.

Je conviens que la tenue d'une audience n'est pas une exigence générale pour les décisions fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. Il n'est pas indispensable qu'il y ait une entrevue pour exposer à un agent d'immigration les renseignements relatifs à une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et pour que les raisons d'ordre humanitaire présentées puissent être évaluées de façon complète et équitable. En l'espèce, l'appelante a eu la possibilité d'exposer par écrit, par l'entremise de son avocat, sa situation, celle de ses enfants et leur dépendance émotive vis-à-vis d'elle, et de présenter à l'appui de sa demande des lettres d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance et de son psychiatre. Ces documents étaient à la disposition des décideurs, et ils contenaient les renseignements nécessaires pour la prise de décision. Compte tenu de tous les facteurs

32

33

34

notice of such a hearing did not, in my opinion, constitute a violation of the requirements of procedural fairness to which Ms. Baker was entitled in the circumstances, particularly given the fact that several of the factors point toward a more relaxed standard. The opportunity, which was accorded, for the appellant or her children to produce full and complete written documentation in relation to all aspects of her application satisfied the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

(4) The Provision of Reasons

35 The appellant also submits that the duty of fairness, in these circumstances, requires that reasons be given by the decision-maker. She argues either that the notes of Officer Lorenz should be considered the reasons for the decision, or that it should be held that the failure of Officer Caden to give written reasons for his decision or a subsequent affidavit explaining them should be taken to be a breach of the principles of fairness.

36 This issue has been addressed in several cases of judicial review of humanitarian and compassionate applications. The Federal Court of Appeal has held that reasons are unnecessary: *Shah, supra*, at pp. 239-40. It has also been held that the case history notes prepared by a subordinate officer are not to be considered the decision-maker's reasons: see *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, at pp. 159-60. In *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.T.D.), and *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, it was held that the notes of the reviewing officer should not be taken to be the reasons for decision, but may help in determining whether a reviewable error exists. In *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, an H & C decision was set aside because the decision-making officer

pertinents pour évaluer le contenu de l'obligation d'équité, le fait qu'il n'y a pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas, selon moi, un manquement à l'obligation d'équité procédurale envers Mme Baker dans les circonstances, particulièrement en raison du fait que plusieurs des facteurs militaient en faveur d'une norme plus souple. La possibilité qui a été offerte à l'appelante et à ses enfants de produire une documentation écrite complète relativement à tous les aspects de sa demande remplit les exigences en matière de droits de participation que commandait l'obligation d'équité en l'espèce.

(4) L'exposé des motifs

L'appelante soutient également que l'obligation d'équité, dans les circonstances, exige que le décideur motive ses décisions. Elle soutient qu'il faut soit considérer les notes de l'agent Lorenz comme les motifs de la décision, soit conclure que le défaut de l'agent Caden de donner les motifs écrits de sa décision, ou un affidavit subséquent les expliquant, est un manquement aux principes d'équité.

Cette question a été abordée dans plusieurs cas de contrôle judiciaire de demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'était pas nécessaire que les décisions soient motivées: *Shah*, précité, aux pp. 239 et 240. Elle a également statué que les notes de l'historique des faits préparées par un agent subalterne ne doivent pas être considérées comme les motifs du décideur: voir *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, aux pp. 159 et 160. Les décisions *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (C.F. 1^{re} inst.), et *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, concluent qu'il ne faut pas considérer les notes de l'agent de réexamen comme des motifs de décision, mais que ces notes peuvent servir à déterminer s'il existe une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Dans *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, une décision d'ordre humanitaire a été annulée parce que le décideur n'avait pas motivé sa

failed to provide reasons or an affidavit explaining the reasons for his decision.

More generally, the traditional position at common law has been that the duty of fairness does not require, as a general rule, that reasons be provided for administrative decisions: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 233; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), at pp. 665-66.

Courts and commentators have, however, often emphasized the usefulness of reasons in ensuring fair and transparent decision-making. Though *Northwestern Utilities* dealt with a statutory obligation to give reasons, Estey J. held as follows, at p. 706, referring to the desirability of a common law reasons requirement:

This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal. . . .

The importance of reasons was recently reemphasized by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 180-81.

Reasons, it has been argued, foster better decision making by ensuring that issues and reasoning are well articulated and, therefore, more carefully thought out. The process of writing reasons for decision by itself may be a guarantee of a better decision. Reasons also allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review: R. A. Macdonald and D. Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 C.J.A.L.P. 123, at p. 146; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at para. 38. Those affected may

décision, ni fourni d'affidavit expliquant les motifs de sa décision.

Plus généralement, la common law a traditionnellement reconnu que l'obligation d'équité n'exige pas, en règle générale, que les décisions administratives soient motivées: *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 233; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), aux pp. 665 et 666.

Toutefois, les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt *Northwestern Utilities* traite d'une obligation légale de motiver des décisions, le juge Estey fait l'observation suivante, à la p. 706, sur l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs:

Cette obligation est salutaire: elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel . . .

L'importance des motifs a récemment été réitérée par la Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux par. 180 et 181.

On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et, en conséquence, une analyse plus rigoureuse. Le processus de rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire: R. A. Macdonald et D. Lametti, «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 C.J.A.L.P. 123, à la p. 146; *Williams c. Canada*

37

38

39

be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given: de Smith, Woolf, & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. I agree that these are significant benefits of written reasons.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), au par. 38. Il est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis: de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), aux pp. 459 et 460. Je suis d'accord qu'il s'agit là d'avantages importants de la rédaction de motifs écrits.

40

Others have expressed concerns about the desirability of a written reasons requirement at common law. In *Osmond*, *supra*, Gibbs C.J. articulated, at p. 668, the concern that a reasons requirement may lead to an inappropriate burden being imposed on administrative decision-makers, that it may lead to increased cost and delay, and that it "might in some cases induce a lack of candour on the part of the administrative officers concerned". Macdonald and Lametti, *supra*, though they agree that fairness should require the provision of reasons in certain circumstances, caution against a requirement of "archival" reasons associated with court judgments, and note that the special nature of agency decision-making in different contexts should be considered in evaluating reasons requirements. In my view, however, these concerns can be accommodated by ensuring that any reasons requirement under the duty of fairness leaves sufficient flexibility to decision-makers by accepting various types of written explanations for the decision as sufficient.

