



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2018, Vol. 4, Part 2

2018, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2018] 4 F.C.R., {¹⁹⁹⁻³⁷¹_{D-7-D-14}

Renvoi [2018] 4 R.C.F., {¹⁹⁹⁻³⁷¹_{F-9-F-17}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2019.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2019.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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

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

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

Subscribers who receive the *Federal Courts Reports* pursuant to the *Canada Federal Court Reports Distribution Order* should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, *Federal Courts Reports*, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

Les abonnés qui reçoivent le *Recueil* en vertu du *Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Gestionnaire, production et publication, *Recueil des décisions des Cours fédérales*, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	199–371
Digests	D-7–D-14
Bell Canada v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	300

Broadcasting—Consolidated appeals from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) order excluding Super Bowl from simultaneous substitution regime—Under that regime, Canadian commercials substituted for those of American broadcasters on American channels—As a result of CRTC's order, Canadians now able to watch Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements—Appellants Bell Canada, Bell Media Inc. (Bell) arguing, *inter alia*, that because *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) referring to “programming services”, CRTC not having jurisdiction to single out individual “program” such as Super Bowl; term “program” as used in *Broadcasting Act* referring to entire television channel, not individual shows—Bell also arguing that order operating retrospectively, interfering with Bell's vested right to be exclusive broadcaster of Super Bowl in Canada—Appellant National Football League (NFL) arguing, *inter alia*, that order conflicting with *Copyright Act*, s. 31(2)(c), Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA), Art. 2006(1)—Whether reasonable for CRTC to determine that its order within its jurisdiction, not retrospective, not interfering with vested rights; whether correct for CRTC to determine that its order not conflicting with *Copyright Act*, international trade law—CRTC's determination having jurisdiction to make order under *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) reasonable—Meaning of term “programming service” depending on context—CRTC's explanation “that ‘programming service’ ... may be taken to include all programs” necessarily meaning that in other circumstances same term may be taken to include single program—Also instructive that *Simultaneous Programming Service Deletion*

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	199–371
Fiches analytiques	F-9–F-17
Bell Canada c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	300

Radiodiffusion—Appels réunis contre l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) excluant le Super Bowl du régime de substitution simultanée—Sous ce régime, les publicités canadiennes étaient substituées à celles d'un radiodiffuseur américain sur les chaînes américaines—Du fait de l'ordonnance du CRTC, les Canadiens sont maintenant en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines—Les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ont fait valoir notamment que, du fait que l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* vise les « services de programmation », le CRTC n'a pas compétence pour cibler une « émission » en particulier, comme le Super Bowl; et que l'expression « émission », telle qu'elle est utilisée dans la *Loi sur la radiodiffusion*, désigne une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers—Bell a fait valoir en outre que l'ordonnance avait un effet rétroactif et portait atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada—L'appelante, la National Football League (NFL), a fait valoir notamment que l'ordonnance contrevenait à l'art. 31(2)(c) de la *Loi sur le droit d'auteur* et à l'art. 2006(1) de l'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis (ALECEU)—Il s'agissait de savoir si la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance, que cette ordonnance n'était pas rétroactive et qu'elle ne portait pas atteinte à des droits acquis, était raisonnable; et si la conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance n'entraînait en conflit ni avec la *Loi sur le droit d'auteur*, ni avec le droit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

and Substitution Regulations, s. 1(2) defining “programming service” to include a program—Not demonstrated herein that legislator or Federal Court of Appeal excluding programs from meaning of “programming service”—Reasonable to conclude that program included where terms, conditions being added preventing substitution of advertisements—*Broadcasting Act* having numerous disparate objectives—Parliament intending for CRTC, not Court, to decide how best to balance those competing policy objectives—No reviewable error in CRTC’s interpretation of *Broadcasting Act* on issue of retrospectivity—CRTC’s powers to make orders, regulations cannot be limited by contract made between private parties—Bell’s vested right argument failing—Not NFL’s right that program will be simultaneously substituted—Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell—Broadcasting regime conferring benefits, not rights—Bell only having privilege to request simultaneous substitution—Having no legal entitlement to specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with NFL—CRTC’s order not conflicting with *Copyright Act*—Broadcaster not infringing copyright if meeting enumerated conditions under s. 31(f)—CUSFTA, Art. 2006(1) concerned with copyright holder’s ability to be remunerated for retransmission, not simultaneous substitution of commercials—CRTC’s order complying with each of enumerated requirements in s. 31(2)—No operational conflict between order, *Copyright Act*, s. 31(2)(c)—Appeal dismissed.

Bell Canada v. Lackman (F.C.A.) 199

Copyright—Appeal from Federal Court order dated June 29, 2017, vacating Anton Piller order granted by Federal Court June 9, 2017 (2017 FC 634) and dismissing appellants’

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

commercial international, était correcte—La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l’ordonnance en vertu de l’art. 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* était raisonnable—Le sens de l’expression « service de programmation » dépend du contexte—L’explication du CRTC voulant que le « “service de programmation” [...] peut englober toutes les émissions » signifiait nécessairement que, en d’autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission—Il était également instructif que la définition de l’expression « service de programmation » à l’art. 1(2) du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation* inclut une émission—Il n’a pas été établi en l’espèce que le législateur ou la Cour d’appel fédérale a voulu exclure les émissions de l’expression « service de programmation »—Il était raisonnable de conclure qu’une émission serait comprise lorsqu’il est question d’ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités—La *Loi sur la radiodiffusion* énonce de nombreux objectifs disparates—Le législateur avait l’intention de laisser au CRTC, et non à la Cour, le soin de trouver le meilleur équilibre entre ces objectifs concurrents—Il n’y a eu aucune erreur susceptible de contrôle dans l’interprétation qu’a fait le CRTC de la *Loi sur la radiodiffusion* quant à la question de la rétrospectivité—Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d’édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat convenu entre des parties privées—L’argument de Bell portant sur son droit acquis ne tenait pas—La NFL n’avait pas le droit à la substitution simultanée de cette émission—Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell—Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages—Bell a seulement le privilège de demander la substitution simultanée—Bell n’a pas juridiquement droit à des revenus d’un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL—L’ordonnance rendue par le CRTC n’était pas contraire à la *Loi sur le droit d’auteur*—Le radiodiffuseur qui respecte les conditions énumérées à l’art. 31f) ne contrevient pas au droit d’auteur—L’art. 2006(1) de l’ALECEU porte sur la capacité du titulaire d’un droit d’auteur sur une émission d’être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités—L’ordonnance du CRTC était conforme à chacune des exigences énumérées à l’art. 31(2)—Elle n’était pas contraire, sur le plan de l’application, à l’art. 31(2)c) de la *Loi sur le droit d’auteur*—Appel rejeté.

Bell Canada c. Lackman (C.A.F.) 199

Droit d’auteur—Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 annulant l’ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 (2017 CF

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

motion for interlocutory injunction—Respondent operating website used as repository of “add-ons”, i.e. software used to supplement other applications—Appellants characterizing website as platform for copyright piracy—Federal Court issuing interim injunction June 9, 2017 enjoining respondent from communicating or making available appellants’ programs—In addition, Federal Court issuing Anton Piller order allowing appellants to inspect respondent’s residence, make copies of documents pertaining to website, remove materials, make mirror images of digital devices—Also permitting appellants’ solicitors to question respondent in regards to location of information, names of third parties—Federal Court in June 29 order referring to questioning of respondent as an “interrogation”—Finding that appellants not meeting *prima facie* case for Anton Piller order—Accepting that respondent’s activities falling under defence to copyright infringement set out in *Copyright Act*, s. 2.4(1)(b)—As to interim injunction, finding that balance of convenience favouring respondent—Whether Federal Court erring in vacating Anton Piller order, dismissing application for interlocutory injunction—Federal Court erring in vacating Anton Piller order—Misapprehending evidence, making palpable, overriding errors in assessment of strength of appellants’ case misunderstanding nature of respondent’s activities—Appellants having sole right to communicate their television programs to the public pursuant to Act, ss. 3(1)f), 27—Strong *prima facie* case that respondent infringing Act, ss. 2.4(1.1), 27—Respondent’s website targeting copyrighted content, hosting tool facilitating installation of infringing add-ons—Parliament not envisioning this type of activity when enacting Act, s. 2.4(1)(b)—Execution of Anton Piller order done in conformity with rules of the art—Federal Court erring in dismissing motion for interlocutory injunction on basis balance of convenience favouring respondent—Respondent not having arguable case he was not in contravention of Act, s. 27—Also, reliance on respondent’s limited resources somewhat problematic as respondent going to great lengths to conceal his identity, dissociate himself from operation of impugned website—Extremely difficult herein to gather reliable information on true financial means of respondent—In any event, injunctions should not be issued only when respondent having financial means to weather it—Moreover, Federal Court’s conclusion on balance of convenience rooted in misapplication of Act, s. 2.4(1)(b), finding of fact not based on evidence—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

634) et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes—L’intimé exploitait un site Web répertoire des extensions « add-ons », c.-à-d. un type de logiciel servant à assortir d’autres applications de fonctions supplémentaires—Les appelantes ont qualifié le site Web de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d’auteur—La Cour fédérale a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 interdisant à l’intimé de communiquer au public ou de permettre l’accès aux émissions des appelantes—En outre, la Cour fédérale a rendu une ordonnance Anton Piller permettant aux appelantes d’inspecter la résidence de l’intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, d’y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques—Elle permettait également aux avocats des appelantes de poser des questions à l’intimé sur l’emplacement de tels renseignements et les noms de tiers—Dans une ordonnance datée du 29 juin 2017, la Cour fédérale a assimilé les questions posées à l’intimé à un « interrogatoire »—Elle a conclu que les appelantes n’avaient pas satisfait à l’exigence relative à la preuve *prima facie* pour obtenir une ordonnance Anton Piller—Elle a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d’auteur énoncé à l’art. 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*—Quant à l’injonction provisoire, elle a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l’intimé—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a annulé à tort l’ordonnance Anton Piller et a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire—La Cour fédérale a commis une erreur en annulant l’ordonnance Anton Piller—Elle a mal compris les éléments de preuve, elle a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable et elle a mal compris la nature des activités de l’intimé—Les appelantes avaient le droit exclusif de communiquer leurs émissions de télévision au public aux termes des art. 3(1)f) et 27 de la Loi—Il existait une preuve *prima facie* solide que l’intimé violait les art. 2.4(1.1) et 27 de la Loi—Le site Web de l’intimé visait un contenu protégé et hébergeait un outil qui facilitait l’installation d’extensions attentatoires—Le législateur n’avait pas envisagé ce type d’activité lorsqu’il a édicté l’art. 2.4(1)b) de la Loi—L’ordonnance Anton Piller a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l’art—La Cour fédérale a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire au motif que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l’intimé—L’intimé ne pouvait affirmer qu’il n’avait pas contrevenu à l’art. 27 de la Loi—En outre, il était délicat d’évoquer les ressources limitées de l’intimé, qui avait tout fait pour cacher son identité et se dissocier de son exploitation du site Web contesté—En l’espèce, il était extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada v. Cheema (F.C.A.) 328

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Appeal from Tax Court of Canada decision determining that respondent qualified for new housing rebate under *Excise Tax Act* (Act), *New Harmonized Value-added Tax System Regulations* (Regulations); allowing respondent's appeal from reassessment of Minister of National Revenue — Minister had reassessed respondent to deny him new housing rebate on basis respondent's friend signing agreement of purchase and sale, not intending to occupy residential complex — House to be built for respondent, respondent's family — Respondent's friend signing agreement to assist respondent in obtaining mortgage financing — Respondent moving into house with family as primary place of residence — Tax Court finding that friend bare trustee, having no interest in property itself; thus, not "particular individual" for purposes of Act, s. 254(2) — Whether person who signs agreement of purchase and sale for single unit residential complex solely for purpose of assisting another person in obtaining mortgage required to purchase complex and who does not acquire beneficial interest therein must satisfy occupancy requirements of Act, s. 254(2) — *Per Stratas J.A.* (Nadon J.A. concurring): Tax Court construing Act, s. 254 as benefits-conferring section — Purpose, context, text of section having to be examined to ascertain authentic meaning — Tax Court following approach in *United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen*, namely, interpreting section to achieve "sensible, practical and common sense result" — Not following approach of examining text, context, purpose of Act, s. 254 — Section 254 setting out in very precise wording prerequisites for taxpayer to claim new housing rebate — First requirement met here: builder sold complex to respondent, respondent's friend but second prerequisite, i.e. using complex as primary place of residence, not met by friend — Tax Court erring since relying on trust arrangement between friend, respondent — Not basing finding on who legally liable to builder under purchase and sale agreement, which is focus of Act, s. 254(2)(b) — Appeal allowed — *Per Webb J.A.* (dissenting): Person signing agreement of purchase and sale or mortgage but not acquiring beneficial interest in residential complex or possession thereof not "particular individual" for purposes of Act, s. 254(2) — Since respondent's friend only acquiring interest in house as bare

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Canada c. Cheema (C.A.F.)..... 328

Financiers véritables de l'intimé—Quoi qu'il en soit, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre—En outre, la conclusion de la Cour fédérale sur la prépondérance des inconvénients était fondée sur une application erronée de l'art. 2.4(1)b) de la Loi et une constatation de fait que le dossier n'était pas—Appel accueilli.

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d'accise* — Appel interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a décidé que l'intimé avait droit au remboursement pour habitations neuves prévu par la *Loi sur la taxe d'accise* (Loi) et le *Règlement sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée* (Règlement), et a accueilli l'appel de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national interjeté par l'intimé — Le ministre avait établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimé lui refusant le remboursement pour habitations neuves, au motif que son ami, qui a signé la convention d'achat et de vente, n'avait pas l'intention d'occuper l'immeuble d'habitation — La maison était construite pour l'intimé et sa famille — L'ami de l'intimé a signé la convention pour aider l'intimé à obtenir un financement hypothécaire — L'intimé et sa famille ont emménagé dans la maison à titre de lieu de résidence principale — La Cour de l'impôt a conclu que l'ami était un simple fiduciaire et qu'il n'avait aucun intérêt dans la propriété elle-même; donc, il n'était pas un « particulier » pour l'application de l'art. 254(2) de la Loi — Il s'agissait de savoir si une personne qui signe une convention d'achat et de vente visant un immeuble d'habitation à logement unique à la seule fin d'aider une autre personne à obtenir l'hypothèque qui sera nécessaire pour acheter le logement, sans acquérir un droit de bénéficiaire dans le logement, doit répondre aux exigences d'occupation définies à l'art. 254(2) de la Loi — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour de l'impôt a interprété l'article 254 comme une disposition conférant un avantage — Il fallait connaître l'objet, le contexte, et le texte de l'article afin de vérifier son sens authentique — La Cour de l'impôt a suivi la méthode préconisée dans *United Parcel Service Canada Ltd. c. La Reine*, en interprétant l'article pour arriver à « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » — Elle n'a pas suivi la méthode qui consiste à examiner le texte, le contexte et l'objet de l'art. 254 de la Loi — L'art. 254 définit les conditions préalables que doit remplir un contribuable pour demander le remboursement pour habitations neuves — La première condition préalable a été remplie : le constructeur a vendu l'immeuble à l'intimé et à l'ami de ce dernier, mais la deuxième condition préalable, qui exige que l'immeuble serve de résidence habituelle, n'a pas été remplie par l'ami

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

trustee, friend's acquisition of interest ignored for purposes of Act, s. 254(2)(a); therefore, no supply by way of sale of residential complex to friend existing; friend not particular individual — In present case, respondent only individual acquiring beneficial interest in property from builder for purposes of Act; satisfying requirements to obtain new housing rebate.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Sidhu (F.C.)..... 267

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) upholding finding by Immigration Division (ID) that respondent not inadmissible for misrepresentation pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 40(1)(a); having no duty of candour to disclose father's criminal history—Respondent citizen of India—Respondent's father implicated in alleged honour killing in India, convicted in India, sentenced to life imprisonment but appealing conviction—Later, father applying for Canadian permanent residency under the family class including wife, respondent in application—Canadian authorities not aware of conviction of respondent's father—Respondent, parents landed in Canada as permanent residents—Years later, respondent interviewed at Canadian Consulate in India where questioned about father's criminal proceedings—Respondent's application to return to Canada approved—Immigration report subsequently issued alleging that respondent inadmissible pursuant to Act, s. 40(1)(a) on grounds he failed to disclose and/or withheld information concerning father's conviction, thereby inducing error in administration of Act—Whether IAD's decision reasonable regarding findings on misrepresentation, duty of candour—Respondent not making any direct misrepresentation that could induce error in administration of legislation but knew about father's conviction when family came to Canada—Goal of Act, s. 40(1)(a) to ensure that applications provide complete, truthful information—Not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— La Cour de l'impôt a commis une erreur parce qu'elle a invoqué l'entente de fiducie entre l'ami et l'intimé — Elle n'a pas fondé sa conclusion sur la question de savoir qui était légalement responsable à l'égard du constructeur aux termes du contrat de vente, contrat sur lequel est axé l'art. 254(2)b de la Loi — Appel accueilli — Le juge Webb, J.C.A. (dissident) : Si une personne a signé le contrat de vente ou l'hypothèque, mais n'a pas acquis un droit de bénéficiaire dans l'immeuble d'habitation ni la possession de l'immeuble, cette personne n'est pas un « particulier » pour l'application de l'art. 254(2) de la Loi — Puisque l'ami de l'intimé n'a acquis son droit dans la maison qu'à titre de simple fiduciaire, il a été fait abstraction de cette acquisition par lui de ce droit pour l'application de l'art. 254(2)a de la Loi; par conséquent, il n'y a pas eu fourniture, par vente, d'un immeuble d'habitation à son profit; il n'était pas un particulier — La seule personne qui a acquis un droit de bénéficiaire dans le bien auprès du constructeur, pour l'application de la Loi, était l'intimé; celui-ci a répondu aux exigences lui donnant droit au remboursement pour habitations neuves.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sidhu (C.F.) 267

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de confirmer une conclusion de la Section de l'immigration (SI) selon laquelle le défendeur n'était pas interdit de territoire pour présentations erronées en vertu de l'art. 40(1)a de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et n'avait pas l'obligation de divulguer les antécédents criminels de son père—Le défendeur est un citoyen de l'Inde—Son père a été impliqué dans un présumé crime d'honneur en Inde, a été déclaré coupable en Inde et condamné à l'emprisonnement à perpétuité, mais il a interjeté appel—Par la suite, le père a déposé une demande pour devenir résident permanent du Canada dans la catégorie du regroupement familial, de même que son épouse et le défendeur—Les autorités canadiennes n'étaient pas au courant des antécédents criminels du père—Le défendeur et ses parents ont été accordé le droit d'établissement à l'aéroport de Vancouver —Plusieurs années plus tard, le défendeur a été interrogé au consulat du Canada en Inde, où il a été interrogé au sujet des procédures criminelles de son père—La demande de retour au Canada du défendeur a été approuvée—Par la suite, un rapport a été produit, alléguant que le défendeur était interdit de territoire aux termes de l'art. 40(1)a de la Loi au motif qu'il n'avait pas divulgué et avait dissimulé des renseignements concernant la déclaration de culpabilité de son père, ce qui avait entraîné une erreur dans l'application de la Loi—Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

distinguishing between innocent, deliberate misrepresentations—Respondent's father's misrepresentation directly inducing error (issuance of permanent resident visas) in administration of Act—IAD's interpretation of Act, s. 40 based on assumption that respondent could only be found to be inadmissible if father first subject to inadmissibility hearing—IAD's interpretation would defeat object of legislation in any case in which principal applicant avoiding admissibility hearing by remaining outside of country—Under Act, s. 42(1), respondent inadmissible as accompanying family member of inadmissible person—IAD's finding to effect respondent could only be found inadmissible if father subject to inadmissibility hearing pursuant to Act, s. 44(2) after preparation of inadmissibility report under s. 44(1) unreasonable—IAD's finding that father's misrepresentation not attributable to respondent as "indirect" misrepresentation also unreasonable—Regarding duty of candour, IAD's conclusion that respondent bearing no duty of candour to inform on father at port of entry within range of defensible outcomes on facts, law—IAD's reasons for decision transparent, justified, intelligible—Nonetheless, Court not agreeing with IAD's analysis that, in order for duty of candour to be found, some evidence needed establishing existence of tacit agreement or conspiracy by respondent, father—Question involving admissibility of permanent resident in cases of indirect misrepresentation certified—Application allowed.

McAlpin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)..... 225

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of decision of respondent's delegate (Delegate) referring applicant to inadmissibility hearing on grounds of serious criminality

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

raisonnable en ce qui concerne ses conclusions sur les présentations erronées et l'obligation de franchise—Le défendeur n'a fait aucune présentation erronée directe qui pourrait entraîner une erreur dans l'administration de la loi, mais il était au courant de la déclaration de culpabilité de son père lorsque sa famille est venue au Canada—L'objectif de l'art. 40(1)a de la Loi est de veiller à ce que les demandes contiennent des renseignements complets et véridiques—Il ne fait pas de distinction entre les présentations erronées faites de bonne foi et les déclarations délibérément fausses—La présentation erronée du père du défendeur a directement entraîné une erreur (la délivrance de visas de résident permanent) dans l'application de la Loi—L'interprétation de l'art. 40 de la Loi par la SAI reposait sur l'hypothèse selon laquelle le défendeur ne pourrait être déclaré interdit de territoire que si son père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire—L'interprétation de la SAI contrecarrerait l'objet de la loi dans tous les cas où le demandeur principal réussit à éviter une enquête sur l'interdiction de territoire en restant à l'extérieur du pays—En vertu de l'art. 42(1) de la Loi, le défendeur était interdit de territoire à titre de membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire—La conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur ne pouvait être déclaré interdit de territoire que si le père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire en vertu de l'art. 44(2) de la Loi, après la préparation d'un rapport d'interdiction de territoire en vertu de l'art. 44(1), était déraisonnable—La conclusion de la SAI selon laquelle la présentation erronée du père n'était pas attribuable au défendeur comme présentation erronée « indirecte » était également déraisonnable—En ce qui concerne l'obligation de franchise, la conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur n'avait aucune obligation de franchise de donner des informations sur son père au point d'entrée était dans l'éventail des issues possibles au regard des faits et du droit—Les motifs de la décision de la SAI étaient transparents, justifiés et intelligibles—Néanmoins, la Cour a dit ne pas être d'accord avec l'analyse de la SAI selon laquelle pour qu'une obligation de franchise soit constatée, il fallait qu'il y ait des éléments de preuve établissant qu'il y a eu une entente tacite ou un complot de la part du défendeur et de son père—La question se rapportant à l'admissibilité d'un résident permanent dans les cas de présentations erronées indirectes a été certifiée—Demande accueillie.

McAlpin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 225

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision du délégué du défendeur (délégué) de renvoyer le demandeur pour enquête pour grande criminalité en vertu de l'art. 44(2)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(2)—Respondent's Delegate concurring with assessment, recommendation of Canada Border Services Agency officer—Applicant, U.K. citizen, arriving in Canada as child—Permanent resident of Canada for over 60 years—Having health issues, extensive criminal history—Applicant submitting that decision referring him to admissibility hearing unreasonable because of several errors in officer's assessment upon which Delegate relying—Whether exercise of Delegate's discretion to refer applicant to admissibility hearing reasonable—Delegate not erring in manner applicant alleging: decision not unreasonable even though Delegate refrained from considering, balancing all humanitarian and compassionate (H&C) factors applicant identifying—Delegate, officer under no obligation to consider, balance H&C considerations since applicant inadmissible on grounds of serious criminality under Act, s. 36(1)(a)—Regarding applicant's work history, officer's apparent disregard of applicant's explanation as to why not working since 1985 not rendering either decision or Delegate's subsequent decision unreasonable—Treatment of applicant's work history not rendering unreasonable either process by which officer, Delegate reaching their decisions or outcome thereof—Regarding officer's assessment of applicant's potential for rehabilitation, given facts examined, very limited discretion available to officer, officer's assessment of applicant's potential for rehabilitation not unreasonable—With respect to applicant's withdrawn charges, not reasonably open to officer, Delegate to treat applicant's withdrawn charges as evidence of history of criminality; could only be used to assess applicant's history of interactions with law—Application allowed.

SOMMAIRE (Fin)

de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Le délégué du défendeur a souscrit à l'évaluation et à la recommandation d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada—Le demandeur, un citoyen du Royaume-Uni, est arrivé au Canada lorsqu'il était un enfant—Il est résident permanent du Canada depuis plus de 60 ans—Il a de nombreux problèmes de santé et un lourd casier judiciaire—Il a soutenu que la décision de le renvoyer pour enquête n'était pas raisonnable étant donné plusieurs erreurs dans l'évaluation de l'agent, sur lesquelles le délégué s'est fondé—Il s'agissait de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du délégué pour renvoyer le demandeur pour enquête était raisonnable—Le délégué n'a pas commis d'erreur de la manière que l'a allégué le demandeur : la décision du délégué n'était pas déraisonnable compte tenu du fait qu'il s'est abstenu d'examiner et de soupeser tous les motifs d'ordre humanitaire que le demandeur avait soulevés—Le délégué et l'agent n'étaient pas tenus d'examiner et de soupeser quelconque motif d'ordre humanitaire étant donné que le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'art. 36(1)a de la Loi—En ce qui concerne les antécédents professionnels du demandeur, l'indifférence apparente de l'agent à l'égard de l'explication du demandeur au sujet de la raison pour laquelle il n'a pas travaillé depuis 1985 n'a pas rendu sa décision, ou la décision subséquente du délégué, déraisonnable—La façon dont les antécédents professionnels du demandeur ont été traités n'a rendu déraisonnable ni la procédure par laquelle l'agent et le délégué ont pris leurs décisions ni le résultat de ces décisions—En ce qui concerne l'évaluation par l'agent de la possibilité de réadaptation du demandeur, compte tenu des faits examinés et du pouvoir discrétionnaire très limité dont disposait l'agent, l'évaluation par l'agent de la possibilité de réadaptation du demandeur n'était pas déraisonnable—En ce qui concerne les accusations retirées du demandeur, il n'était pas raisonnablement loisible à l'agent et au délégué de traiter les accusations retirées du demandeur comme preuve de ses antécédents criminels; elles ne pouvaient servir qu'aux seules fins d'examiner les antécédents de ses interactions avec la loi—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FC 522, [2017] 4 F.C.R. 458, has been affirmed on appeal A-191-17, 2019 FCA 34. The reasons for judgment, handed down February 21, 2019, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Apotex Inc. v. Canada (Health), A-137-17, 2018 FCA 147, Laskin J.A., judgment dated August 2, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 21, 2019.

Bell v. Canada, A-358-16, 2018 FCA 91, Webb J.A., judgment dated May 10, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 14, 2019.

Canada v. 594710 British Columbia Ltd., A-20-17, 2018 FCA 166, Woods J.A., judgment dated September 20, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 21, 2019.

Canada v. Cheema, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, Stratas and Webb J.J.A., judgment dated February 27, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 14, 2019.

Klos v. Canada (Attorney General), A-424-17, 2018 FCA 160, Boivin J.A., judgment dated September 10, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 14, 2019.

Wang v. Canada, A-339-16, 2018 FCA 46, Gleason J.A., judgment dated February 28, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused February 21, 2019.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 522, [2017] 4 R.C.F. 458, a été confirmée en appel (A-191-17, 2019 CAF 34). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 21 février 2019, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. Canada (Santé), A-137-17, 2018 CAF 147, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 2 août 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 février 2019.

Bell c. Canada, A-358-16, 2018 CAF 91, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 10 mai 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 février 2019.

Canada c. 594710 British Columbia Ltd., A-20-17, 2018 CAF 166, le juge Woods, J.C.A., jugement en date du 20 septembre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 février 2019.

Canada c. Cheema, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, les juges Stratas et Webb, J.C.A., jugement en date du 27 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 février 2019.

Klos c. Canada (Procureur général), A-424-17, 2018 CAF 160, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 10 septembre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 février 2019.

Wang c. Canada, A-339-16, 2018 CAF 46, le juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 28 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 février 2019.

**Federal Courts
Reports**

2018, Vol. 4, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2018, Vol. 4, 2^e fascicule

A-202-17
2018 FCA 42

A-202-17
2018 CAF 42

Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership, Bell Media Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc., Rogers Media Inc. (*Appellants*)

Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership, Bell Média Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc., Rogers Media Inc. (*appelantes*)

v.

c.

Adam Lackman dba TVAddons.ag (*Respondent*)

Adam Lackman s.n. TVAddons.ag (*intimé*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. LACKMAN

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. LACKMAN

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Gauthier and de Montigny J.J.A.—Montréal, November 16, 2017; Ottawa, February 20, 2018.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Gauthier et de Montigny, J.C.A.—Montréal, 16 novembre 2017; Ottawa, 20 février 2018.

Copyright — Appeal from Federal Court order dated June 29, 2017, vacating Anton Piller order granted by Federal Court June 9, 2017 (2017 FC 634) and dismissing appellants' motion for interlocutory injunction — Respondent operating website used as repository of “add-ons”, i.e. software used to supplement other applications — Appellants characterizing website as platform for copyright piracy — Federal Court issuing interim injunction June 9, 2017 enjoining respondent from communicating or making available appellants' programs — In addition, Federal Court issuing Anton Piller order allowing appellants to inspect respondent's residence, make copies of documents pertaining to website, remove materials, make mirror images of digital devices — Also permitting appellants' solicitors to question respondent in regards to location of information, names of third parties — Federal Court in June 29 order referring to questioning of respondent as an “interrogation” — Finding that appellants not meeting prima facie case for Anton Piller order — Accepting that respondent's activities falling under defence to copyright infringement set out in Copyright Act, s. 2.4(1)(b) — As to interim injunction, finding that balance of convenience favouring respondent — Whether Federal Court erring in vacating Anton Piller order, dismissing application for interlocutory injunction — Federal Court erring in vacating Anton Piller order — Misapprehending evidence, making palpable, overriding errors in assessment of strength of appellants' case misunderstanding nature of respondent's activities — Appellants having sole right to communicate their television programs to the public pursuant to Act, ss. 3(1)f), 27 — Strong prima facie case that respondent infringing Act, ss. 2.4(1.1), 27 — Respondent's website targeting copyrighted content, hosting tool facilitating installation of infringing add-ons — Parliament not envisioning this type of activity when enacting

Droit d'auteur — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 (2017 CF 634) et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes — L'intimé exploitait un site Web répertoire des extensions « add-ons », c.-à-d. un type de logiciel servant à assortir d'autres applications de fonctions supplémentaires — Les appelantes ont qualifié le site Web de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d'auteur — La Cour fédérale a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 interdisant à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes — En outre, la Cour fédérale a rendu une ordonnance Anton Piller permettant aux appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques — Elle permettait également aux avocats des appelantes de poser des questions à l'intimé sur l'emplacement de tels renseignements et les noms de tiers — Dans une ordonnance datée du 29 juin 2017, la Cour fédérale a assimilé les questions posées à l'intimé à un « interrogatoire » — Elle a conclu que les appelantes n'avaient pas satisfait à l'exigence relative à la preuve prima facie pour obtenir une ordonnance Anton Piller — Elle a accepté la thèse de l'intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d'auteur énoncé à l'art. 2.4(1)b) de la Loi sur le droit d'auteur — Quant à l'injonction provisoire, elle a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a annulé à tort l'ordonnance Anton Piller et a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire — La Cour fédérale a commis une erreur en annulant l'ordonnance Anton Piller — Elle a mal compris les éléments de preuve,

Act, s. 2.4(1)(b) — Execution of Anton Piller order done in conformity with rules of the art — Federal Court erring in dismissing motion for interlocutory injunction on basis balance of convenience favouring respondent — Respondent not having arguable case he was not in contravention of Act, s. 27 — Also, reliance on respondent's limited resources somewhat problematic as respondent going to great lengths to conceal his identity, dissociate himself from operation of impugned website — Extremely difficult herein to gather reliable information on true financial means of respondent — In any event, injunctions should not be issued only when respondent having financial means to weather it — Moreover, Federal Court's conclusion on balance of convenience rooted in misapplication of Act, s. 2.4(1)(b), finding of fact not based on evidence — Appeal allowed.

This was an appeal from an order of the Federal Court dated June 29, 2017, vacating the Anton Piller order granted by the Federal Court on June 9, 2017 and dismissing the appellants' motion for an interlocutory injunction.

The respondent was involved in the creation and operation of a website used as a repository of “add-ons”, i.e. software that can be used to supplement other applications such as the KODI media player with additional functions or features. KODI is a software application that can be installed on electronic devices and that allows users to play various types of multimedia content. The appellants characterized the respondent's TVAddons website as a platform for copyright piracy. They alleged, *inter alia*, that the website offered the “FreeTelly” application, which is preconfigured with a selection of add-ons that are principally infringing add-ons. The Federal Court issued an interim injunction on June 9, 2017 enjoining and restraining the respondent from communicating or making available to the public the appellants' programs. In addition, the Federal Court issued an Anton Piller order allowing the appellants' solicitors to inspect the respondent's residence, make copies of documents pertaining to the website, remove certain materials and make mirror images of digital devices. The order also permitted the appellants' solicitors to question the respondent in regards to the location of the information and for names of third parties involved in

elle a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable et elle a mal compris la nature des activités de l'intimé — Les appelantes avaient le droit exclusif de communiquer leurs émissions de télévision au public aux termes des art. 3(1)f) et 27 de la Loi — Il existait une preuve prima facie solide que l'intimé violait les art. 2.4(1.1) et 27 de la Loi — Le site Web de l'intimé visait un contenu protégé et hébergeait un outil qui facilitait l'installation d'extensions attentatoires — Le législateur n'avait pas envisagé ce type d'activité lorsqu'il a édicté l'art. 2.4(1)b) de la Loi — L'ordonnance Anton Piller a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l'art — La Cour fédérale a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire au motif que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé — L'intimé ne pouvait affirmer qu'il n'avait pas contrevenu à l'art. 27 de la Loi — En outre, il était délicat d'évoquer les ressources limitées de l'intimé, qui avait tout fait pour cacher son identité et se dissocier de son exploitation du site Web contesté — En l'espèce, il était extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l'intimé — Quoi qu'il en soit, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre — En outre, la conclusion de la Cour fédérale sur la prépondérance des inconvénients était fondée sur une application erronée de l'art. 2.4(1)b) de la Loi et une constatation de fait que le dossier n'était pas — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes.

L'intimé a participé à la création et à l'exploitation d'un site Web répertoire des extensions « *add-ons* », un terme qui désigne un type de logiciel servant à assortir d'autres applications, comme le lecteur multimédia KODI, de fonctions ou caractéristiques supplémentaires. Application logicielle qui peut être installée sur des dispositifs électroniques, KODI permet aux utilisateurs de lire divers types de contenu multimédia. Les appelantes ont qualifié le site Web de TVAddons de l'intimé de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d'auteur. Elles ont fait valoir notamment que le site Web présentait l'application « Free Telly », qui est déjà configurée pour offrir une sélection d'extensions qui sont principalement attentatoires. La Cour fédérale a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 interdisant à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes. En outre, la Cour fédérale a rendu une ordonnance Anton Piller permettant aux avocats des appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques. L'ordonnance permettait également aux avocats des

the development of the TVAddons website, the “FreeTelly” and “Indigo” tools and similar software applications. In its order dated June 29, 2017, the Federal Court referred to the questioning of the respondent as an “interrogation” that was tantamount to “an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances”. The Federal Court found that the appellants did not meet the high threshold of a strong *prima facie* case. It accepted the respondent’s position that his activities fell under the defence to copyright infringement as set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*. With regards to the interim injunction, the Federal Court found that the balance of convenience favoured the respondent, relying on the fact that the respondent had demonstrated that he had an arguable case that he was not violating the *Copyright Act*, that the TVAddons website was his only source of income, and that the appellants sought to neutralize his business.