D'autres ont émis des réserves quant à l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs écrits. Dans l'arrêt *Osmond*, précité, le juge en chef Gibbs a dit, à la p. 668, qu'il craignait qu'une obligation de rédiger des motifs puisse finir par imposer un fardeau indu aux décideurs administratifs, entraîner une augmentation des coûts et des délais, et [TRADUCTION] «dans certains cas occasionner un manque de sincérité de la part des fonctionnaires concernés». Même s'ils conviennent que l'équité devrait exiger que des motifs soient donnés dans certaines circonstances, Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, font une mise en garde contre une exigence donnant lieu à des motifs [TRADUCTION] «d'archives» s'apparentant aux décisions judiciaires, et notent qu'il faut tenir compte de la nature particulière de l'organisme décisionnel dans différents contextes pour évaluer l'exigence des motifs. À mon avis, cependant, on peut répondre à ces préoccupations en veillant à ce que toute obligation de motiver la décision en raison de l'obligation d'équité laisse aux décideurs assez de latitude, en acceptant comme suffisants divers types d'explications écrites.

41

In England, a common law right to reasons in certain circumstances has developed in the case law: see M. H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, at pp. 164-68; de Smith, Woolf & Jowell, *supra*, at pp. 462-65. In *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), reasons were required of a board deciding the appeal of the dismissal of a prison official. The House of Lords, in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531, imposed a reasons requirement on the Home

En Angleterre, un droit de common law à la production de motifs dans certaines circonstances est apparu dans la jurisprudence: voir M. H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, aux pp. 164 à 168; de Smith, Woolf & Jowell, *op. cit.*, aux pp. 462 à 465. L'arrêt *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), a conclu qu'une commission décidant de l'appel du congédiement d'un agent de prison devait motiver sa décision. La Chambre des lords, dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex*

Secretary when exercising the statutory discretion to decide on the period of imprisonment that a prisoner who had been imposed a life sentence should serve before being entitled to a review. Lord Mustill, speaking for all the law lords on the case, held that although there was no general duty to give reasons at common law, in those circumstances, a failure to give reasons was unfair. Other English cases have held that reasons are required at common law when there is a statutory right of appeal: see *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), at p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Some Canadian courts have imposed, in certain circumstances, a common law obligation on administrative decision-makers to provide reasons, while others have been more reluctant. In *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (B.C.C.A.), at pp. 551-52, it was held that reasons would generally be required for decisions of a review board under Part XX.1 of the *Criminal Code*, based in part on the existence of a statutory right of appeal from that decision, and also on the importance of the interests affected by the decision. In *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), the court also held that because of the existence of a statutory right of appeal, there was an implied duty to give reasons. Smith D.J., in *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.), imposed a reasons requirement on a ministerial decision relating to refugee status, based upon the right to apply to the Immigration Appeal Board for redetermination. Similarly, in the context of evaluating whether a statutory reasons requirement had been adequately fulfilled in *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43 (C.A.), Bastarache J.A. (as he then was) emphasized, at p. 55, the importance of adequate reasons when appealing a decision. However, the Federal Court of Appeal recently rejected the submission that reasons were required in rela-

parte *Doody*, [1994] 1 A.C. 531, a exigé que le Secrétaire de l'Intérieur fournisse des motifs quand il exerce le pouvoir discrétionnaire dont l'investit la loi de décider du temps qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité devait passer en prison avant d'avoir droit à un réexamen. Lord Mustill, au nom de tous les lords juristes dans l'affaire, conclut que même s'il n'existe pas d'obligation générale de fournir des motifs en common law, dans les circonstances visées, il était inéquitable de ne pas fournir des motifs. D'autres décisions anglaises ont conclu que la common law exige que les décisions soient motivées quand il existe un droit d'appel prévu par la loi: voir *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), à la p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Certains tribunaux canadiens ont imposé aux décideurs administratifs, dans des circonstances particulières, une obligation de common law de motiver leurs décisions, tandis que d'autres ont été plus hésitants à le faire. L'arrêt *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (C.A.C.-B.), aux pp. 551 et 552, conclut qu'en général une commission d'examen agissant sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* devait motiver ses décisions, en raison notamment de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi et de l'importance des droits touchés par ces décisions. Dans l'arrêt *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), la cour a statué qu'en raison de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi, il existait implicitement une obligation de donner des motifs. Le juge suppléant Smith, dans l'affaire *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.), a imposé une obligation de motiver une décision ministérielle portant sur le statut de réfugié, en raison du droit d'en demander le réexamen devant la Commission d'appel de l'immigration. De même, alors qu'il examinait si l'exigence prévue par la loi de donner des motifs avait été convenablement remplie, le juge Bastarache (alors juge à la Cour d'appel) a souligné, dans l'arrêt *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 43

tion to a decision to declare a permanent resident a danger to the public under s. 70(5) of the *Immigration Act*: *Williams, supra*.

(C.A.), à la p. 55, qu'il était important de disposer de motifs appropriés quand une décision est portée en appel. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a récemment conclu qu'il n'était pas nécessaire de motiver une décision dont le but était de déclarer qu'un résident permanent constituait un danger pour le public en vertu du par. 70(5) de la *Loi sur l'immigration*: *Williams, précité*.

43 In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski, Cunningham, and Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached.

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski, Cunningham* et *Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise.

44 In my view, however, the reasons requirement was fulfilled in this case since the appellant was provided with the notes of Officer Lorenz. The notes were given to Ms. Baker when her counsel asked for reasons. Because of this, and because there is no other record of the reasons for making the decision, the notes of the subordinate reviewing officer should be taken, by inference, to be the reasons for decision. Accepting documents such as these notes as sufficient reasons is part of the flexibility that is necessary, as emphasized by Macdonald and Lametti, *supra*, when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness

J'estime, toutefois, que cette obligation a été remplie en l'espèce par la production des notes de l'agent Lorenz à l'appelante. Les notes ont été remises à Mme Baker lorsque son avocat a demandé des motifs. Pour cette raison, et parce qu'il n'existe pas d'autres documents indiquant les motifs de la décision, les notes de l'agent subalterne devraient être considérées, par déduction, comme les motifs de la décision. L'admission de documents tels que ces notes comme motifs de la décision fait partie de la souplesse nécessaire, ainsi que l'ont souligné Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, quand des tribunaux évaluent les exigences de l'obligation d'équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect des

can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways. I conclude that the notes of Officer Lorenz satisfy the requirement for reasons under the duty of procedural fairness in this case, and they will be taken to be the reasons for decision.

(5) Reasonable Apprehension of Bias

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision-maker. The respondent argues that Simpson J. was correct to find that the notes of Officer Lorenz cannot be considered to give rise to a reasonable apprehension of bias because it was Officer Caden who was the actual decision-maker, who was simply reviewing the recommendation prepared by his subordinate. In my opinion, the duty to act fairly and therefore in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias applies to all immigration officers who play a significant role in the making of decisions, whether they are subordinate reviewing officers, or those who make the final decision. The subordinate officer plays an important part in the process, and if a person with such a central role does not act impartially, the decision itself cannot be said to have been made in an impartial manner. In addition, as discussed in the previous section, the notes of Officer Lorenz constitute the reasons for the decision, and if they give rise to a reasonable apprehension of bias, this taints the decision itself.

The test for reasonable apprehension of bias was set out by de Grandpré J., writing in dissent, in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . [T]hat test is "what would an

valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons. Je conclus qu'en l'espèce les notes de l'agent Lorenz remplissent l'obligation de donner des motifs en vertu de l'obligation d'équité procédurale, et qu'elles seront considérées comme les motifs de la décision.

(5) La crainte raisonnable de partialité

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. L'intimé soutient que le juge Simpson a eu raison de conclure que les notes de l'agent Lorenz ne peuvent pas donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, parce que le vrai décideur était l'agent Caden, qui a simplement fait une revue de la recommandation préparée par son subalterne. L'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique, à mon avis, à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision, qu'ils soient des agents de réexamen subalternes, ou ceux qui rendent la décision finale. L'agent subordonné joue un rôle important dans le processus, et si une personne ayant un rôle aussi central n'agit pas de façon impartiale, la décision elle-même ne peut pas être considérée comme ayant été rendue de façon impartiale. En outre, comme je le dis au paragraphe précédent, les notes de l'agent Lorenz constituent les motifs de la décision, et si elles donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, la décision elle-même en est viciée.

Le test de la crainte raisonnable de partialité a été exposé par le juge de Grandpré, dissident, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se

45

46

informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

This expression of the test has often been endorsed by this Court, most recently in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, *per* Major J.; at para. 31, *per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; and at para. 111, *per* Cory J.

47

It has been held that the standards for reasonable apprehension of bias may vary, like other aspects of procedural fairness, depending on the context and the type of function performed by the administrative decision-maker involved: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1192. The context here is one where immigration officers must regularly make decisions that have great importance to the individuals affected by them, but are also often critical to the interests of Canada as a country. They are individualized, rather than decisions of a general nature. They also require special sensitivity. Canada is a nation made up largely of people whose families migrated here in recent centuries. Our history is one that shows the importance of immigration, and our society shows the benefits of having a diversity of people whose origins are in a multitude of places around the world. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference.

48

In my opinion, the well-informed member of the community would perceive bias when reading Officer Lorenz's comments. His notes, and the manner in which they are written, do not disclose the existence of an open mind or a weighing of the particular circumstances of the case free from stereotypes. Most unfortunate is the fact that they

demand «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Notre Cour a souvent souscrit à cette définition du test, plus récemment dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au par. 11, le juge Major; au par. 31, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; et au par. 111, le juge Cory.

Il a été décidé que le test relatif à la crainte raisonnable de partialité pouvait varier, comme d'autres éléments de l'équité procédurale, selon le contexte et le genre de fonction exercée par le décideur administratif concerné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1192. Le contexte en l'espèce est que les agents d'immigration doivent régulièrement prendre des décisions qui ont une très grande importance pour les personnes visées, mais qui souvent ont aussi une incidence sur les intérêts du Canada comme pays. Ce sont des décisions de nature individuelle plutôt que générale. Elles exigent également une grande sensibilité. Le Canada est une nation en grande partie composée de gens dont les familles ont émigré dans les siècles derniers. Notre histoire démontre l'importance de l'immigration, et notre société est l'exemple des avantages de la diversité de gens originaires d'une multitude de pays. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent qu'on reconnaisse la diversité ainsi qu'une compréhension des autres et une ouverture d'esprit à la différence.

À mon avis, les membres bien informés de la communauté percevraient la partialité dans les commentaires de l'agent Lorenz. Ses notes, et la façon dont elles sont rédigées, ne témoignent ni d'un esprit ouvert ni d'une absence de stéréotypes dans l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire. Plus regrettable encore est le fait qu'elles

seem to make a link between Ms. Baker's mental illness, her training as a domestic worker, the fact that she has several children, and the conclusion that she would therefore be a strain on our social welfare system for the rest of her life. In addition, the conclusion drawn was contrary to the psychiatrist's letter, which stated that, with treatment, Ms. Baker could remain well and return to being a productive member of society. Whether they were intended in this manner or not, these statements give the impression that Officer Lorenz may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that Ms. Baker was a single mother with several children, and had been diagnosed with a psychiatric illness. His use of capitals to highlight the number of Ms. Baker's children may also suggest to a reader that this was a reason to deny her status. Reading his comments, I do not believe that a reasonable and well-informed member of the community would conclude that he had approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. It would appear to a reasonable observer that his own frustration with the "system" interfered with his duty to consider impartially whether the appellant's admission should be facilitated owing to humanitarian or compassionate considerations. I conclude that the notes of Officer Lorenz demonstrate a reasonable apprehension of bias.

D. Review of the Exercise of the Minister's Discretion

Although the finding of reasonable apprehension of bias is sufficient to dispose of this appeal, it does not address the issues contained in the "serious question of general importance" which was certified by Simpson J. relating to the approach to be taken to children's interests when reviewing the exercise of the discretion conferred by the Act and the Regulations. Since it is important to address the central questions which led to this appeal, I will also consider whether, as a substantive matter, the H & C decision was improperly made in this case.

semblent établir un lien entre les troubles mentaux de M^{me} Baker, sa formation comme domestique, le fait qu'elle ait plusieurs enfants, et la conclusion qu'elle serait, en conséquence, un fardeau pour notre système d'aide sociale pour le restant de sa vie. En outre, la conclusion tirée était contraire à la lettre du psychiatre, qui disait qu'avec un traitement, l'état de M^{me} Baker pouvait continuer de s'améliorer et qu'elle pouvait redevenir un membre productif de la société. Qu'elles aient été faites dans cette intention ou non, ces déclarations donnent l'impression que l'agent Lorenz peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que M^{me} Baker était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. L'utilisation de majuscules par l'agent pour souligner le nombre des enfants de M^{me} Baker peut également indiquer au lecteur que c'était là une raison de lui refuser sa demande. À la lecture des commentaires de l'agent, je ne crois pas qu'un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent a traité cette affaire avec l'impartialité requise de la part d'un agent d'immigration rendant ce genre de décision. Un observateur raisonnable noterait que la propre frustration de l'agent face au «système» l'empêchait d'évaluer avec impartialité si l'admission de l'appelante devrait être facilitée pour des raisons d'ordre humanitaire. Je conclus que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

D. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre

Bien que l'existence d'une crainte raisonnable de partialité suffise pour trancher le présent pourvoi, cette conclusion ne règle pas les points litigieux énoncés dans la «question grave de portée générale», certifiée par le juge Simpson, concernant la façon d'aborder l'intérêt des enfants dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi et le règlement. Comme il est important de traiter des questions centrales qui ont conduit au présent pourvoi, j'examinerai également si, sur le fond, la décision d'ordre humanitaire a été incorrectement rendue dans la présente affaire.