At issue was whether the Federal Court erred in vacating the Anton Piller order and in dismissing the application for an interlocutory injunction.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in vacating the Anton Piller order and in declaring that the execution of that order was not lawfully conducted. The Federal Court misapprehended the evidence and made palpable and overriding errors in its assessment of the strength of the appellants’ case. The Federal Court misapprehended the evidence by concluding that only a small percentage (just over 1 percent) of the add-ons were purportedly infringing. It also appears to have misunderstood the nature of the respondent’s activities. These factual errors led the Federal Court to a misinterpretation of the law and of the cases. Pursuant to paragraph 3(1)(f) and section 27 of the *Copyright Act*, the appellants, as creators and distributors of television programs, have the sole right to communicate these works to the public by telecommunication and to authorize such act. There was clearly a strong *prima facie* case that the respondent, by hosting and distributing infringing add-ons, was making the appellants’ programs and stations available to the public by telecommunication in a way that allowed users to access them from a place and at a time of their choosing, thereby infringing subsection 2.4(1.1) and section 27 of the *Copyright Act*. It was not entirely clear why the Federal Court accepted the respondent’s claim that he was not communicating any content and was therefore entitled to benefit from the exemption of paragraph 2.4(1)(b). The respondent’s website was not content neutral as it targeted copyrighted content. The website also hosted and distributed a tool which, once installed on the KODI media player, facilitated and

appelantes de poser des questions à l’intimé sur l’emplacement de tels renseignements et les noms des tiers qui avaient participé à l’élaboration du site Web de TVAddons, des outils « Free Telly » et « Indigo » et des applications logicielles semblables. Dans une ordonnance datée du 29 juin 2017, la Cour fédérale a assimilé les questions posées à l’intimé à un « interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances ». La Cour fédérale a conclu que les appelantes n’avaient pas satisfait à l’exigence élevée relative à la preuve *prima facie* solide. Elle a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d’auteur énoncé à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Quant à l’injonction provisoire, la Cour fédérale a conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l’intimé, se fondant sur le fait que l’intimé a démontré qu’il avait une cause défendable qu’il n’enfreignait pas la *Loi sur le droit d’auteur*, que le site Web de TVAddons était sa seule source de revenus et que les appelantes cherchaient à neutraliser son entreprise.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a annulé à tort l’ordonnance Anton Piller et a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en annulant l’ordonnance Anton Piller et en déclarant que l’ordonnance n’avait pas été exécutée conformément aux règles de droit. La Cour fédérale a mal compris les éléments de preuve et a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable. La Cour fédérale a mal compris les éléments de preuve en concluant qu’un peu plus d’un pour cent des extensions portaient atteinte au droit d’auteur, sans plus. Elle semble également avoir mal compris la nature des activités de l’intimé. Ces erreurs de fait ont mené la Cour fédérale à mal interpréter le droit et la jurisprudence. Aux termes de l’alinéa 3(1)f) et de l’article 27 de la *Loi sur le droit d’auteur*, les appelantes, en tant que créatrices et distributrices d’émissions de télévision, ont le droit exclusif de communiquer ces œuvres au public par télécommunication et d’autoriser ce type de communication. Il existait manifestement une preuve *prima facie* solide que l’intimé, en hébergeant et en distribuant les extensions attentatoires, mettait les émissions et chaînes télévisées des appelantes à la disposition du public par télécommunication d’une manière qui permettait aux utilisateurs d’y accéder depuis l’endroit qu’ils souhaitaient, au moment où ils le souhaitaient, ce qui constituait une violation du paragraphe 2.4(1.1) et de l’article 27 de la *Loi sur le droit d’auteur*. La raison pour laquelle la Cour fédérale a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle il ne communiquait aucun contenu et pouvait ainsi bénéficier de la protection prévue à l’alinéa 2.4(1)b) n’était pas claire. Le

automated the installation of infringing add-ons. Parliament did not envision this type of activity when paragraph 2.4(1)(b) was enacted. As to the execution of the Anton Piller order, it was done in conformity with the acknowledged rules of the art. The supervising solicitor acted in an independent and professional way, ensured that the inspection and removal of the respondent's property were executed within the four corners of the Anton Piller order, and that the vast majority of the questions to the respondent related to the location of known evidence or to passwords.

The Federal Court erred in dismissing the motion for an interlocutory injunction on the basis that the balance of convenience favoured the respondent. To the extent that the respondent did not have a defence under paragraph 2.4(1)(b), he could not have an arguable case that he was not in contravention of section 27. The Federal Court took into account the loss of income and the resulting lack of financial resources for the respondent to mount his defence. In the case at bar, reliance on the respondent's limited resources was somewhat problematic as he had gone to great lengths to conceal his identity and dissociate himself from his operation of the TVAddons website. In those circumstances, it was extremely difficult to gather reliable information on the true financial means of the respondent. In any event, injunctions should not be issued only when the respondent has the financial means to weather it; such a course of action would risk creating a two-tier judicial system. Moreover, the Federal Court's conclusion on the balance of convenience was rooted in a misapplication of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* and a finding of fact not based on the evidence. As such, its finding was fatally flawed and could not stand.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1)(b),(1.1), 3(1)(f), 27.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 373, 374, 377.

CASES CITED

APPLIED:

Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp., 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189; *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657; *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; *Société*

Web de l'intimé n'était pas un simple agent neutre étant donné qu'il visait un contenu protégé. En outre, le site Web hébergeait et distribuait un outil qui, une fois installé sur le lecteur multimédia KODI, facilitait et automatisait l'installation d'extensions attentatoires. Le législateur n'avait pas envisagé ce type d'activité lorsqu'il a édicté l'alinéa 2.4(1)(b). En ce qui concerne l'ordonnance Anton Piller, elle a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l'art. L'avocat qui surveillait a agi de façon indépendante et professionnelle, a veillé à ce que l'inspection et le prélèvement des biens de l'intimé respectent à la lettre l'ordonnance Anton Piller et que les questions posées à l'intimé concernent en grande partie l'emplacement d'éléments de preuve connus ou les mots de passe.

La Cour fédérale a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire au motif que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé. Dans la mesure où l'intimé ne pouvait se prévaloir du moyen de défense fondé sur l'alinéa 2.4(1)(b), il ne pouvait affirmer qu'il n'avait pas contrevenu à l'article 27. La Cour fédérale a tenu compte de la perte de revenu et de l'absence de ressources financières en découlant susceptible d'empêcher l'intimé de préparer sa défense. En l'espèce, il était délicat d'évoquer les ressources limitées de l'intimé, qui avait tout fait pour cacher son identité et se dissocier de son exploitation du site Web de TVAddons. Dans ces circonstances, il était extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l'intimé. Quoi qu'il en soit, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre. Une telle démarche risquerait de créer un système judiciaire à deux vitesses. En outre, la conclusion de la Cour fédérale sur la prépondérance des inconvénients était fondée sur une application erronée de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur* et sur une constatation de fait que le dossier n'était pas. De la sorte, sa conclusion était entachée d'un vice fatal et ne pouvait être maintenue.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1)(b),(1.1), 3(1)(f), 27.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 373, 374, 377.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp., 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657; *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Société canadienne des*

of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427.

CONSIDERED:

Canada v. South Yukon Forest Corporation, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831, *affid sub nom. Wesley (Mtfreetv.com) v. Bell Canada*, 2017 FCA 55, 278 A.C.W.S. (3d) 385.

REFERRED TO:

Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Viacom Ha! Holding Co. v. Doe* (2000), 6 C.P.R. (4th) 36, 96 A.C.W.S. (3d) 1042 (F.C.T.D.), *affid sub nom. Tejani v. Nintendo of America Inc.*, 2001 FCA 395, 286 N.R. 392; *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.*, 2005 FC 1405, 48 C.P.R. (4th) 241.

APPEAL from an order of the Federal Court dated June 29, 2017 (2017 FC 634, 157 C.P.R. (4th) 26) vacating the Anton Piller order granted by the Federal Court on June 9, 2017 and dismissing the appellants' motion for an interlocutory injunction. Appeal allowed.

APPEARANCES

François Guay and Guillaume Lavoie Ste-Marie for appellants.
Karim Renno and Hilal El Ayoubi for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Smart & Biggar, Montréal, for appellants.
Renno Vathilakis Inc. and Hilal El Ayoubi, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.A.: The appellants Bell Canada, Bell Expressvu Limited Partnership, Bell Media Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc. and Rogers Media Inc. (the appellants) are appealing the order of Justice Bell of

auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada c. South Yukon Forest Corporation, 2012 CAF 165; *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, *conf. par sub nom. Wesley (Mtfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55.

DÉCISIONS CITÉES :

Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Viacom Ha! Holding Co. c. Doe*, T-550-99, juge Tremblay-Lamer (14 avril 2000), [2000] A.C.F. n° 498 (QL) (1^{er} inst.), *conf. par sub nom. Tejani c. Nintendo of America Inc.*, 2001 CAF 395; *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, 2005 CF 1405.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale en date du 29 juin 2017 (2017 CF 634) annulant l'ordonnance Anton Piller rendue par la Cour fédérale le 9 juin 2017 et rejetant la requête en injonction interlocutoire des appelantes. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

François Guay et Guillaume Lavoie Ste-Marie, pour les appelantes.
Karim Renno et Hilal El Ayoubi pour l'intimé.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

Smart & Biggar, Montréal, pour les appelantes.
Renno Vathilakis Inc. et Hilal El Ayoubi, Montréal, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Les appelantes Bell Canada, Bell Expressvu Limited Partnership, Bell Média Inc., Vidéotron S.E.N.C., Groupe TVA Inc., Rogers Communications Canada Inc. et Rogers Media Inc. (les appelantes) interjettent appel de l'ordonnance du

the Federal Court (the Judge) dated June 29, 2017 [2017 FC 634] (Justice Bell's order or reasons), whereby he vacated the Anton Piller order granted by Justice LeBlanc on June 9, 2017 (Justice LeBlanc's order) and dismissed the appellants' motion for an interlocutory injunction. In the underlying action, the appellants alleged that Adam Lackman (the respondent) infringed copyright by communicating and making available to the public the appellants' programs, and by inducing and/or authorizing users of infringing add-ons to initiate acts of infringement through the business it operates under the name TVAddons.ag (TVAddons or the TVAddons website).

[2] Having carefully read the record and considered the written and oral submissions of the parties, I am of the view that the appeal should be allowed. The appellants have established a strong *prima facie* case of copyright infringement for the purposes of the Anton Piller order sought, and the Judge's conclusion to the contrary was based on a misapprehension of the case law and of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and on overriding and palpable errors in construing the facts. Likewise, the Judge erred in dismissing the motion for an interlocutory injunction and in concluding that the orders were not lawfully executed.

I. Facts

[3] The respondent was involved in the creation and operation of the TVAddons website. The website is a repository of "add-ons", a generic term for a type of software that can be used to supplement other applications with additional functions or features (affidavit of Adam Lackman, at paragraph 5, appeal book, volume 3, tab 26 (Lackman aff.)). One such application that can be supplemented with add-ons is the KODI media player.

[4] KODI is a software application that can be installed on electronic devices and that allows users to play various types of multimedia content (video, music or pictures, for example). It can read both physical

juge Bell de la Cour fédérale (le juge) du 29 juin 2017 [2017 CF 634] (l'ordonnance du juge Bell ou les motifs), par laquelle il a annulé l'ordonnance Anton Piller rendue par le juge LeBlanc le 9 juin 2017 (l'ordonnance du juge LeBlanc) et a rejeté la requête en injonction interlocutoire des appelantes. Dans l'action au principal, les appelantes affirment qu'Adam Lackman (l'intimé) a violé leur droit d'auteur en communiquant et en rendant accessibles au public les émissions des appelantes et en incitant ou en autorisant des violations du droit d'auteur par les utilisateurs d'extensions attentatoires par le truchement de l'entreprise qu'il exploite sous la raison sociale TVAddons.ag (TVAddons ou le site Web de TVAddons).

[2] Après avoir soigneusement pris connaissance du dossier et examiné les arguments oraux et écrits des parties, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Les appelantes ont établi une preuve *prima facie* solide de violation du droit d'auteur, à laquelle est subordonné le prononcé de l'ordonnance Anton Piller demandée, et la conclusion contraire du juge était fondée sur une mauvaise interprétation de la jurisprudence et de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ainsi que sur des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation des faits. De même, le juge a rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire et a conclu à mauvais droit que les ordonnances n'avaient pas été exécutées conformément aux règles de droit.

I. Les faits

[3] L'intimé a participé à la création et à l'exploitation du site Web de TVAddons. Le site répertorie des extensions « *add-ons* », un terme générique qui désigne un type de logiciel servant à assortir d'autres applications de fonctions ou caractéristiques supplémentaires (affidavit d'Adam Lackman, au paragraphe 5, dossier d'appel, vol. 3, onglet 26 (aff. de Lackman)). Le lecteur multimédia KODI appartient à cette catégorie d'applications pouvant être assorties d'extensions.

[4] Application logicielle qui peut être installée sur des dispositifs électroniques, KODI permet aux utilisateurs de lire divers types de contenu multimédia (par exemple, des vidéos, de la musique ou des images).

digital media (such as CDs, DVDs or Blu-ray) and digital files (such as MP3 or QuickTime). It is an “open source” software application, and is available for download for free on the Internet. When used in conjunction with add-ons, the KODI media player can be used to access and stream multimedia content hosted on the Internet. These add-ons fall into two categories: non-infringing add-ons, which direct users towards legitimate websites, and infringing add-ons, which direct users towards copyrighted content where the user has no authorized access (affidavit of Andrew McGuigan, at paragraphs 28–36, appeal book, confidential volume 1, tab 6 (conf. McGuigan aff.)).

[5] The TVAddons website is a repository of both infringing and non-infringing add-ons. The respondent claims that his website is primarily an Internet forum for users of the KODI application, and has two purposes: (1) providing a forum for the exchange of information between users of KODI about their experiences using this software and its add-ons, and (2) allowing developers of add-ons for KODI to make them available to the users (Lackman aff., at paragraph 13). These add-ons are specialized search engines that give access to digital content hosted on other websites, and this content can also be found using other search engines such as Google (Lackman aff., at paragraphs 19 and 21). The respondent also insists that the multimedia content accessed by the use of add-ons is not located on the TVAddons website but needs to be accessed and streamed on the Internet by using the KODI application (respondent’s memorandum of fact and law (respondent’s MFL), at paragraph 51).

[6] The appellants, on the other hand, characterized the TVAddons website as a platform for copyright piracy. While it is a source of both infringing and non-infringing add-ons, the website holds itself out as “the best”, “most popular” and “all free” source of such add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraph 64). Sixteen out of the 22 add-ons of the “Featured” category of the TVAddons website are reproduced in the appellants’ memorandum

Il peut lire à la fois les médias numériques physiques (tels les CD, les DVD ou Blu-ray) et les médias numériques (tels les fichiers MP3 ou QuickTime). C’est une application logicielle libre qu’on peut télécharger gratuitement à partir d’Internet. Assorti d’extensions, le lecteur multimédia KODI permet de lire en continu du contenu multimédia hébergé dans Internet. Ces extensions se divisent en deux catégories : les extensions légitimes, qui dirigent les utilisateurs vers des sites Web licites, et les extensions attentatoires, qui renvoient les utilisateurs vers un contenu protégé par le droit d’auteur auquel l’utilisateur n’est pas autorisé à accéder (affidavit d’Andrew McGuigan, aux paragraphes 28 à 36, dossier d’appel, vol. 1 confidentiel, onglet 6 (aff. conf. de McGuigan)).

[5] Le site Web de TVAddons est un répertoire d’extensions tant attentatoires que légitimes. L’intimé soutient que son site Web constitue principalement un forum Internet pour les utilisateurs de l’application KODI et qu’il possède deux objectifs : 1) permettre l’échange de renseignements entre les utilisateurs de KODI sur leur expérience de ce logiciel et de ses extensions et 2) permettre aux concepteurs d’extensions pour KODI de les rendre accessibles aux utilisateurs (aff. de Lackman, au paragraphe 13). Ces extensions constituent des moteurs de recherche spécialisés qui donnent accès à du contenu numérique hébergé dans d’autres sites Web, que l’on peut également trouver par le truchement d’autres moteurs de recherche tels Google (aff. de Lackman, aux paragraphes 19 et 21). L’intimé insiste également sur le fait que le contenu multimédia auquel mènent les extensions n’est pas hébergé dans le site Web de TVAddons; il faut y accéder et en faire la lecture en continu à partir d’Internet en utilisant l’application KODI (mémoire des faits et du droit de l’intimé (MFD de l’intimé), au paragraphe 51).

[6] Les appelantes, pour leur part, qualifient le site Web de TVAddons de plateforme pour le piratage de contenu protégé par le droit d’auteur. Si ce site Web répertorie à la fois des extensions attentatoires et des extensions légitimes, il se présente comme la source [TRADUCTION] « la meilleure », « la plus populaire » et « entièrement gratuite » de ces extensions (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64). Seize des 22 extensions

of fact and law. The appellants' expert has tested 12 out of the 22 add-ons in that category and concluded that these 12 add-ons were all infringing (confidential appellants' memorandum of fact and law (conf. appellants' MFL), at paragraph 33; conf. McGuigan aff., at paragraphs 61, 62, 70 and 71). The add-ons found on the website can be used to access Canadian television stations and live sports as well as on-demand television and motion pictures (conf. McGuigan aff., at paragraph 64).

[7] The TVAddons website also provides two additional features. It offers the "FreeTelly" application, a customized version of KODI that is accessible for download and which the appellants allege is preconfigured with a selection of add-ons that are principally infringing add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraph 66). As such, one need not seek out and configure add-ons; access to infringing content is immediate (conf. McGuigan aff., at paragraphs 66–67). TVAddons also produces and supplies to the users guides with information on how to access and use its add-ons, and distributes "Indigo", a tool which facilitates and automates the installation of add-ons by avoiding the completion of all installation steps (conf. McGuigan aff., at paragraphs 57, 73 and 74).

[8] Following *ex parte* and *in camera* motions, Justice LeBlanc issued an interim injunction on June 9, 2017 which, pursuant to rule 374 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, was valid for 14 days. The respondent was enjoined and restrained from communicating or making available to the public the appellants' programs and inducing or authorizing anyone to initiate acts of infringement of the appellants' rights to communicate their programs to the public by telecommunication. Justice LeBlanc also ordered the respondent to provide his login credentials for the domains and subdomains hosting the TVAddons website, as well as for various social media sites associated with the website. A computer forensics expert was authorized to modify the login requirements for various domains and

de la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web de TVAddons sont reproduites dans le mémoire des faits et du droit des appelantes. L'expert des appelantes a testé 12 des 22 extensions dans cette catégorie et a conclu qu'elles étaient toutes attentatoires (mémoire confidentiel des faits et du droit des appelantes (MFD conf. des appelantes), au paragraphe 33; aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 61, 62, 70 et 71). Les extensions qui se trouvent sur le site Web permettent de capter des chaînes télévisées canadiennes et des épreuves sportives en direct, ainsi que des émissions de télévision et films sur demande (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64).

[7] Le site Web de TVAddons propose également deux autres produits. Il présente l'application « Free Telly », une version personnalisée de KODI téléchargeable qui, selon les appelantes, est déjà configurée pour offrir une sélection d'extensions qui sont principalement attentatoires (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 66). Ainsi, point n'est besoin de chercher et de configurer des extensions; l'accès au contenu qui porte atteinte au droit d'auteur est immédiat (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 66 et 67). En outre, TVAddons produit et fournit aux utilisateurs des guides présentant des renseignements sur l'accès à ses extensions et l'utilisation de ces dernières et distribue « Indigo », un outil qui facilite et automatise l'installation des extensions, ce qui permet d'éviter toutes les étapes d'installation (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 57, 73 et 74).

[8] Sur requêtes *ex parte* et entendues à huis clos, le juge LeBlanc a accordé une injonction provisoire le 9 juin 2017 d'une durée de 14 jours, en vertu de la règle 374 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. La Cour a ainsi interdit à l'intimé de communiquer au public ou de permettre l'accès aux émissions des appelantes et d'inciter ou d'autoriser quiconque à enfreindre le droit des appelantes de communiquer leurs émissions au public par télécommunication. Le juge LeBlanc a également ordonné à l'intimé de fournir ses identifiants et mots de passe pour les domaines et sous-domaines hébergeant le site Web de TVAddons ainsi que pour plusieurs comptes de médias sociaux associés au site Web. Un expert en informatique judiciaire a été autorisé à modifier les identifiants et mots de

subdomains, to deactivate the domains and subdomains that hosted the TVAddons website and to take control of the host server.

[9] In addition, Justice LeBlanc issued an Anton Piller order, also valid for 14 days, pursuant to rule 377 of the *Federal Courts Rules*. It allowed the appellants' solicitors to inspect the respondent's residence, make copies of documents pertaining to the website as well as its financial records, remove certain materials and make mirror images of digital devices. The order also permitted the appellants' solicitors to question the respondent in regards to the location of the information and for names of third parties involved in the development of the TVAddons website, the "FreeTelly" and "Indigo" tools and similar software applications. The execution of the Anton Piller order was to be monitored by an independent supervising counsel hired by the appellants, who would then report to the Court on the motion to review.

II. The impugned decision

[10] At issue before Justice Bell was a motion to review the Anton Piller order and to convert the interim injunction into an interlocutory injunction. As stated by the Judge, his role at that stage was not to decide the merits of the case, but to assess the Anton Piller order on a *de novo* basis after having heard the respondent's point of view. To that effect, he first recalled the four requirements established by the Supreme Court of Canada in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, at paragraph 35 and in *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657, at paragraph 29: (1) that there be a strong *prima facie* case; (2) that the damage to the plaintiff caused by the defendant's alleged misconduct, potential or actual, be very serious; (3) that there be convincing evidence that the defendant has in its possession incriminating documents or things; and (4) that there be a real possibility that the defendant may destroy such material before the discovery process can do its work. He also set out the well-known tripartite

passé pour divers domaines et sous-domaines, à désactiver les domaines et sous-domaines qui hébergeaient le site Web de TVAddons et à prendre le contrôle du serveur-hôte.

[9] En outre, le juge LeBlanc a rendu une ordonnance Anton Piller, également valable pour 14 jours, en vertu de la règle 377 des *Règles des Cours fédérales*. L'ordonnance permettait aux avocats des appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web aussi bien que de ses dossiers financiers, d'y prélever du matériel et de créer une copie intégrale de certains dispositifs numériques. L'ordonnance permettait également aux avocats des appelantes de poser des questions à l'intimé sur l'emplacement de tels renseignements et les noms des tiers qui ont participé à l'élaboration du site Web de TVAddons, des outils « Free Telly » et « Indigo » et des applications logicielles semblables. L'exécution de l'ordonnance Anton Piller devait être surveillée par un avocat indépendant engagé par les appelantes, qui devait ensuite faire son rapport à la Cour dans le cadre de la requête en réexamen.

II. La décision contestée

[10] Le juge Bell était saisi d'une requête en réexamen de l'ordonnance Anton Piller et sollicitant la conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire. Comme l'a affirmé le juge, son rôle à cette étape était non pas de trancher le litige au fond, mais de réexaminer l'ordonnance Anton Piller *de novo* à la lumière des observations de l'intimé. À cette fin, il a d'abord rappelé les quatre exigences établies par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, au paragraphe 35 et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657, au paragraphe 29 : 1) le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide; 2) le préjudice causé au demandeur par l'inconduite présumée du défendeur doit être très grave; 3) il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants et 4) il faut démontrer qu'il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que la procédure de communication

test for interlocutory injunctions laid out in *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321 and in *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385 (*RJR – MacDonald*).

[11] The Judge was very critical of the way in which the Anton Piller order was carried out. He referred to the questioning of the respondent as an “interrogation” that was tantamount to “an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances” (reasons, at paragraph 19). Indeed, the Judge was concerned with the length of the interrogation, the fact that the respondent could not refuse to answer questions under fear of contempt proceedings, that his counsel was not allowed to clarify the answers to questions and that the questions were not really questions but orders. What he found most egregious was that the respondent was asked to provide names of those operating similar websites. He concluded that this question constituted a hunt for further evidence rather than preservation of then existing evidence (reasons, at paragraph 20).

[12] Before turning to the application of the first requirement for an Anton Piller order, the Judge prefaced his analysis with the following (reasons, at paragraph 21):

The *Anton Pillar (sic)* Order under review was purposely designed by counsel for the Plaintiffs, as admitted by them, to completely shut down the Defendant’s operations. To the Plaintiffs, it mattered not that, by their own estimate, just over 1% of the Add-ons developed by the Defendant were allegedly used to infringe copyright. I therefore conclude that the purpose of the *Anton Piller* Order under review was only partly designed to preserve evidence that might be destroyed or that could disappear. I am of the view that its true purpose was to destroy the livelihood of the Defendant, deny him the financial resources to finance a defence to the claim made against him, and to provide an opportunity for discovery of the Defendant in circumstances where none of the procedural safeguards of our civil justice system could be engaged.

préalable puisse être amorcée. Il a également énoncé le critère à trois volets très connu, en matière d’injonctions interlocutoires, énoncé dans les arrêts *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 et *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (*RJR – MacDonald*).

[11] Le juge était très critique à l’égard de la manière dont l’ordonnance Anton Piller avait été exécutée. Il a assimilé les questions posées à l’intimé à un [TRADUCTION] « interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances » (motifs, au paragraphe 19). En effet, le juge s’est dit préoccupé de la durée des questions, de l’impossibilité pour l’intimé de refuser de répondre sous peine d’outrage au tribunal, de l’impossibilité pour son avocat de clarifier les réponses et du fait que les questions constituaient essentiellement des ordres. De l’avis du juge, le plus inacceptable était que l’on avait demandé à l’intimé de fournir les noms de ceux qui exploitent des sites Web similaires. Il a conclu que cette question avait pour but la recherche d’éléments de preuve supplémentaires plutôt que la conservation des éléments de preuve existants (motifs, au paragraphe 20).

[12] Le juge a fait précéder du paragraphe suivant son analyse de l’application de la première exigence d’une ordonnance Anton Piller (motifs, au paragraphe 21) :

[TRADUCTION] L’ordonnance *Anton Pillar (sic)* en question a été conçue délibérément par les avocats des demanderesse pour mettre fin à l’entreprise du défendeur, ce qu’elles admettent. Il ne leur importait guère que seule une infime partie des extensions élaborées par le défendeur, correspondant à un peu plus d’un pour cent selon elles, porterait atteinte au droit d’auteur. Par conséquent je conclus que l’ordonnance *Anton Piller* dont je suis saisi ne visait que partiellement à protéger les éléments de preuve susceptibles de disparaître ou d’être détruits. Je suis d’avis que son objet véritable était de détruire le gagne-pain du défendeur, de le priver des ressources financières nécessaires au financement d’une défense à l’action intentée contre lui et de faire subir à ce dernier un interrogatoire préalable dépourvu des protections procédurales que garantit notre système de justice civil.

[13] The Judge then turned to whether there exists a *prima facie* case. He accepted the respondent's position that his activities fell under the defence to copyright infringement as set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* as interpreted by the Supreme Court of Canada in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN*). He came to that conclusion on the basis of the "forthright manner" (reasons, at paragraph 22) in which the respondent described his knowledge of the KODI software and because infringing content accessible on the TVAddons website could also be located using Google. As such, the Judge found that the appellants did not meet the high threshold of a strong *prima facie* case. Having reached that conclusion, and given that in his view the Anton Piller order was much broader than only preserving evidence, he did not find it necessary to consider the other elements of the test.

[14] With regards to the interim injunction, the Judge accepted that there exists a serious issue to be tried and that the appellants might suffer irreparable harm if the injunction is not issued, but nevertheless found that the balance of convenience favours the respondent. To reach that conclusion, the Judge relied on the fact that the respondent has demonstrated that he has an arguable case that he is not violating the *Copyright Act*, that the TVAddons website was his only source of income, and that the appellants seek to neutralize his business. Maintaining the order, in his view, would therefore deprive the respondent of the financial means necessary to mount a defence and would effectively bring the litigation to an end. Finally, he also relied on the appellants' "admission" that the vast majority of add-ons are non-infringing.

III. Issues

[15] This appeal raises the following issues:

- A. *Did the Judge err in vacating the Anton Piller order?*

[13] Le juge a abordé ensuite la question de l'existence d'une preuve *prima facie*. Il a accepté la thèse de l'intimé selon laquelle ses activités relevaient du moyen de défense à la violation du droit d'auteur énoncé à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, tel qu'il a été interprété par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN*). Il est parvenu à cette conclusion en raison de la [TRADUCTION] « manière directe » (motifs, au paragraphe 22) employée par l'intimé pour décrire sa connaissance du logiciel KODI et parce que le contenu attentatoire auquel donne accès le site Web de TVAddons pouvait également être trouvé par le truchement de Google. Ainsi, le juge a conclu que les appelantes n'avaient pas satisfait à l'exigence élevée relative à la preuve *prima facie* solide. Vu cette conclusion et son avis selon lequel l'ordonnance Anton Piller avait un objet bien plus vaste que la simple conservation de la preuve, il n'a pas jugé nécessaire d'examiner les autres volets du critère.

[14] Quant à l'injonction provisoire, le juge était d'avis qu'il existait une question sérieuse à trancher et que les appelantes pourraient subir un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas rendue, mais a néanmoins conclu que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé. Le juge est arrivé à cette conclusion sur le fondement suivant : l'intimé a démontré qu'il avait une cause défendable qu'il n'enfreignait pas la *Loi sur le droit d'auteur*, le site Web de TVAddons était sa seule source de revenus et les appelantes cherchaient à neutraliser son entreprise. Maintenir l'ordonnance, à son avis, priverait donc le défendeur des moyens financiers nécessaires pour présenter une défense et mettrait effectivement fin au litige. Enfin, il s'est également appuyé sur le fait que les appelantes avaient « reconnu » que la très grande majorité des extensions n'étaient pas attentatoires.

III. Les questions en litige

[15] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- A. *Le juge a-t-il annulé à tort l'ordonnance Anton Piller?*

B. *Did the Judge err in dismissing the application for an interlocutory injunction?*

IV. Analysis

[16] There is no issue between the parties as to the requirements to issue an Anton Piller order or an interlocutory injunction. Rather, the appellants dispute the application made by the Judge of the legal standards to the facts of this case, and also challenge his findings of fact. It is well established that such questions are subject to the standard of overriding and palpable error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 37). This is a highly deferential standard of review. As this Court stated in *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46:

... “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

A. *Did the Judge err in vacating the Anton Piller order?*

[17] The appellants argue that the Judge misunderstood the nature of the respondent’s activities in characterizing him as a software developer who has come up with add-ons that permit users to access material that is for the most part not infringing on the rights of the appellants. The appellants also challenge the Judge’s finding that the allegedly infringing add-ons represent “just over 1%” (reasons, at paragraph 16) of the add-ons developed by the respondent. Finally, the appellants vigorously take exception with the Judge’s assessment of the respondent (“I am impressed by the forthright manner in which the Defendant describes his knowledge and use of the open source KODI software and the similarities between TVAddons and Google” (reasons, at paragraph 22)), and refute the respondent’s assertion that the add-ons hosted by his website can be assimilated to “mini Google” (respondent’s MFL, at paragraph 60; Lackman aff., at paragraph 19). Those factual errors, argue the appellants, led the Judge to err in his

B. *Le juge a-t-il rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire?*

IV. Discussion

[16] Les parties ne contestent pas les exigences auxquelles est subordonnée une ordonnance Anton Piller ou une injonction interlocutoire. Les appelantes contestent plutôt l’application des principes juridiques aux faits de l’affaire par le juge ainsi que ses conclusions de fait. Il est bien établi que les questions de ce type sont assujetties à la norme de l’erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 37). Cette norme de contrôle commande une grande déférence. Comme le déclare notre Cour dans l’arrêt *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46 :

[...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout entier.

A. *Le juge a-t-il annulé à tort l’ordonnance Anton Piller?*

[17] Les appelantes soutiennent que le juge a mal compris la nature des activités de l’intimé en le décrivant comme un développeur de logiciel qui a conçu des extensions qui permettent aux utilisateurs d’accéder à du contenu qui, en grande partie, ne porte pas atteinte aux droits des appelantes. Les appelantes contestent également la conclusion du juge selon laquelle les extensions qui seraient attentatoires représentent seulement [TRADUCTION] « un peu plus d’un pour cent » des produits développés par l’intimé (motifs, au paragraphe 16). Enfin, les appelantes reprochent vivement au juge l’opinion qu’il a émise à l’égard de l’intimé ([TRADUCTION] « Je suis impressionné par la manière directe avec laquelle le défendeur décrit sa connaissance et son utilisation du logiciel libre KODI et les similitudes entre TVAddons et Google » (motifs, au paragraphe 22)) et contestent l’affirmation de l’intimé selon laquelle les extensions hébergées dans son site Web peuvent être assimilées à un « mini Google » (MFD de l’intimé, au paragraphe 60;

analysis and application of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*.

[18] I agree with the appellants that the Judge misapprehended the evidence and made palpable and overriding errors in his assessment of the strength of the appellants' case. Nowhere did the appellants actually state that only a tiny proportion of the add-ons found on the respondent's website are infringing add-ons. As stated by Andrew McGuigan in his affidavit (at paragraph 61):

By clicking on the "Addons" option from the main menu on the home page of the TVAddons website, users are presented with ten categories of Add-ons. The counter underneath the various categories of Add-ons suggests that TVAddons hosts over 1,500 Add-ons in total. However, the "Featured" category of Add-ons hosted by TVAddons contains a curated list of 22 Add-ons, *almost all of which are Infringing Add-ons* [Emphasis in original.]

[19] It is an unwarranted stretch of logic to infer from that statement, as did the Judge, that "from the Plaintiffs' own evidence, just over 1% of the Add-ons developed by the Defendant are alleged to be 'infringing Add-ons'" (reasons, at paragraph 16). Indeed, what the affiant actually mentions is not that he found 16 infringing add-ons out of 1 500, but rather that many of the add-ons found in the "Featured" category of the website were infringing. Indeed, 16 out of the 22 add-ons of the "Featured" category of the TVAddons website are reproduced in the appellants' memorandum of fact and law. The appellants' expert has tested 12 out of the 22 add-ons in that category and concluded that these 12 add-ons were all infringing (conf. appellants' MFL, at paragraph 33; conf. McGuigan aff., at paragraphs 61, 62, 70 and 71). This was the only category tested by Mr. McGuigan, and there is no evidence as to how many add-ons found on the respondent's entire website are infringing. The Judge therefore clearly misapprehended the evidence in this regard by concluding that just over 1 percent of the add-ons were purportedly infringing.

aff. de Lackman, au paragraphe 19). Ces erreurs de fait, soutiennent les appelantes, ont mené le juge à commettre une erreur dans l'analyse et l'application de l'alinéa 2.4(1)(b) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[18] Je suis d'accord avec les appelantes pour dire que le juge a mal compris les éléments de preuve et a commis des erreurs manifestes et dominantes dans son analyse visant à décider si les appelantes avaient une cause défendable. Les appelantes n'ont en fait déclaré nulle part que seule une proportion infime des extensions qui se trouvent sur le site Web de l'intimé était attentatoire. Comme l'affirme Andrew McGuigan dans son affidavit (au paragraphe 61) :

[TRADUCTION] En sélectionnant l'option « extensions » du menu principal à partir de la page d'accueil du site Web de TVAddons, l'utilisateur voit dix catégories d'extensions. Le compteur sous les différentes catégories laisse entendre que TVAddons héberge au total plus de 1 500 extensions. Toutefois, la catégorie « En vedette » de TVAddons présente une liste triée sur le volet de 22 extensions, *qui sont presque toutes attentatoires* [...] [En italiques dans l'original.]