50 The appellant argues that the notes provided to her show that, as a matter of law, the decision should be overturned on judicial review. She submits that the decision should be held to a standard of review of correctness, that principles of administrative law require this discretion to be exercised in accordance with the Convention, and that the Minister should apply the best interests of the child as a primary consideration in H & C decisions. The respondent submits that the Convention has not been implemented in Canadian law, and that to require that s. 114(2) and the Regulations made under it be interpreted in accordance with the Convention would be improper, since it would interfere with the broad discretion granted by Parliament, and with the division of powers between the federal and provincial governments.

(1) The Approach to Review of Discretionary Decision-Making

51 As stated earlier, the legislation and Regulations delegate considerable discretion to the Minister in deciding whether an exemption should be granted based upon humanitarian and compassionate considerations. The Regulations state that "[t]he Minister is . . . authorized to" grant an exemption or otherwise facilitate the admission to Canada of any person "where the Minister is satisfied that" this should be done "owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations". This language signals an intention to leave considerable choice to the Minister on the question of whether to grant an H & C application.

52 The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. As K. C. Davis wrote in *Discretionary Justice* (1969), at p. 4:

A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.

It is necessary in this case to consider the approach to judicial review of administrative discretion,

L'appelante allègue que les notes qu'on lui a remises montrent que, en droit, la décision devrait être annulée par voie de contrôle judiciaire. Elle soutient que la décision devrait respecter la norme de la décision correcte, que les principes de droit administratif exigent que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la Convention, et que le ministre devrait faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans les décisions d'ordre humanitaire. L'intimé soutient que la Convention n'a pas été incorporée dans le droit canadien, et qu'il serait inapproprié d'exiger que le par. 114(2) et son règlement d'application soient interprétés conformément à la Convention, parce que cela empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le Parlement, et sur le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

(1) La démarche relative au contrôle de décisions discrétionnaires

Comme je l'ai dit précédemment, la loi et le règlement délèguent un très large pouvoir discrétionnaire au ministre dans la décision d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire. Le règlement dit que «[l]e ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense [...] ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière». Ce langage témoigne de l'intention de laisser au ministre une grande latitude dans sa décision d'accorder ou non une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. K. C. Davis écrit ceci dans *Discretionary Justice* (1969), à la p. 4:

[TRADUCTION] Un fonctionnaire possède un pouvoir discrétionnaire quand les limites réelles de son pouvoir lui donnent la liberté de choisir entre divers modes d'action ou d'inaction possibles.

Il faut examiner en l'espèce l'approche du contrôle judiciaire en matière de pouvoir discrétionnaire

taking into account the "pragmatic and functional" approach to judicial review that was first articulated in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and has been applied in subsequent cases including *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 601-7, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this issue; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; and *Pushpanathan*, *supra*.

Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. The rule has been that decisions classified as discretionary may only be reviewed on limited grounds such as the bad faith of decision-makers, the exercise of discretion for an improper purpose, and the use of irrelevant considerations: see, for example, *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. A general doctrine of "unreasonableness" has also sometimes been applied to discretionary decisions: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). In my opinion, these doctrines incorporate two central ideas — that discretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute, but that considerable deference will be given to decision-makers by courts in reviewing the exercise of that discretion and determining the scope of the decision-maker's jurisdiction. These doctrines recognize that it is the intention of a legislature, when using statutory language that confers broad choices on administrative agencies, that courts should not lightly interfere with such decisions, and should give considerable respect to decision-makers when reviewing the manner in which discretion was exercised. However, discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law (*Roncarelli v.*

administratif, en tenant compte de l'analyse «pragmatique et fonctionnelle» du contrôle judiciaire qui a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et appliquée dans des arrêts postérieurs dont *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 601 à 607, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d'autres points; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; et *Pushpanathan*, précité.

Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l'utilisation de considérations non pertinentes: voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Un principe général relatif au «caractère déraisonnable» a parfois été appliqué aussi à des décisions discrétionnaires: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu'une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l'égard des décideurs lorsqu'ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l'étendue de la compétence du décideur. Ces principes reconnaissent que lorsque le législateur confère par voie législative des choix étendus aux organismes administratifs, son intention est d'indiquer que les tribunaux ne devraient pas intervenir à la légère dans de telles décisions, et devraient accorder une marge considérable de respect aux décideurs lorsqu'ils révisent la façon dont les décideurs ont exercé leur discrétion. Toutefois, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une

Duplessis, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

54

It is, however, inaccurate to speak of a rigid dichotomy of "discretionary" or "non-discretionary" decisions. Most administrative decisions involve the exercise of implicit discretion in relation to many aspects of decision making. To give just one example, decision-makers may have considerable discretion as to the remedies they order. In addition, there is no easy distinction to be made between interpretation and the exercise of discretion; interpreting legal rules involves considerable discretion to clarify, fill in legislative gaps, and make choices among various options. As stated by Brown and Evans, *supra*, at p. 14-47:

J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires». La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. Pour ne donner qu'un seul exemple, les décideurs peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire très étendu dans les réparations qu'ils accordent. En outre, il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options. Comme le disent Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 14-47:

The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker's freedom of choice, sometimes referred to as "structured" discretion.

[TRADUCTION] Le degré de discrétion dans l'attribution d'un pouvoir peut aller d'un pouvoir dans lequel le décideur est contraint seulement par les objectifs de la loi, à un pouvoir si défini que n'intervient pratiquement pas de discrétion. Entre les deux, évidemment, il existe plusieurs limites à la liberté de choix du décideur, parfois appelé une discrétion «structurée».