[19] C'est défier la logique que de conclure, à partir de cette affirmation, comme l'a fait le juge, que [TRADUCTION] « d'après la propre preuve des demanderesse, seule une infime partie des extensions développées par le défendeur, c'est-à-dire un peu plus d'un pour cent, seraient attentatoires » (motifs, au paragraphe 16). En effet, ce que l'auteur de l'affidavit mentionne en réalité est non pas qu'il a trouvé 16 extensions attentatoires parmi les 1 500 extensions, mais que de nombreuses extensions énumérées dans la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web étaient attentatoires. En effet, 16 des 22 extensions de la catégorie [TRADUCTION] « En vedette » du site Web de TVAddons sont reproduites dans le mémoire des faits et du droit des appelantes. L'expert des appelantes a testé 12 des 22 extensions de cette catégorie et a conclu qu'elles étaient toutes attentatoires (MFD conf. des appelantes, au paragraphe 33; aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 61, 62, 70 et 71). C'est la seule catégorie testée par M. McGuigan et la preuve n'indique pas le nombre d'extensions attentatoires dans l'entier site Web de l'intimé. Le juge a donc

[20] The Judge also appears to have misunderstood the nature of the respondent's activities, and to have been swayed by the fact that the actions performed by the appellants' expert to access infringing material on the TVAddons website were replicated by the respondent using Google. While Google is an indiscriminate search engine that returns results based on relevance, as determined by an algorithm, infringing add-ons target predetermined infringing content in a manner that is user-friendly and reliable. The affidavit of Mr. McGuigan highlights key features that make add-ons distinctly different; they are designed to avoid dead links (i.e. links that appear to lead to infringing content but that are inoperative), advertisements and computer viruses or malware that are common on these streaming sites (conf. McGuigan aff., at paragraph 51).

[21] Characterizing add-ons as "mini Google" suggests a mere difference in degree. This overlooks the targeted nature of add-ons, which is critical to the issue which the Judge was called upon to decide. The fact that a search result using an add-on can be replicated with Google is of little consequence. The content will always be found using Google or any other Internet search engine because they search the entire universe of all publicly available information. Using add-ons, however, takes one to the infringing content much more directly, effortlessly and safely.

[22] These factual errors, in turn, led the Judge to a misinterpretation of the law and of the cases. Pursuant to paragraph 3(1)(f) and section 27 of the *Copyright Act*, the appellants, as creators and distributors of television programs, have the sole right to communicate these works to the public by telecommunication and to authorize such act. There is clearly a strong *prima facie*

manifestement mal compris les éléments de preuve à cet égard en concluant qu'un peu plus d'un pour cent des extensions portaient atteinte au droit d'auteur, sans plus.

[20] Le juge semble également avoir mal compris la nature des activités de l'intimé et avoir été influencé par le fait que les actions effectuées par l'expert des appelantes pour accéder au contenu attentatoire dans le site Web de TVAddons avaient été reproduites par l'intimé à l'aide de Google. Tandis que Google est un moteur de recherche neutre qui propose des résultats classés par ordre de pertinence, obtenus par le jeu d'un algorithme, les extensions attentatoires rassemblent, dans un cadre convivial et fiable, des contenus attentatoires choisis d'avance. L'affidavit de M. McGuigan souligne les principales caractéristiques qui distinguent les extensions : elles sont conçues pour éviter les liens menant à une impasse (c'est-à-dire des liens qui semblent mener à du contenu attentatoire, mais qui sont inactifs), les publicités et les virus ou les logiciels malveillants qui sont courants sur ces sites de diffusion en continu (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 51).

[21] Assimiler les extensions à des « mini Google » laisse entendre que la distinction se résume à une simple question de degré. C'est faire fi de la nature ciblée des extensions, qui est au cœur de la question que le juge était appelé à trancher. Le fait qu'une recherche effectuée à l'aide de Google présente le même résultat que celle effectuée à l'aide d'une extension n'est guère révélateur. Google, ou un autre moteur de recherche, permettra toujours de trouver le contenu étant donné qu'il effectue la recherche dans l'entier univers des renseignements publics. En revanche, la recherche effectuée à l'aide d'une extension mène beaucoup plus directement et facilement au contenu attentatoire, et ce, d'une manière bien plus sécuritaire.

[22] Ces erreurs de fait ont ensuite mené le juge à mal interpréter le droit et la jurisprudence. Aux termes de l'alinéa 3(1)f) et de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les appelantes, en tant que créatrices et distributrices d'émissions de télévision, ont le droit exclusif de communiquer ces œuvres au public par télécommunication et d'autoriser ce type de communication. Il

case that the respondent, by hosting and distributing infringing add-ons, is making the appellants' programs and stations available to the public by telecommunication in a way that allows users to access them from a place and at a time of their choosing, thereby infringing subsection 2.4(1.1) and section 27 of the *Copyright Act*.

[23] The Judge nevertheless came to the opposite conclusion, relying on the exception set out in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* according to which participants in a telecommunication who only provide "the means of telecommunication necessary" are deemed not to be communicators. That provision reads as follows:

Communication to the public by telecommunication

2.4 (1) For the purposes of communication to the public by telecommunication,

...

(b) a person whose only act in respect of the communication of a work or other subject-matter to the public consists of providing the means of telecommunication necessary for another person to so communicate the work or other subject-matter does not communicate that work or other subject-matter to the public.

[24] That provision was considered by the Supreme Court of Canada in *SOCAN*. Writing for the majority, Justice Binnie first noted that this immunity was adopted to strike a balance between, on the one hand, the expansion of the notion of "communication to the public" to include all forms of "telecommunication" in paragraph 3(1)(f), and, on the other hand, the need to ensure that those who participate in the retransmissions solely as intermediaries would not be unfairly caught by that expanded definition (*SOCAN*, at paragraph 90). In his view, paragraph 2.4(1)(b) was meant to "shield from liability the activities associated with providing the means for another to communicate by telecommunication" (*SOCAN*, at paragraph 92). He also explained that the defence is available where one merely serves as

existe manifestement une preuve *prima facie* solide que l'intimé, en hébergeant et en distribuant les extensions attentatoires, met les émissions et chaînes télévisées des appelantes à la disposition du public par télécommunication d'une manière qui permet aux utilisateurs d'y accéder depuis l'endroit qu'ils souhaitent, au moment où ils le souhaitent, ce qui constitue une violation du paragraphe 2.4(1.1) et de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[23] Le juge a néanmoins tiré la conclusion contraire, sur le fondement de l'exception énoncée à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon laquelle la personne participant à la télécommunication qui ne fait que « fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires » est présumée ne pas avoir effectué la communication. Cette disposition est ainsi rédigée :

Communication au public par télécommunication

2.4 (1) Les règles qui suivent s'appliquent dans les cas de communication au public par télécommunication :

[...]

b) n'effectue pas une communication au public la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue.

[24] Cette disposition a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *SOCAN*. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Binnie fait d'abord remarquer que cette immunité avait pour objet de concilier, d'une part, la notion élargie de « communication au public », qui incluait tous les types de « télécommunication », mentionnée à l'alinéa 3(1)f), et, d'autre part, la nécessité de veiller à ce que ceux qui participent à la retransmission uniquement en tant qu'intermédiaires ne soient pas injustement visés par cette définition élargie (*SOCAN*, au paragraphe 90). Selon lui, l'alinéa 2.4(1)b) vise à « soustrai[re] à l'application des dispositions sur le droit d'auteur les activités liées à la fourniture à un tiers de moyens de télécommunication lui permettant d'effectuer une communication »

a “conduit” and does not otherwise engage in any other act of communication. In order to be a conduit, one’s participation in the dissemination of information must be content neutral (*SOCAN*, at paragraph 92).

[25] On that basis, the majority found that Internet service providers acted as mere conduits and could therefore garner the protection of paragraph 2.4(1)(b). In coming to that conclusion, Justice Binnie provided useful factors to be considered in determining whether one is serving the role of conduit (*SOCAN*, at paragraph 101):

I conclude that the *Copyright Act*, as a matter of legislative policy established by Parliament, does not impose liability for infringement on intermediaries who supply software and hardware to facilitate use of the Internet. The attributes of such a “conduit”, as found by the Board, include a lack of actual knowledge of the infringing contents, and the impracticality (both technical and economic) of monitoring the vast amount of material moving through the Internet, which is prodigious. We are told that a large on-line service provider like America Online delivers in the order of 11 million transmissions a day.

[26] Interestingly, the Supreme Court also noted that this protection could be lost. For instance, providing content or creating embedded links which automatically precipitate to copyrighted content from another source could attract liability (*SOCAN*, at paragraph 102).

[27] It is not entirely clear why the Judge accepted the respondent’s claim that he is not communicating any content and is therefore entitled to benefit from the exemption of paragraph 2.4(1)(b). His reasoning appears to rest entirely on the assumption that Google is a conduit and so is the TVAddons website. With all due respect, when all the evidence on the record is properly considered, the respondent’s website cannot be regarded as a mere neutral conduit for information provided by others.

(*SOCAN*, au paragraphe 92). Il explique également que la défense est à la portée de la personne qui se contente d’être « un agent » et ne se livre à aucun autre acte de communication. L’agent ne peut se livrer à une activité touchant au contenu de la communication et ne doit avoir aucune incidence sur celui-ci (*SOCAN*, au paragraphe 92).

[25] Ainsi, les juges majoritaires dans cette affaire concluent que les fournisseurs de services Internet agissent en tant que simples agents et peuvent donc se prévaloir de la protection conférée par l’alinéa 2.4(1)b). Dans son analyse menant à cette conclusion, le juge Binnie énonce des facteurs utiles lorsqu’il s’agit de reconnaître un agent (*SOCAN*, au paragraphe 101) :

À mon avis, suivant la *Loi sur le droit d’auteur*, qui consacre la politique législative du Parlement, l’intermédiaire qui fournit des logiciels et du matériel pour faciliter le recours à l’Internet ne viole pas le droit d’auteur. Comme l’a conclu la Commission, ce qui caractérise entre autres un tel « agent » c’est l’ignorance du contenu attentatoire et l’impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l’Internet. Un important fournisseur de services en ligne comme America Online effectuée, nous dit-on, quelque onze millions de transmissions par jour.

[26] Fait intéressant, la Cour suprême souligne aussi que cette protection peut être perdue. Par exemple, fournir du contenu ou créer des liens intégrés qui dirigent automatiquement un utilisateur vers un contenu protégé provenant d’autres sources peut engendrer une violation (*SOCAN*, au paragraphe 102).

[27] La raison pour laquelle le juge a accepté la thèse de l’intimé selon laquelle il ne communique aucun contenu et peut ainsi bénéficier de la protection prévue à l’alinéa 2.4(1)b) n’est pas claire. Son raisonnement semble reposer entièrement sur la prémisse que Google est un agent et le site Web de TVAddons l’est aussi. Soit dit en tout respect, lorsqu’on examine adéquatement le dossier, on ne peut dire que le site Web de l’intimé est un simple agent neutre servant d’intermédiaire à l’égard de renseignements fournis par autrui.

[28] First of all, as previously explained, the add-ons contained on the TVAddons website cannot be assimilated to mini Google. Even assuming that a search engine like Google is indeed shielded from liability under paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* (an issue that need not be decided in the present case), the respondent's website is not content neutral as it targets copyrighted content. In one of the guides found on the TVAddons website providing information as to how to access and use add-ons, attention is drawn to the most popular KODI add-ons, all of which are infringing add-ons designed to provide unauthorized access to motion pictures and on-demand and/or live television programming (conf. McGuigan aff., at paragraphs 58–59).

[29] In his affidavit, Mr. McGuigan also attaches (as Exhibit AM-8) a guide titled “Installing the Made in Canada IPTV Kodi Addon (17.0 Krypton or Above)”, which contains instructions on how to install the “Made in Canada IPTV” infringing add-on specialized in providing access to live Canadian television content. We have already seen that one of the categories into which the add-ons are organized on the website is called “Featured”, within which most of the add-ons are infringing. This is akin to providing embedded links or automatically precipitating a path to copyrighted content.

[30] There is more. The TVAddons website also “hosts and distributes the “Indigo” tool which, once installed on the KODI media player, facilitates and automates the installation of Add-ons, including Infringing Add-ons” (conf. McGuigan aff., at paragraph 74). TVAddons also develops, supports and provides download links to the “FreeTelly” application, which is preconfigured with at least 28 add-ons of which many are infringing add-ons (conf. McGuigan aff., at paragraphs 65–75).

[31] In light of that compelling evidence, one cannot conceive of TVAddons as being a mere conduit that does not engage in acts that relate to the content of the communication. The respondent's website is clearly designed to facilitate access to infringing material and indeed claims to be the original source for the best unofficial KODI add-ons (Exhibit AM-9 of conf. McGuigan aff.).

[28] Premièrement, comme nous l'expliquons plus haut, les extensions figurant dans le site Web TVAddons ne peuvent être assimilées à un mini Google. Même si on part du principe qu'un moteur de recherche comme Google jouit effectivement de la protection prévue à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* (une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce), le site Web de l'intimé n'est pas neutre étant donné qu'il vise un contenu protégé. Un guide offert sur le site Web de TVAddons, qui explique comment utiliser les extensions, signale les extensions les plus populaires pour KODI, toutes conçues pour permettre l'accès non autorisé à des films ou à des émissions télévisées sur demande ou en direct (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 58 et 59).

[29] À son affidavit, M. McGuigan joint également (pièce AM-8) un guide intitulé « Installing the Made in Canada IPTV Kodi Addon (17.0 Krypton or Above) », qui contient des instructions sur l'installation de l'extension attentatoire « Made in Canada IPTV », qui vise à donner accès à du contenu télévisé canadien en direct. Rappelons que la catégorie du site Web intitulée [TRADUCTION] « En vedette » présente des extensions majoritairement attentatoires, ce qui équivaut à fournir des liens intégrés ou à renvoyer automatiquement à un contenu protégé.

[30] Ce n'est pas tout. Le site Web de TVAddons [TRADUCTION] « héberge et distribue l'outil “Indigo” qui, une fois installé sur le lecteur multimédia KODI, facilite et automatise l'installation d'extensions, y compris d'extensions attentatoires » (aff. de McGuigan, au paragraphe 74). En outre, TVAddons a développé l'application « Free Telly », en assure le soutien technique et offre des liens pour la télécharger. Elle est assortie d'au moins 28 extensions, dont plusieurs sont attentatoires (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 65 à 75).

[31] Vu ces éléments de preuve convaincants, on ne peut guère imaginer que TVAddons n'est qu'un simple agent qui ne se livre pas à des activités liées au contenu de la communication. Le site Web de l'intimé est manifestement conçu pour faciliter l'accès au contenu attentatoire et se targue d'être la source originale des meilleures extensions non officielles pour KODI (pièce AM-9 de

It is quite telling that “since 2012, the official KODI community has refused to provide access to, or technical support for, Infringing Add-ons that are deemed to be intended solely to view pirated content” (conf. McGuigan aff., at paragraph 38; see also Exhibit AM-2). While the respondent’s website never explicitly promotes illegal activities, the implication of marketing “unofficial KODI add-ons” and naming an application “FreeTelly” are clear.

[32] It is also important to recall that the purpose of paragraph 2.4(1)(b) is to protect innocent disseminators. Again, I fail to understand how the respondent can cloak himself in the shroud of an innocent disseminator, when his website clearly targets those who want to circumvent the legal means of watching television programs and the related costs. By using the infringing add-ons that are promoted as being “the best”, “most popular” and “all free” (conf. McGuigan aff., at paragraph 64), users can stream various types of television content from streaming sites immediately and for free. I do not think that Parliament envisioned this type of activity when paragraph 2.4(1)(b) was enacted.

[33] Nor can the respondent claim that he had no knowledge of the infringing content of the add-ons hosted on his website. The description of the infringing add-ons explicitly states that they are developed and/or supported by TVAddons. The respondent cannot credibly assert that his participation is content neutral and that he was not negligent in failing to investigate, since at a minimum he selects and organizes the add-ons that find their way onto his website.

[34] I further agree with the appellants that the respondent’s website bears many similarities with the pre-loaded set-top boxes that were the subject of an interlocutory injunction in *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, 271 A.C.W.S. (3d) 831, affd *sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) v. Bell Canada*, 2017 FCA 55, 278 A.C.W.S. (3d) 385 (*Bell Canada*). The

l’aff. conf. de McGuigan). Il est très révélateur que [TRADUCTION] « depuis 2012, la communauté KODI refuse de fournir l’accès, ou le soutien technique, à des extensions attentatoires ayant censément pour unique but le visionnement de contenu piraté » (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 38; voir également la pièce AM-2). Si le site Web de l’intimé ne fait jamais expressément la promotion d’activités illégales, ce qu’il laisse entendre en annonçant des [TRADUCTION] « extensions non officielles pour KODI » et en intitulant son application « Free Telly » est on ne peut plus clair.

[32] Il est également important de rappeler que l’objectif de l’alinéa 2.4(1)b est de protéger des retransmetteurs innocents. Encore une fois, je vois mal comment l’intimé peut se réclamer de la protection offerte au retransmetteur innocent, alors que son site Web vise manifestement ceux qui souhaitent contourner les moyens légaux de regarder les émissions télévisées et éviter les coûts qui y sont associés. En optant pour une extension attentatoire présentée comme [TRADUCTION] « la meilleure », « la plus populaire » et « entièrement gratuite » (aff. conf. de McGuigan, au paragraphe 64), un utilisateur peut visionner différents contenus télévisés de sites de diffusion en continu immédiatement et gratuitement. Je ne pense pas que le législateur envisageait ce type d’activité lorsqu’il a édicté l’alinéa 2.4(1)b.

[33] L’intimé ne peut prétendre non plus qu’il n’avait aucune connaissance du contenu attentatoire des extensions hébergées dans son site Web. La description des extensions attentatoires indique expressément qu’elles sont développées ou maintenues par TVAddons. L’intimé ne peut affirmer sérieusement que sa participation n’a aucune incidence sur le contenu et qu’il n’a pas fait preuve de négligence en ne s’informant pas davantage; à tout le moins, il sélectionne et organise les extensions qui aboutissent sur son site Web.

[34] Je suis en outre du même avis que les appelantes selon qui le site Web de l’intimé a beaucoup de points communs avec les boîtiers décodeurs préinstallés qui ont fait l’objet d’une injonction interlocutoire dans l’affaire *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, conf. par *sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55 (*Bell Canada*). Les

pre-loaded set-top boxes at issue in those decisions are devices that can be connected to any standard television set in order to provide additional functionalities to that television, including free and user-friendly access to content for which the appellants own the copyright. At paragraph 8 of her reasons, Justice Tremblay-Lamer identifies three types of pre-installed applications that can be found on the pre-loaded set-top boxes, all of which could be used to access copyrighted content. One of those was KODI, which she describes as enabling access to online streaming websites with the proper add-ons. The TVAddons website was later identified as the source of the infringing add-ons pre-loaded on these set-top boxes (affidavit of Shawn Omstead, at paragraphs 47–53; appeal book, confidential volume 3, tab 7).

[35] One of the defendants in that case also tried to raise the paragraph 2.4(1)(b) exception to infringement, arguing that his devices were merely a conduit for communications. The Federal Court judge (upheld by this Court) dismissed that argument in no uncertain terms at paragraph 22 of *Bell Canada*:

The devices marketed, sold and programmed by the Defendants enable consumers to obtain unauthorized access to content for which the Plaintiffs own the copyright. This is not a case where the Defendants merely serve as the conduit, as was argued by Mr. Wesley. Rather, they deliberately encourage consumers and potential clients to circumvent authorized ways of accessing content—say, by a cable subscription or by streaming content from the Plaintiffs’ websites—both in the manner in which they promote their business, and by offering tutorials in how to add and use applications which rely on illegally obtained content. The statutory defence provided in paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* does not apply to the Defendants who go above and beyond selling a simple “means of telecommunication”. They also engage in acts related to the content of the infringed communications (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Canadian Assn of Internet Providers*, 2004 SCC 45 at para 92). Consumers can consequently stream or download the Plaintiffs’ programs and store them on their device without authorization from the Plaintiffs. This constitutes *prima facie* copyright infringement pursuant to section 27 of the *Copyright Act*.

boîtiers décodeurs préinstallés en question sont des dispositifs pouvant être branchés à n’importe quelle télévision ordinaire pour y ajouter des fonctionnalités, y compris un accès gratuit et convivial à du contenu visé par le droit d’auteur des appelantes. Au paragraphe 8 de ses motifs, la juge Tremblay-Lamer mentionne trois types d’applications préinstallées dans les boîtiers décodeurs qui pourraient servir à visionner du contenu protégé par le droit d’auteur. L’une d’elles était KODI, qui, assortie des accessoires nécessaires, permet d’accéder à des sites Web de diffusion en continu, selon la description qu’en donne la juge. Le site Web de TVAddons a été reconnu comme étant la source des extensions attentatoires préinstallées dans ces boîtiers décodeurs (affidavit de Shawn Omstead, aux paragraphes 47 à 53; dossier d’appel, vol. 3 confidentiel, onglet 7).

[35] L’une des défenderesses dans cette affaire a également tenté d’alléguer l’exception prévue à l’alinéa 2.4(1)b), soutenant que ses dispositifs ne faisaient que servir d’agent de communication. La juge de la Cour fédérale (dont la décision a été confirmée par notre Cour) a rejeté cet argument d’une manière non équivoque au paragraphe 22 de *Bell Canada* :

Les dispositifs électroniques commercialisés, vendus et programmés par les défendeurs permettent aux consommateurs d’avoir un accès non autorisé à du contenu pour lequel les demanderesse détiennent le droit d’auteur. Il ne s’agit pas d’une situation où les défendeurs servent simplement d’agents de communication comme l’a fait valoir M. Wesley. Elles encouragent plutôt délibérément les consommateurs et les clients potentiels à contourner les méthodes autorisées d’accès au contenu, par exemple grâce à un abonnement au câble ou par l’accès au contenu de diffusion en continu sur les sites Web des demanderesse, de façon à promouvoir leur activité et en offrant des tutoriels sur la manière d’ajouter et d’utiliser des applications donnant accès au contenu illégalement obtenu. Le moyen de défense prévu à l’alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d’auteur* ne s’applique pas aux défendeurs, qui font plus que vendre de simples « moyens de télécommunication ». Elles se livrent également à une activité touchant au contenu de la communication violée (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 RCS 427, au paragraphe 92). Les consommateurs peuvent ainsi diffuser en

[36] The service offered by the respondent through the TVAddons website is no different from the service offered through the set-top boxes. The means through which access is provided to infringing content is different (one relied on hardware while the other relied on a website), but they both provided unauthorized access to copyrighted material without authorization of the copyright owners. There is no principled reason to distinguish one from the other, as neither one of these services can be credibly considered to be a mere neutral conduit.

[37] For all of the foregoing reasons, I am of the view that the Judge erred in finding that the appellants did not have a strong *prima facie* case for copyright infringement. The Judge's conclusion was based on palpable and overriding errors in assessing the evidence and in applying the law to the facts of this case. The Judge also erred in failing to consider the appellants' separate claim that the respondent induced and authorized acts of infringement by encouraging users to access infringing content when they would otherwise not have done so. While the threshold for authorizing copyright infringement is high (see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraph 38) and the appellants may not have been able to establish the necessary degree of control between the respondent and those who stream or upload copyrighted content onto the Internet, it ought to have been considered as a separate cause of action in determining whether the appellants have a strong *prima facie* case.

[38] The Judge did not pronounce on the other three criteria to determine whether an Anton Piller order should be granted. Had he not committed the aforementioned reversible errors with respect to the first criterion, he would have had no choice but to find that the appellants met all the criteria for the issuance of an Anton

continu ou télécharger les émissions des demanderesse et les stocker sur leurs appareils sans l'autorisation des demanderesse. Cela constitue une violation *prima facie* du droit d'auteur aux termes de l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[36] Le service offert par l'intimé au moyen du site Web de TVAddons ne se distingue en rien du service offert par le truchement des boîtiers décodeurs. Le moyen d'accès au contenu attentatoire est différent (l'un se faisait au moyen de matériel et l'autre au moyen d'un site web), mais tous deux donnent un accès non autorisé à du contenu protégé par le droit d'auteur sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur. Aucune raison de principe ne permet de les distinguer, ni l'un ni l'autre ne pouvant sérieusement être vu comme un simple agent neutre.

[37] Pour les motifs mentionnés plus haut, je suis d'avis que le juge a commis une erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas une preuve *prima facie* solide de la violation du droit d'auteur. Le juge a fondé sa conclusion sur des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de la preuve et dans l'application des règles de droit aux faits. Le juge aurait également dû traiter de la thèse distincte des appelantes selon laquelle l'intimé avait incité et autorisé des violations du droit d'auteur en encourageant les utilisateurs à accéder à du contenu attentatoire alors qu'ils ne l'auraient pas fait autrement. Bien que le critère applicable en matière d'autorisation de la violation du droit d'auteur soit élevé (voir *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 38) et que les appelantes n'ont peut-être pas établi le niveau de contrôle nécessaire entre l'intimé et ceux qui visionnent en continu ou téléchargent du contenu protégé par le droit d'auteur dans Internet, il aurait tout de même fallu évaluer séparément cet argument pour déterminer si les appelantes disposaient d'une preuve *prima facie* solide.

[38] Le juge ne s'est pas prononcé sur les trois autres critères permettant d'évaluer l'opportunité d'une ordonnance Anton Piller. S'il n'avait pas commis les erreurs mentionnées, qui justifient notre intervention, il n'aurait eu d'autre choix que de conclure que les appelantes avaient satisfait à tous les critères auxquels

Piller order. Indeed, the respondent made no substantive submission before the Judge or before this Court on the remaining criteria, and the appellants' claim that they suffer serious harm as a result of the respondent's activities, that there was clear evidence that the respondent had compromising evidence in his possession, and that there was a real risk that the respondent would destroy evidence before the discovery process, has not been credibly and seriously disputed.

[39] The only remaining issue upon which I wish to make some remarks is the execution of the Anton Piller order. As previously mentioned (see paragraph 11 of these reasons), the Judge's concerns in that respect arose from what he viewed as a lack of procedural safeguards and improper questioning of the respondent. Yet, a careful reading of the affidavit of the independent solicitor who monitored the execution of the Anton Piller order does not bear out the Judge's findings. The order was explained to the respondent in plain language, and he was informed of his right to remain silent and to refuse to answer questions other than those specified in the order. The respondent was permitted to have counsel present, with whom he consulted throughout the execution of the order. The independent solicitor ensured the questions fell within the scope of the order, and provided opportunity to the respondent's counsel to clarify answers to questions. The questioning did span a period of nine hours, but with several interruptions; nothing in the report suggests that it amounted to an "interrogation".

[40] The independent solicitor reported that the respondent was initially uncooperative when questioned, and only changed his behaviour when told that his conduct would be reported in the solicitor's affidavit of execution. This is a far cry from being threatened with contempt. It is also to be noted that nowhere in his reasons does the Judge seem to take into account that the respondent, during the execution of the order, attempted to conceal crucial evidence and lied to the independent supervising solicitor regarding the whereabouts of that evidence. That evidence, which was later anonymously

est subordonnée l'ordonnance Anton Piller. En effet, l'intimé n'a présenté au juge ou à notre Cour aucune observation de fond sur les autres critères, et n'a pas sérieusement contesté la thèse des appelantes — selon laquelle elles avaient subi un préjudice grave résultant des activités de l'intimé, que la preuve démontrait clairement que l'intimé avait en sa possession des éléments incriminants et qu'il était réellement possible que l'intimé détruise des éléments de preuve avant l'interrogatoire préalable.

[39] La dernière question à l'égard de laquelle je souhaite émettre quelques commentaires concerne l'exécution de l'ordonnance Anton Piller. Comme je l'ai mentionné plus haut (au paragraphe 11 des présents motifs), les réserves du juge à cet égard découlaient de ce qui constituait à son avis une absence de protections procédurales et un interrogatoire déguisé de l'intimé. Cependant, une lecture attentive de l'affidavit de l'avocat indépendant qui a surveillé l'exécution de l'ordonnance ne permet pas de confirmer les conclusions du juge. L'ordonnance a été expliquée à l'intimé en termes simples et il a été informé de son droit de garder le silence et de refuser de répondre aux questions autres que celles précisées dans l'ordonnance. L'intimé avait le droit à la présence de son avocat, qu'il a consulté pendant l'exécution de l'ordonnance. L'avocat indépendant a veillé à ce que les questions portent sur la matière visée par l'ordonnance et a offert l'occasion à l'avocat de l'intimé de clarifier les réponses aux questions. Les questions ont bien duré neuf heures, mais il y a eu plusieurs interruptions; rien dans le rapport ne laisse entendre qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « interrogatoire ».

[40] L'avocat indépendant a déclaré que l'intimé n'était d'abord pas disposé à répondre aux questions. Son comportement n'a changé que lorsqu'on lui a expliqué que sa conduite serait consignée dans l'affidavit de l'avocat sur l'exécution de l'ordonnance. C'est loin d'être une menace d'outrage au tribunal. Il faut également signaler que nulle part dans ses motifs le juge ne mentionne le fait que, pendant l'exécution de l'ordonnance, l'intimé a tenté de dissimuler des éléments de preuve critiques et a menti à l'avocat indépendant quand on lui a demandé où ils se trouvaient. Ces

returned, included highly relevant evidence specifically targeted by the Anton Piller order.

[41] As previously mentioned, the Judge found that the “most egregious” part of the questioning was in providing the respondent with aliases of other people who might be operating similar websites. Yet, the question that was put to Mr. Lackman was with respect to “the username, name and address of all other companies, partnerships, trusts, legal entities and persons that are or were directly or indirectly involved in the development, operation, hosting, distribution or promotion of TVAddons, Infringing Add-ons, the “Free Telly” application, the “Indigo” tool, or any similar software application” (Exhibit DSD-6 of the affidavit of Daniel S. Drapeau, at page 1541; appeal book, confidential volume 5, tab 24). That question was entirely consistent with the authorization given to the plaintiffs’ solicitors by Justice LeBlanc at paragraph 14 of his Anton Piller order. A list of names was put to the respondent by the plaintiffs’ solicitors, but it was apparently done to expedite the questioning process. In any event, the respondent did not provide material information on the majority of the aliases put to him.

[42] All things considered, the execution of the order was done in conformity with the acknowledged rules of the art. Despite a few objectionable questions, it is clearly an overstatement to conclude “unhesitatingly”, as did the Judge, that the respondent was “subjected to an examination for discovery without any of the protections normally afforded to litigants in such circumstances (discovery)” (reasons, at paragraph 19). For the most part, I am of the view that the supervising solicitor acted in an independent and professional way, ensured that the inspection and removal of the respondent’s property were executed within the four corners of the Anton Piller order issued by Justice LeBlanc, and that the vast majority of the questions to the respondent related to the location of known evidence or to passwords.

éléments ont par la suite été rendus sous le couvert de l’anonymat; ils comportaient des documents très pertinents expressément visés par l’ordonnance Anton Piller.

[41] Comme je l’ai mentionné plus haut, le juge a conclu que ce qu’il estimait le plus [TRADUCTION] « inacceptable » dans l’exercice était qu’on avait fourni à l’intimé les pseudonymes d’autres personnes susceptibles d’exploiter des sites Web semblables. Or, les questions posées à M. Lackman concernaient [TRADUCTION] « le nom d’utilisateur, le nom et l’adresse de toutes les autres entreprises, sociétés en nom collectif, fiducies, personnes morales et physiques qui avaient directement ou indirectement participé à l’élaboration, à l’exploitation, à l’hébergement, à la distribution ou à la promotion de TVAddons, des extensions attentatoires, de l’application “Free Telly”, de l’outil “Indigo”, ou de toute autre application logicielle semblable » (pièce DSD-6, affidavit de Daniel S. Drapeau, à la page 1541; dossier d’appel, vol. 5 confidentiel, onglet 24). Cette question était tout à fait conforme à l’autorisation donnée aux avocats des demanderesse par le juge LeBlanc au paragraphe 14 de son ordonnance Anton Piller. Une liste de noms a effectivement été présentée à l’intimé par les avocats des demanderesse, vraisemblablement pour accélérer la séance de questions. Quoi qu’il en soit, l’intimé n’a pas donné de renseignements importants sur la plupart des pseudonymes qu’on lui a présentés.

[42] Tout bien considéré, l’ordonnance a été exécutée de manière conforme aux règles reconnues de l’art. Malgré quelques questions discutables, il est manifestement exagéré de conclure [TRADUCTION] « sans hésiter », comme l’a fait le juge, que l’intimé a été « soumis à un interrogatoire préalable dépourvu des mesures de protection normalement accordées aux justiciables dans ces circonstances (interrogatoire préalable) » (motifs, au paragraphe 19). En général, je suis d’avis que l’avocat qui surveillait a agi de façon indépendante et professionnelle, a veillé à ce que l’inspection et le prélèvement des biens de l’intimé respectent à la lettre l’ordonnance Anton Piller rendue par le juge LeBlanc et que les questions posées à l’intimé concernaient en grande partie l’emplacement d’éléments de preuve connus ou les mots de passe.

[43] The Judge seems to have been influenced in his analysis of the Anton Piller order and of its execution by his perception that the order was sought for the true purpose of destroying the respondent's business. In his summary of the evidence, the Judge quoted a short extract from the hearing in front of Justice LeBlanc, wherein counsel for the appellants stated that the purpose of his clients was to "neutralize" and "shut down" the respondent's website (appeal book, volume 4, tab 30, at pages 02299–02300). He then stated, in a passage already quoted at paragraph 12 of these reasons, that the true purpose of the appellants was to "destroy" the livelihood of the respondent, "deny" him the means to defend himself, and to allow for discovery where "none of the procedural safeguards of our civil justice system could be engaged".

[44] In my view, the Judge took the extract referred to above out of context. Earlier on in the transcript (see appeal book, volume 4, tab 30, at 02282–02285), counsel for the appellants explained why Justice LeBlanc's order had to be so broad. First, the appellants suspected that the respondent was working with others who could reactivate the website, and therefore wanted to shut down the website completely to eliminate this possibility. Second, the appellants were concerned that the subject matter of the dispute (e.g. TVAddons websites and servers) would be taken out of the Court's jurisdiction. Given that a website can easily be moved and reactivated elsewhere, neutralizing the respondent's entire operation in a thorough manner was justified. In any event, these measures were initially designed by Justice LeBlanc as part of the interim injunction order rather than the Anton Piller order. Indeed, point B) 5. of his order, which provides for the deactivation of the TVAddons domains and subdomains and its social media accounts, is found under the interim injunction order. The appellants explained before Justice Bell that they had not tested all add-ons on the TVAddons website, such an operation being highly time-consuming and quite difficult (appeal book, volume 4, tab 31, at page 02356). As such, it was impossible, at that point, to know which add-ons needed to be removed to ensure that infringement of the appellants' rights ceased. This

[43] L'analyse du juge à l'égard de l'ordonnance Anton Piller et de son exécution semblait teintée par son impression que le véritable objet de celle-ci était de détruire l'entreprise de l'intimé. En résumant la preuve, le juge a cité un court passage de la transcription de l'audience devant le juge LeBlanc où l'avocat des appelantes déclare que l'objectif de ses clients était de [TRADUCTION] « neutraliser » et de « désactiver » le site Web de l'intimé (dossier d'appel, vol. 4, onglet 30, aux pages 02299 et 02300). Il a ensuite déclaré, dans un passage déjà cité au paragraphe 12 des présents motifs, que l'objectif véritable des appelantes était de détruire le gagne-pain de l'intimé, de le « priver » des ressources financières nécessaires au financement d'une défense à l'action intentée contre lui et de faire subir à ce dernier un interrogatoire préalable « dépourvu des protections procédurales que garantit notre système de justice civil ».

[44] À mon avis, le juge a analysé cet extrait hors contexte. Dans un extrait précédent de la transcription (dossier d'appel, vol. 4, onglet 30, aux pages 02282 à 02285), l'avocat des appelantes explique pourquoi l'ordonnance du juge LeBlanc devait être aussi large. Premièrement, les appelantes soupçonnaient l'intimé de travailler avec d'autres qui pouvaient réactiver le site Web; elles voulaient donc désactiver intégralement le site Web afin d'écartier cette possibilité. Deuxièmement, les appelantes craignaient que l'on déplace l'objet du litige (les sites Web et les serveurs de TVAddons) hors du ressort de la Cour. Étant donné qu'un site Web peut facilement être réactivé ailleurs, la neutralisation intégrale de l'entière exploitation de l'intimé était justifiée. Quoi qu'il en soit, ces mesures ont été prises initialement par le juge LeBlanc dans le cadre de l'injonction provisoire et non de l'ordonnance Anton Piller. En effet, le point B) 5. de son ordonnance, qui prévoit la désactivation des domaines et sous-domaines de TVAddons et de ses comptes des médias sociaux, se trouve dans l'injonction provisoire. Les appelantes ont expliqué au juge Bell qu'elles n'avaient pas testé toutes les extensions du site Web de TVAddons, vu le temps et les efforts considérables qu'il aurait fallu consacrer à une telle opération (dossier d'appel, vol. 4, onglet 31, à la page 02356). Ainsi, il était impossible, à ce moment-là, de savoir quelles extensions devaient être supprimées

is why the order had to be broad and provide for the shutdown of the entire respondent's website.

[45] This conclusion appears all the more warranted considering the further evidence that was made available to the Judge and that was not before Justice LeBlanc. It is well established that a reviewing judge is not limited to consider the evidence that was before the judge who issued the order (*Viacom Ha! Holding Co. v. Doe* (2000), 6 C.P.R. (4th) 36, 96 A.C.W.S. (3d) 1042 (F.C.T.D.), aff'd *sub nom. Tejani v. Nintendo of America Inc.*, 2001 FCA 395, 286 N.R. 392; *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.*, 2005 FC 1405, 48 C.P.R. (4th) 241, at paragraph 27). Accordingly, the Judge should have taken into account the fact that the respondent has a history of copyright piracy and lying to a police officer. Indeed, the respondent admitted that he was involved in piracy of satellite television signals when he was younger, and there is evidence that he was involved in the configuration and sale of "jailbroken" Apple TV set-top boxes (conf. McGuigan aff., at paragraphs 167–168). When juxtaposed to the respondent's attempt to conceal relevant evidence during the execution of the Anton Piller order, that contextual evidence adds credence to the appellants' concern that the evidence could disappear without a comprehensive order.

[46] For all the foregoing reasons, I would therefore conclude that the Judge erred in vacating the Anton Piller order and in declaring that the execution of that order was not lawfully conducted.

B. Did the Judge err in dismissing the application for an interlocutory injunction?

[47] As previously mentioned, the Judge accepted that there was a serious issue to be tried and that the appellants would suffer irreparable harm if the injunction was not issued. He found, nevertheless, that the balance of convenience favoured the respondent and therefore declined to issue the injunction.

pour mettre fin à la violation des droits d'auteur des appelantes. C'est pourquoi il fallait que l'ordonnance soit générale et qu'elle prévoie la désactivation intégrale du site Web de l'intimé.

[45] Cette conclusion semble d'autant plus justifiée compte tenu des éléments de preuve supplémentaires mis à la disposition du juge et dont le juge LeBlanc n'était pas saisi. Il est bien établi que le juge siégeant en révision n'est pas limité dans son examen à la preuve dont disposait le juge qui a rendu l'ordonnance (*Viacom Ha! Holding Co. c. Doe*, T-550-99, juge Tremblay-Lamer (14 avril 2000), [2000] A.C.F. n° 498 (QL) (1^{re} inst.), conf. par *sub nom. Tejani c. Nintendo of America Inc.*, 2001 CAF 395; *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, 2005 CF 1405, au paragraphe 27). Par conséquent, le juge aurait dû tenir compte que l'intimé n'en était pas à son premier piratage de droits d'auteur et avait déjà menti à un agent policier. En effet, l'intimé a admis qu'il était impliqué dans le piratage de signaux de télévision par satellite lorsqu'il était plus jeune et la preuve révèle qu'il a participé à la configuration et à la vente de boîtiers décodeurs Apple TV [TRADUCTION] « débloqués » (aff. conf. de McGuigan, aux paragraphes 167 et 168). Quand on les examine à la lumière de la tentative de l'intimé de cacher des éléments de preuve pertinents pendant l'exécution de l'ordonnance Anton Piller, ces éléments contextuels étaient la crainte des appelantes selon laquelle, à défaut d'une ordonnance générale, la preuve risquait de disparaître.

[46] Pour les motifs qui précèdent, je conclurais donc que le juge a commis une erreur en annulant l'ordonnance Anton Piller et en déclarant que l'ordonnance n'avait pas été exécutée conformément aux règles de droit.

B. Le juge a-t-il rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire?

[47] Comme je le mentionne plus haut, le juge était d'avis qu'il existait une question sérieuse et que les appelantes subiraient un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas rendue. Il a conclu néanmoins que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé et a refusé par conséquent d'accorder l'injonction.

[48] I have already concluded that two of the reasons outlined by the Judge to find in favour of the respondent on the balance of convenience do not hold water. To the extent that the respondent does not have a defence under paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act*, he cannot have an arguable case that he is not in contravention of section 27 of that same act. I have also explained why the percentage of infringing add-ons on the TVAddons website is very likely much higher than 1 percent, as the 16 infringing add-ons out of 1 500 were found in the only category (“Featured”) that was tested by the appellants.

[49] The only remaining factor taken into account by the Judge to weigh the balance of convenience is the loss of income and the resulting lack of financial resources for the respondent to mount his defence. The factors that judges may take into account in assessing the balance of convenience are numerous and vary according to the facts in each case (*RJR – MacDonald*); they must, however, exercise great care in applying these factors, and ensure that they are supported by the evidence. In the case at bar, for instance, reliance on the respondent’s limited resources is somewhat problematic. The respondent has gone to great lengths to conceal his identity on the Internet and to dissociate himself from his operation of the TVAddons website. He has also made use of offshore bank accounts and business entities, the infringing add-ons distributed on his website are hosted on servers located at a domain which does not have a public-facing webpage, it is virtually impossible to trace the ultimate beneficiaries of the donations that users are invited to make on the respondent’s website, and he makes use of a service provider that places itself between the Internet user and the website’s hosting provider to conceal the true identity of that website’s hosting provider.

[50] In those circumstances, it is extremely difficult to gather reliable information on the true financial means of the respondent. Indeed, the respondent filed no evidence to support his claim that he will lack the resources to defend the statement of claim filed by the appellants.

[48] J’ai déjà déterminé que deux raisons pour lesquelles le juge a conclu en faveur de l’intimé selon la prépondérance des inconvénients ne tiennent pas la route. Dans la mesure où l’intimé ne peut se prévaloir du moyen de défense fondé sur l’alinéa 2.4(1)b de la *Loi sur le droit d’auteur*, il ne peut affirmer sérieusement qu’il n’a pas contrevenu à l’article 27 de la même loi. J’ai également expliqué pourquoi la proportion d’extensions attentatoires dans le site Web de TVAddons est très vraisemblablement beaucoup plus élevée qu’un pour cent, étant donné que les 16 extensions attentatoires (sur 1 500) figuraient dans la seule catégorie testée par les appelantes, à savoir « En vedette ».

[49] Le seul autre facteur ayant joué dans l’appréciation par le juge de la prépondérance des inconvénients est la perte de revenu et l’absence de ressources financières en découlant susceptible d’empêcher l’intimé de préparer sa défense. Les facteurs permettant d’apprécier la prépondérance des inconvénients sont nombreux et varient selon les faits de l’espèce (*RJR – MacDonald*); les juges doivent toutefois les soupeser soigneusement et veiller à ce qu’ils soient étayés par la preuve. En l’espèce, par exemple, il est délicat d’évoquer les ressources limitées de l’intimé. Ce dernier a tout fait pour cacher son identité dans Internet et se dissocier de son exploitation du site Web de TVAddons. Il a également utilisé des comptes bancaires et des entités commerciales à l’étranger, les extensions attentatoires distribuées au moyen de son site Web sont hébergées dans des serveurs dont le domaine est dépourvu de page Web publique, il est pratiquement impossible de découvrir les destinataires des dons que les utilisateurs sont invités à faire sur le site Web de l’intimé et il utilise un fournisseur de services qui sert d’intermédiaire entre l’utilisateur et le fournisseur-hôte du site Web de telle sorte que l’identité véritable du fournisseur-hôte de ce site Web demeure secrète.

[50] Dans ces circonstances, il est extrêmement difficile de récolter des renseignements fiables sur les moyens financiers véritables de l’intimé. En effet, l’intimé n’a présenté aucune preuve à l’appui de son argument selon lequel il ne disposerait pas des ressources nécessaires pour opposer une défense à la déclaration déposée par les appelantes.

[51] Even if I were to accept this bald assertion of the respondent, it would clearly not be sufficient to support the Judge's finding on the balance of convenience requirement. First, injunctions should not be issued only when the respondent has the financial means to weather it; such a course of action would risk creating a two-tier judicial system. Moreover, the Judge's conclusion on the balance of convenience is rooted in a misapplication of paragraph 2.4(1)(b) of the *Copyright Act* and a finding of fact not based on the evidence. As such, his finding is fatally flawed and cannot stand.

V. Conclusion

[52] For all of the above reasons, I would:

- (a) Allow the appeal;
- (b) Set aside the order issued on June 29, 2017;
- (c) Order that paragraphs C)17 to C)20 of Justice LeBlanc's order are to remain valid until the final determination of the action in Federal Court File No. T-800-17;
- (d) Declare that the Anton Piller and interim injunction aspects of the order of Justice LeBlanc were lawfully conducted; and
- (e) Issue an interlocutory injunction order under rule 373 of the *Federal Courts Rules* in the terms sought before Justice Bell, to remain valid until the final determination of the action in Federal Court File No. T-800-17.

[53] The appellants should also be entitled to their costs in this Court and the Court below, in a total lump sum amount of \$50 000, inclusive of disbursements and applicable taxes.

NOËL C.J.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

[51] Même si j'ajoutais foi à cette simple affirmation de l'intimé, ce ne serait manifestement pas suffisant pour confirmer la conclusion du juge sur la prépondérance des inconvénients. Premièrement, l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre. Une telle démarche risquerait de créer un système judiciaire à deux vitesses. En outre, la conclusion du juge sur la prépondérance des inconvénients est fondée sur une application erronée de l'alinéa 2.4(1)b de la *Loi sur le droit d'auteur* et sur une constatation de fait que le dossier n'étaye pas. De la sorte, sa conclusion est entachée d'un vice fatal et ne peut être maintenue.

V. Conclusion

[52] Pour les motifs énoncés plus haut, je suis d'avis :

- a) d'accueillir l'appel;
- b) d'annuler l'ordonnance datée du 29 juin 2017;
- c) d'ordonner que les paragraphes C)17 à C)20 de l'ordonnance du juge LeBlanc demeurent en vigueur jusqu'à ce que soit rendue une décision finale dans le dossier de la Cour fédérale n° T-800-17;
- d) de déclarer que l'injonction provisoire et l'ordonnance type Anton Piller du juge LeBlanc ont été exécutées en toute légalité; et
- e) d'accorder l'injonction interlocutoire en vertu de la règle 373 des *Règles des Cours fédérales* qui avait été demandée au juge Bell, laquelle demeure en vigueur jusqu'à ce que soit rendue une décision finale dans le dossier de la Cour fédérale n° T-800-17.

[53] Je suis également d'avis d'accorder aux appelantes leurs dépens devant notre Cour et la Cour fédérale fixés à 50 000 \$, débours et taxes applicables compris.

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

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-1542-17
2018 FC 422

IMM-1542-17
2018 CF 422

Thomas William McAlpin (*Applicant*)

Thomas William McAlpin (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: MCALPIN v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : MCALPIN c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Crampton C.J.—Toronto, February 12; Ottawa, April 19, 2018.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Toronto, 12 février; Ottawa, 19 avril 2018.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of decision of respondent's delegate (Delegate) referring applicant to inadmissibility hearing on grounds of serious criminality pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(2) — Respondent's Delegate concurring with assessment, recommendation of Canada Border Services Agency officer — Applicant, U.K. citizen, arriving in Canada as child — Permanent resident of Canada for over 60 years — Having health issues, extensive criminal history — Applicant submitting that decision referring him to admissibility hearing unreasonable because of several errors in officer's assessment upon which Delegate relying — Whether exercise of Delegate's discretion to refer applicant to admissibility hearing reasonable — Delegate not erring in manner applicant alleging: decision not unreasonable even though Delegate refrained from considering, balancing all humanitarian and compassionate (H&C) factors applicant identifying — Delegate, officer under no obligation to consider; balance H&C considerations since applicant inadmissible on grounds of serious criminality under Act, s. 36(1)(a) — Regarding applicant's work history, officer's apparent disregard of applicant's explanation as to why not working since 1985 not rendering either decision or Delegate's subsequent decision unreasonable — Treatment of applicant's work history not rendering unreasonable either process by which officer, Delegate reaching their decisions or outcome thereof — Regarding officer's assessment of applicant's potential for rehabilitation, given facts examined, very limited discretion available to officer, officer's assessment of applicant's potential for rehabilitation not unreasonable — With respect to applicant's withdrawn charges, not reasonably open to officer, Delegate to treat applicant's withdrawn charges as evidence of history of criminality; could only be used to assess applicant's history of interactions with law — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision du délégué du défendeur (délégué) de renvoyer le demandeur pour enquête pour grande criminalité en vertu de l'art. 44(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le délégué du défendeur a souscrit à l'évaluation et à la recommandation d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada — Le demandeur, un citoyen du Royaume-Uni, est arrivé au Canada lorsqu'il était un enfant — Il est résident permanent du Canada depuis plus de 60 ans — Il a de nombreux problèmes de santé et un lourd casier judiciaire — Il a soutenu que la décision de le renvoyer pour enquête n'était pas raisonnable étant donné plusieurs erreurs dans l'évaluation de l'agent, sur lesquelles le délégué s'est fondé — Il s'agissait de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du délégué pour renvoyer le demandeur pour enquête était raisonnable — Le délégué n'a pas commis d'erreur de la manière que l'a allégué le demandeur : la décision du délégué n'était pas déraisonnable compte tenu du fait qu'il s'est abstenu d'examiner et de soupeser tous les motifs d'ordre humanitaire que le demandeur avait soulevés — Le délégué et l'agent n'étaient pas tenus d'examiner et de soupeser quelconque motif d'ordre humanitaire étant donné que le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'art. 36(1)a de la Loi — En ce qui concerne les antécédents professionnels du demandeur, l'indifférence apparente de l'agent à l'égard de l'explication du demandeur au sujet de la raison pour laquelle il n'a pas travaillé depuis 1985 n'a pas rendu sa décision, ou la décision subséquente du délégué, déraisonnable — La façon dont les antécédents professionnels du demandeur ont été traités n'a rendu déraisonnable ni la procédure par laquelle l'agent et le délégué ont pris leurs décisions ni le résultat de ces décisions — En ce qui concerne l'évaluation par l'agent de la possibilité de réadaptation du demandeur, compte tenu des faits examinés et

This was an application for judicial review of the decision of the respondent's delegate (the Delegate) referring the applicant to an inadmissibility hearing on grounds of serious criminality pursuant to subsection 44(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The respondent's Delegate concurred with the assessment and recommendation of a Canada Border Services Agency officer, stating that it was well founded in fact and law. A report prepared by the officer pursuant to subsection 44(1) of the Act was relied upon by the Delegate.

The applicant is a citizen of the United Kingdom and arrived in Canada from Northern Ireland as a child. He has been a permanent resident in Canada for over 60 years. He has various health issues and has an extensive criminal record. He submitted that the decision to refer him to an admissibility hearing was unreasonable because of several errors in the officer's assessment, upon which the Delegate relied. In particular, the applicant submitted that the officer's assessment was unreasonable because the officer simply listed some of the humanitarian and compassionate considerations (H&C factors) present in his case without undertaking any consideration or balancing of those factors; he failed to take into account important information in relation to his work history; he conducted an assessment of his potential for rehabilitation that did not include important information that was before the officer; and he relied on withdrawn charges in concluding that the applicant has a long criminal history and is a serious criminal.

The main issue was whether the exercise of the Delegate's discretion to refer the applicant to an admissibility hearing was reasonable.

Held, the application should be allowed.

The Delegate did not err in the manner that the applicant alleged: his decision was not unreasonable based on the fact that he refrained from considering and balancing all of the H&C factors that the applicant identified, including the most compelling ones, which the applicant submitted were completely ignored. The Delegate and the officer were under no obligation to consider and balance any of the H&C considerations that the applicant had identified, particularly because

du pouvoir discrétionnaire très limité dont disposait l'agent, l'évaluation par l'agent de la possibilité de réadaptation du demandeur n'était pas déraisonnable — En ce qui concerne les accusations retirées du demandeur, il n'était pas raisonnablement loisible à l'agent et au délégué de traiter les accusations retirées du demandeur comme preuve de ses antécédents criminels; elles ne pouvaient servir qu'aux seules fins d'examiner les antécédents de ses interactions avec la loi — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du délégué du défendeur (délégué) de renvoyer le demandeur pour enquête pour grande criminalité en vertu du paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le délégué du défendeur a souscrit à l'évaluation et à la recommandation d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada et déclaré qu'elles étaient bien fondées en droit et en faits. Le délégué s'est fondé sur un rapport préparé par l'agent en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi.

Le demandeur est citoyen du Royaume-Uni. Il est arrivé au Canada en provenance de l'Irlande du Nord lorsqu'il était un enfant. Il est résident permanent du Canada depuis plus de 60 ans. Il a de nombreux problèmes de santé et un lourd casier judiciaire. Il a soutenu que la décision de le renvoyer pour enquête n'était pas raisonnable étant donné plusieurs erreurs dans l'évaluation de l'agent, sur lesquelles le délégué s'est fondé. Plus particulièrement, le demandeur a soutenu que l'évaluation de l'agent n'était pas raisonnable, étant donné que l'agent a simplement énuméré quelques-uns des motifs d'ordre humanitaire à son dossier, sans prendre en considération ou soulever ces facteurs; il n'a pas tenu compte de renseignements importants en lien avec ses antécédents professionnels; il a procédé à une évaluation de ses possibilités de réadaptation et n'a pas inclus les renseignements importants dont disposait l'agent; et il s'est fondé sur les accusations retirées pour conclure que le demandeur a de nombreux antécédents criminels et est un criminel grave.

Il s'agissait principalement de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du délégué pour renvoyer le demandeur pour enquête était raisonnable.

Jugement : la demande est accueillie.

Le délégué n'a pas commis d'erreur de la manière que l'a allégué le demandeur : la décision du délégué n'était pas déraisonnable compte tenu du fait qu'il s'est abstenu d'examiner et de soulever tous les motifs d'ordre humanitaire que le demandeur avait soulevés, y compris les plus convaincants, qui, selon le demandeur, ont été complètement ignorés. Le délégué et l'agent n'étaient pas tenus d'examiner et de soulever quelconque motif d'ordre humanitaire que le demandeur avait

the applicant is inadmissible on grounds of serious criminality under paragraph 36(1)(a) of the Act. Given that the officer was under no obligation to consider those H&C factors and that he did not in fact take them into account in explaining the rationale for his decision to recommend that the applicant be referred to an admissibility hearing, the applicant's allegation could not be sustained. In the absence of any obligation on the officer or the Delegate to take such factors into account, that was not unreasonable.

Regarding the treatment of the applicant's work history, the officer appeared to place negative weight on the fact that the applicant had not worked since 1985 and appeared to disregard the applicant's explanation of why that was so. The officer's apparent disregard of the applicant's explanation did not render either his decision or the Delegate's subsequent decision unreasonable. Based on the officer's report, the applicant's work history was a relatively minor factor in the officer's overall assessment. Thus, the manner in which the officer, and by implication the Delegate, dealt with the applicant's work history did not render the decision unreasonable. In the overall context of their respective decisions, the treatment of his work history did not render unreasonable either the process by which the officer and the Delegate reached their decisions or the outcome of those decisions.

The applicant's submission that the officer's assessment of his potential for rehabilitation was unreasonable because it did not consider important evidence that contradicted the conclusion reached by the officer was rejected. Given the facts examined and the very limited discretion that was available to the officer, the officer's assessment of the applicant's potential for rehabilitation was not unreasonable. In this context, the officer simply needed to provide a very brief explanation for his finding on this point. The explanation provided was not only reasonable but was supported by the evidence.

With respect to the officer's treatment of the applicant's withdrawn charges, the argument that the officer erred in relying on withdrawn criminal charges to reach findings upon which he placed significant weight in reaching his decision to recommend the applicant for an admissibility hearing was accepted. It was reasonable to infer that the officer impermissibly relied on the applicant's withdrawn charges in finding that he had a significant criminal history that spanned the past thirty—five years with few gaps. To the extent that the officer and the Delegate then placed significant weight on that finding in reaching their decisions, those decisions were

relevé, particulièrement étant donné que le demandeur était interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la Loi. Étant donné que l'agent n'était pas tenu de prendre en compte ces motifs d'ordre humanitaire, et étant donné qu'il n'a pas, en fait, tenu compte des motifs d'ordre humanitaire en expliquant le raisonnement de sa décision de recommander le demandeur pour enquête, l'allégation du demandeur ne pouvait pas être maintenue. En l'absence de toute obligation de l'agent ou du délégué de tenir compte de ces motifs, cela n'était pas déraisonnable.

En ce qui concerne la façon dont les antécédents professionnels du demandeur ont été traités, l'agent a semblé accorder de l'importance au fait que le demandeur n'avait pas travaillé depuis 1985, et a semblé écarter l'explication du demandeur au sujet de la raison pour laquelle il n'a pas travaillé depuis 1985. L'indifférence apparente de l'agent à l'égard de l'explication du demandeur n'a pas rendu sa décision, ou la décision subséquente du délégué, déraisonnable. À la lecture du rapport de l'agent, les antécédents professionnels du demandeur étaient un facteur relativement mineur dans l'évaluation globale de l'agent. Donc, la façon dont l'agent et, implicitement, le délégué ont traité les antécédents professionnels du demandeur n'a pas rendu la décision déraisonnable. Dans le contexte global de leurs décisions respectives, la façon dont ses antécédents professionnels ont été traités n'a rendu déraisonnable ni la procédure par laquelle l'agent et le délégué ont pris leurs décisions ni le résultat de ces décisions.

L'argument du demandeur selon lequel l'évaluation de l'agent à l'égard de sa possibilité de réadaptation n'était pas raisonnable étant donné qu'il n'a pas pris en compte les importantes preuves au dossier qui contredisaient la conclusion formulée par l'agent, a été rejeté. Compte tenu des faits examinés et du pouvoir discrétionnaire très limité dont disposait l'agent, l'évaluation de l'agent de la possibilité de réadaptation du demandeur n'était pas déraisonnable. Dans ce contexte, l'agent devait simplement fournir une brève explication pour la conclusion qu'il a tirée sur ce point. L'explication fournie n'était pas seulement raisonnable, mais elle était étayée par la preuve.

En ce qui concerne la façon dont l'agent a traité les accusations retirées, l'argument selon lequel l'agent a commis une erreur en se fondant sur les accusations criminelles retirées pour tirer ses conclusions à partir desquelles il a accordé une grande importance pour rendre sa décision de renvoyer le demandeur pour enquête, a été retenu. Il était raisonnable de déduire que l'agent s'est fondé de manière inacceptable sur les accusations retirées du demandeur pour conclure qu'il avait des antécédents criminels importants qui s'étendaient sur les trente-cinq dernières années avec peu d'écarts. Dans la mesure où l'agent et le délégué ont ensuite accordé beaucoup

unreasonable. In exercising the very limited discretion afforded to them under subsections 44(1) and (2) of the Act, it would have been reasonably open to the officer and the Delegate to take the applicant's withdrawn charges and associated police reports into account for the purpose of assessing his history of interactions with the law. However, it was not reasonably open to the officer and the Delegate to treat the applicant's withdrawn charges as evidence of his history of criminality.

Accordingly, the decision was set aside and remitted to a different ministerial delegate for reconsideration in accordance with the Court's reasons.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 34, 35, 36, 37, 44, 74(d).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, s. 3(d).

CASES CITED

APPLIED:

Sharma v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1055, 38 Imm. L.R. (4th) 331; *Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409.

DISTINGUISHED:

Huang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2015 FC 28, 473 F.T.R. 91.

CONSIDERED:

Fairhurst v. Unifor Local 114, 2017 FCA 152; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, leave to appeal to S.C.C. refused, [2015] 3 S.C.R. vi.

d'importance à cette conclusion pour prendre leurs décisions, ces décisions étaient déraisonnables. En exerçant le pouvoir discrétionnaire très limité qu'on leur confère en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la Loi, il aurait été raisonnablement loisible à l'agent et au délégué de tenir compte de la preuve décrite ci-dessus à l'égard des accusations retirées et des rapports de police associés du demandeur, aux seules fins d'examiner les antécédents de ses interactions avec la loi. Toutefois, il n'était pas raisonnablement loisible de l'agent et du délégué de traiter les accusations retirées du demandeur comme preuve de ses antécédents criminels.

Par conséquent, la décision a été annulée et renvoyée à un autre délégué du ministre pour réexamen en conformité avec les motifs de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 34, 35, 36, 37, 44, 74d).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, art. 3d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1055; *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Huang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2015 CF 28.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Fairhurst c. Unifor, section locale 114, 2017 CAF 152; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2015] 3 R.C.S. vi.

REFERRED TO:

Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, 2005 2 S.C.R. 539; *Moazeni v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 360; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Burton v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 727, 413 F.T.R. 39; *Figueroa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1396; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst*, 2007 FCA 41, 359 N.R. 156; *Vidéotron Télécom Ltée v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, 2005 FCA 90, 345 N.R. 130; *Soimu v. Canada (Secretary of State)*, [1994] F.C.J. No. 1330 (QL) (T.D.); *Kidd v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1044; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 1 S.C.R. xvii; *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693; *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 131, [2017] 1 F.C.R. 128; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267; *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455; *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 882, 374 F.T.R. 116; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198; *Balan v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 691, 482 F.T.R. 49; *Kharrat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 842; *Thuraisingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 607, 251 F.T.R. 282; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 682; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF-5, “Writing 44(1) Reports”.

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF-6, “Review of Reports under subsection A44(1)”.

APPLICATION for judicial review of the decision of the respondent’s delegate referring the applicant to an inadmissibility hearing on grounds of serious criminality

DÉCISIONS CITÉES :

Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration); *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, 2005 2 R.C.S. 539; *Moazeni c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 360; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Burton c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 727; *Figueroa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1396; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41; *Vidéotron Télécom Ltée c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier*, 2005 CAF 90; *Soimu c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1994] A.C.F. n° 1330 (QL) (1^{re} inst.); *Kidd c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1044; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 1 R.C.S. xvii; *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693; *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 131, [2017] 1 R.C.F. 128; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 990; *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455; *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 882; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198; *Balan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 691; *Kharrat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 842; *Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 607; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 682; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF-5, « Rédaction des rapports en vertu du L44(1) ».

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF-6, « Examen des rapports établis en vertu du paragraphe L44(1) ».

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du délégué du défendeur de renvoyer le demandeur pour enquête pour grande criminalité en vertu de

pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Lorne Waldman and Hannah Lindy for applicant.
Tessa Cheer for respondent.

ONT COMPARU :

Lorne Waldman et Hannah Lindy pour le demandeur.
Tessa Cheer pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

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

CRAMPTON C.J.:

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

I. Introduction

[1] Mr. McAlpin is inadmissible to Canada on grounds of serious criminality. In recommending that he be referred to an admissibility hearing, an officer employed with the Canada Border Services Agency (CBSA) placed significant weight on several findings. These included the following:

[1] M. McAlpin est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. En recommandant qu'il soit renvoyé pour enquête, un agent qui travaille à l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a accordé une grande importance sur plusieurs conclusions. Il s'agissait des conclusions suivantes :

- the offences for which Mr. McAlpin was convicted have a very significant impact on society;
- the presence of several loaded firearms on his premises is indicative of the potential for harm to other persons in society;
- his most recent convictions were for offences that were committed while he was on bail, and involved very large amounts of drugs; and
- his potential for rehabilitation is low.

- les infractions à l'égard desquelles M. McAlpin a été déclaré coupable ont d'importantes répercussions sur la société;
- la présence de plusieurs armes à feu chargées à son domicile témoigne du danger potentiel pour les autres personnes dans la société;
- ses infractions les plus récentes ont été commises lorsqu'il était libéré sous caution, et comportaient de très grandes quantités de drogues;
- sa possibilité de réadaptation est faible.

[2] In my view, it was not unreasonable for the officer to have reached and then placed significant weight on

[2] À mon avis, il n'était pas déraisonnable de la part de l'agent d'avoir accordé une grande importance aux

the foregoing findings. This is so despite the fact that the officer did not refer to information from certain sources which described Mr. McAlpin's potential for rehabilitation in more positive terms.

[3] Having made the foregoing findings, it was also not unreasonable for the officer to have made no mention, in the recommendation section of his assessment, of the various humanitarian and compassionate (H&C) considerations that Mr. McAlpin had drawn to the officer's attention. It is settled law that the officer was under no obligation to take those considerations into account in exercising his discretion to refer Mr. McAlpin for an admissibility hearing, particularly given that he is inadmissible to Canada on grounds of serious criminality.

[4] However, in the course of his assessment, the officer also relied on several withdrawn charges in reaching the conclusion that Mr. McAlpin "has a significant criminal history that spans the past thirty five years with few gaps". The officer then appeared to place significant weight on that finding in recommending that Mr. McAlpin be referred for an admissibility hearing. That was unreasonable.

[5] In turn, it was unreasonable for a delegate of the respondent Minister (the Delegate) to concur with the officer's assessment and recommendation, and to state that it was "well founded in fact and law".

[6] In the context of the exercise of the Minister's discretion to refer someone who is inadmissible to Canada to an admissibility hearing, it may be reasonably open to the Minister or his delegate to place significant weight on the number of interactions that an inadmissible person has had with the law. Given the priority Parliament has placed on public safety and security (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, 2005 2 S.C.R. 539 (*Medovarski*), at paragraph 10; *Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492 (*Sharma*), at paragraph 23), this may

conclusions qui précèdent. Il en est ainsi malgré le fait que l'agent n'a pas fait mention des renseignements provenant de certaines sources qui décrivent le potentiel de réadaptation de M. McAlpin en des termes plus positifs.

[3] Après que l'agent a tiré les conclusions qui précèdent, il n'était pas déraisonnable de sa part de ne pas avoir fait mention, dans la section des recommandations de son évaluation, des nombreux motifs d'ordre humanitaire que M. McAlpin a porté à l'attention de l'agent. Il est bien établi en droit que l'agent n'était pas tenu de tenir compte de ces motifs en exerçant son pouvoir discrétionnaire afin de renvoyer M. McAlpin pour enquête, d'autant plus qu'il est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité.

[4] Toutefois, dans le cadre de son évaluation, l'agent s'est également fondé sur les nombreuses accusations retirées pour conclure que M. McAlpin [TRADUCTION] « a d'importants antécédents criminels qui s'étendent sur les trente-cinq dernières années avec peu d'écart ». L'agent a ensuite semblé accorder beaucoup d'importance à cette conclusion en recommandant que M. McAlpin soit renvoyé pour enquête. Cela était déraisonnable.

[5] Il était par ailleurs déraisonnable pour un délégué du ministre défendeur (le délégué) de souscrire à l'évaluation et à la recommandation de l'agent, et de déclarer qu'elles étaient [TRADUCTION] « bien fondées en droit et en faits ».

[6] Dans le contexte de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre de renvoyer une personne interdite de territoire au Canada pour enquête, il peut être raisonnablement loisible au ministre ou à son délégué d'accorder beaucoup d'importance au nombre élevé d'interactions que la personne a eu avec la loi. Vu la priorité que le législateur a accordée à la sûreté et à la sécurité publique (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 (*Medovarski*), au paragraphe 10; *Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492

be entirely appropriate. Whether it is so in a particular case will depend on the circumstances, including the nature and frequency of those interactions, any crimes for which the person in question has been convicted, the extent to which the individual may have displayed wanton disregard of, or impunity in relation to, Canada's laws, and the nature of any H&C considerations that he or she may have raised.

[7] However, interactions with the law that do not result in convictions cannot be relied upon to support a finding of criminal history. It was therefore unreasonable for the Minister's delegate to have placed significant weight on Mr. McAlpin's past interactions with the law, in making that finding and then partially relying on it to recommend Mr. McAlpin for an admissibility hearing.

[8] Accordingly, the decision of the Delegate to recommend Mr. McAlpin for an admissibility hearing will be set aside and remitted to the Minister for redetermination.

II. Background

[9] Mr. McAlpin is a citizen of the United Kingdom. He has been a permanent resident in Canada since shortly after his arrival in this country from Northern Ireland with his parents over 60 years ago. At that time, he was six years of age. He has not returned to the United Kingdom since then.

[10] He asserts that he has no connection to any country other than Canada, where his six siblings and their many children live and where his extended social network is located.

[11] He is not married and does not have any children or dependents.

[12] It is common ground between the parties that Mr. McAlpin has various health issues. According to the evidence in the certified tribunal record (CTR), in 1985 he was involved in an incident with a violent

(*Sharma*), au paragraphe 23) cela peut être tout à fait approprié. La question de savoir si cela est approprié dans un cas particulier dépendra des circonstances, y compris la nature et la fréquence de ces interactions, tout crime duquel la personne en question a été accusée, dans la mesure où le particulier peut avoir fait preuve d'insouciance déréglée ou d'impunité concernant les lois canadiennes, et la nature de tout motif d'ordre humanitaire qu'il ou elle peut avoir soulevé.

[7] Toutefois, les interactions avec la loi qui ne donnent pas lieu à des condamnations ne peuvent pas être invoquées pour étayer une conclusion d'antécédents criminels. Il était donc déraisonnable de la part du délégué du ministre d'accorder beaucoup d'importance aux interactions antérieures de M. McAlpin avec la loi, en arrivant à une telle conclusion et en s'appuyant ensuite partiellement sur celle-ci pour recommander M. McAlpin pour enquête.

[8] Par conséquent, la décision du délégué de recommander M. McAlpin pour enquête sera annulée et renvoyée au ministre pour nouvelle détermination.

II. Faits

[9] M. McAlpin est citoyen du Royaume-Uni. Il est résident permanent du Canada depuis peu de temps après son arrivée de l'Irlande du Nord avec ses parents, il y a plus de 60 ans. À l'époque, il était âgé de 6 ans. Il n'est pas retourné au Royaume-Uni depuis lors.

[10] Il affirme n'avoir aucun lien avec un pays autre que le Canada, où ses six frères et sœurs et leurs nombreux enfants habitent et où se trouve son réseau social élargi.

[11] Il n'est pas marié et n'a pas d'enfants ou de personnes à charge.

[12] Les parties reconnaissent que M. McAlpin a de nombreux problèmes de santé. Selon la preuve au dossier certifié du tribunal (DCT), en 1985, il a été mêlé à un incident avec un patient violent à l'hôpital

patient at the psychiatric hospital where he worked. As a result of that incident, he was left with severe neck and back injuries, as well as mental trauma. He maintains that these conditions continue to impact him today and have prevented him from working since they occurred. In the intervening period, he has remained involved with psychiatric treatment and continues to suffer from post-traumatic stress disorder, anxiety, and depression. In addition, his medical history includes brain tumours, “heart issues”, and breathing problems.

[13] Mr. McAlpin further asserts that if he is deported to the United Kingdom, he will not be eligible for any health coverage for at least six months.

[14] In 2010, Mr. McAlpin was arrested and charged with twenty offences. In April 2014, while on bail awaiting his trial, he was charged with four new offences.

[15] In January 2016, he pleaded guilty to two offences pertaining to the 2010 charges—production of a substance and possession of a loaded firearm. In April of that same year, he pleaded guilty to two additional offences, in relation to the 2014 charges—production of a substance and possession for the purposes of trafficking. He was given concurrent sentences of two years, six months, six months and three months in connection with the four offences, respectively.

[16] In the sentencing decision, it was noted that Mr. McAlpin was apparently selling marijuana on a large scale, and that this is “a significant problem in our community and particularly affects the youth”.