55

The "pragmatic and functional" approach recognizes that standards of review for errors of law are appropriately seen as a spectrum, with certain decisions being entitled to more deference, and others entitled to less: *Pezim*, *supra*, at pp. 589-90; *Southam*, *supra*, at para. 30; *Pushpanathan*, *supra*, at para. 27. Three standards of review have been defined: patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter*, and correctness: *Southam*, at paras. 54-56. In my opinion the standard of review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within this framework, especially given the difficulty in making rigid classifications

La démarche «pragmatique et fonctionnelle» reconnaît qu'il y a une large gamme de normes de contrôle judiciaire des erreurs de droit, certaines décisions exigeant plus de retenue, et d'autres moins: *Pezim*, précité, aux pp. 589 et 590; *Southam*, précité, au par. 30; *Pushpanathan*, précité, au par. 27. Trois normes de contrôle ont été définies: la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision correcte: *Southam*, précité, aux par. 54 à 56. Je suis d'avis que la norme de contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagée dans ce cadre, compte tenu particulièrement

between discretionary and non-discretionary decisions. The pragmatic and functional approach takes into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision being made, and the language of the provision and the surrounding legislation. It includes factors such as whether a decision is "polycentric" and the intention revealed by the statutory language. The amount of choice left by Parliament to the administrative decision-maker and the nature of the decision being made are also important considerations in the analysis. The spectrum of standards of review can incorporate the principle that, in certain cases, the legislature has demonstrated its intention to leave greater choices to decision-makers than in others, but that a court must intervene where such a decision is outside the scope of the power accorded by Parliament. Finally, I would note that this Court has already applied this framework to statutory provisions that confer significant choices on administrative bodies, for example, in reviewing the exercise of the remedial powers conferred by the statute at issue in *Southam*, *supra*.

Incorporating judicial review of decisions that involve considerable discretion into the pragmatic and functional analysis for errors of law should not be seen as reducing the level of deference given to decisions of a highly discretionary nature. In fact, deferential standards of review may give substantial leeway to the discretionary decision-maker in determining the "proper purposes" or "relevant considerations" involved in making a given determination. The pragmatic and functional approach can take into account the fact that the more discretion that is left to a decision-maker, the more reluctant courts should be to interfere with the manner in which decision-makers have made choices among various options. However, though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. La démarche pragmatique et fonctionnelle tient compte de considérations comme l'expertise du tribunal, la nature de la décision qui est prise, et le libellé de la disposition et des lois qui s'y rapportent. Elle comprend des facteurs comme le caractère «polycentrique» d'une décision et l'intention exprimée par le langage employé par la loi. La latitude que laisse le Parlement au décideur administratif et la nature de la décision qui est prise sont également d'importantes considérations dans l'analyse. La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d'autres, mais qu'il faut qu'un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l'étendue du pouvoir conféré par le Parlement. Enfin, je signalerais que notre Cour a déjà appliqué ce cadre à des dispositions législatives qui accordent une latitude importante à des organismes administratifs, par exemple, en contrôlant l'exercice des pouvoirs de réparation conférés par la loi en cause dans l'arrêt *Southam*, précité.

L'intégration du contrôle judiciaire de décisions comportant un large pouvoir discrétionnaire dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle en raison d'erreurs de droit ne devrait pas être considérée comme une diminution du niveau de retenue accordé aux décisions de nature hautement discrétionnaire. En fait, des normes de contrôle judiciaire empreintes de retenue peuvent donner au décideur discrétionnaire une grande liberté d'action dans la détermination des «objectifs appropriés» ou des «considérations pertinentes». La démarche pragmatique et fonctionnelle peut tenir compte du fait que plus le pouvoir discrétionnaire accordé à un décideur est grand, plus les tribunaux devraient hésiter à intervenir dans la manière dont les décideurs ont choisi entre diverses options. Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

(2) The Standard of Review in This Case

57

I turn now to an application of the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review for decisions made under s. 114(2) and Regulation 2.1, and the factors affecting the determination of that standard outlined in *Pushpanathan*, *supra*. It was held in that case that the decision, which related to the determination of a question of law by the Immigration and Refugee Board, was subject to a standard of review of correctness. Although that decision was also one made under the *Immigration Act*, the type of decision at issue was very different, as was the decision-maker. The appropriate standard of review must, therefore, be considered separately in the present case.

58

The first factor to be examined is the presence or absence of a privative clause, and, in appropriate cases, the wording of that clause: *Pushpanathan*, at para. 30. There is no privative clause contained in the *Immigration Act*, although judicial review cannot be commenced without leave of the Federal Court — Trial Division under s. 82.1. As mentioned above, s. 83(1) requires the certification of a “serious question of general importance” by the Federal Court — Trial Division before that decision may be appealed to the Court of Appeal. *Pushpanathan* shows that the existence of this provision means there should be a lower level of deference on issues related to the certified question itself. However, this is only one of the factors involved in determining the standard of review, and the others must also be considered.

59

The second factor is the expertise of the decision-maker. The decision-maker here is the Minister of Citizenship and Immigration or his or her delegate. The fact that the formal decision-maker is the Minister is a factor militating in favour of deference. The Minister has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply.

(2) La norme de contrôle en l'espèce

J'examine maintenant l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée à l'égard de décisions rendues en vertu du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement, et les facteurs à considérer mis en évidence dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité. Cet arrêt conclut que la décision, qui se rapportait à la détermination d'une question de droit par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, devait respecter la norme de la décision correcte. Bien qu'elle ait également été rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, la décision en litige était très différente, tout comme l'était le décideur. Il faut donc évaluer la norme de contrôle appropriée distinctement dans la présente affaire.

Le premier facteur à examiner est la présence ou l'absence d'une clause privative et, le cas échéant, le libellé de cette clause: *Pushpanathan*, au par. 30. La *Loi sur l'immigration* ne contient pas de clause privative, mais le contrôle judiciaire ne peut se faire sans l'autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance, selon l'art. 82.1. Comme je l'ai dit précédemment, le par. 83(1) exige la certification d'une «question grave de portée générale» par la Cour fédérale, Section de première instance, pour que cette décision puisse être portée en appel devant la Cour d'appel. L'arrêt *Pushpanathan* montre que l'existence de cette disposition signifie un degré moindre de retenue à l'égard des points litigieux liés à la question certifiée. Toutefois, il ne s'agit que de l'un des facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle, et il faut également évaluer les autres.

Le deuxième facteur est l'expertise du décideur. En l'espèce, le décideur est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou son représentant. Le fait que, officiellement, le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue. Le ministre a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d'immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d'application des exigences habituelles.

The third factor is the purpose of the provision in particular, and of the Act as a whole. This decision involves considerable choice on the part of the Minister in determining when humanitarian and compassionate considerations warrant an exemption from the requirements of the Act. The decision also involves applying relatively "open-textured" legal principles, a factor militating in favour of greater deference: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 36. The purpose of the provision in question is also to exempt applicants, in certain circumstances, from the requirements of the Act or its Regulations. This factor, too, is a signal that greater deference should be given to the Minister. However, it should also be noted, in favour of a stricter standard, that this decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them. Its purpose is to decide whether the admission to Canada of a particular individual, in a given set of circumstances, should be facilitated.