[17] Mr. McAlpin’s criminal record also includes five other offences for which he was convicted, namely Failing to Remain at the Scene of an Accident (1975), Assault (1983), Driving While Ability Impaired (1987), Mischief under \$5 000 (1996) and Failure to Stop at the Scene of an Accident (1997).

psychiatrique où il travaillait. À la suite de cet incident, il s’est retrouvé avec des blessures graves au cou et au dos, en plus d’un traumatisme mental. Il soutient que ces problèmes continuent de l’affecter et l’ont empêché de travailler depuis qu’ils sont survenus. Dans l’intervalle, il a continué à subir des traitements psychiatriques et souffre encore du syndrome de stress post-traumatique, d’anxiété et de dépression. De plus, ses antécédents médicaux comportent des tumeurs au cerveau, des [TRADUCTION] «problèmes cardiaques» et des problèmes respiratoires.

[13] M. McAlpin affirme également que s’il est renvoyé au Royaume-Uni, il ne sera admissible à aucune assurance-maladie pendant une période d’au moins six mois.

[14] En 2010, M. McAlpin a été arrêté et accusé de vingt infractions. En avril 2014, lors de sa liberté sous caution, en attendant son procès, il a été accusé de quatre nouvelles infractions.

[15] En janvier 2016, il a plaidé coupable à deux infractions se rapportant aux accusations de 2010, notamment la production d’une substance et la possession d’une arme à feu chargée. En avril de la même année, il a plaidé coupable à deux autres infractions, relativement aux infractions de 2014, notamment la production d’une substance et la possession en vue d’en faire le trafic. Il a reçu des peines concurrentes de deux ans, de six mois, de six mois et de trois mois en lien avec les quatre infractions respectivement.

[16] Au jugement sur sentence, il a été souligné que M. McAlpin vendait apparemment de la marijuana à grande échelle, et qu’il s’agit [TRADUCTION] d’un «problème important dans notre collectivité qui touche en particulier les adolescents».

[17] Le casier judiciaire de M. McAlpin comprend également cinq autres infractions à l’égard desquelles il a été accusé, à savoir l’omission d’être resté sur les lieux d’un accident (1975), agression (1983), conduite avec des facultés affaiblies (1987), méfait de moins de 5 000 \$ (1996) et omission de s’arrêter sur les lieux d’un accident (1997).

III. The decision under review

[18] The decision under review is the decision of the Delegate, dated August 25, 2016, to refer Mr. McAlpin for an admissibility hearing (the Decision).

[19] In the Decision, the Delegate made a few brief observations regarding Mr. McAlpin's immigration history, his lack of dependents in Canada, the fact that his siblings all live in this country, the fact that he completed a bachelor's degree, and the fact that he has not worked since 1985. The Delegate then noted his recent convictions and the corresponding sentence that he received. After stating "see the notes of the officer on file", he observed that the officer's report was "well founded in fact and law". Having made that determination, he proceeded to express agreement with the officer's recommendation to refer Mr. McAlpin to an admissibility hearing.

[20] It is common ground between the parties that the officer's assessment forms part of the Decision that is subject to review in this proceeding. In that assessment, dated August 17, 2016, the officer briefly summarized Mr. McAlpin's family situation in Canada, described the circumstances of his four most recent convictions, briefly noted the H&C considerations that Mr. McAlpin had identified, assessed his potential for rehabilitation, referred to the fact that he had "many separate withdrawn charges" since 1975, and then provided the rationale for the recommendation that he be referred to an admissibility hearing. In the course of providing that rationale, he observed that Mr. McAlpin "has a significant criminal history that spans the past thirty five years with few gaps".

IV. Relevant legislation

[21] Mr. McAlpin is inadmissible to Canada pursuant to paragraph 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). That provision states:

III. La décision faisant l'objet du contrôle

[18] La décision qui fait l'objet du contrôle est la décision du délégué, datée du 25 août 2016, de renvoyer M. McAlpin pour enquête (la décision).

[19] Dans la décision, le délégué a fait quelques brèves remarques concernant les antécédents de M. McAlpin en matière d'immigration, l'absence de personnes à sa charge au Canada, le fait que ses frères et ses sœurs habitent tous dans notre pays, le fait qu'il ait obtenu un diplôme de premier cycle, et le fait qu'il n'ait pas travaillé depuis 1985. Le délégué a ensuite souligné ses condamnations récentes et la peine correspondante qu'il a reçue. Après avoir dit [TRADUCTION] «voir les notes de l'agent au dossier», il a remarqué que le rapport de l'agent était [TRADUCTION] «bien fondé en droit et en fait». Après avoir pris cette décision, il a donné son accord avec la recommandation de l'agent de renvoyer M. McAlpin pour enquête.

[20] Les parties reconnaissent que l'évaluation de l'agent fait partie de la décision pouvant faire preuve de révision dans la présente instance. Dans l'évaluation datée du 17 août 2016, l'agent a résumé brièvement la situation familiale de M. McAlpin au Canada, a décrit les circonstances de ses quatre condamnations les plus récentes, a rappelé brièvement les motifs d'ordre humanitaire que M. McAlpin avait identifiés, a évalué ses possibilités de réadaptation, a mentionné le fait qu'il avait [TRADUCTION] «de nombreuses accusations retirées» depuis 1975, et a ensuite fourni le raisonnement qui a mené à la recommandation de le renvoyer pour enquête. Lorsqu'il a fourni ce raisonnement, il a fait remarquer que M. McAlpin [TRADUCTION] «a d'importants antécédents criminels qui s'étendent sur les trente-cinq dernières années avec peu d'écarts».

IV. La législation pertinente

[21] M. McAlpin est interdit de territoire au Canada en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C 2001, ch. 27 (LIPR). Cette disposition est rédigée comme suit :

Serious criminality

36 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed.

[22] The report that was made by the officer and relied upon by the Delegate was prepared pursuant to subsection 44(1) of the IRPA, which provides as follows:

Loss of Status and Removal**Report on Inadmissibility****Preparation of report**

44 (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

[23] The decision by the Delegate that is the subject of this judicial review was made pursuant to subsection 44(2) of the IRPA. That provision states:

44 ...

Referral or removal order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

[24] The objectives set forth in the IRPA with respect to immigration include the following:

Objectives — immigration

3 (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

Grande criminalité

36 (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé.

[22] Le rapport de l'agent fondé sur le délégué a été préparé, conformément au paragraphe 44(1) de la LIPR, qui prévoit ce qui suit :

Perte de statut et renvoi**Constat de l'interdiction de territoire****Rapport d'interdiction de territoire**

44 (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

[23] La décision du délégué qui fait l'objet du contrôle judiciaire a été rendue en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Cette disposition est rédigée comme suit :

44 [...]

Suivi

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger ; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

[24] Les objectifs énoncés dans la LIPR concernant l'immigration sont notamment les suivants :

Objet en matière d'immigration

3 (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

(h) to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks.

V. Preliminary issues

[25] The Minister submits that this application is moot. In the alternative, the Minister asserts that the doctrine of *res judicata* applies. In the further alternative, the Minister states that this application amounts to an impermissible collateral attack on a subsequent decision of the Delegate, in respect of which a separate application for leave and for judicial review was denied by this Court.

[26] For the reasons set forth below, I do not accept these positions.

A. *Mootness*

[27] The Minister submits that this application is moot because the Decision was superseded by a subsequent referral decision of the Delegate, dated April 3, 2017 (the Reconsideration Decision). The latter decision was made after Mr. McAlpin made additional submissions in support of a request for reconsideration of the Decision.

[28] The Minister maintains that, in making the Reconsideration Decision, the Delegate relied on the exact same reasons that were set forth in the initial Decision, but provided additional reasons and came to a new decision to refer the case to an admissibility hearing. Given that Mr. McAlpin's application for leave and for judicial review in respect of the Reconsideration Decision was denied by this Court, the respondent submits that an independent basis for a referral of Mr. McAlpin to an admissibility hearing now exists, regardless of what I may decide in this application.

[29] The general test for mootness was stated in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 [*Borowski*], at page 353, as follows:

h) de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

V. Les questions préliminaires

[25] Le ministre soutient que la présente demande est théorique. Subsidièrement, il affirme que le principe de la chose jugée s'applique. Subsidièrement encore, il soutient que la présente demande équivaut à une contestation indirecte d'une décision subséquente du délégué, à l'égard de laquelle une demande distincte d'autorisation d'appel et de contrôle judiciaire a été rejetée par la Cour.

[26] Pour les motifs qui suivent, je n'accepte pas ces positions.

A. *Caractère théorique*

[27] Le ministre soutient que la présente demande est théorique étant donné que la décision a été remplacée par une décision de renvoi subséquente du délégué, datée du 3 avril 2017 (la décision de réexamen). Cette dernière décision a été prise après que M. McAlpin a présenté des observations additionnelles à l'appui d'une demande de réexamen de la décision.

[28] Le ministre soutient que, pour prendre la décision de réexamen, le délégué s'est fondé sur les mêmes raisons précises qui étaient énoncées dans la décision initiale, mais a fourni des motifs additionnels et a pris une nouvelle décision de renvoyer l'affaire pour enquête. Étant donné que la Cour a rejeté la demande d'autorisation et la demande de contrôle judiciaire de M. McAlpin à l'égard de la décision de réexamen, le défendeur soutient qu'il existe maintenant un motif distinct pour renvoyer M. McAlpin pour enquête, peu importe ma décision dans la présente demande.

[29] Le critère général applicable au caractère théorique a été énoncé dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), à la page 353 :

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term “moot” applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the “live controversy” test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

[30] With respect to the latter circumstances, three principal factors to be considered were identified. Those are: (i) whether an adversarial relationship continues to exist between the parties, (ii) the need to promote judicial economy, and (iii) whether proceeding to determine the merits of the matter might be viewed as intruding into the role of the legislative branch: *Borowski*, above, at pages 358–362.

[31] I agree with the Minister that the Delegate’s Reconsideration Decision appears to have been intended to entirely supersede his initial Decision. I reach that conclusion based on the fact that the same officer who made the initial recommendation to refer Mr. McAlpin to an admissibility hearing simply added to his initial assessment, and then forwarded to the Delegate, his expanded assessment that included the entire initial assessment. The Delegate then wrote in section 11 of the assessment form, under the heading “Decision of the Minister’s Delegate”, the words “I concur with the Officer’s recommendation”.

[32] My conclusion on this point is reinforced by the fact that the letter the Delegate then sent to Mr. McAlpin stated, among other things, that “the circumstances” had been “reconsidered”, and it had been decided to refer Mr. McAlpin to an admissibility hearing “at this time”. These words suggest that a new decision, which superseded the initial Decision, had been made.

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l’affaire. La jurisprudence n’indique pas toujours très clairement si le mot « théorique » (*moot*) s’applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s’il s’applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d’entendre. Pour être précis, je considère qu’une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s’il estime que les circonstances le justifient.

[30] En ce qui concerne les dernières circonstances, trois principaux facteurs à considérer ont été identifiés. Il s’agit de ceux-ci : i) voir si un débat contradictoire subsiste entre les parties, ii) voir la nécessité de favoriser l’économie des ressources judiciaires, et iii) voir si juger le fond de l’affaire pourrait être considéré comme un empiétement sur la fonction législative : *Borowski*, précité, aux pages 358 à 362.

[31] Je suis d’accord avec le ministre que la décision de réexamen du délégué semble avoir eu pour but de remplacer entièrement sa décision initiale. J’arrive à cette conclusion en me fondant sur le fait que le même agent qui a fait la recommandation initiale de renvoyer M. McAlpin pour enquête a simplement ajouté à son évaluation initiale son évaluation étendue qui comprenait l’ensemble de son évaluation initiale, et l’a ensuite envoyée au délégué. Le délégué a ensuite écrit, au paragraphe 11 du formulaire d’examen, sous la rubrique [TRADUCTION] « décision du délégué du ministre », les mots [TRADUCTION] « Je souscris à la recommandation de l’agent ».

[32] Ma conclusion sur ce point est renforcée par le fait que la lettre du délégué envoyée à M. McAlpin mentionnait notamment, que [TRADUCTION] « les circonstances » avaient été [TRADUCTION] « réexaminées » et qu’il avait été décidé de renvoyer M. McAlpin pour enquête [TRADUCTION] « à ce moment-ci ». Ces propos suggèrent qu’une nouvelle décision, qui a remplacé la décision initiale, a été prise.

[33] Nevertheless, there is no evidence to demonstrate that the Delegate actually made a new referral to the Immigration Division, pursuant to subsection 44(2) of the IRPA. The only referral in the CTR is that which was made following the initial Decision. That referral is dated August 25, 2016, which is before the Reconsideration Decision was made. This apparent oversight is relevant because the respondent asserts that the setting aside of the initial Decision would lead to an absurd result. The respondent asserts that this is so because the Reconsideration Decision would still stand as a basis for an admissibility hearing.

[34] Had a second formal referral been made, I would have agreed that this application would be moot, because “the Reconsideration Decision which left the Original Decision intact would remain in effect”: *Fairhurst v. Unifor Local 114*, 2017 FCA 152, at paragraph 16; *Moazeni v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 360, at paragraph 10. However, if, as I must assume, only one formal referral to the Immigration Division was made, then this application is not moot. This is because granting Mr. McAlpin’s request to set aside that single formal referral would appear to deprive the Immigration Division of the only jurisdiction it currently seems to have to conduct the admissibility hearing: *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229, paragraph 3(d). For Mr. McAlpin, a decision by this Court to grant that relief would therefore have a very real effect: *Borowski*, above, at page 353.

[35] In any event, even if a second formal referral does exist or could be assumed to be a “mere formality” that would quickly be made in the event that I were to set aside the initial referral Decision dated August 25, 2016, I consider that it would be appropriate to exercise my discretion to hear this application on its merits. This is because there is an ongoing adversarial relationship between the parties that would be nurtured by the collateral consequences of the outcome of this application: *Borowski*, above, at page 353.

[36] Moreover, the particular facts of this case are such that it would be in the interest of justice for this

[33] Néanmoins, il n’y a aucun élément de preuve qui démontre que le délégué a fait un nouveau renvoi à la Section de l’immigration, en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. Le seul renvoi au DCT est celui qui a été fait à la suite de la décision initiale. Ce renvoi est daté du 25 août 2016, avant que la décision de réexamen ait été prise. Cette lacune apparente est pertinente étant donné que le défendeur affirme que l’annulation de la décision initiale entraînerait un résultat absurde. Le défendeur affirme qu’il en est ainsi parce que la décision de réexamen serait maintenue comme fondement d’une enquête.

[34] Si un second renvoi officiel avait été fait, j’aurais été d’accord que la présente demande serait théorique, étant donné que «la décision sur le réexamen qui confirmait la décision initiale serait maintenue» : *Fairhurst c. Unifor, section locale 114*, 2017 CAF 152, au paragraphe 16; *Moazeni c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 360, au paragraphe 10. Toutefois, si, comme je dois présumer, un seul renvoi officiel à la Section de l’immigration a été fait, la présente demande n’est donc pas théorique. Il en est ainsi, car accorder la demande de M. McAlpin d’annuler cet unique renvoi officiel semblerait dépouiller la Section de l’immigration de la seule compétence qu’elle semble avoir pour mener l’enquête : *Règles de la Section de l’immigration*, DORS/2002-229, alinéa 3d). Une décision de la Cour d’accorder ces réparations aurait un effet réel sur M. McAlpin : *Borowski*, précité, à la page 353.

[35] En tout état de cause, même si un second renvoi officiel existe ou un renvoi qu’on pourrait supposer être une [TRADUCTION] « simple formalité » qui se ferait rapidement dans le cas où j’annulerais la décision de renvoi initiale datée du 25 août 2016, je suis d’avis qu’il conviendrait que j’exerce mon pouvoir discrétionnaire pour entendre la présente demande sur le fond. Cela est dû à une relation continue de nature contradictoire entre les parties qui engendreraient des conséquences accessoires à l’issue de la présente demande : *Borowski*, précité, à la page 353.

[36] De plus, les faits particuliers de l’espèce font en sorte qu’il serait dans l’intérêt de la justice que la

application to be heard on its merits: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraph 17. In this regard, it appears to be common ground between the parties that there were potentially significant documents before the Delegate that were not included in the CTR that was before this Court when Mr. McAlpin's application for leave and for judicial review of the Reconsideration Decision was denied. Mr. McAlpin maintains that because he was incarcerated at the time he was given the opportunity to make submissions to the CBSA, he was unaware of exactly what had been sent to the CBSA on his behalf, and what the CBSA had obtained independently, including his presentencing report and local police reports.

[37] In these circumstances, I agree with Mr. McAlpin that a decision by this Court not to hear the current application on the ground of mootness would deprive him of the only practical opportunity that he has had to argue the merits of his case on the basis of the entire record that was before the Delegate.

[38] I will simply add in passing that by hearing this application on its merits, the Court would neither depart from its traditional role as an adjudicator nor intrude upon the legislative or executive sphere: *Borowski*, above, at page 362.

B. Res judicata

[39] In the alternative, the respondent maintains that the doctrine of *res judicata* applies to this proceeding and precludes the re-litigation of the same cause of action that was effectively adjudicated by this Court when Mr. McAlpin's application for leave to apply for judicial review of the Reconsideration Decision was denied. I disagree.

[40] The respondent submits that Mr. McAlpin raised the exact same issues in the applications that he filed before this Court in respect of both the initial Decision and the Reconsideration Decision.

[41] I accept that the issues that have been raised in this application were all raised in the application that

présente demande soit entendue sur le fond : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 17. À cet égard, il semble que les parties reconnaissent que le délégué disposait potentiellement de documents importants qui n'ont pas été versés au DCT et dont la Cour était saisie quand la demande d'autorisation d'appel et de contrôle judiciaire de la décision de réexamen de M. McAlpin a été rejetée. M. McAlpin soutient qu'étant donné qu'il était incarcéré quand il a eu l'occasion de présenter des observations à l'ASFC, il n'était pas au courant exactement de ce qui avait été envoyé à l'ASFC en son nom ni ce que l'ASFC avait obtenu de façon indépendante, y compris son rapport prédécisionnel et les rapports de police de la région.

[37] Dans ces circonstances, je suis d'accord avec M. McAlpin que la décision de la Cour de ne pas entendre la présente demande en raison de son caractère théorique aurait pour effet de le priver de sa seule occasion raisonnable de débattre le bien-fondé de sa cause selon l'ensemble du dossier dont disposait le délégué.

[38] Je tiens à signaler qu'en décidant d'entendre la présente demande, la Cour ne s'écarte pas de sa fonction juridictionnelle traditionnelle, pas plus qu'elle n'empiète sur les fonctions législatives ou exécutives : *Borowski*, précité, à la page 362.

B. Le principe de la chose jugée

[39] Subsidièrement, le défendeur soutient que le principe de la chose jugée s'applique à la présente instance et empêche la remise en cause de la même cause d'action que la Cour a efficacement tranchée quand la demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision a été rejetée. Je ne suis pas d'accord.

[40] Le défendeur soutient que M. McAlpin a soulevé les mêmes questions dans les demandes qu'il a déposées devant la Cour en ce qui concernait à la fois la décision initiale et la décision de réexamen.

[41] Je reconnais que les questions qui ont été soulevées dans la présente demande ont toutes été soulevées

he made to this Court in respect of the Reconsideration Decision. However, that is not necessarily dispositive of the matter.

[42] The doctrine of *res judicata* was succinctly summarized as follows by Justice Fothergill in *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1055, 38 Imm. L.R. (4th) 331, at paragraphs 22–24:

Res judicata precludes the re-litigation of both the same cause of action (cause of action estoppel) and the same issues or material facts (issue estoppel)...

Issue estoppel involves the application of a two-part test. The decision-maker must first determine whether the three preconditions of issue estoppel are met, as described in *Angle v Canada (Minister of National Revenue – M.N.R.)*, [1975] 2 SCR 248 at para 3:

- a. the same question has been decided;
- b. the decision said to create the estoppel was final; and
- c. the parties to the previous decision or their privies are the same as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised.

Second, the decision-maker must consider whether the application of issue estoppel or *res judicata* would lead to an injustice ... [Citations omitted.]

[43] In my view, the three preconditions to the application of the doctrine of *res judicata* in this case are satisfied: the Delegate essentially decided the same question, the Delegate's decision became final when this Court denied Mr. McAlpin's application for leave in respect of the Reconsideration Decision, and the parties to this proceeding are the same as the parties to the prior proceeding.

[44] However, for the reason discussed at paragraphs 36–37 of these reasons, I consider that the application of the doctrine of *res judicata* in this particular

dans la demande qui a été présentée à la Cour en ce qui concerne la décision de réexamen. Toutefois, cela n'est pas nécessairement déterminant pour la présente affaire.

[42] Le principe de la chose jugée a été succinctement résumé comme suit par le juge Fothergill dans la décision *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1055, aux paragraphes 22 à 24 :

Le principe de la chose jugée empêche de porter à nouveau en justice la même cause d'action (la préclusion fondée sur la cause d'action) et les mêmes questions ou les mêmes faits substantiels (la préclusion découlant d'une question déjà tranchée) [...]

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée suppose l'application d'un critère à deux volets. Le décideur doit d'abord déterminer si les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont remplies, telles que décrites dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 RCS 248, au paragraphe 3 :

- a. la même question a été décidée ;
- b. la décision invoquée comme créant la fin de non-recevoir était finale ;
- c. les parties dans la décision antérieure, ou leurs ayants droit sont les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée.

Le décideur doit ensuite examiner la question de savoir si l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou du principe de la chose jugée causerait une injustice [...] [Renvois omis.]

[43] À mon avis, les trois conditions applicables au principe de la chose jugée dans la présente cause ont été remplies : le délégué a essentiellement tranché la même question, la décision du délégué est devenue définitive quand la Cour a rejeté la demande d'autorisation d'appel de M. McAlpin concernant la décision de réexamen, et les parties à la présente instance sont les mêmes que les parties à l'instance antérieure.

[44] Toutefois, pour la raison invoquée aux paragraphes 36 et 37 des présents motifs, je suis d'avis que l'application du principe de la chose jugée en l'espèce

case would lead to an injustice. On the particular facts of this case, I also consider that it would not be appropriate to apply that doctrine in circumstances where this Court did not provide any reasons in finally disposing of the parties' dispute in relation to the Reconsideration Decision. In the absence of such reasons, the basis for this Court's decision to deny leave in respect of that decision is not entirely clear. In this context, it behooves the Court to be very cautious in consideration whether to apply the doctrine of *res judicata*: *Burton v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 727, 413 F.T.R. 39, at paragraph 21. Conceptually, it is possible that the decision to deny leave was made on the basis that no fairly arguable issue had been raised in respect of the Delegate's concurrence with the officer's assessment of the new information that had been provided by Mr. McAlpin, in support of his reconsideration request. Accordingly, it would not be appropriate to rely on that decision as the basis for invoking the *res judicata* doctrine: *Figuroa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1396, at paragraph 46.

C. Collateral attack

[45] In the further alternative, the respondent asserts that Mr. McAlpin's attempt to have the initial Decision overturned after this Court denied his attempt to have the Reconsideration Decision set aside amounts to an impermissible collateral attack. Relying upon *Huang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 28, 473 F.T.R. 91 (*Huang*), at paragraph 80, the respondent maintains that in cases where "several administrative decisions are related, one cannot challenge an initial decision in order to indirectly invalidate a subsequent decision." As with its mootness argument, the respondent adds that it would create an absurdity to allow the initial Decision to be challenged, where the Reconsideration Decision would continue to stand.

[46] The latter position has already been addressed at paragraphs 33–34 of these reasons above.

entraînerait une injustice. Étant donné les faits particuliers de l'espèce, je suis également d'avis qu'il n'était pas approprié d'appliquer ce principe dans des circonstances où la Cour n'a pas fourni de motifs en statuant finalement sur le litige des parties concernant la décision de réexamen. En l'absence de ces motifs, le fondement de la décision de la Cour de rejeter la demande concernant cette décision n'est pas tout à fait clair. Dans ce contexte, il incombe à la Cour de faire preuve de prudence en déterminant s'il y a lieu d'appliquer le principe de la chose jugée : *Burton c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 727, au paragraphe 21. Conceptuellement, il est possible que la décision de rejeter la demande d'autorisation a été prise au motif qu'aucune question défendable n'a été soulevée concernant l'accord du délégué avec l'évaluation de l'agent des nouveaux renseignements qui ont été fournis par M. McAlpin au soutien de sa demande de réexamen. Par conséquent, il ne serait pas approprié de se fonder sur la présente décision comme fondement pour invoquer le principe de la chose jugée : *Figuroa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1396, au paragraphe 46.

C. Contestation indirecte

[45] Subsidièrement encore, le défendeur affirme que la tentative de M. McAlpin de faire infirmer la décision initiale après que la Cour a rejeté sa tentative d'annuler la décision de réexamen équivaut à une contestation indirecte inadmissible. En se fondant sur la décision *Huang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 28 (*Huang*), au paragraphe 80, le défendeur soutient que dans les affaires de « plusieurs décisions administratives connexes, toute contestation de la décision initiale dans le but d'invalider indirectement une décision subséquente est interdite ». À l'instar de l'argument du caractère théorique, le défendeur ajoute qu'il serait absurde d'autoriser la contestation de la décision, où la décision de réexamen serait maintenue.

[46] Cette dernière hypothèse a déjà été soulevée aux paragraphes 33 et 34 des motifs exposés ci-dessus.

[47] As to the respondent's reliance on *Huang*, above, that case is distinguishable. In brief, the applicant there challenged a ministerial delegate's decision to refer her case to the Immigration Division for an admissibility hearing, but she did not challenge the subsequent decisions made by that division and then by the Immigration Appeal Division. Justice Diner ruled that her challenge of the delegate's decision amounted to an impermissible collateral attack on the latter two decisions: *Huang*, above, at paragraphs 80–81.

[48] By contrast, Mr. McAlpin did in fact challenge the subsequent decision in question, namely, the Reconsideration Decision. He did so on April 6, 2017, two days after challenging the initial Decision. However, his application in the present proceeding was not perfected until well after his application in respect of the Reconsideration Decision was perfected. As a result, the latter Application proceeded on a more expeditious time path and was rejected approximately two months before leave was granted in respect of this application. In these circumstances, Mr. McAlpin's challenge of the initial Decision cannot be said to constitute an impermissible collateral attack on the Reconsideration Decision.

[49] On the contrary, Mr. McAlpin has every right to challenge both decisions, which are considered to be distinct: *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst*, 2007 FCA 41, 359 N.R. 156, at paragraph 20; *Vidéotron Télécom Ltée v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, 2005 FCA 90, 345 N.R. 130, at paragraphs 11–14; *Soimu v. Canada (Secretary of State)*, [1994] F.C.J. No. 1330 (QL) (T.D.), at paragraph 10.

[50] Given the conclusions that I have reached in respect of the preliminary issues raised by the respondent, I will turn now to the merits of this application.

VI. Issue and standard of review

[51] As counsel to Mr. McAlpin acknowledged during the hearing of this application, the issues that he has

[47] En ce qui concerne le fait que le défendeur se fonde sur la décision *Huang*, précitée, cette affaire se distingue de la présente espèce. En bref, la demanderesse avait contesté la décision d'un délégué du ministre de renvoyer son dossier à la Section de l'immigration pour enquête, mais elle n'a pas contesté les décisions subséquentes prises par cette section, et, par la suite, de la Section d'appel de l'immigration. Le juge Diner a statué que sa contestation de la décision du délégué équivalait à une contestation indirecte inadmissible des deux dernières décisions : *Huang*, précitée, aux paragraphes 80 et 81.

[48] En revanche, M. McAlpin a en effet contesté la décision subséquente en question, c'est-à-dire la décision de réexamen. Il l'a fait le 6 avril 2017, deux jours après avoir contesté la décision initiale. Toutefois, sa demande dans le cadre de la présente affaire n'a pas été mise en état que bien longtemps après que sa demande concernant la décision de réexamen a été mise en état. Par conséquent, cette dernière demande a été traitée plus rapidement et a été rejetée approximativement deux mois avant que l'autorisation ait été accordée à l'égard de la présente demande. Dans ces circonstances, la contestation de la décision initiale de M. McAlpin ne peut pas être considérée comme une contestation indirecte inadmissible de la décision de réexamen.

[49] Au contraire, M. McAlpin a parfaitement le droit de contester les deux décisions qui sont considérées comme distinctes : *Canada (Ministre du Développement et des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41, au paragraphe 20; *Vidéotron Télécom Ltée c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, 2005 CAF 90, aux paragraphes 11 à 14; *Soimu c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1330 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 10.

[50] Étant donné les conclusions que j'ai tirées à l'égard des questions préliminaires soulevées par le défendeur, je vais maintenant examiner le bien-fondé de la présente demande.

VI. Question en litige et norme de contrôle

[51] Comme l'a reconnu l'avocat de M. McAlpin lors de l'audition de la présente demande, les questions qu'il

raised in respect of the initial Decision can be conveniently summarized into the single issue of whether that exercise of the Delegate's discretion to refer Mr. McAlpin to an admissibility hearing was reasonable. It is common ground between the parties that this exercise of discretion is reviewable on a standard of reasonableness: *Kidd v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1044 (*Kidd*), at paragraph 17; *Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354 (*Melendez*), at paragraph 11.

[52] In assessing whether a decision is reasonable, the focus of the Court is upon whether the decision is appropriately intelligible, transparent and justified. In this regard, the Court's task will be to assess whether it is able to understand why the decision was made and to ascertain whether the decision falls "within a range of acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 47; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*), at paragraph 16.

[53] Given the highly fact-based nature of a decision by a ministerial delegate to refer or to not refer someone to an admissibility hearing, such decisions will ordinarily attract significant deference. Stated differently, such decisions will typically attract "a wide margin of appreciation": *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, at paragraphs 135–137, leave to appeal to S.C.C. refused, 36471 (29 October 2015) [[2015] 3 S.C.R. vi]; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 87 Admin. L.R. (5th) 175, at paragraphs 35–53, leave to appeal to S.C.C. refused, 36621 (7 April 2016) [[2016] 1 S.C.R. xvii]. Significant deference is also warranted in light of the fact that the exercise of a ministerial delegate's discretion not to refer someone for an admissibility hearing, after having determined that an officer's recommendation in favour of a referral is "well-founded", would be exceptional in nature. In my view, this follows from the analysis at paragraphs 58–69 below.

a soulevées à l'égard de la décision initiale peuvent être résumées de façon pratique comme la seule question de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du délégué de renvoyer M. McAlpin pour enquête était raisonnable. Les parties reconnaissent que cet exercice du pouvoir discrétionnaire est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Kidd c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1044 (*Kidd*), au paragraphe 17; *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354 (*Melendez*), au paragraphe 11.

[52] Pour déterminer si une décision est raisonnable, la Cour doit mettre l'accent sur la question de savoir si la décision est raisonnablement intelligible, transparente et justifiée. À cet égard, la Cour devra déterminer si elle est en mesure de comprendre la raison pour laquelle la décision a été prise, et si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 47; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*), au paragraphe 16.

[53] Étant donné le caractère décisionnel du délégué du ministre de renvoyer ou de ne pas renvoyer une personne pour enquête qui repose en grande partie sur les faits, de pareilles décisions donnent normalement lieu à une grande retenue. Autrement dit, de pareilles décisions donnent généralement lieu à « une large marge d'appréciation » : *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, aux paragraphes 135 à 137, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, 36471 (29 octobre 2015) [[2015] 3 R.C.S. vi]; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, aux paragraphes 35 à 53, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, 36621 (7 avril 2016) [[2016] 1 R.C.S. xvii]. Un degré élevé de retenue est également justifié compte tenu du fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un délégué du ministre de ne pas renvoyer quelqu'un pour enquête, après avoir établi que la recommandation de l'agent en faveur d'un renvoi est [TRADUCTION] « bien-fondée », serait de nature exceptionnelle. À mon avis, cela découle de l'analyse aux paragraphes 58 à 69 qui suivent.

VII. Analysis

[54] Mr. McAlpin submits that the Decision to refer him to an admissibility hearing was unreasonable because of several errors in the officer's assessment, upon which the Delegate relied. In particular, Mr. McAlpin submits that the officer's assessment was unreasonable because the officer:

- simply listed some of the H&C factors present in his case, without undertaking any consideration or balancing of those factors, and without taking any account of other compelling H&C considerations that he had identified;
- failed to take into account important information in relation to his work history;
- conducted an assessment of his potential for rehabilitation that did not include important information that was before the officer; and
- relied on withdrawn charges in concluding that Mr. McAlpin has a long criminal history and is a serious criminal.

[55] I will consider each of the foregoing submissions in order below.

A. The officer's treatment of the H&C factors put forth by Mr. McAlpin

(1) General principles

[56] As recognized by both of the parties to this application, there is divergence in this Court's jurisprudence regarding the scope of the discretion that ministerial delegates have in deciding whether to refer an individual for an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA.

[57] In *Melendez*, above, Justice Boswell provided a very helpful summary of that divergence. He then arrived at the following conclusions at paragraph 34 of his decision:

VII. Discussion

[54] M. McAlpin soutient que la décision de le renvoyer pour enquête n'était pas raisonnable étant donné plusieurs erreurs dans l'évaluation de l'agent, sur lesquelles le délégué s'est fondé. Plus particulièrement, M. McAlpin soutient que l'évaluation de l'agent n'était pas raisonnable, étant donné que l'agent

- a simplement énuméré quelques-uns des motifs d'ordre humanitaire à son dossier, sans prendre en considération ou soupeser ces facteurs, et sans tenir compte d'autres motifs impérieux d'ordre humanitaire qu'il avait identifiés;
- n'a pas tenu compte de renseignements importants en lien avec ses antécédents professionnels;
- a procédé à une évaluation de ses possibilités de réadaptation et n'a pas inclus les renseignements importants dont disposait l'agent;
- s'est fondé sur les accusations retirées pour conclure que M. McAlpin a de nombreux antécédents criminels et est un criminel grave.

[55] J'examinerai chacun des arguments précités ci-dessous.

A. La façon dont l'agent a traité les motifs d'ordre humanitaire avancés par M. McAlpin

1) Principes généraux

[56] Comme le reconnaissent les deux parties à la présente demande, il y a une divergence dans la jurisprudence de la Cour concernant l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont disposent les délégués du ministre pour décider si une personne doit être renvoyée pour enquête en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR.

[57] Dans la décision *Melendez*, précitée, le juge Boswell a fourni un résumé très utile de cette divergence. Il est ensuite parvenu aux conclusions suivantes au paragraphe 34 de sa décision :

1. There is conflicting case law as to whether an immigration officer has any discretion under subsection 44(1) of the IRPA beyond that of simply ascertaining and reporting the basic facts which underlie an opinion that a permanent resident in Canada is inadmissible.

2. Nevertheless, the jurisprudence and the Manual do suggest that a Minister's delegate has a limited discretion, when deciding whether to refer a report of inadmissibility to the Immigration Division pursuant to subsection 44(2) or to issue a warning letter, to consider H&C factors, including the best interests of a child, at least in cases where a permanent resident, as opposed to a foreign national, is concerned.

3. Although the Minister's delegate has discretion to consider such factors, there is no obligation or duty to do so.

4. However, where H&C factors are presented to a delegate of the Minister, the delegate's consideration of the H&C factors should be reasonable in the circumstances of the case, and in cases where a delegate rejects such factors, the reasons for rejection should be stated, even if only briefly.

5. The consideration of H&C factors by the Minister's delegate in respect of a permanent resident need not be, in my view, as extensive as or comparable to an analysis of such factors under subsection 25(1) of the IRPA in order to be reasonable; it need not be so because that would usurp the role and purpose of that subsection.

[58] Shortly after Justice Boswell's decision was issued, the Federal Court of Appeal (F.C.A.) addressed the scope of the discretion conferred upon immigration officers and ministerial delegates under subsections 44(1) and (2) of the IRPA, respectively, in *Sharma*, above. There, the Court observed that such discretion is "very limited", and is "dependent on a number of factors, including the alleged grounds of inadmissibility and whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national." In any event, the Court stated that "officers and the Minister or his delegate must always be mindful of Parliament's intention to make security a top priority (see paragraphs 3(1)(h) and (i) of IRPA)": *Sharma*, above, at paragraphs 23–24.

1. La jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si, en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, un agent d'immigration jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité qui ne l'autorise qu'à établir et exposer les faits permettant d'affirmer qu'un résident permanent du Canada est interdit de territoire.

2. La jurisprudence et le Guide portent cependant à dire qu'en vertu du paragraphe 44(2), le délégué du ministre, lorsqu'il doit décider de déférer ou non à la Section de l'immigration un rapport d'interdiction de territoire, ou d'émettre une lettre d'avertissement, jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire, y compris l'intérêt supérieur d'un enfant, du moins lorsqu'il s'agit d'un résident permanent et non d'un ressortissant étranger.

3. Bien que le délégué du ministre puisse prendre de tels facteurs en compte en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il n'est aucunement tenu de le faire.

4. Dans les cas, cependant, où des facteurs d'ordre humanitaire sont portés à l'attention d'un délégué du ministre, celui-ci doit se pencher sur ces facteurs d'une manière qui soit raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire, et s'il les écarte, il devrait, ne serait-ce que brièvement, indiquer pourquoi.

5. Pour être considéré comme raisonnable, l'examen que le délégué du ministre fait des considérations d'ordre humanitaire invoquées par un résident permanent n'a pas, selon moi, à être aussi poussé que l'analyse prévue au paragraphe 25(1) de la LIPR, car ce paragraphe n'aurait, autrement, aucune raison d'être.

[58] Peu après que la décision du juge Boswell a été rendue, la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) a examiné l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui est conféré aux agents d'immigration et aux délégués du ministre en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR, respectivement, dans l'arrêt *Sharma*, précité. Dans cette décision, la Cour a fait observer que ce pouvoir discrétionnaire est «très limité» et «est donc tributaire d'un certain nombre de facteurs, dont les présumés motifs d'interdiction de territoire et le fait de savoir si la personne en cause est un résident permanent ou un étranger». En tout état de cause, la Cour a déclaré que «les agents et le ministre ou son délégué doivent toujours garder à l'esprit l'intention du législateur de

faire de la sécurité une priorité essentielle (voir les alinéas 3(1)h) et i) de la LIPR)» : *Sharma*, précité, aux paragraphes 23 et 24.

[59] However, with respect to inadmissibility on grounds set forth in section 36 of the IRPA (namely, “serious criminality” and “criminality”), the F.C.A. stated that the following rationale offered by that Court in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), which concerned a foreign national, would appear to apply with equal force to permanent residents:

It cannot be, in my view, that Parliament would have in sections 36 and 44 of the Act spent so much effort defining objective circumstances in which persons who commit certain well defined offences in Canada are to be removed, to then grant the immigration officer or the Minister’s delegate the option to keep these persons in Canada for reasons other than those contemplated by the Act and the Regulations. It is not the function of the immigration officer, when deciding whether or not to prepare a report on inadmissibility based on paragraph 36(2)(a) grounds, or the function of the Minister’s delegate when he acts on a report, to deal with matters described in sections 25 (H&C considerations) and 112 (pre-removal risk assessment) of the Act

Sharma, above, at paragraph 23, emphasis added.

[60] The reference in the passage quoted above to paragraph 36(2)(a) of the IRPA was made because the applicant in that case was inadmissible under that provision, namely, on grounds of “criminality”.

[61] In my view, the last sentence in that passage applies with greater force to the grounds of inadmissibility contemplated by subsection 36(1), which was at play in *Sharma*, above. That is to say, if it can be inferred that Parliament could not have intended immigration officers and ministerial delegates to have the discretion to take H&C considerations into account in the context of alleged inadmissibility on grounds of “criminality”, then the basis for drawing that inference would be even stronger in the context of alleged “serious criminality”.

[59] Toutefois, en ce qui concerne l’interdiction de territoire énoncé à l’article 36 de la LIPR (c’est-à-dire, la « grande criminalité » et la « criminalité »), la C.A.F. a déclaré le raisonnement suivant qui a été donné par la Cour dans l’arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), qui portait sur un étranger, qui semblerait s’appliquer avec autant de force aux résidents permanents :

Je ne peux concevoir que le législateur ait mis autant de soins pour préciser, aux articles 36 et 44 de la Loi, de manière objective, les cas où les auteurs de certaines infractions bien définies commises au Canada doivent être renvoyés du pays, pour ensuite offrir la possibilité à un agent d’immigration ou à un représentant du ministre de permettre à ces personnes de rester au Canada pour des motifs autres que ceux prévus par la Loi ou le Règlement. Il n’appartient pas à l’agent d’immigration, lorsqu’il décide d’établir ou non un rapport d’interdiction de territoire pour des motifs visés par l’alinéa 36(2)a), ou au représentant du ministre lorsqu’il y donne suite, de se pencher sur des questions visées par les articles 25 (motif d’ordre humanitaire) et 112 (examen des risques avant renvoi) de la Loi [...]

Sharma, précité, au paragraphe 23; non souligné dans l’original.

[60] Le renvoi au passage cité ci-dessus à l’alinéa 36(2)a) de la LIPR a été fait, parce que le demandeur dans cette affaire-là était interdit de territoire en vertu de cette disposition, c’est-à-dire, pour « criminalité ».

[61] À mon avis, la dernière phrase du passage s’applique à plus forte raison aux motifs d’interdiction de territoire prévus par le paragraphe 36(1), qui était en cause dans l’arrêt *Sharma*, précité. Autrement dit, si on peut déduire que le Parlement n’avait pas voulu que les agents d’immigration et les délégués du ministre aient le pouvoir discrétionnaire pour tenir compte des motifs d’ordre humanitaire dans le contexte d’une prétendue interdiction de territoire pour « criminalité », le motif pour justifier les conclusions défavorables serait encore

[62] The comments that I have reproduced at paragraphs 58–59 above from *Sharma* were *obiter dictum* because the F.C.A. proceeded to observe that the applicant’s submissions regarding the scope of discretion contemplated by subsection 44(1) of the IRPA were academic. It reached that conclusion after determining that the officer in that case had in fact considered the various personal or mitigating factors that had been raised by the applicant: *Sharma*, above, at paragraphs 47–48. As a result, the F.C.A. considered it to be preferable to leave for another day the determination of “the precise extent of an officer’s discretion”: *Sharma*, above, at paragraph 48. I pause to note in passing that the F.C.A. in *Cha*, above, at paragraph 41, took the same position.

[63] Notwithstanding the foregoing, the nature and tenor of the observations made by the F.C.A. in *Cha*, above, and *Sharma*, above is such that they ought to prevail over any inconsistent jurisprudence of this Court.

[64] It is also relevant to keep in mind that a person who is inadmissible under section 36 is still eligible to make an application on H&C grounds under section 25 of the IRPA: *Sharma*, above, at paragraph 37; *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693, at paragraph 25. This has a bearing on whether H&C considerations should be read into other provisions of the IRPA: *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 131, [2017] 1 F.C.R. 128, at paragraph 38.

[65] Moreover, it is important to remain cognisant of the very different focuses of sections 25 and 36 of the IRPA. Whereas the former is focused on the individuals who may advance H&C considerations as a basis for being relieved of the general requirement to apply for permanent residence from outside Canada, the latter is focused on public safety and security: *Medovarski*, above, at paragraphs 9–10. As a result, it

plus fort dans le contexte d’une « grande criminalité » alléguée.

[62] Les commentaires que j’ai reproduits aux paragraphes 58 et 59 ci-dessus l’arrêt de *Sharma* étaient un *obiter dictum*, étant donné que la C.A.F. poursuit en disant que les observations du demandeur concernant l’étendue du pouvoir discrétionnaire prévu par le paragraphe 44(1) de la LIPR étaient théoriques. Il a tiré cette conclusion après avoir déterminé que l’agent dans cette affaire a en effet examiné les nombreux facteurs personnels ou atténuants qui ont été soulevés par le demandeur : *Sharma*, précité, aux paragraphes 47 et 48. Par conséquent, la C.A.F. a estimé qu’il était préférable de remettre à un autre jour la détermination de « l’étendue précise du pouvoir discrétionnaire d’un agent » : *Sharma*, précité, au paragraphe 48. Je tiens à signaler que la C.A.F., dans l’arrêt *Cha*, précité, au paragraphe 41, a adopté la même attitude.

[63] Malgré ce qui précède, la nature et la teneur des observations faites par la C.A.F. dans les arrêts *Cha* et *Sharma*, précités, sont telles qu’elles devraient l’emporter sur toute jurisprudence contradictoire de la Cour.

[64] Il est également pertinent de se souvenir qu’une personne interdite de territoire en vertu de l’article 36 peut présenter une demande de motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’article 25 de la LIPR : *Sharma*, précité, au paragraphe 37; *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693, au paragraphe 25. Cela a une incidence sur la question de savoir si les motifs d’ordre humanitaire devraient être interprétés dans d’autres dispositions de la LIPR : *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 131, [2017] 1 R.C.F. 128, au paragraphe 38.

[65] De plus, il est important de rester conscient des axes très différents des articles 25 et 36 de la LIPR. Alors que le premier est axé sur les personnes qui peuvent invoquer les motifs d’ordre humanitaire comme fondement d’être libéré de l’exigence générale pour présenter une demande de résidence permanente de l’extérieur du Canada, le dernier est axé sur la sûreté et la sécurité publique : *Medovarski*, précité, aux

would ordinarily be reasonably open to an officer or a ministerial delegate to prioritize public safety and security, even to the point of entirely refraining from taking H&C factors into account in stating the rationale for a decision to refer someone for an admissibility hearing. This is particularly so in the case of someone who is or appears to be inadmissible on grounds of “serious criminality”. Indeed, this follows from the fact that there is no obligation on an officer or a ministerial delegate to consider H&C factors in exercising the discretion that is contemplated by subsections 44(1) and (2) of the IRPA: *Melendez*, above, at paragraph 34.

[66] The very restrictive approach that the F.C.A. in *Sharma*, above, took in commenting upon the scope of the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2) of the IRPA in a case involving serious criminality is consistent with the approach taken by Citizenship and Immigration Canada in its manual entitled *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF-5, “Writing 44(1) Reports” (ENF-5). Although that manual is not binding on the Court, it can be helpful in determining the reasonableness of the approach taken by an officer or a ministerial delegate to the exercise of the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2), respectively.

[67] In section 8.1 of ENF-5, it is noted that “the scope of discretion varies depending on the inadmissibility grounds alleged, whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national, and whether the report is to be referred to the Immigration Division.” With respect to “criminal” inadmissibility, the document states that the scope of an officer’s discretion “will be narrower” than may otherwise be the case (section 8.3). In exercising that discretion, officers are instructed to consider six factors, none of which include H&C considerations. Instead, those factors relate to the person’s criminal history, the sentence that was imposed, the maximum sentence that was available, the circumstances of the particular incident and whether the conviction involved crime of violence or drugs. In addition, “in minor criminality cases,” officers are instructed to

paragraphes 9 et 10. Par conséquent, il serait raisonnablement loisible à un agent ou à un délégué du ministre de donner priorité à la sûreté et à la sécurité publique, au point même de s’abstenir entièrement de tenir compte des motifs d’ordre humanitaire en énonçant le raisonnement d’une décision de renvoyer une personne pour enquête. Cela est particulièrement vrai dans le cas où une personne est ou semble être interdite de territoire pour « grande criminalité ». En fait, cela découle du fait qu’un agent ou un délégué du ministre n’est nullement obligé de tenir compte des motifs d’ordre humanitaire dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR : *Melendez*, précitée, au paragraphe 34.

[66] L’approche très restrictive qu’a adoptée la C.A.F. dans l’arrêt *Sharma*, précité, pour commenter l’étendue du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR dans une affaire qui comprend une grande criminalité est conforme avec l’approche de Citoyenneté et Immigration Canada dans son guide intitulé *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF-5, « Rédaction des rapports en vertu du L44(1) » (ENF-5). Ce guide ne lie pas la Cour, mais il peut être utile pour déterminer le caractère raisonnable de l’approche adoptée par un agent ou un délégué du ministre à l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2), respectivement.

[67] À la section 8.1 du ENF-5, il est souligné que « la portée (du) pouvoir discrétionnaire varie en fonction des motifs d’interdiction de territoire allégués, que la personne concernée soit un résident permanent ou un étranger, et que le rapport doive ou non être déféré à la Section d’immigration ». En ce qui concerne l’interdiction de territoire pour « criminalité », le document précise que la portée du pouvoir discrétionnaire de l’agent « sera réduite » davantage qu’il pourrait autrement en être le cas (section 8.3). Dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les agents doivent tenir compte de six facteurs, dont aucun ne comprend les motifs d’ordre humanitaire. Ces facteurs se rapportent plutôt aux antécédents criminels de la personne, à la peine imposée, à la peine maximale qui était disponible, aux circonstances de l’incident particulier et à savoir si la condamnation

consider whether a decision on rehabilitation is imminent and likely to be favourable (emphasis added).

[68] With respect to alleged inadmissibility on grounds involving security (section 34 of the IRPA), violation of human or international rights (section 35), serious criminality (subsection 36(1)) or organized criminality (section 37), ENF 5 states that officers may choose not to prepare a report only “in rare instances” (section 8.3). As a result, Mr. McAlpin’s suggestion that he had a legitimate expectation that his H&C considerations would be considered by the officer cannot be maintained.

[69] The approach taken in ENF-5 is broadly consistent with the approach taken in the manual entitled *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF-6, “Review of Reports under subsection A44(1)” (ENF-6). After identifying a range of considerations, including H&C factors that may be taken into account by ministerial delegates exercising their discretion under subsection 44(2), the document addresses the factors that should be considered in criminal cases. Those factors do not include H&C considerations. Rather, they closely track the factors in ENF-5 that are discussed in the penultimate sentence of paragraph 67 above.

[70] Having regard to all of the foregoing, and in particular the guidance that the F.C.A. has provided in *Sharma*, above, I consider it necessary and appropriate to update and elaborate upon the conclusions reached by Justice Boswell in respect of the current state of the jurisprudence concerning the scope of the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2) in cases involving allegations of “criminality” and “serious criminality” on the part of permanent residents. Maintaining the framework adopted by Justice Boswell, I would summarize that jurisprudence as follows:

impliquait des crimes violents ou des drogues. De plus, «dans les cas de délits mineurs», les agents sont tenus d’examiner si une décision concernant la réadaptation est imminente et susceptible d’être favorable (non souligné dans l’original).

[68] En ce qui concerne l’interdiction de territoire alléguée pour des motifs comportant la sécurité (article 34 de la LIPR), l’atteinte aux droits humains ou internationaux (article 35), la grande criminalité (paragraphe 36(1)) ou la criminalité organisée (article 37), l’ENF-5 déclare que les agents peuvent choisir de ne pas établir un rapport dans «les rares cas» (section 8.3). Par conséquent, l’idée de M. McAlpin selon laquelle il avait des attentes légitimes que ses motifs d’ordre humanitaire soient examinés par un agent ne peut être maintenue.

[69] L’approche adoptée dans le ENF-5 correspond de façon générale avec l’approche adoptée dans le guide intitulé *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF-6, « Examen des rapports établis en vertu du paragraphe L44(1) » (ENF-6), y compris les motifs d’ordre humanitaire qui peuvent être pris en compte par des délégués du ministre dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 44(2), le document aborde les facteurs qui devraient être pris en compte dans les affaires criminelles. Ces facteurs ne comprennent pas les motifs d’ordre humanitaire. Ils repèrent plutôt les facteurs dans le ENF-5 qui sont traités dans l’avant-dernière phrase du paragraphe 67 ci-dessus.

[70] Compte tenu de tout ce qui précède, et plus particulièrement des directives données par la C.A.F. dans l’arrêt *Sharma*, précité, je crois qu’il est nécessaire et approprié de mettre à jour et de préciser les conclusions qu’a tirées le juge Boswell à l’égard de l’état actuel de la jurisprudence concernant l’étendue du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2) dans les affaires mettant en cause des allégations de «criminalité» et de «grande criminalité» de la part de résidents permanents. En maintenant le cadre adopté par le juge Boswell, je résumerais cette jurisprudence comme suit :

1. In cases involving allegations of criminality or serious criminality on the part of permanent residents, there is conflicting case law as to whether immigration officers and ministerial delegates have any discretion under subsections 44(1) and (2) of the IRPA, respectively, beyond that of simply ascertaining and reporting the basic facts which underlie an opinion that a permanent resident in Canada is inadmissible, or that an officer's report is well founded.
 2. In any event, any discretion to consider H&C factors under subsections 44(1) and (2) in such cases is very limited, if it exists at all.
 3. Although an officer or a ministerial delegate may have very limited discretion to consider H&C factors in such cases, there is no general obligation or duty to do so.
 4. However, where H&C factors are considered by an officer or by a ministerial delegate in explaining the rationale for a decision that is made under subsections 44(1) or (2), the assessment of those factors should be reasonable, having regard to the circumstances of the case. Where those factors are rejected, an explanation should be provided, even if only very brief in nature.
 5. In this particular context, a reasonable assessment is one that at least takes account of the most important H&C factors that have been identified by the person who is alleged to be inadmissible, even only by listing those factors, to demonstrate that they were considered. A failure to mention any important H&C factors that have been identified, when purporting to take account of the H&C factors that have been raised, may well be unreasonable.
1. Dans les affaires mettant en cause des allégations de criminalité et de grande criminalité de la part de résidents permanents, il existe des jurisprudences contradictoires à savoir si les agents d'immigration et les délégués du ministre ont un pouvoir discrétionnaire en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR, respectivement, qui va au-delà de simplement déterminer et relater les faits essentiels qui sous-entendent une opinion selon laquelle un résident permanent au Canada est interdit de territoire, ou selon laquelle un rapport de l'agent est bien fondé.
 2. En tout état de cause, le pouvoir discrétionnaire pour tenir compte des motifs d'ordre humanitaire en vertu des paragraphes 44(1) et (2) dans de tels cas est très limité, en admettant qu'il existe.
 3. Bien qu'un agent ou un délégué du ministre puisse disposer d'un pouvoir discrétionnaire limité pour tenir compte des motifs d'ordre humanitaire dans de tels cas, il ne lui incombe nullement de le faire.
 4. Toutefois, dans les cas où les motifs d'ordre humanitaire sont pris en compte par un agent ou un délégué du ministre pour expliquer le raisonnement d'une décision qui est prise en vertu des paragraphes 44(1) ou (2), l'évaluation de ces facteurs devrait être raisonnable, compte tenu des circonstances de l'affaire. Dans les cas où ces facteurs sont rejetés, une explication doit être fournie, ne serait-ce que de nature très brève.
 5. Dans ce contexte particulier, une évaluation raisonnable est celle qui tient au moins compte des motifs d'ordre humanitaire les plus importants qui ont été relevés par la personne présumée être interdite de territoire, même en énonçant seulement ces facteurs, pour démontrer qu'ils ont été pris en compte. L'omission de mentionner tout motif d'ordre humanitaire qui a été relevé, quand il faudrait prendre en compte tous les motifs d'ordre humanitaire qui ont été soulevés, peut très bien être déraisonnable.

[71] Principles 3–5 immediately above warrant elaboration.

[72] With respect to principle 3, the absence of any obligation on an officer or a ministerial delegate to consider H&C factors in exercising their discretion under subsections 44(1) and (2) has been recognized in a variety of different types of cases. These include serious criminality (e.g., *Faci*, above, at paragraph 63; *Kidd*, above, at paras 33–34; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267, at paragraph 15); organized criminality (e.g., *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455, at paragraph 35); and the failure to leave Canada at the end of the period authorized for the applicant's stay in this country (e.g. *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 882, 374 F.T.R. 116, at paragraph 36). In at least two of those cases, the individuals in question came to Canada as a child: *Faci*, above, and *Kidd*, above.

[73] However, I am not aware of any cases in which the Court has affirmed the absence of such an obligation in connection with a person who became a permanent resident as a young child and is alleged to be inadmissible based on one or two convictions that fall at the lower end of the spectrum of offences contemplated by subsection 36(2) of the IRPA.

[74] In my view, the H&C considerations raised by such individuals may be *prima facie* so compelling as to give rise to an obligation to consider them, when the actual or apparent basis for inadmissibility is one or two convictions of the type described immediately above. Stated differently, the *prima facie* compelling nature of H&C considerations, relative to the less serious nature of the offence(s) that I have described, may be such as to render unreasonable any failure to consider them in exercising discretion under section 44. Whether this would be so would depend on the nature of those considerations, as well as on the nature of countervailing considerations, such as those identified in ENF-5 and

[71] Les principes 3 à 5, juste au-dessus méritent une précision.

[72] En ce qui concerne le principe 3, l'absence de toute obligation pour un agent ou un délégué du ministre de tenir compte des motifs d'ordre humanitaire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en vertu des paragraphes 44(1) et (2) a été reconnue dans une variété d'affaires différentes. Celles-ci comprennent la grande criminalité (p. ex., *Faci*, précitée, au paragraphe 63; *Kidd*, précitée, aux paragraphes 33 et 34; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990, au paragraphe 15); la criminalité organisée (p. ex., *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455, au paragraphe 35); et l'omission de quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée du demandeur dans ce pays (p. ex. *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 882, au paragraphe 36). Dans au moins deux des cas, les personnes en question sont venues au Canada alors qu'ils étaient enfants : *Faci*, précitée, et *Kidd*, précitée.

[73] Toutefois, je ne suis au courant d'aucune affaire où la Cour a affirmé l'absence d'une telle obligation en lien avec une personne qui est devenue résidente permanente dans son enfance et qui est alléguée être interdite de territoire compte tenu d'une ou de deux condamnations qui s'inscrivent à l'extrémité inférieure du continuum des infractions prévues par le paragraphe 36(2) de la LIPR.

[74] À mon avis, les motifs d'ordre humanitaire soulevés par ces personnes peuvent être à première vue assez probants pour susciter une obligation de les considérer, quand le motif véritable ou apparent d'interdiction de territoire est une ou deux infractions des types ci-dessus décrits. Autrement dit, la nature convaincante de la preuve *prima facie* des motifs d'ordre humanitaire, concernant les infractions moins sérieuses que j'ai décrites, peuvent être telles qu'elles rendent déraisonnable l'omission de les prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 44. Quant à savoir s'il en serait ainsi, cela dépendrait de la nature de ces motifs, ainsi que de la nature de motifs

discussed at paragraph 67 above, and whether the person has a long history of interactions with the law.

[75] In this context, I consider *prima facie* compelling H&C considerations to include an inability to speak the language of one's country of origin, the absence of any family in that jurisdiction, the personal exposure to severe trauma as a child in that jurisdiction, a terminal illness, and the demonstrated unavailability of medical assistance to address a very serious health issue.

[76] I will pause to note that in the absence of any evidence that Mr. McAlpin is terminally ill, I do not consider the H&C considerations he has advanced to be "compelling". In any event, given that he is inadmissible on grounds of "serious criminality", as opposed to the lower end of the "criminality" contemplated by subsection 36(2), the officer and the Delegate were under no obligation to consider those considerations.

[77] Turning to principles 4 and 5 set forth at paragraph 70 above, it bears underscoring that these apply to the stated rationale for a decision made under subsections 44(1) or (2). In my view, if an officer or a ministerial delegate does not refer to any H&C considerations in that part of their report or assessment, it cannot reasonably be claimed that such considerations were taken into account in reaching the opinion contemplated in those provisions. This is so even if such considerations are listed in the earlier part of the officer's assessment form that requires H&C factors to be identified, as happened in this case.

[78] With respect to the nature of the brief explanation that should be provided where H&C considerations are in fact taken into account in the stated rationale for the opinion reached by an officer or a ministerial delegate, a good example is what was provided by the officer upon reconsidering Mr. McAlpin's situation. In his expanded decision, the officer briefly mentioned

qui peuvent faire contrepoids, tels que ceux relevés au ENF-5 et discuté au paragraphe 67 ci-dessus, et si la personne a de longs antécédents d'interactions avec la loi.

[75] Dans ce contexte, j'estime que la preuve *prima facie* convainc les motifs d'ordre humanitaire d'inclure l'incapacité de parler la langue du pays d'origine d'une personne, l'absence de membres de la famille sur un territoire donné, l'exposition personnelle de traumatisme grave en tant qu'enfant sur un territoire donné, la maladie en phase terminale, et l'impossibilité prouvée d'obtenir des soins médicaux pour traiter un problème de santé très grave.

[76] Je vais prendre une pause pour souligner qu'en l'absence de toute preuve que M. McAlpin est en phase terminale, je ne considère pas que les motifs d'ordre humanitaire qu'il a relevés sont [TRADUCTION] «convaincants». En tout état de cause, étant donné qu'il est interdit de territoire pour «grande criminalité» par opposition à l'extrémité inférieure de la «criminalité» prévue par le paragraphe 36(2), l'agent et le délégué du ministre n'étaient pas tenus de tenir compte des motifs.

[77] En ce qui concerne les principes 4 et 5 énoncés au paragraphe 70 ci-dessus, il convient de souligner qu'ils s'appliquent à la justification d'une décision prise en vertu des paragraphes 44(1) ou (2). À mon avis, si un agent ou un délégué du ministre ne renvoie pas aux motifs d'ordre humanitaire dans cette partie du rapport ou de l'évaluation, on ne peut pas prétendre que ces motifs ont été pris en compte pour tirer la conclusion prévue par ces dispositions. Il en est ainsi, même si ces motifs sont énumérés dans la première partie du formulaire d'évaluation de l'agent qui exige que des motifs d'ordre humanitaire soient relevés, comme ce fut le cas en l'espèce.

[78] En ce qui concerne la nature brève de l'explication qui devrait être fournie quand les motifs d'ordre humanitaire sont en effet pris en compte dans la justification de l'avis atteint par un agent ou un délégué du ministre, un bon exemple est ce qui a été fourni par l'agent après avoir réexaminé la situation de M. McAlpin. Dans sa décision élargie, l'agent a brièvement mentionné les

the principal H&C factors that had been identified by Mr. McAlpin, including the length of time that he has been in Canada, his medical conditions and the fact that he is elderly. However, the officer stated that these considerations and certain others that he explicitly mentioned “do not overcome the seriousness of the crimes that Mr. McAlpin was convicted” of committing. In the context of the “very limited” discretion that an officer may have to take H&C considerations into account, I do not consider this type of treatment of such considerations by an officer to be unreasonable.

(2) Application of the general principles to this case

[79] Applying the foregoing principles to this case, I find that the Delegate did not err in the manner that Mr. McAlpin has alleged. That is to say, the Delegate’s decision was not unreasonable based on the fact that he refrained from considering and balancing all of the H&C factors that Mr. McAlpin had identified, including the most compelling ones, which Mr. McAlpin submits were completely ignored. In this latter regard, Mr. McAlpin states that the officer failed to take into account compelling evidence that his removal to Northern Ireland would have a devastating effect on his mental and physical health.

[80] The Delegate and the officer were under no obligation to consider and balance any of the H&C considerations that Mr. McAlpin had identified: *Melendez*, above, at paragraph 34. In my view, this is particularly so because Mr. McAlpin is inadmissible on grounds of serious criminality.

[81] In the narrative report which forms part of the Delegate’s decision, the officer listed, in a very general way, a number of H&C considerations and other personal information pertaining to Mr. McAlpin. That was done in section 7 of the assessment form, under the heading “Humanitarian and Compassionate Factors and Other Information”. The factors listed included the financial hardship that Mr. McAlpin claimed would be associated with his removal to Northern Ireland, as well as his “very lengthy list of health problems” and his

motifs d’ordre humanitaire principaux qui ont été relevés par M. McAlpin, y compris la période depuis laquelle il est au Canada, ses problèmes de santé et le fait qu’il est âgé. Toutefois, l’agent a déclaré que ces motifs et d’autres qu’il a expressément mentionnés [TRADUCTION] « ne réfutent pas la gravité des crimes dont M. McAlpin a été accusé » d’avoir commis. Dans le contexte du pouvoir discrétionnaire « très limité » dont doit disposer un agent pour prendre en compte les motifs d’ordre humanitaire, je ne crois pas que ce type de traitement de ces motifs de la part d’un agent est déraisonnable.

2) Application des principes généraux à la présente affaire

[79] En appliquant les principes susmentionnés en l’espèce, je conclus que le délégué n’a pas commis d’erreur de la manière que l’a allégué M. McAlpin. Autrement dit, la décision du délégué n’était pas déraisonnable compte tenu du fait qu’il s’est abstenu d’examiner et de soupeser tous les motifs d’ordre humanitaire que M. McAlpin avait soulevés, y compris les plus convaincants, qui, selon M. McAlpin, ont été complètement ignorés. À cet égard, M. McAlpin affirme que l’agent n’a pas tenu compte d’une preuve convaincante que son renvoi en Irlande du Nord aurait un effet dévastateur sur sa santé mentale et physique.

[80] Le délégué et l’agent n’étaient pas tenus d’examiner et de soupeser quelconque motif d’ordre humanitaire que M. McAlpin avait relevé : *Melendez*, précitée, au paragraphe 34. À mon avis, cela est particulièrement vrai étant donné que M. McAlpin était interdit de territoire pour grande criminalité.

[81] Dans le rapport narratif qui fait partie de la décision du délégué, l’agent a énuméré, d’une façon très générale, un certain nombre de motifs d’ordre humanitaire et d’autres renseignements personnels concernant M. McAlpin. Cela a été fait dans la section 7 du formulaire d’examen, sous la rubrique [TRADUCTION] « Motifs d’ordre humanitaire et autres renseignements ». Les motifs énumérés comprenaient les difficultés financières qui seraient associées, selon M. McAlpin, à son renvoi en Irlande du Nord, ainsi qu’à sa [TRADUCTION]

family's concern regarding the continuity of his health care in Great Britain.

[82] However, in section 9 of the assessment form, under the heading "Recommendation and rationale", the officer made no mention whatsoever of those or other H&C considerations in articulating the rationale for his recommendation that Mr. McAlpin be referred to an admissibility hearing. It can reasonably be inferred from the absence of any discussion of H&C considerations in the latter section of the officer's initial recommendation, that the officer exercised his discretion to not take such considerations into account in making that recommendation.

[83] Given that the officer was under no obligation to consider those H&C factors, and given that he did not in fact take those factors into account in explaining the rationale for his decision to recommend that Mr. McAlpin be referred to an admissibility hearing, Mr. McAlpin's allegation cannot be sustained. In brief, contrary to his allegation, the officer did not engage in a partial assessment of some of the H&C factors that he had identified, without assessing what Mr. McAlpin asserts are the more compelling H&C considerations in his case, and without explaining how H&C considerations had been weighed against other relevant considerations. Instead, the officer simply decided not to take any of those H&C factors into account. In the absence of any obligation on the officer or the Delegate to take such factors into account, that was not unreasonable.

B. The officer's treatment of Mr. McAlpin's work history

[84] Mr. McAlpin submits that the officer's treatment of his work history was unreasonable because the officer appeared to place negative weight on the fact that he had not worked since 1985. In so doing, the officer failed to take into account that Mr. McAlpin's inability to work is allegedly due to a workplace injury and that he had unsuccessfully attempted to return to work.

«très longue liste de problème de santé» et à la préoccupation de sa famille concernant le maintien des soins de santé en Grande-Bretagne.

[82] Toutefois, dans la section 9 du formulaire d'examen, sous la rubrique [TRADUCTION] «Recommandation et raisonnement», l'agent n'a fait nulle mention de ces motifs ni d'autres motifs d'ordre humanitaire en exposant le raisonnement de sa recommandation que M. McAlpin soit renvoyé pour enquête. On peut raisonnablement déduire de l'absence de toute discussion au sujet de motifs d'ordre humanitaire, dans la dernière section de la Recommandation initiale de l'agent, que l'agent a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte de ces motifs en formulant la recommandation.

[83] Étant donné que l'agent n'était pas tenu de prendre en compte ces motifs d'ordre humanitaire, et étant donné qu'il n'a pas, en fait, tenu compte des motifs d'ordre humanitaire en expliquant le raisonnement de sa décision de recommander M. McAlpin pour enquête, l'allégation de M. McAlpin ne peut pas être maintenue. En bref, contrairement à son allégation, l'agent ne s'est pas livré à une évaluation partielle d'une partie des motifs d'ordre humanitaire qu'il avait relevés, sans évaluer ceux que M. McAlpin affirme être les motifs d'ordre humanitaire les plus convaincants dans son cas, et sans expliquer la façon dont les motifs d'ordre humanitaire ont été soupesés avec d'autres motifs pertinents. L'agent a plutôt décidé simplement de ne prendre en compte aucun de ces motifs. En l'absence de toute obligation de l'agent ou du délégué de tenir compte de ces motifs, cela n'était pas déraisonnable.

B. La façon dont l'agent a traité les antécédents professionnels de M. McAlpin

[84] M. McAlpin soutient que la façon dont l'agent a traité ses antécédents professionnels n'était pas raisonnable parce qu'il a semblé accorder de l'importance sur le fait qu'il n'avait pas travaillé depuis 1985. Pour ce faire, l'agent n'a pas tenu compte que l'incapacité de M. McAlpin à travailler serait imputable à un accident du travail et qu'il avait tenté, sans succès, de retourner travailler.

[85] I agree that the officer appeared to place negative weight on the fact that Mr. McAlpin had not worked since 1985, and that he appeared to disregard Mr. McAlpin's explanation of why that was so. The officer took note of that explanation earlier in his report, yet failed to make any mention of it in providing the rationale for his recommendation to refer Mr. McAlpin to an admissibility hearing. He simply referred to the fact that Mr. McAlpin had not worked since 1985.

[86] In my view, the officer's apparent disregard of Mr. McAlpin's explanation for not having worked since 1985 did not render either his decision, or the Delegate's subsequent decision, unreasonable.

[87] It is readily apparent from a reading of the "Recommendation and Rationale" section of the officer's report that Mr. McAlpin's work history was a relatively minor factor in the officer's overall assessment. The principal factors relied upon by the officer were the following:

- Mr. McAlpin's significant criminal history;
- The escalation in the seriousness of his offences;
- His most recent offences involved "very large amounts of drugs and a prohibited loaded firearm";
- The latter offences occurred while he was on bail awaiting the outcome of other serious charges;
- The offences for which he was convicted have a very significant impact on Canadian society, particularly considering the "large scale" of his sales of marijuana;
- The fact that a loaded prohibited handgun and several other loaded unlicensed firearms were

[85] Je conviens que l'agent a semblé accorder de l'importance sur le fait que M. McAlpin n'avait pas travaillé depuis 1985, et qu'il a semblé écarter l'explication de M. McAlpin au sujet de la raison pour laquelle il n'a pas travaillé depuis 1985. L'agent a pris note de cette explication plus haut dans son rapport, mais a néanmoins omis d'en parler quand il a fourni le raisonnement de sa recommandation de renvoyer M. McAlpin pour enquête. Il a simplement mentionné le fait que M. McAlpin n'avait pas travaillé depuis 1985.

[86] À mon avis, l'indifférence apparente de l'agent à l'égard de l'explication de M. McAlpin pour ne pas avoir travaillé depuis 1985 n'a pas rendu sa décision, ou la décision subséquente du délégué, déraisonnable.

[87] Il est évident, à la lecture de la section [TRANSDUCTION] « Recommandation et raisonnement » du rapport de l'agent, que les antécédents professionnels de M. McAlpin étaient un facteur relativement mineur dans l'évaluation globale de l'agent. Les facteurs principaux sur lesquels s'est fondé l'agent sont les suivants :

- Les antécédents criminels importants de M. McAlpin;
- L'escalade de la gravité de ses infractions;
- Son infraction la plus récente comportait [TRANSDUCTION] « des quantités très importantes de drogue et une arme à feu prohibée chargée »;
- Les dernières infractions se sont produites lorsqu'il était en liberté sous caution, attendant l'issue de ses autres accusations graves;
- Les infractions pour lesquelles il a été condamné ont des répercussions très importantes sur la société canadienne, compte tenu particulièrement [TRANSDUCTION] de ses ventes de marijuana [TRANSDUCTION] « à grande échelle »;
- Le fait qu'une arme de poing prohibée chargée et de nombreuses autres armes à feu sans permis

found inside a drug operation of “immense scale is indicative of the potential for harm”;

- He has an assault conviction on his record and several withdrawn violent offences involving pointing a firearm and violence against exotic dancers; and
- His potential for rehabilitation is low.