The fourth factor outlined in *Pushpanathan* considers the nature of the problem in question, especially whether it relates to the determination of law or facts. The decision about whether to grant an H & C exemption involves a considerable appreciation of the facts of that person's case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules. Given the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference.

These factors must be balanced to arrive at the appropriate standard of review. I conclude that considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, the fact that the decision-maker is the Minister, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division and the Federal Court of Appeal in certain circumstances, and the individual rather

Le troisième facteur est l'objet de la disposition en particulier, et de la Loi dans son ensemble. Cette décision implique une grande latitude pour le ministre qui doit décider si des raisons d'ordre humanitaire justifient une dispense des exigences de la Loi. La décision commande aussi l'application de principes juridiques relativement peu «limitatifs», un facteur militant en faveur d'une plus grande retenue: *Pushpanathan*, précité, au par. 36. L'objet de la disposition en question est également de dispenser les demandeurs, dans certaines circonstances, des exigences de la Loi ou de son règlement. Ce facteur joue aussi en faveur d'une plus grande retenue envers la décision du ministre. Toutefois, il faut également signaler, en faveur d'une norme plus stricte, que cette décision vise directement les droits et les intérêts d'un individu par rapport au gouvernement plutôt qu'elle n'évalue ou ne pondère les intérêts de divers groupes. Le but de la décision est de déterminer si l'admission au Canada d'un individu particulier, dans des circonstances données, devrait être facilitée.

Le quatrième facteur mis en relief dans l'arrêt *Pushpanathan* vise la nature du problème en question, particulièrement s'il s'agit de droit ou de faits. La décision d'accorder une dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire demande principalement l'appréciation de faits relatifs au cas d'une personne, et ne porte pas sur l'application ni sur l'interprétation de règles de droit précises. Le fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue.

Tous ces facteurs doivent être soupesés afin d'en arriver à la norme d'examen appropriée. Je conclus qu'on devrait faire preuve d'une retenue considérable envers les décisions d'agents d'immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l'analyse, de son rôle d'exception au sein du régime législatif, du fait que le décideur est le ministre, et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l'absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, Section de première instance, et la Cour d'appel fédérale dans certaines circonstances, ainsi

60

61

62

than polycentric nature of the decision, also suggest that the standard should not be as deferential as "patent unreasonableness". I conclude, weighing all these factors, that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

(3) Was this Decision Unreasonable?

63

I will next examine whether the decision in this case, and the immigration officer's interpretation of the scope of the discretion conferred upon him, were unreasonable in the sense contemplated in the judgment of Iacobucci J. in *Southam*, *supra*, at para. 56:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it.

In particular, the examination of this question should focus on the issues arising from the "serious question of general importance" stated by Simpson J.: the question of the approach to be taken to the interests of children when reviewing an H & C decision.

64

The notes of Officer Lorenz, in relation to the consideration of "H & C factors", read as follows:

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity.

65

In my opinion, the approach taken to the children's interests shows that this decision was unreasonable in the sense contemplated in *Southam*,

que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d'aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». Je conclus, après avoir évalué tous ces facteurs, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

(3) La décision était-elle déraisonnable?

J'examinerai maintenant si la décision dans la présente affaire, et l'interprétation par l'agent d'immigration de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, étaient déraisonnables au sens où l'entend le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, au par. 56:

Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve.

L'examen de cette question devrait être axé sur les points découlant de la «question grave de portée générale» énoncée par le juge Simpson: la façon d'aborder la question de l'intérêt des enfants dans le contrôle d'une décision d'ordre humanitaire.

Les notes de l'agent Lorenz relatives à l'examen des raisons d'ordre humanitaire, disent ceci:

[TRADUCTION] PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité.

À mon avis, la façon dont elle traite l'intérêt des enfants montre que cette décision était déraisonnable au sens de l'arrêt *Southam*, précité. L'agent n'a

supra. The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision of the immigration officer. Professor Dyzenhaus has articulated the concept of "deference as respect" as follows:

Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . .

(D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)

The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion. They therefore cannot stand up to the somewhat probing examination required by the standard of reasonableness.

The wording of s. 114(2) and of Regulation 2.1 requires that a decision-maker exercise the power based upon "compassionate or humanitarian considerations" (emphasis added). These words and their meaning must be central in determining whether an individual H & C decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider an H & C request when an application is made: *Jiminez-Perez, supra*. Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations.

prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de M^{me} Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration. Le professeur Dyzenhaus énonce ainsi la notion de la [TRADUCTION] «retenue au sens de respect»:

[TRADUCTION] La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision . . .

(D. Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 286.)

Les motifs de l'agent d'immigration démontrent que sa décision n'était pas compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Ils ne peuvent donc pas résister à l'examen assez poussé qu'exige la norme du caractère raisonnable.

Le libellé du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement exige que le décideur exerce le pouvoir en se fondant sur «des raisons d'ordre humanitaire» (je souligne). Ces mots et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées: *Jiminez-Perez*, précité. De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire.

67

Determining whether the approach taken by the immigration officer was within the boundaries set out by the words of the statute and the values of administrative law requires a contextual approach, as is taken to statutory interpretation generally: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23. In my opinion, a reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children. Children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of children's interests as important considerations governing the manner in which H & C powers should be exercised may be found, for example, in the purposes of the Act, in international instruments, and in the guidelines for making H & C decisions published by the Minister herself.

(a) *The Objectives of the Act*

68

The objectives of the Act include, in s. 3(c):

to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

Although this provision speaks of Parliament's objective of reuniting citizens and permanent residents with their close relatives from abroad, it is consistent, in my opinion, with a large and liberal interpretation of the values underlying this legislation and its purposes to presume that Parliament also placed a high value on keeping citizens and permanent residents together with their close relatives who are already in Canada. The obligation to take seriously and place important weight on keeping children in contact with both parents, if possible, and maintaining connections between close family members is suggested by the objective articulated in s. 3(c).

(b) *International Law*

69

Another indicator of the importance of considering the interests of children when making a compassionate and humanitarian decision is the ratifi-

Afin de décider si la démarche de l'agent d'immigration respectait les limites imposées par le libellé de la loi et les valeurs du droit administratif, une analyse contextuelle est requise comme l'exige en général l'interprétation des lois: voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23. À mon avis, l'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants. Les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne. Une indication que l'intérêt des enfants est une considération importante dans l'exercice des pouvoirs en matière humanitaire se trouve, par exemple, dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre lui-même.

a) *Les objectifs de la Loi*

Un des objectifs de la Loi est notamment, selon l'al. 3c):

de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

Bien que cette disposition traite de l'objectif du Parlement de réunir des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger, elle permet, à mon avis, en utilisant une interprétation large et libérale des valeurs sous-jacentes à cette loi et à son objet, de présumer que le Parlement estime important également de garder ensemble des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents qui sont déjà au Canada. L'objectif à l'al. 3c) énonce l'obligation d'accorder une grande importance au maintien des enfants en contact avec leurs deux parents, si cela est possible, et au maintien du lien entre les membres d'une proche famille.

b) *Le droit international*

Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la

cation by Canada of the *Convention on the Rights of the Child*, and the recognition of the importance of children's rights and the best interests of children in other international instruments ratified by Canada. International treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute: *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 621; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73. I agree with the respondent and the Court of Appeal that the Convention has not been implemented by Parliament. Its provisions therefore have no direct application within Canadian law.

Nevertheless, the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

[T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries: see, for example, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (S.C. India), at p. 367. It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter*: *Slaight Communications*, *supra*; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

The values and principles of the Convention recognize the importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future. In addition, the preamble, recalling the *Universal Declaration of Human Rights*, recognizes that "childhood is entitled to special care and assis-

Convention relative aux droits de l'enfant, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi: *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 172 et 173. Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 330:

[TRANSDUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

D'autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne: voir, par exemple, *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), à la p. 266; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (C.S. Inde), à la p. 367. Il a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la *Charte*: *Slaight Communications*, précité; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir. En outre, le préambule, rappelant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, reconnaît que «l'enfance a droit à une aide et à une assistance

tance". A similar emphasis on the importance of placing considerable value on the protection of children and their needs and interests is also contained in other international instruments. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), in its preamble, states that the child "needs special safeguards and care". The principles of the Convention and other international instruments place special importance on protections for children and childhood, and on particular consideration of their interests, needs, and rights. They help show the values that are central in determining whether this decision was a reasonable exercise of the H & C power.

(c) *The Ministerial Guidelines*

72 Third, the guidelines issued by the Minister to immigration officers recognize and reflect the values and approach discussed above and articulated in the Convention. As described above, immigration officers are expected to make the decision that a reasonable person would make, with special consideration of humanitarian values such as keeping connections between family members and avoiding hardship by sending people to places where they no longer have connections. The guidelines show what the Minister considers a humanitarian and compassionate decision, and they are of great assistance to the Court in determining whether the reasons of Officer Lorenz are supportable. They emphasize that the decision-maker should be alert to possible humanitarian grounds, should consider the hardship that a negative decision would impose upon the claimant or close family members, and should consider as an important factor the connections between family members. The guidelines are a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section, and the fact that this decision was contrary to their directives is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the H & C power.

spéciales». D'autres instruments internationaux mettent également l'accent sur la grande valeur à accorder à la protection des enfants, à leurs besoins et à leurs intérêts. La *Déclaration des droits de l'enfant* (1959) de l'Organisation des Nations Unies, dans son préambule, dit que l'enfant «a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux». Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l'espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

c) *Les lignes directrices ministérielles*

Troisièmement, les directives données par le ministre aux agents d'immigration reconnaissent et révèlent les valeurs et la démarche qui sont décrites ci-dessus et qui sont énoncées dans la Convention. Comme il est dit plus haut, les agents d'immigration sont censés rendre la décision qu'une personne raisonnable rendrait, en portant une attention particulière à des considérations humanitaires comme maintenir des liens entre les membres d'une famille et éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n'ont plus d'attaches. Les directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d'ordre humanitaire, et elles sont très utiles à notre Cour pour décider si les motifs de l'agent Lorenz sont valables. Elles soulignent que le décideur devrait être conscient des considérations humanitaires possibles, devrait tenir compte des difficultés qu'une décision défavorable imposerait au demandeur ou aux membres de sa famille proche, et devrait considérer comme un facteur important les liens entre les membres d'une famille. Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

The above factors indicate that emphasis on the rights, interests, and needs of children and special attention to childhood are important values that should be considered in reasonably interpreting the "humanitarian" and "compassionate" considerations that guide the exercise of the discretion. I conclude that because the reasons for this decision do not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of Ms. Baker's children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation, and must, therefore, be overturned. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to Jamaica might cause Ms. Baker, given the fact that she had been in Canada for 12 years, was ill and might not be able to obtain treatment in Jamaica, and would necessarily be separated from at least some of her children.

It follows that I disagree with the Federal Court of Appeal's holding in *Shah, supra*, at p. 239, that a s. 114(2) decision is "wholly a matter of judgment and discretion" (emphasis added). The wording of s. 114(2) and of the Regulations shows that the discretion granted is confined within certain boundaries. While I agree with the Court of Appeal that the Act gives the applicant no right to a particular outcome or to the application of a particular legal test, and that the doctrine of legitimate expectations does not mandate a result consistent with the wording of any international instruments, the decision must be made following an approach that respects humanitarian and compassionate values. Therefore, attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for an H & C decision to be made in a reasonable manner. While deference should be given to immigration officers on s. 114(2) judicial review applications, decisions cannot stand when the manner in which the decision was made and the approach taken are in conflict with humanitarian and compassionate values. The Minister's guidelines them-

Les facteurs susmentionnés montrent que les droits, les intérêts, et les besoins des enfants, et l'attention particulière à prêter à l'enfance sont des valeurs importantes à considérer pour interpréter de façon raisonnable les raisons d'ordre humanitaire qui guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Je conclus qu'étant donné que les motifs de la décision n'indiquent pas qu'elle a été rendue d'une manière réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt des enfants de M^{me} Baker, ni que leur intérêt ait été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi et doit donc être infirmée. En outre, les motifs de la décision n'accordent pas suffisamment d'importance ou de poids aux difficultés qu'un retour en Jamaïque pouvait susciter pour M^{me} Baker, alors qu'elle avait passé 12 ans au Canada, qu'elle était malade et n'était pas assurée de pouvoir suivre un traitement en Jamaïque, et qu'elle serait forcément séparée d'au moins certains de ses enfants.