[88] Given all of the foregoing, I consider that the manner in which the officer, and by implication the Delegate, dealt with Mr. McAlpin’s work history did not render the Decision unreasonable. In the overall context of their respective decisions, that treatment of his work history did not render unreasonable either the process by which the officer and the Delegate reached their decisions, or the outcome of those decisions. In my view, both the process and the outcome of those decisions fell “within a range of acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). In brief, they allow the Court to understand why they were made and to determine that they fell within the range of acceptable outcomes (*Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 14). The fact that they did not refer to all of the arguments or explanations that Mr. McAlpin had submitted in support of his request not to be referred to an admissibility hearing did not render the decisions unreasonable (*Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 16; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, at paragraph 3).

[89] I will simply observe in passing that although Mr. McAlpin maintained that he was not able to work due to his workplace injury in 1985, this did not prevent him from operating what the sentencing judge characterized as being a “large scale” marijuana operation. In this context, the failure of the officer and the Delegate to explicitly recognize Mr. McAlpin’s alleged inability to work was understandable.

chargées ont été trouvées dans le trafic de stupéfiants à [TRADUCTION] «échelle immense témoigne du risque de préjudice»;

- Il a été déclaré coupable d’une agression et de nombreuses infractions violentes retirées impliquant le fait d’avoir braqué une arme à feu, et commis des actes de violence à l’égard de danseuses exotiques;
- Sa possibilité de réadaptation est faible.

[88] Compte tenu tout ce qui précède, je suis d’avis que la façon dont l’agent et, implicitement, le délégué, ont traité les antécédents criminels de M. McAlpin n’a pas rendu la décision déraisonnable. Dans le contexte global de leurs décisions respectives, la façon dont ses antécédents criminels ont été traités n’a rendu déraisonnable ni la procédure par laquelle l’agent et le délégué ont pris leurs décisions ni le résultat de ces décisions. À mon avis, la procédure et le résultat de ces décisions appartenaient aux «issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit» (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). En bref, ils ont permis à la Cour de comprendre la raison pour laquelle elles avaient été prises et de déterminer qu’elles appartenaient aux issues acceptables (*Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 14). Le fait qu’ils ne se sont pas fondés sur tous les arguments ou les explications que M. McAlpin avait fournis à l’appui de sa demande de ne pas être renvoyé pour enquête n’a pas rendu les décisions déraisonnables (*Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 16; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, au paragraphe 3).

[89] Je me contenterai de souligner que bien que M. McAlpin soutienne qu’il n’était pas en mesure de travailler en raison de son accident du travail en 1985, cela ne l’a pas empêché d’exploiter ce que le juge chargé de la détermination de la peine a qualifié d’opération de marijuana à «grande échelle». Dans ce contexte, l’omission de l’agent et du délégué de reconnaître expressément l’incapacité à travailler de M. McAlpin était compréhensible.

C. The officer's assessment of Mr. McAlpin's potential for rehabilitation

[90] Mr. McAlpin submits that the officer's assessment of his potential for rehabilitation was unreasonable because it did not take account of important evidence on the record that contradicted the conclusion reached by the officer.

[91] The information upon which Mr. McAlpin relies in this regard is contained in a Pre-Sentence Report, the Reasons for Sentence given by Arrell J., and Mr. McAlpin's Correctional Plan.

[92] The relevant passage of the Pre-Sentence Report noted that Mr. McAlpin "seemed open about providing details regarding the circumstances on [sic] what occurred and appeared to accept responsibility for his actions". Similarly, the Reasons for Sentence provided by Arrell J. state that Mr. McAlpin "has accepted responsibility for his actions and I accept that he has shown real remorse". In addition, Mr. McAlpin notes that his Correctional Plan states that he "accepts responsibility for his involvement in the index offence as evidenced by his guilty plea and disclosure to [the] writer" of the report.

[93] However, the Correctional Plan also contains several passages that reflect that Mr. McAlpin has not in fact fully accepted responsibility for his offences and may continue to present a potential for reoffending. In this regard, the Correctional Plan states that he "expressed very little remorse for his actions", provided a version of events that was "not accurate", maintained that the substantial number of marijuana plants and dried marijuana (25 pounds) that were found in his position were for medicinal purposes, and that he continues to harbour "pro-criminal sentiments, including a cavalier attitude towards the law and little regard towards the negative impact the illicit drug trade has on society as a whole".

C. L'évaluation de l'agent à l'égard de la possibilité de réadaptation de M. McAlpin

[90] M. McAlpin soutient que l'évaluation de l'agent à l'égard de sa possibilité de réadaptation n'était pas raisonnable étant donné qu'il n'a pas pris en compte les importantes preuves au dossier qui contredisaient la conclusion formulée par l'agent.

[91] Les renseignements sur lesquels se fonde M. McAlpin à cet égard se trouvent dans un rapport présentenciel, les motifs à l'appui de la peine prononcée par le juge Arnell, et le plan correctionnel de M. McAlpin.

[92] Le passage pertinent du rapport présentenciel a souligné que M. McAlpin [TRADUCTION] « semblait ouvert à l'idée de fournir des détails concernant les circonstances qui se sont produites et semblait reconnaître la responsabilité de ses actes ». Dans le même ordre d'idées, les motifs à l'appui de la peine prononcée par le juge Arnell déclarent que M. McAlpin [TRADUCTION] « a accepté la responsabilité de ses actes et je reconnais qu'il a exprimé de vrais remords ». De plus, M. McAlpin souligne que le plan correctionnel déclare qu'il [TRADUCTION] « accepte la responsabilité de ses actes pour sa participation à l'infraction à l'origine de sa peine comme en témoigne son plaidoyer de culpabilité et sa divulgation à l'auteur » du rapport.

[93] Toutefois, le plan correctionnel comprend plusieurs passages qui reflètent le fait que M. McAlpin n'a pas, en fait, entièrement accepté la responsabilité de ses actes et pourrait continuer à présenter une possibilité de récidive. À cet égard, le plan correctionnel déclare qu'il [TRADUCTION] « a exprimé très peu de remords pour ses actes », qu'il a fourni une version des faits qui n'était [TRADUCTION] « pas exacte », qu'il a soutenu que le grand nombre de plantes de marijuana et de marijuana séchée (25 livres) qui ont été trouvées en sa possession étaient à des fins médicinales, et qu'il continue d'éprouver [TRADUCTION] « des sentiments procriminelles, y compris une attitude cavalière envers la loi et peu d'égard envers l'incidence négative que le commerce illégal de la drogue a sur l'ensemble de la société ».

[94] More importantly, subsequent to the dates of the Pre-Sentence Report and Arnell J.'s Reasons for Sentence, the officer interviewed Mr. McAlpin. Based on that interview, the officer concluded that “his accountability is very low for the Criminal behaviour that he committed and that he rationalizes his behaviour as having had a license and it all being for medicinal purposes and not for profit”. In addition to relying on his personal conclusion in this regard, the officer based his conclusion regarding Mr. McAlpin’s low potential for rehabilitation on the fact that his most recent convictions were for offences that he committed while he was “already on bail for selling and producing marijuana”.

[95] Considering the foregoing, and having regard to the “very limited” discretion that was available to the officer (*Sharma*, above, at paragraph 24), I am satisfied that the officer’s assessment of Mr. McAlpin’s potential for rehabilitation was not unreasonable. In this context, the officer simply needed to provide a very brief explanation for his finding on this point. I consider that the explanation provided was not only reasonable, but was supported by the passages from Mr. McAlpin’s Correctional Plan that I have discussed at paragraph 93 above (*Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 15).

D. The officer’s treatment of Mr. McAlpin’s withdrawn charges

[96] Mr. McAlpin submits that the officer erred in relying on withdrawn criminal charges to reach findings upon which he placed significant weight in reaching his decision to recommend Mr. McAlpin for an admissibility hearing. I agree.

[97] As noted at paragraph 87 above, the principal factors upon which the officer appears to have relied in recommending that Mr. McAlpin be referred to an admissibility hearing included his “significant criminal history”, and “several withdrawn violent offences involving pointing a firearm and violence against exotic dancers”. The officer characterized that criminal history

[94] Plus important encore, à la suite des dates du rapport présentenciel et des motifs du juge Arnell à l’appui de la peine prononcée, l’agent a interrogé M. McAlpin. Sur la base de cette entrevue, l’agent a conclu que [TRADUCTION] « sa responsabilité est très faible pour le comportement criminel qu’il a commis et il rationalise son comportement comme ayant eu un permis, et que le tout était utilisé à des fins médicales et non à but lucratif ». En plus de se fonder sur sa conclusion personnelle à cet égard, l’agent a fondé sa conclusion sur la faible possibilité de réadaptation de M. McAlpin sur le fait que ses condamnations les plus récentes étaient pour des infractions qu’il a commises alors qu’il était [TRADUCTION] « déjà en liberté sous caution pour vente et production de marijuana ».

[95] Compte tenu de ce qui précède, et compte tenu du pouvoir discrétionnaire « très limité » dont disposait l’agent (*Sharma*, précité, au paragraphe 24), je suis convaincu que l’évaluation de l’agent de la possibilité de réadaptation de M. McAlpin n’était pas déraisonnable. Dans ce contexte, l’agent devait simplement fournir une brève explication pour la conclusion qu’il a tirée sur ce point. Je suis d’avis que l’explication fournie n’était pas seulement raisonnable, mais elle était étayée par les passages du plan correctionnel de M. McAlpin que j’ai analysés au paragraphe 93 ci-dessus (*Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 15).

D. La façon dont l’agent a traité les accusations retirées de M. McAlpin

[96] M. McAlpin soutient que l’agent a commis une erreur en se fondant sur les accusations criminelles retirées pour tirer ses conclusions à partir desquelles il a accordé une grande importance pour rendre sa décision de renvoyer M. McAlpin pour enquête. Je suis d’accord.

[97] Comme il a été précisé au paragraphe 87 ci-dessus, les principaux facteurs sur lesquels l’agent semble s’être fondé pour recommander M. McAlpin pour enquête incluent ses « antécédents historiques importants » et « de nombreuses infractions différentes impliquant le fait d’avoir braqué une arme à feu et commis des actes de violence contre des danseuses

as having spanned “the past thirty five years with few gaps”. It appears from the face of the officer’s decision that these factors were given significant weight in that decision.

[98] The officer’s characterization of Mr. McAlpin’s “criminal history” as having spanned “the past thirty five years with few gaps” is only intelligible if that history is viewed as including the “many separate withdrawn charges during that time period” that were noted earlier in the officer’s report. However, those charges were never proved, and therefore are not evidence of any “criminal history”: *Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198 (*Sittampalam*), at paragraph 50; *Balan v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 691, 482 F.T.R. 49, at paragraph 21; *Kharrat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 842 (*Kharrat*), at paragraph 21.

[99] Once those charges are excluded from consideration, Mr. McAlpin’s “criminal history” consists of five non-reported convictions plus the four offences to which he pled guilty in 2014. The latter are described at paragraph 15 above. The former were for Failing to Remain at the Scene of an Accident (1975), Assault (1983), Driving While Ability Impaired (1987), Mischief under \$5,000 (1996), and Failure to Stop at the Scene of an Accident (1997).

[100] It is readily apparent from the foregoing brief summary of Mr. McAlpin’s convictions that there are indeed significant gaps in his criminal history, namely, the eight-year gap between his first two convictions, the nine-year gap between his third and fourth convictions, and the seventeen-year gap between his fifth conviction in 1997 and his four convictions in 2016. Indeed, as a result of the latter gap, Arrell J. characterized Mr. McAlpin’s criminal record as being “dated”.

exotiques». L’agent a qualifié ces antécédents criminels comme s’étendant sur «les trente-cinq dernières années avec peu d’écarts». Il ressort de la décision de l’agent que beaucoup d’importance a été accordé à ces facteurs dans cette décision.

[98] La qualification de l’agent des «antécédents criminels» de M. McAlpin comme s’étendant sur «les trente-cinq dernières années avec peu d’écarts» n’a de sens que si les antécédents sont considérés comme incluant les [TRADUCTION] «nombreuses accusations distinctes retirées lors de cette période» qui ont déjà été soulignées dans le rapport de l’agent. Toutefois, ces accusations n’ont jamais été prouvées, et ne sont donc pas la preuve d’«antécédents criminels»: *Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 (*Sittampalam*), au paragraphe 50; *Balan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 691, au paragraphe 21; *Kharrat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 842 (*Kharrat*), au paragraphe 21.

[99] Une fois que ces accusations sont exclues de l’examen, les «antécédents criminels» de M. McAlpin consistent en cinq déclarations non déclarées en plus de quatre accusations auxquelles il a plaidé coupable en 2014. Ces dernières sont décrites au paragraphe 15 ci-dessus. Les cinq accusations non déclarées étaient pour omission d’être resté sur les lieux d’un accident (1975), agression (1983), conduite avec des facultés affaiblies (1987), méfait de moins de 5 000 \$ (1996), et omission de s’être arrêté sur les lieux d’un accident (1997).

[100] Il est bien évident, à partir du résumé des condamnations de M. McAlpin, qu’il y a en effet des écarts importants dans ses antécédents criminels, à savoir l’écart de huit ans entre ses deux premières condamnations, l’écart de neuf ans entre sa troisième et sa quatrième condamnation, et l’écart de dix-sept ans entre sa cinquième et sa sixième condamnation en 1997 et ses quatre condamnations en 2016. En fait, à la suite du dernier écart, le juge Arrell a qualifié le casier judiciaire de M. McAlpin comme étant [TRADUCTION] «à jour».

[101] Given the foregoing, it is reasonable to infer that the officer impermissibly relied on Mr. McAlpin's withdrawn charges in finding that he "has a significant criminal history that spans the past thirty five years with few gaps". To the extent that the officer and the Delegate then placed significant weight on that finding in reaching their decisions, those decisions were unreasonable.

[102] This conclusion should not be interpreted as suggesting that evidence of pending or withdrawn charges cannot be considered by an officer or a ministerial delegate in exercising the very limited discretion contemplated by subsections 44(1) and (2) of the IRPA. Provided that such evidence is found to be credible and trustworthy, it may be considered in this and certain other contexts that arise under the IRPA: *Sittampalam*, above, at paragraph 49; *Kharrat*, above, at paragraph 21; *Thuraisingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 607, 251 F.T.R. 282, at paragraphs 35–39 and 44.

[103] In this particular context, where a priority must be placed upon the safety and security of Canadians, I consider that it is entirely appropriate for an officer or a ministerial delegate to consider official police records of an inadmissible individual's interactions with the police, in exercising the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2). In the absence of any evidence to impugn the credibility or trustworthiness of a particular official police record as evidence of an interaction with the police, it is not immediately apparent why such a record should not be considered to be credible and trustworthy for that purpose.

[104] An individual's interactions with the police form part of the totality of circumstances that may be relevant for an officer or a ministerial delegate to consider, particularly when the individual advances H&C considerations in support of a request not to be referred to an admissibility hearing. In brief, in considering the extent to which an individual warrants relief from the normal operation of the IRPA on compassionate grounds, the extent of

[101] Vu ce qui précède, il est raisonnable de déduire que l'agent s'est fondé de manière inacceptable sur les accusations retirées de M. McAlpin pour conclure qu'il « a des antécédents criminels importants qui s'étendent sur les trente-cinq dernières années avec peu d'écarts ». Dans la mesure où l'agent et le délégué ont ensuite accordé beaucoup d'importance à cette conclusion pour prendre leurs décisions, ces décisions étaient déraisonnables.

[102] Cette conclusion ne devrait pas être interprétée comme laissant entendre que la preuve des accusations qui pèsent contre lui ou qui ont été retirées ne peuvent pas être prises en compte par un agent ou un délégué du ministre dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire très limité en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR. À condition que cette preuve soit jugée crédible et digne de confiance, elle peut être prise en considération dans ce contexte et dans d'autres contextes que soulève la LIPR : *Sittampalam*, précité, au paragraphe 49; *Kharrat*, précitée, au paragraphe 21; *Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 607, aux paragraphes 35 à 39 et 44.

[103] Dans ce contexte particulier, où une priorité doit être fondée sur la sécurité des Canadiens, je suis d'avis qu'il soit tout à fait approprié pour l'agent ou le délégué du ministre d'examiner les dossiers officiels de la police de l'interaction d'un individu interdit de territoire avec la police pour exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu des paragraphes 44(1) et (2). En l'absence de preuve pour attaquer la crédibilité ou la fiabilité d'un dossier officiel de la police comme preuve d'une interaction avec la police, la raison pour laquelle un tel dossier ne devrait pas être considéré comme crédible et fiable à ces fins n'est pas évidente.

[104] Les interactions d'une personne avec la police font partie de l'ensemble des circonstances qui peuvent être pertinentes à considérer pour un agent ou un délégué du ministre, plus particulièrement quand les personnes présentent des motifs d'ordre humanitaire à l'appui d'une demande de ne pas être renvoyé pour enquête. En bref, en examinant la mesure dans laquelle une personne demande la réparation du fonctionnement

that individual's interactions with the law can be very relevant. Stated differently, it may be difficult to have much compassion for an individual who has a history of interaction with the law. This is especially so when the individual is also inadmissible on grounds of "security" (section 34), "violating human or international rights" (section 35), "serious criminality" (subsection 36(1)), "criminality" (subsection 36(2)) and "organized criminality" (subsection 37(1)).

[105] Considering the foregoing, it would have been reasonably open to the officer and the Delegate to take Mr. McAlpin's withdrawn charges and associated police reports into account for the purpose of assessing his history of interaction with the law. In the absence of evidence to suggest that the police may have had any reason to fabricate such charges and reports, the fact that they had laid such charges and made associated reports was credible and trustworthy evidence of Mr. McAlpin's past interactions with the law. Indeed, some of that evidence was the same evidence upon which Mr. McAlpin himself relied to challenge the finding reached by the officer regarding his potential for rehabilitation. Specifically, his Correctional Plan, discussed above, details those withdrawn charges (CTR, at page 31). In addition, one police report that was included in the CTR was written by the reporting officer within a few hours of the alleged assault incident, and summarizes evidence provided by eye witnesses (CTR, at pages 97–99). Another police report was prepared two days after an alleged assault and contains considerable details and particulars of the incident (CTR, at pages 100–101 and 109).

[106] In summary, in exercising the very limited discretion afforded to them under subsections 44(1) and (2) of the IRPA, it would have been reasonably open to the officer and the Delegate to consider the evidence described above with respect to Mr. McAlpin's withdrawn charges and associated police reports, solely for the purpose of considering his history of interactions with the law. However, it was not reasonably open to the

normal de la LIPR sur des motifs de compassion, l'étendue des interactions de cette personne avec la loi peut être très pertinente. Autrement dit, il peut être difficile de faire preuve de compassion pour une personne qui a des antécédents d'interactions avec la loi. Ceci est d'autant plus vrai quand la personne est également interdite de territoire pour raison de « sécurité » (article 34), d'« atteinte aux droits humains ou internationaux » (article 35), de « grande criminalité » (paragraphe 36(1)), de « criminalité » (paragraphe 36(2)) et de « criminalité organisée » (paragraphe 37(1)).

[105] Compte tenu de ce qui précède, il aurait été raisonnablement loisible à l'agent et au délégué de prendre en compte les accusations retirées et les rapports de police associés de M. McAlpin dans le but d'évaluer les antécédents de ses interactions avec la loi. En l'absence de preuve indiquant que la police aurait pu avoir une raison de fabriquer de telles accusations et de tels rapports, le fait qu'ils ont porté ces accusations et déposé des rapports associés était une preuve crédible et fiable des interactions passées de M. McAlpin avec la loi. En fait, certains de ces éléments de preuve étaient les mêmes sur lesquels M. McAlpin s'est lui-même fondé pour contester la conclusion tirée par l'agent à l'égard de sa possibilité de réadaptation. Plus précisément, son plan correctionnel, examiné ci-dessus, décrit en détail ces accusations retirées (DCT, à la page 31). De plus, un rapport de police qui était inclus dans le DCT a été écrit par l'agent concerné quelques heures après l'incident d'agression alléguée, et résume la preuve fournie par les témoins oculaires (DCT, aux pages 97 à 99). Un autre rapport de police a été préparé deux jours après l'agression alléguée et contient de nombreux détails et des précisions de l'incident (DCT, aux pages 100 à 101 et 109).

[106] En résumé, en exerçant le pouvoir discrétionnaire très limité qu'on leur confère en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR, il aurait été raisonnablement loisible à l'agent et au délégué de tenir compte de la preuve décrite ci-dessus à l'égard des accusations retirées et des rapports de police associés de M. McAlpin, aux seules fins d'examiner les antécédents de ses interactions avec la loi. Toutefois, il n'était pas

officer and the Delegate to treat Mr. McAlpin's withdrawn charges as evidence of his history of criminality.

[107] Accordingly, the Decision will be set aside and remitted to a different ministerial delegate for reconsideration in accordance with these reasons.

VIII. Conclusion

[108] For the reasons set forth in parts VII.A–C above, the treatment by the officer and the Delegate of the H&C considerations advanced by Mr. McAlpin, his work history and his potential for rehabilitation was not unreasonable.

[109] However, for the reasons set forth in Part VII.D above, it was unreasonable for the officer and the Delegate to have relied upon Mr. McAlpin's withdrawn charges as evidence of his criminal history.

[110] Accordingly, this application will be granted.

[111] At the end of the oral hearing of this application, counsel to the respondent stated that the application does not raise any serious question of general importance, as contemplated by paragraph 74(d) of the IRPA. Counsel to Mr. McAlpin agreed, assuming that this application would be determined on the basis of whether the Delegate's decision was reasonable.

[112] In my view, the issue of the scope of the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2) is a serious question of general importance. Indeed, the F.C.A. has intimated as much: *Sharma*, above, at paragraph 48; *Cha*, above, at paragraph 41. The divergence in the jurisprudence of this Court with respect to this issue is also reflective of the seriousness of the question.

[113] However, given that I have decided this application on an entirely different basis, namely, that the Delegate erred in relying on Mr. McAlpin's withdrawn charges as evidence of his criminal history, the issue

raisonnablement loisible de l'agent et du délégué de traiter les accusations retirées de M. McAlpin comme preuve de ses antécédents criminels.

[107] Par conséquent, la décision sera annulée et renvoyée à un délégué du ministre pour réexamen en conformité avec les présents motifs.

VIII. Conclusion

[108] Pour les motifs énoncés aux parties VII.A à C ci-dessus, la façon dont l'agent et le délégué ont traité les motifs d'ordre humanitaire soulevés par M. McAlpin, ses antécédents professionnels et sa possibilité de réadaptation n'était pas raisonnable.

[109] Toutefois, pour les motifs énoncés dans la partie VII.D ci-dessus, il était déraisonnable de la part de l'agent et du délégué de se fonder sur les accusations retirées de M. McAlpin comme preuve de ses antécédents criminels.

[110] Par conséquent, la présente demande sera accordée.

[111] À la clôture de l'audience de la présente demande, l'avocat du défendeur a déclaré que la demande ne soulevait aucune question grave de portée générale, comme le prévoit l'alinéa 74d) de la LIPR. L'avocat de M. McAlpin était d'accord, tenant pour acquis que la présente demande serait statuée sur la question de savoir si la décision du délégué était raisonnable.

[112] À mon avis, la question de l'étendue du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2) est une question grave de portée générale. En fait, la C.A.F. en a laissé entendre tout autant : *Sharma*, précité, au paragraphe 48 ; *Cha*, précité, au paragraphe 41. La divergence dans la jurisprudence de la Cour à l'égard de la question témoigne également de la gravité de la question.

[113] Toutefois, étant donné que j'ai tranché la présente demande sur une base totalement différente, c'est-à-dire que le délégué a commis une erreur en se fondant sur les accusations retirées de M. McAlpin comme

of the scope of the discretion contemplated by subsections 44(1) and (2) would not be “dispositive” of this matter: *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 682, at paragraphs 3 and 46; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 28.

[114] Accordingly, no question will be certified.

JUDGMENT in IMM-1542-17

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. This application is granted. This matter shall be remitted to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons.
2. There is no question for certification.

APPENDIX 1 — Relevant Legislation

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Objectives — immigration

3 (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(h) to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks;

...

Serious criminality

36 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum

preuve de ses antécédents criminels, la question de l’étendue du pouvoir discrétionnaire prévu par les paragraphes 44(1) et (2) ne permettrait pas de « trancher » la présente affaire : *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 682, aux paragraphes 3 et 46; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 28.

[114] Aucune question ne sera donc certifiée.

JUGEMENT DANS IMM-1542-17

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie. L’affaire est renvoyée au ministre pour réexamen conformément aux présents motifs.
2. Il n’y a aucune question à certifier.

ANNEXE 1 — Législation pertinente

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

Objet en matière d’immigration

3 (1) En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

h) de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

i) de promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

[...]

Grande criminalité

36 (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d’une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement

term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

Criminality

(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;

(b) having been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament, or of two offences not arising out of a single occurrence that, if committed in Canada, would constitute offences under an Act of Parliament;

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament; or

(d) committing, on entering Canada, an offence under an Act of Parliament prescribed by regulations.

...

DIVISION 5

Loss of Status and Removal

Report on Inadmissibility

Preparation of report

44 (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is

maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.

Criminalité

(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions qui ne découlent pas des mêmes faits et qui, commises au Canada, constitueraient des infractions à des lois fédérales;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation;

d) commettre, à son entrée au Canada, une infraction qui constitue une infraction à une loi fédérale précisée par règlement.

[...]

SECTION 5

Perte de statut et renvoi

Constat de l'interdiction de territoire

Rapport d'interdiction de territoire

44 (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent

inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

Referral or removal order

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

Conditions

(3) An officer or the Immigration Division may impose any conditions, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions, that the officer or the Division considers necessary on a permanent resident or a foreign national who is the subject of a report, an admissibility hearing or, being in Canada, a removal order.

Conditions — inadmissibility on grounds of security

(4) If a report on inadmissibility on grounds of security is referred to the Immigration Division and the permanent resident or the foreign national who is the subject of the report is not detained, an officer shall also impose the prescribed conditions on the person.

Duration of conditions

(5) The prescribed conditions imposed under subsection (4) cease to apply only when

- (a) the person is detained;
- (b) the report on inadmissibility on grounds of security is withdrawn;
- (c) a final determination is made not to make a removal order against the person for inadmissibility on grounds of security;
- (d) the Minister makes a declaration under subsection 42.1(1) or (2) in relation to the person; or
- (e) a removal order is enforced against the person in accordance with the regulations.

peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

Suivi

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

Conditions

(3) L'agent ou la Section de l'immigration peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution, au résident permanent ou à l'étranger qui fait l'objet d'un rapport ou d'une enquête ou, étant au Canada, d'une mesure de renvoi.

Conditions — interdiction de territoire pour raison de sécurité

(4) Si l'affaire relative à un rapport d'interdiction de territoire pour raison de sécurité est déférée à la Section de l'immigration et que le résident permanent ou l'étranger qui fait l'objet du rapport n'est pas détenu, l'agent impose également à celui-ci les conditions réglementaires.

Durée des conditions

(5) Les conditions réglementaires imposées en vertu du paragraphe (4) ne cessent de s'appliquer que lorsque survient l'un ou l'autre des événements suivants :

- a) la détention de l'intéressé;
- b) le retrait du rapport d'interdiction de territoire pour raison de sécurité;
- c) la décision, en dernier ressort, selon laquelle n'est prise contre l'intéressé aucune mesure de renvoi pour interdiction de territoire pour raison de sécurité;
- d) la déclaration du ministre faite à l'égard de l'intéressé en vertu des paragraphes 42.1(1) ou (2);
- e) l'exécution de la mesure de renvoi visant l'intéressé conformément aux règlements.

Admissibility Hearing by the Immigration Division**Decision**

45 The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

(a) recognize the right to enter Canada of a Canadian citizen within the meaning of the Citizenship Act, a person registered as an Indian under the Indian Act or a permanent resident;

(b) grant permanent resident status or temporary resident status to a foreign national if it is satisfied that the foreign national meets the requirements of this Act;

(c) authorize a permanent resident or a foreign national, with or without conditions, to enter Canada for further examination; or

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

...

No appeal for inadmissibility

64 (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

Serious criminality

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in Canada by a term of imprisonment of at least six months or that is described in paragraph 36(1)(b) or (c).

Misrepresentation

(3) No appeal may be made under subsection 63(1) in respect of a decision that was based on a finding of inadmissibility on the ground of misrepresentation, unless the foreign national in question is the sponsor's spouse, common-law partner or child.

Enquête par la Section de l'immigration**Décision**

45 Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes :

a) reconnaître le droit d'entrer au Canada au citoyen canadien au sens de la Loi sur la citoyenneté, à la personne inscrite comme Indien au sens de la Loi sur les Indiens et au résident permanent;

b) octroyer à l'étranger le statut de résident permanent ou temporaire sur preuve qu'il se conforme à la présente loi;

c) autoriser le résident permanent ou l'étranger à entrer, avec ou sans conditions, au Canada pour contrôle complémentaire;

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

[...]

Restriction du droit d'appel

64 (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

Grande criminalité

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise, d'une part, l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins six mois et, d'autre part, les faits visés aux alinéas 36(1)(b) et c).

Fausse déclarations

(3) N'est pas susceptible d'appel au titre du paragraphe 63(1) le refus fondé sur l'interdiction de territoire pour fausses déclarations, sauf si l'étranger en cause est l'époux ou le conjoint de fait du répondant ou son enfant.

IMM-3817-17
2018 FC 306

IMM-3817-17
2018 CF 306

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

v.

Barinder Singh Sidhu (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SIDHU

Federal Court, Mosley J.—Vancouver, February 22;
Ottawa, March 16, 2018.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) upholding finding by Immigration Division (ID) that respondent not inadmissible for misrepresentation pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 40(1)(a); having no duty of candour to disclose father's criminal history — Respondent citizen of India — Respondent's father implicated in alleged honour killing in India, convicted in India, sentenced to life imprisonment but appealing conviction — Later, father applying for Canadian permanent residency under the family class including wife, respondent in application — Canadian authorities not aware of conviction of respondent's father — Respondent, parents landed in Canada as permanent residents — Years later, respondent interviewed at Canadian Consulate in India where questioned about father's criminal proceedings — Respondent's application to return to Canada approved — Immigration report subsequently issued alleging that respondent inadmissible pursuant to Act, s. 40(1)(a) on grounds he failed to disclose and/or withheld information concerning father's conviction, thereby inducing error in administration of Act — Whether IAD's decision reasonable regarding findings on misrepresentation, duty of candour — Respondent not making any direct misrepresentation that could induce error in administration of legislation but knew about father's conviction when family came to Canada — Goal of Act, s. 40(1)(a) to ensure that applications provide complete, truthful information — Not distinguishing between innocent, deliberate misrepresentations — Respondent's father's misrepresentation directly inducing error (issuance of permanent resident visas) in administration of Act — IAD's interpretation of Act, s. 40 based on assumption that respondent could only be found to be inadmissible if father first subject to inadmissibility hearing — IAD's interpretation would defeat object of legislation in any case in which

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

c.

Barinder Singh Sidhu (défendeur)

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. SIDHU

Cour fédérale, juge Mosley—Vancouver, 22 février;
Ottawa, 16 mars 2018.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de confirmer une conclusion de la Section de l'immigration (SI) selon laquelle le défendeur n'était pas interdit de territoire pour présentations erronées en vertu de l'art. 40(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et n'avait pas l'obligation de divulguer les antécédents criminels de son père — Le défendeur est un citoyen de l'Inde — Son père a été impliqué dans un présumé crime d'honneur en Inde, a été déclaré coupable en Inde et condamné à l'emprisonnement à perpétuité, mais il a interjeté appel — Par la suite, le père a déposé une demande pour devenir résident permanent du Canada dans la catégorie du regroupement familial, de même que son épouse et le défendeur — Les autorités canadiennes n'étaient pas au courant des antécédents criminels du père — Le défendeur et ses parents ont été accordé le droit d'établissement à l'aéroport de Vancouver — Plusieurs années plus tard, le défendeur a été interrogé au consulat du Canada en Inde, où il a été interrogé au sujet des procédures criminelles de son père — La demande de retour au Canada du défendeur a été approuvée — Par la suite, un rapport a été produit, alléguant que le défendeur était interdit de territoire aux termes de l'art. 40(1)a de la Loi au motif qu'il n'avait pas divulgué et avait dissimulé des renseignements concernant la déclaration de culpabilité de son père, ce qui avait entraîné une erreur dans l'application de la Loi — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était raisonnable en ce qui concerne ses conclusions sur les présentations erronées et l'obligation de franchise — Le défendeur n'a fait aucune présentation erronée directe qui pourrait entraîner une erreur dans l'administration de la loi, mais il était au courant de la déclaration de culpabilité de son père lorsque sa famille est venue au Canada — L'objectif de l'art. 40(1)a de la Loi est de veiller à ce que les demandes contiennent

principal applicant avoiding admissibility hearing by remaining outside of country — Under Act, s. 42(1), respondent inadmissible as accompanying family member of inadmissible person — IAD's finding to effect respondent could only be found inadmissible if father subject to inadmissibility hearing pursuant to Act, s. 44(2) after preparation of inadmissibility report under s. 44(1) unreasonable — IAD's finding that father's misrepresentation not attributable to respondent as "indirect" misrepresentation also unreasonable — Regarding duty of candour, IAD's conclusion that respondent bearing no duty of candour to inform on father at port of entry within range of defensible outcomes on facts, law — IAD's reasons for decision transparent, justified, intelligible — Nonetheless, Court not agreeing with IAD's analysis that, in order for duty of candour to be found, some evidence needed establishing existence of tacit agreement or conspiracy by respondent, father — Question involving admissibility of permanent resident in cases of indirect misrepresentation certified — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) upholding a finding by the Immigration Division (ID) that the respondent was not inadmissible for misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and had no duty of candour to disclose his father's criminal history. The application raised questions about the responsibility of an applicant for permanent residence in Canada to disclose what they know about another family member's criminal history.

The respondent is a citizen of India. In 2000, the respondent's father was implicated in an alleged honour killing involving a Canadian female living in India. The respondent's father was convicted in India and was sentenced to life

des renseignements complets et véridiques — Il ne fait pas de distinction entre les présentations erronées faites de bonne foi et les déclarations délibérément fausses — La présentation erronée du père du défendeur a directement entraîné une erreur (la délivrance de visas de résident permanent) dans l'application de la Loi — L'interprétation de l'art. 40 de la Loi par la SAI reposait sur l'hypothèse selon laquelle le défendeur ne pourrait être déclaré interdit de territoire que si son père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire — L'interprétation de la SAI contrecarrerait l'objet de la loi dans tous les cas où le demandeur principal réussit à éviter une enquête sur l'interdiction de territoire en restant à l'extérieur du pays — En vertu de l'art. 42(1) de la Loi, le défendeur était interdit de territoire à titre de membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire — La conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur ne pouvait être déclaré interdit de territoire que si le père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire en vertu de l'art. 44(2) de la Loi, après la préparation d'un rapport d'interdiction de territoire en vertu de l'art. 44(1), était déraisonnable — La conclusion de la SAI selon laquelle la présentation erronée du père n'était pas attribuable au défendeur comme présentation erronée « indirecte » était également déraisonnable — En ce qui concerne l'obligation de franchise, la conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur n'avait aucune obligation de franchise de donner des informations sur son père au point d'entrée était dans l'éventail des issues possibles au regard des faits et du droit — Les motifs de la décision de la SAI étaient transparents, justifiés et intelligibles — Néanmoins, la Cour a dit ne pas être d'accord avec l'analyse de la SAI selon laquelle pour qu'une obligation de franchise soit constatée, il fallait qu'il y ait des éléments de preuve établissant qu'il y a eu une entente tacite ou un complot de la part du défendeur et de son père — La question se rapportant à l'admissibilité d'un résident permanent dans les cas de présentations erronées indirectes a été certifiée — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de confirmer une conclusion de la Section de l'immigration (SI) selon laquelle le défendeur n'était pas interdit de territoire pour présentations erronées en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et n'avait pas l'obligation de divulguer les antécédents criminels de son père. La demande soulevait des questions sur la responsabilité d'un demandeur de résidence permanente au Canada de divulguer ce qu'il sait des antécédents criminels d'un autre membre de sa famille.