Il en résulte que je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, qu'une décision en vertu du par. 114(2) «relève entièrement [du] jugement et [du] pouvoir discrétionnaire» (je souligne). Le libellé du par. 114(2) et du règlement montre que le pouvoir discrétionnaire conféré est assorti de limites. Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel que la Loi ne donne au demandeur aucun droit à un résultat précis ou à l'application d'un critère juridique particulier, et que la doctrine de l'attente légitime ne commande pas un résultat conforme au libellé d'instruments internationaux, la décision doit être prise suivant une démarche qui respecte les valeurs humanitaires. Par conséquent, l'attention et la sensibilité à l'importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur, et de l'épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu'une décision d'ordre humanitaire soit raisonnable. Même s'il faut faire preuve de retenue dans le contrôle judiciaire de décisions rendues par les agents d'immigration en vertu du par. 114(2), ces décisions ne doivent pas être maintenues quand elles résultent d'une démarche ou sont elles-mêmes en

selves reflect this approach. However, the decision here was inconsistent with it.

75 The certified question asks whether the best interests of children must be a primary consideration when assessing an applicant under s. 114(2) and the Regulations. The principles discussed above indicate that, for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

E. Conclusions and Disposition

76 Therefore, both because there was a violation of the principles of procedural fairness owing to a reasonable apprehension of bias, and because the exercise of the H & C discretion was unreasonable, I would allow this appeal.

77 The appellant requested that solicitor-client costs be awarded to her if she were successful in her appeal. The majority of this Court held as follows in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134:

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties.

There has been no such conduct on the part of the Minister shown during this litigation, and I do not believe that this is one of the exceptional cases where solicitor-client costs should be awarded. I would allow the appeal, and set aside the decision of Officer Caden of April 18, 1994, with party-

conflit avec des valeurs humanitaires. Les directives du ministre elles-mêmes soutiennent cette approche. Toutefois, la décision en l'espèce était incompatible avec cette approche.

La question certifiée demande s'il faut considérer l'intérêt supérieur des enfants comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un demandeur sous le régime du par. 114(2) et du règlement. Les principes susmentionnés montrent que, pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

E. Conclusions et dispositif

En conséquence, parce qu'il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale en raison d'une crainte raisonnable de partialité, et parce que l'exercice du pouvoir en matière humanitaire était déraisonnable, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

L'appelante a demandé que lui soient adjugés les dépens comme entre procureur et client si elle avait gain de cause dans son pourvoi. Notre Cour a conclu à la majorité dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 134:

Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties.

Il n'a pas été démontré que le ministre a eu une telle conduite au cours du présent litige, et je ne crois pas qu'il s'agisse d'un des cas exceptionnels où les dépens devraient être adjugés comme entre procureur et client. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, et d'annuler la décision de l'agent Caden

and-party costs throughout. The matter will be returned to the Minister for redetermination by a different immigration officer.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with L'Heureux-Dubé J.'s reasons and disposition of this appeal, except to the extent that my colleague addresses the effect of international law on the exercise of ministerial discretion pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The certified question at issue in this appeal concerns whether federal immigration authorities must treat the best interests of the child as a primary consideration in assessing an application for humanitarian and compassionate consideration under s. 114(2) of the Act, given that the legislation does not implement the provisions contained in the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, a multi-lateral convention to which Canada is party. In my opinion, the certified question should be answered in the negative.

It is a matter of well-settled law that an international Convention ratified by the executive branch of government is of no force or effect within the Canadian legal system until such time as its provisions have been incorporated into domestic law by way of implementing legislation: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. I do not agree with the approach adopted by my colleague, wherein reference is made to the underlying values of an unimplemented international treaty in the course of the contextual approach to statutory interpretation and administrative law, because such an approach is not in accordance with the Court's jurisprudence concerning the status of international law within the domestic legal system.

In my view, one should proceed with caution in deciding matters of this nature, lest we adversely affect the balance maintained by our Parliamentary tradition, or inadvertently grant the executive the

en date du 18 avril 1994, avec les dépens entre parties dans toutes les cours. L'affaire sera renvoyée au ministre pour qu'un agent d'immigration différent rende une nouvelle décision.

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé et au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi, sauf pour la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. La question certifiée en l'espèce vise à déterminer si les autorités d'immigration fédérales doivent traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans l'examen d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire en vertu du par. 114(2) de la Loi, alors que cette loi ne donne pas effet aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, une convention multilatérale dont le Canada est signataire. À mon avis, la question certifiée devrait recevoir une réponse négative.

Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Je ne suis pas d'accord avec l'analyse de ma collègue lorsqu'elle se réfère aux valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans une approche contextuelle de l'interprétation des lois et du droit administratif, parce qu'une telle approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne.

À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de

78

79

80

power to bind citizens without the necessity of involving the legislative branch. I do not share my colleague's confidence that the Court's precedent in *Capital Cities, supra*, survives intact following the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation. Instead, the result will be that the appellant is able to achieve indirectly what cannot be achieved directly, namely, to give force and effect within the domestic legal system to international obligations undertaken by the executive alone that have yet to be subject to the democratic will of Parliament.

lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif. Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement.

81

The primacy accorded to the rights of children in the Convention, assuming for the sake of argument that the factual circumstances of this appeal are included within the scope of the relevant provisions, is irrelevant unless and until such provisions are the subject of legislation enacted by Parliament. In answering the certified question in the negative, I am mindful that the result may well have been different had my colleague concluded that the appellant's claim fell within the ambit of rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Had this been the case, the Court would have had an opportunity to consider the application of the interpretive presumption, established by the Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and confirmed in subsequent jurisprudence, that administrative discretion involving *Charter* rights be exercised in accordance with similar international human rights norms.

La primauté donnée aux droits des enfants dans la Convention — à supposer pour les fins de la discussion que les faits du pourvoi ressortissent aux dispositions pertinentes — est sans effet tant et aussi longtemps que ces dispositions n'ont pas été incorporées par une loi adoptée par le Parlement. En donnant une réponse négative à la question certifiée, je suis conscient du fait que le résultat aurait pu être différent si ma collègue avait conclu que la demande de l'appelante relevait de l'application des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cela avait été le cas, la Cour aurait eu la possibilité d'envisager l'application de la présomption interprétative établie par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et confirmée dans la jurisprudence qui a suivi, selon laquelle le pouvoir administratif discrétionnaire touchant des droits garantis par la *Charte* doit être exercé en conformité avec des normes internationales similaires en matière de droits de la personne.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Roger Rowe and Rocco Galati, North York.

Procureurs de l'appelante: Roger Rowe et Rocco Galati, North York.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and

Procureur des intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le

the Canadian Council for Refugees: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Charter Committee on Poverty Issues: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Council of Churches: Jackman and Associates, Toronto.

Conseil canadien pour les réfugiés: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des églises: Jackman and Associates, Toronto.