Le défendeur est un citoyen de l'Inde. En 2000, son père a été impliqué dans le présumé crime d'honneur d'une Canadienne, en Inde. Le père du défendeur a été déclaré coupable en Inde et condamné à l'emprisonnement à perpétuité,

imprisonnement but he appealed the conviction. Later, the father applied to become a permanent resident of Canada under the family class, along with his wife and the respondent. The respondent was listed in the application as an accompanying adult dependent. Canadian immigration authorities were not aware of the father's criminal history at the time. The respondent's father was released on bail pending his appeals in India at various times. While released, the respondent and his parents were landed in Canada for entry as permanent residents. All three were interviewed separately at the airport. The respondent was later interviewed at the Canadian Consulate in India where he was questioned in particular about his father's criminal proceedings, parole and jail sentence. The respondent's application to return to Canada was approved since the respondent met the residency obligations. Subsequently, an immigration report was issued pursuant to subsection 44(1) of the Act alleging that the respondent was inadmissible pursuant to paragraph 40(1)(a) on the grounds that he failed to disclose and/or withheld information concerning his father's conviction, thereby inducing an error in the administration of the Act. The respondent's father was eventually acquitted of all charges on appeal in India.

The ID found that the respondent was not inadmissible pursuant to paragraph 40(1)(a) of the Act finding that the respondent was not responsible for his father's misrepresentation about his own admissibility. The IAD dismissed the applicant's appeal finding that the respondent did not directly or indirectly misrepresent or withhold material facts relating to a relevant matter that induced an error in the administration of the Act. It also found that the respondent did not have an obligation to disclose information about his father's criminality at the port of entry interview.

The issue was whether the IAD's decision was reasonable regarding its findings on misrepresentation and the duty of candour.

Held, the application should be allowed.

While the respondent did not make any direct misrepresentation that could induce an error in the administration of the legislation, the applicant submitted that, by failing to disclose his father's conviction, the respondent withheld a material fact and this constituted an indirect misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the Act. The Federal Court has repeatedly followed *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for the proposition that paragraph 40(1)(a) of the Act applies to an applicant where a misrepresentation was made by another party. The goal of paragraph 40(1)(a)

mais il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. Par la suite, le père a déposé une demande pour devenir résident permanent du Canada dans la catégorie du regroupement familial, de même que son épouse et le défendeur. Il a indiqué que le défendeur était un adulte à charge qui l'accompagnait dans sa demande. Les autorités canadiennes de l'immigration n'étaient pas au courant des antécédents criminels du père à l'époque. Le père du défendeur a été libéré sous caution en attendant ses appels en Inde à divers moments. Alors qu'il était sous une forme de mise en liberté, le défendeur et ses parents ont été accordé le droit d'établissement à l'aéroport de Vancouver. Les trois ont été interrogés séparément à l'aéroport. Le défendeur a été ensuite interrogé au consulat du Canada en Inde, où il a été interrogé, en particulier, au sujet des procédures criminelles, de la libération conditionnelle et de la peine d'emprisonnement de son père. La demande de retour au Canada du défendeur a été approuvée, puisqu'il s'était conformé à l'obligation de résidence. Par la suite, un rapport a été produit aux termes du paragraphe 44(1) de la Loi alléguant que le défendeur était interdit de territoire aux termes de l'alinéa 40(1)a au motif qu'il n'avait pas divulgué et avait dissimulé des renseignements concernant la déclaration de culpabilité de son père, ce qui avait entraîné une erreur dans l'application de la Loi. Le père du défendeur a ensuite été acquitté de toutes les accusations portées en appel en Inde.

La SI a conclu que le défendeur n'était pas interdit de territoire aux termes de l'alinéa 40(1)a de la Loi et conclu que le défendeur n'était pas responsable des présentations erronées de son père au sujet de sa propre admissibilité. La SAI a rejeté l'appel du demandeur et conclu que le défendeur n'avait pas, directement ou indirectement, fait une présentation erronée ou retenu des faits importants concernant une affaire pertinente qui ont entraîné une erreur dans l'application de la Loi. Elle a conclu en outre que le défendeur n'était pas tenu de divulguer des renseignements sur la criminalité de son père à l'entrevue au point d'entrée.

Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était raisonnable en ce qui concerne ses conclusions sur les présentations erronées et l'obligation de franchise.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Bien que le défendeur n'ait fait aucune présentation erronée directe qui pourrait entraîner une erreur dans l'administration de la loi, le demandeur a soutenu qu'en omettant de divulguer la déclaration de culpabilité de son père, le défendeur a retenu un fait important, ce qui constituait une présentation erronée indirecte en vertu de l'alinéa 40(1)a de la Loi. La Cour fédérale a à maintes reprises suivi la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* pour faire valoir que l'alinéa 40(1)a de la Loi s'applique à un demandeur lorsqu'une présentation erronée est faite par

is to ensure that applications provide complete and truthful information; moreover, full disclosure is fundamental to the proper and fair administration of the immigration scheme. The section has been interpreted as broad in scope. It does not make a distinction between innocent and deliberate misrepresentations. The respondent knew about his father's conviction when they left India and came to Canada. It was also clear that the misrepresentation by the father directly induced an error—the issuance of permanent resident visas—in the administration of the Act. The IAD's interpretation of section 40 was based on the assumption that the respondent could only be found to be inadmissible if his father was first subject to an inadmissibility hearing. This interpretation would defeat the object of the legislation in any case in which the principal applicant manages to avoid an inadmissibility hearing by remaining outside of the country. The interpretation the IAD adopted would undermine one of the objectives of the Act and allow individuals who have benefitted from the misrepresentation of a material fact, albeit by another party, to remain in Canada.

Under subsection 42(1) of the Act, the respondent was inadmissible as an accompanying family member of an inadmissible person. A finding to that effect was not dependent upon the issuance and service of a section 44 report and an inadmissibility determination against the father. In the present matter, an inadmissibility report under subsection 44(1) was issued against the respondent for committing a material misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) on the basis that the respondent's father was inadmissible to Canada. The IAD's finding that the respondent could only be found to be inadmissible if the father was subject to an inadmissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the Act, after the preparation of an inadmissibility report under subsection 44(1), was unreasonable. Furthermore, the IAD's finding that the father's misrepresentation was not attributable to the respondent as an "indirect" misrepresentation was also unreasonable. While these conclusions were sufficient to dispose of the application, the issue of the duty of candour was addressed.

The IAD held that the respondent did not owe a duty of candour to disclose his father's conviction. The issue in this case was not whether the father had such a duty but the extent to which the duty of candour compels an applicant to voluntarily share information as a dependant of the principal applicant when he is not directly asked to provide that information. The circumstances in this matter were not such as to compel the conclusion that the respondent was subject

une autre partie. L'objectif de l'alinéa 40(1)a) est de veiller à ce que les demandes contiennent des renseignements honnêtes, complets et véridiques; de plus, une divulgation complète est fondamentale à l'application juste et équitable du régime d'immigration. La portée de l'article a été interprétée comme étant vaste. Il ne fait pas de distinction entre les présentations erronées faites de bonne foi et les déclarations délibérément fausses. Le défendeur était au courant de la déclaration de culpabilité de son père lorsqu'ils ont quitté l'Inde et sont venus au Canada. Il était également clair que la présentation erronée du père a directement entraîné une erreur — la délivrance de visas de résident permanent — dans l'application de la Loi. L'interprétation de l'article 40 par la SAI reposait sur l'hypothèse selon laquelle le défendeur ne pourrait être déclaré interdit de territoire que si son père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire. Cette interprétation contrecarrerait l'objet de la loi dans tous les cas où le demandeur principal réussit à éviter une enquête sur l'interdiction de territoire en restant à l'extérieur du pays. L'interprétation adoptée par la SAI porterait atteinte à l'un des objectifs de la Loi et permettrait aux personnes qui ont bénéficié d'une présentation erronée d'un fait important, quoique par une autre partie, de demeurer au Canada.

En vertu du paragraphe 42(1) de la Loi, le défendeur était interdit de territoire à titre de membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire. Une conclusion à cet effet ne dépendait pas de la délivrance et de la signification d'un rapport en vertu de l'article 44 et de la détermination de l'interdiction de territoire contre le père. En l'espèce, un rapport d'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(1) a été produit contre le défendeur pour avoir fait une présentation erronée importante en vertu de l'alinéa 40(1)a) au motif que son père était interdit de territoire au Canada. La conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur ne pouvait être déclaré interdit de territoire que si le père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(2) de la Loi, après la préparation d'un rapport d'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(1), était déraisonnable. En outre, la conclusion de la SAI selon laquelle la présentation erronée du père n'était pas attribuable au défendeur comme présentation erronée « indirecte » était également déraisonnable. Bien que ces conclusions étaient suffisantes pour statuer sur la demande, la question de l'obligation de franchise a été abordée.

La SAI a conclu que le défendeur n'avait pas l'obligation de divulguer la déclaration de culpabilité de son père. La question en l'espèce n'était pas de savoir si le père avait une telle obligation, mais de savoir dans quelle mesure l'obligation de franchise oblige un demandeur à communiquer volontairement des renseignements à titre de personne à charge du demandeur principal lorsqu'il n'est pas directement prié de fournir ces renseignements. Les circonstances en

to a duty to disclose his father's criminal history on the visa application form or when they were examined at the port of entry. The respondent was presented with forms that required him to disclose his own criminal history, if any, and not that of anyone else in his family group. It was within the range of defensible outcomes on the facts and the law for the IAD to conclude that the respondent bore no duty of candour to inform on his father at the port of entry. The reasons for the decision were transparent, justified and intelligible. Nonetheless, the Court did not agree with the IAD's analysis that in order for a duty of candour to be found there needed to be some evidence establishing that there was a tacit agreement or conspiracy by the respondent and his father.

Finally, a question involving the admissibility, under paragraph 40(1)(a) of the Act, of a permanent resident for indirectly representing a material fact if they are landed as a dependent of a principal applicant who misrepresented material facts on his application for landing was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22, r. 18(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1) "foreign national", 15, 16, 40, 42, 44, 51, 72(1), 74(d).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 51.
Indian Penal Code.

CASES CITED

APPLIED:

Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1059, 277 F.T.R. 216, aff'd on other grounds, 2006 FCA 345, 56 Imm. L.R. (3d) 176; *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1171; *Torre v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 48.

DISTINGUISHED:

Bodine v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 FC 848, 331 F.T.R. 200; *Baro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299.

l'espèce n'obligeaient pas à conclure que le défendeur était tenu de divulguer les antécédents criminels de son père sur le formulaire de demande de visa ou lorsqu'ils ont été interrogés au point d'entrée. Le défendeur a reçu des formulaires qui l'obligeaient à divulguer ses propres antécédents criminels, le cas échéant, et non ceux de quiconque faisant partie de son groupe familial. Il était dans l'éventail des issues possibles au regard des faits et du droit pour la SAI de conclure que le défendeur n'avait aucune obligation de franchise de donner des informations sur son père au point d'entrée. Les motifs de la décision étaient transparents, justifiés et intelligibles. Néanmoins, la Cour a dit ne pas être d'accord avec l'analyse de la SAI selon laquelle pour qu'une obligation de franchise soit constatée, il fallait qu'il y ait des éléments de preuve établissant qu'il y a eu une entente tacite ou un complot de la part du défendeur et de son père.

Enfin, la question de savoir si, selon l'alinéa 40(1)a) de la Loi, un résident permanent est interdit de territoire pour avoir indirectement fait une présentation erronée sur un fait important s'il a obtenu le droit d'établissement en tant que personne à charge d'un demandeur principal qui, dans sa demande de droit d'établissement, a fait une présentation erronée sur un fait important, a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Indian Penal Code.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1) « étranger », 15, 16, 40, 42, 44, 51, 72(1), 74d).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 51.
Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22, règle 18(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1059, confirmé pour d'autres motifs, 2006 CAF 345; *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1171; *Torre c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 48.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Bodine c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CF 848; *Baro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1299.

CONSIDERED:

Geng v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2017 FC 1155; *Li v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1151, 56 Imm. L.R. (4th) 104; *Haque v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 315; *Duquitan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 769; *Paashazadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 327; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289.

REFERRED TO:

Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Kazzi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 153; *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 942; *Khedri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1397, 422 F.T.R. 264; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 378, 89 Imm. L.R. (3d) 36; *Kaur Barm v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 893; *Shahin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 423; *Goudarzi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 425; *Oloumi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 428; *Inocentes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1187; *Sayedi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 420; *Zhamila v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2018 FC 88; *Kobrosli v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 757, 413 F.T.R. 200; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409; *Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 345, (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 274 (C.A.); *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 299, (1997), 130 F.T.R. 294 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of an Immigration Appeal Division decision (2017 CanLII 64209 (I.R.B.)) upholding a finding by the Immigration Division that the respondent was not inadmissible for misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and had no duty of candour to disclose his father's criminal history. Application allowed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Geng c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CF 1155; *Li c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1151; *Haque c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 315; *Duquitan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 769; *Paashazadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 327; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289.

DÉCISIONS CITÉES :

Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Kazzi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 153; *Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 942; *Khedri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1397; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 378; *Kaur Barm c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 893; *Shahin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 423; *Goudarzi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 425; *Oloumi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 428; *Inocentes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1187; *Sayedi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 420; *Zhamila c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2018 CF 88; *Kobrosli c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 757; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409; *Medel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 345, [1990] A.C.F. n° 318 (QL) (C.A.); *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 299 (1^{re} inst.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (2017 CanLII 64209 (C.I.S.R.)) confirmant une conclusion de la Section de l'immigration selon laquelle le défendeur n'était pas interdit de territoire pour présentations erronées en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et n'avait pas l'obligation de divulguer les antécédents criminels de son père. Demande accueillie.

APPEARANCES

Cheryl D. Mitchell for applicant.
Aleksandar Stojicevic and *Vera Mirhady* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, for respondent.

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

MOSLEY J.:

I. Introduction

[1] This application for judicial review raises questions about the responsibility of an applicant for permanent residence in Canada to disclose what they know about another family member's criminal history. Are they inadmissible for indirectly representing a material fact if they are landed as the dependant of the principal applicant who lied about his criminal record? Do they have a duty of candour to disclose their knowledge of that fact?

[2] In this application under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act), the Minister of Citizenship and Immigration (the applicant or the Minister) challenges a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) [*Sidhu v. (Canada Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 CanLII 64209] to uphold a finding by the Immigration Division (ID) that the respondent, Barinder Singh Sidhu, is not inadmissible for misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a) of the IRPA and had no duty of candour to disclose his father's criminal history.

[3] For the reasons that follow, the application is granted.

ONT COMPARU :

Cheryl D. Mitchell pour le demandeur.
Aleksandar Stojicevic et *Vera Mirhady* pour le défendeur.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour le demandeur.
Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, pour le défendeur.

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

LE JUGE MOSLEY :

I. Introduction

[1] La présente demande de contrôle judiciaire soulève des questions sur la responsabilité d'un demandeur de résidence permanente au Canada de divulguer ce qu'il sait des antécédents criminels d'un autre membre de sa famille. Sont-ils interdits de territoire pour avoir indirectement fait une présentation erronée sur un fait important s'ils sont reçus comme personnes à charge du demandeur principal qui a menti au sujet de son casier judiciaire? Ont-ils une obligation de franchise de divulguer leur connaissance de ce fait?

[2] Dans la présente demande en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR ou la Loi), le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le demandeur ou le ministre) conteste une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) [*Sidhu c. (Canada Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CanLII 64209] de confirmer une conclusion de la Section de l'immigration (SI) selon laquelle le défendeur, Barinder Singh Sidhu, n'est pas interdit de territoire pour présentations erronées en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR et n'avait pas l'obligation de divulguer les antécédents criminels de son père.

[3] Pour les motifs qui suivent, la demande est accueillie.

II. Background

[4] The respondent is a citizen of India. In 2000, his father, Darshan Singh Sidhu, was implicated in the alleged honour killing of Jaswinder Kaur, a Canadian, in India. Ms. Kaur had married a young man whom her family did not consider suitable. Following an investigation in India, seven individuals were arrested and charged with conspiracy and murder. Darshan Singh Sidhu was alleged to have arranged the killing on behalf of members of her family in Canada. He was convicted under the *Indian Penal Code* on October 21, 2005 and sentenced to life imprisonment. He appealed his conviction.

[5] On January 1, 2007, Darshan Singh Sidhu applied to become a permanent resident of Canada under the family class, along with his wife and the respondent. The respondent's sister, who was in Canada and married to a relative of Jaswinder Kaur, acted as the sponsor. Darshan Singh Sidhu listed the respondent as an accompanying adult dependent on his application. Canadian immigration authorities were evidently not aware of the father's criminal history at the time.

[6] In the Schedule 1 Background Declaration to his application for permanent residence in Canada, Darshan Singh Sidhu answered "no" to the question whether he had been the subject of any criminal proceedings. As he was 23 years old at the time, the respondent signed his own declaration which, he says, was prepared by travel agents. In that declaration, the answer given to the same question was also, in his case truthfully, "no". The respondent's application for permanent residence was joined to his father's application as the principal applicant.

[7] On February 15, 2008, an appellate court upheld Darshan Singh Sidhu's conviction. A further appeal was then made to India's highest court.

[8] It appears that Darshan Singh Sidhu was released on bail pending his appeals at various times. While

II. Faits

[4] Le défendeur est un citoyen de l'Inde. En 2000, son père, Darshan Singh Sidhu, a été impliqué dans le présumé crime d'honneur de Jaswinder Kaur, une Canadienne, en Inde. M^{me} Kaur avait épousé un jeune homme que sa famille ne jugeait pas convenable. À la suite d'une enquête en Inde, sept personnes ont été arrêtées et accusées de complot et de meurtre. Darshan Singh Sidhu aurait organisé le meurtre au nom de membres de sa famille au Canada. Il a été déclaré coupable en vertu du Code pénal indien le 21 octobre 2005 et condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité.

[5] Le 1^{er} janvier 2007, Darshan Singh Sidhu a déposé une demande pour devenir résident permanent du Canada dans la catégorie du regroupement familial, de même que son épouse et le défendeur. La sœur du défendeur, qui se trouvait au Canada et qui est mariée à un membre de la famille de Jaswinder Kaur, a agi comme répondant. Darshan Singh Sidhu a indiqué le défendeur comme un adulte à charge qui l'accompagne dans sa demande. De toute évidence, les autorités canadiennes de l'immigration n'étaient pas au courant des antécédents criminels du père à l'époque.

[6] Dans la déclaration d'antécédents de l'annexe 1 de sa demande de résidence permanente au Canada, Darshan Singh Sidhu a répondu « non » à la question de savoir s'il avait fait l'objet de poursuites criminelles. Comme il avait 23 ans à l'époque, le défendeur a signé sa propre déclaration qui, selon lui, a été préparée par des agents de voyage. Dans cette déclaration, la réponse à la même question était également, en toute franchise, « non ». La demande de résidence permanente du défendeur a été jointe à la demande de son père en tant que demandeur principal.

[7] Le 15 février 2008, une cour d'appel a confirmé la condamnation de Darshan Singh Sidhu. Un autre appel a ensuite été interjeté devant le plus haut tribunal de l'Inde.

[8] Il semble que Darshan Singh Sidhu ait été libéré sous caution en attendant son appel à divers moments.

servant sa peine, il a également été libéré périodiquement pour travailler dans les champs pendant la saison des récoltes. Alors qu'il était sous une forme de mise en liberté, le 4 mai 2008, le défendeur et ses parents ont été accordés le droit d'établissement à l'aéroport de Vancouver. Les trois ont été interrogés séparément à l'aéroport.

[9] Il n'y a pas de dossiers de l'aéroport d'entrevue dans le dossier certifié du tribunal, sauf de brèves inscriptions dans les notes informatisées de l'agent d'immigration indiquant l'établissement des trois membres de la famille. À l'audience de la SI, le défendeur a déclaré qu'on lui avait remis un document contenant des questions en pendjabi pour répondre à ses questions sur lui-même et qu'on ne l'avait pas interrogé au sujet des déclarations de culpabilité de son père.

[10] Le 21 février 2014, le défendeur a été interrogé au consulat du Canada à Chandigarh, en Inde. À ce moment-là, les autorités canadiennes de l'immigration ont été mises au courant qu'un meurtrier condamné et sa famille avaient réussi à entrer au Canada et à obtenir le statut de résident permanent. L'interrogatoire à Chandigarh visait à confirmer l'obligation de résidence du défendeur en tant que résident permanent, et à recueillir des renseignements sur lui, son père et leur demande de résidence permanente. On a demandé au défendeur d'amener ses parents à l'interrogatoire. Ils ne se sont pas présentés. Il semble qu'ils ne soient pas revenus au Canada et qu'ils demeurent en Inde.

[11] Au cours de l'interrogatoire à Chandigarh, l'agent des visas a interrogé le défendeur au sujet des procédures criminelles, de la libération conditionnelle et de la peine d'emprisonnement de son père :

«Who lives in the house at the time?—Mother, paternal uncle and his family Not your father? No Where was he?—My father had a case against him, so he was in jail. When we had to go to Canada he was out on bail. I have it with me. (presented two documents from courts. One was a bail document from 2003 and one was from the supreme court in 2009)—After he was convicted from the session court he appealed to the supreme court and was granted bail from the supreme court. You went to Canada in May 2008. How long before this date was

Pendant qu'il purgeait sa peine, il avait aussi été en liberté conditionnelle périodiquement pour faire de la récolte durant la saison des récoltes. Alors qu'il était sous une forme de mise en liberté, le 4 mai 2008, le défendeur et ses parents ont été accordés le droit d'établissement à l'aéroport de Vancouver. Les trois ont été interrogés séparément à l'aéroport.

[9] Aucun document relatif à l'entrevue menée à l'aéroport ne se trouve dans le dossier certifié du tribunal, sauf de brèves inscriptions dans les notes informatisées de l'agent d'immigration indiquant l'établissement des trois membres de la famille. À l'audience de la SI, le défendeur a déclaré qu'on lui avait remis un document contenant des questions en pendjabi pour répondre à ses questions sur lui-même et qu'on ne l'avait pas interrogé au sujet des déclarations de culpabilité de son père.

[10] Le 21 février 2014, le défendeur a été interrogé au consulat du Canada à Chandigarh, en Inde. À ce moment-là, les autorités canadiennes de l'immigration ont été mises au courant qu'un meurtrier condamné et sa famille avaient réussi à entrer au Canada et à obtenir le statut de résident permanent. L'interrogatoire à Chandigarh visait à confirmer l'obligation de résidence du défendeur en tant que résident permanent, et à recueillir des renseignements sur lui, son père et leur demande de résidence permanente. On a demandé au défendeur d'amener ses parents à l'interrogatoire. Ils ne se sont pas présentés. Il semble qu'ils ne soient pas revenus au Canada et qu'ils demeurent en Inde.

[11] Au cours de l'interrogatoire à Chandigarh, l'agent des visas a interrogé le défendeur au sujet des procédures criminelles, de la libération conditionnelle et de la peine d'emprisonnement de son père :

[TRADUCTION] «Qui vivait dans la maison à ce moment-là? — Mère, oncle paternel et sa famille; pas votre père? Non. Où était-il? — Mon père avait une preuve contre lui, alors il était en prison. Lorsque nous devions nous rendre au Canada, il était en liberté sous caution. Je l'ai avec moi. (Il a présenté deux documents des tribunaux.) L'un d'eux était un document de mise en liberté sous caution de 2003 et l'autre, de 2009 de la Cour suprême. Après avoir été déclaré coupable par la Cour de sessions, il a interjeté appel devant la Cour suprême et a obtenu

your father released from prison? —He was on parole from about a month before we left. You received your decision in April 2008. Was he in jail when the decision was received?—No, he was out on parole. This document states that he was not granted bail until 2009—Yes, this is from the supreme court. The earlier document is from 2003 when he was on trial. When did he return to jail after his release in 2003? — 2005 or 2006. According to these documents he stayed in jail from that point until 2009?—yes, but he got parole every 6 months Please explain what that means?—He was given leave. There is a law that farmers can apply for leave to go back to tend their fields and crops. How long was leave granted?—Depends on the superintendent of the jail. Sometimes 20 days or even 1 to 2 months. And this leave was granted every 6 months?—yes Which jail was he in?—One in Maler Kotla, then Sangrur, then Barnala Was he granted parole from all these? Yes, all 3 Did he pay money to get his parole?—No, but parole requires two witnesses who must have 1.5 acres of land and act as bondspersons. Would their [sic] have been legal agreements made under Punjab law or is this an arrangement between your father and prison officials?—This is legal. It is common for those in agriculture or with medical needs to be granted parole. It is not easy and must be approved by the District Commissioner. If this is approved by the DC there must be documentation?—Two weeks ago I wrote to request it but haven't heard back. My father would have it, but if I asked he would not have given it to me. This information about parole conflicts with information that we have from police that he was detained in 2008—It was all legal. Even when on parole they had no objection to his travel or they would have seized his passport. The other accused had their passports seized. Are you saying that authorities were aware that he was traveling to Canada to become a PR while serving his sentence and they had no objections—I don't know if he disclosed that all of that, but there was no objection to travel. Parole did not include travel restrictions. So he was released on bail in 2009

une libération sous caution. Vous êtes allé au Canada en mai 2008. Combien de temps avant cette date votre père avait-il été libéré de prison? — Il était en libération conditionnelle depuis environ un mois avant notre départ. Vous avez reçu votre décision en avril 2008. Était-il en prison lorsque la décision a été rendue? — Non, il était en liberté conditionnelle. Ce document indique qu'il n'a pas obtenu de mise en liberté sous caution avant 2009 — Oui, ce document provient de la Cour suprême. Le document précédent date de 2003, lorsqu'il a été jugé. Quand est-il retourné en prison après sa libération en 2003? — 2005 ou 2006. Selon ces documents, il est resté en prison jusqu'en 2009? — Oui, mais il obtenait une libération conditionnelle tous les six mois. Veuillez expliquer ce que cela signifie. — Il a obtenu un congé. Il y a une loi qui permet aux agriculteurs de demander l'autorisation de retourner s'occuper de leurs champs et de leurs récoltes. Pendant combien de temps le congé a-t-il été accordé? — Cela dépend du directeur de la prison. Parfois 20 jours, voire 1 à 2 mois. Et ce congé a été accordé tous les six mois? — Dans quelle prison se trouvait-il? — Une se situait à Maler Kotla, puis à Sangrur, puis à Barnala. A-t-il obtenu la libération conditionnelle de tous ces établissements? Oui, les 3 établissements. A-t-il payé pour obtenir sa libération conditionnelle? — Non, mais la libération conditionnelle exige deux témoins qui doivent posséder 1,5 acre de terre et agir comme caution. Est-ce que ce sont [sic] des accords légaux conclus en vertu de la loi du Pendjab ou est-ce un arrangement entre votre père et les autorités carcérales? — C'est légal. Il est fréquent que des agriculteurs ou des personnes ayant des besoins médicaux obtiennent une libération conditionnelle. Ce n'est pas facile et le congé doit être approuvé par le commissaire du district (CD). Si la demande est approuvée par le CD, il doit donc exister une documentation? — Il y a deux semaines, j'ai écrit pour demander cela, mais je n'ai pas eu de réponse. Mon père l'aurait, mais si je lui demandais, il ne me l'aurait pas donnée. Ces renseignements sur les conflits entre la libération conditionnelle ainsi que les renseignements que nous avons reçus de la police selon lesquels il a été détenu en 2008 — tout était légal. Même lorsqu'il était en liberté conditionnelle, on n'avait aucune objection à ce qu'il voyage; sinon, on aurait saisi son passeport. Les passeports de l'autre accusé ont été saisis. Êtes-vous en train de dire que les autorités savaient qu'il se rendait au Canada pour devenir un [résident permanent] pendant qu'il purgeait sa peine et qu'elles n'avaient aucune objection — Je ne sais pas s'il a divulgué tout cela, mais il n'y avait aucune objection à voyager. La libération conditionnelle n'incluait pas les restrictions de déplacement. Il a donc été libéré sous caution en 2009 [...]

[12] On April 3, 2014, the visa officer approved the respondent's application to return to Canada since he met the residency obligations.

[13] On February 5, 2015, an immigration officer issued a report pursuant to subsection 44(1) of the IRPA alleging that the respondent was inadmissible pursuant to paragraph 40(1)(a) of the IRPA on the grounds that he "did not disclose and/or withheld information concerning his father's conviction, thereby inducing an error in the administration of the [IRPA]".

[14] On April 16, 2015, the Supreme Court of India acquitted the respondent's father of all charges related to the murder and conspiracy to murder Jaswinder Kaur. He was given "the benefit of the doubt", the Supreme Court said, as the telephone used to orchestrate the killing by calls to and from Ms Kaur's family in Canada was not under his exclusive control. His brother also had access to it.

[15] On June 1, 2016, the ID found that the respondent was not inadmissible pursuant to paragraph 40(1)(a) of the IRPA. The ID found that the respondent was not responsible for his father's misrepresentation about his own admissibility. The ID concluded that if Parliament had intended to attach the inadmissibility of a principal applicant for misrepresentation to all landed dependants, it would have expressly so provided in paragraph 40(1)(a). The applicant appealed this decision to the IAD.

[16] The IAD dismissed the Minister's appeal on August 19, 2017. The IAD found that the respondent did not directly or indirectly misrepresent or withhold material facts relating to a relevant matter that induced an error in the administration of the Act. The IAD agreed with the ID's analysis of the legislative intent of paragraph 40(1)(a) and found that the respondent did not have an obligation to disclose information about his father's criminality at the port of entry interview.

[12] Le 3 avril 2014, l'agent des visas a approuvé la demande de retour au Canada du défendeur puisqu'il s'était conformé à l'obligation de résidence.

[13] Le 5 février 2015, un agent d'immigration a produit un rapport aux termes du paragraphe 44(1) de la LIPR alléguant que le défendeur était interdit de territoire aux termes de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR au motif qu'il [TRADUCTION] «n'a pas divulgué et a dissimulé des renseignements concernant la déclaration de culpabilité de son père, ce qui a entraîné une erreur dans l'application de la [LIPR]».

[14] Le 16 avril 2015, la Cour suprême de l'Inde a acquitté le père du défendeur de toutes les accusations liées au meurtre et au complot en vue du meurtre de Jaswinder Kaur. On lui a accordé le [TRADUCTION] «bénéfice du doute», a déclaré la Cour suprême, car le téléphone utilisé pour organiser le meurtre par des appels téléphoniques en provenance et à la famille de M^{me} Kaur au Canada n'était pas sous son contrôle exclusif. Son frère y avait aussi accès.

[15] Le 1^{er} juin 2016, la SI a conclu que le défendeur n'était pas interdit de territoire aux termes de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. La SI a conclu que le défendeur n'était pas responsable des présentations erronées de son père au sujet de sa propre admissibilité. La SI a conclu que si le législateur avait eu l'intention de lier l'interdiction de territoire d'un demandeur principal pour présentations erronées à toutes les personnes à charge ayant obtenu le droit d'établissement, il l'aurait expressément prévu à l'alinéa 40(1)a). Le demandeur a interjeté appel de cette décision devant la SAI.

[16] La SAI a rejeté l'appel du ministre le 19 août 2017. Elle a conclu que le défendeur n'a pas, directement ou indirectement, fait une présentation erronée ou retenu des faits importants concernant une affaire pertinente qui ont entraîné une erreur dans l'application de la Loi. La SAI était d'accord avec l'analyse de la SI de l'intention législative de l'alinéa 40(1)a) et a conclu que le défendeur n'était pas tenu de divulguer des renseignements sur la criminalité de son père à l'entrevue au point d'entrée.

III. Issues

[17] The sole issue for consideration in this matter is whether the IAD's decision is reasonable with regard to its findings on misrepresentation and the duty of candour.

IV. Standard of review

[18] The parties submit and I agree that the standard of review for the IAD's decision is reasonableness. The presumption that reasonableness is the standard of review for a tribunal's interpretation of its home statute has not been rebutted in this matter, although the range of possible acceptable outcomes is narrower for the IAD on the questions of law presented by the Minister on the scope of misrepresentation and the duty of candour: *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 23; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Geng v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1155, at paragraphs 16–19; *Kazzi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 153, at paragraphs 17–19. The IAD's decision must fall within a narrow range of reasonable, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law.

V. Relevant legislation

[19] The relevant provisions of the IRPA read as follows:

Obligation — answer truthfully

16 (1) A person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.

...

Misrepresentation

40 (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation

III. Questions en litige

[17] La seule question à examiner en l'espèce est de savoir si la décision de la SAI est raisonnable en ce qui concerne ses conclusions sur les présentations erronées et l'obligation de franchise.

IV. Norme de contrôle

[18] Les parties soutiennent, et j'y souscris, que la norme de contrôle de la décision de la SAI est le caractère raisonnable. La présomption selon laquelle le caractère raisonnable est la norme de contrôle pour l'interprétation par un tribunal de sa loi constitutive n'a pas été réfutée dans cette affaire, bien que l'éventail des issues possibles acceptables pour la SAI soit plus restreint pour les questions de droit présentées par le ministre sur la portée des présentations erronées et l'obligation de franchise : *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 23; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Geng c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1155, aux paragraphes 16 à 19; *Kazzi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 153, aux paragraphes 17 à 19. La décision de la SAI doit relever d'un éventail étroit de résultats raisonnables et acceptables qui sont défendables à l'égard des faits et du droit.

V. Lois pertinentes

[19] Les dispositions pertinentes de la LIPR se lisent comme suit :

Obligation du demandeur

16 (1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis.

[...]

Fausse déclarations

40 (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants :

(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act;

a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi.

VI. Analysis

A. *Misrepresentation*

[20] There is no dispute between the parties that Darshan Singh Sidhu was inadmissible to Canada and lied on the application forms when he denied having criminal convictions. He had been found guilty of murder and sentenced to life imprisonment when he filed his application and when he was landed. The respondent and his mother failed to mention this in their application for permanent residency and at the point of entry interview. However, the Schedule 1 Background Declaration that the respondent signed did not ask for information about any criminal convictions that other family members may have had—only his own. The respondent answered that question truthfully. Nor is there any evidence that he was asked about his father's history during his examination for landing. He did not volunteer information about his father's status as a convicted and sentenced felon on that form or during the examination at the port of entry. Thus, he did not make any direct misrepresentation that could induce an error in the administration of the legislation.

[21] The applicant Minister argues that the IAD erred when it found that the word "indirect" at paragraph 40(1)(a) of the IRPA does not apply to an accompanying family member who does not personally provide any factually untrue or misleading information in applying for permanent residency. This is an unreasonably narrow interpretation of the statute, the applicant argues, and is not supported by the intent of Parliament or the broad interpretation endorsed by the jurisprudence.

VI. Discussion

A. *Présentations erronées*

[20] Les parties s'entendent sur le fait que Darshan Singh Sidhu était interdit de territoire au Canada et a menti sur les formulaires de demande lorsqu'il a nié avoir été déclaré coupable pour un acte criminel. Il avait été reconnu coupable de meurtre et condamné à l'emprisonnement à perpétuité lorsqu'il a présenté sa demande et qu'il a obtenu le droit d'établissement. Le défendeur et sa mère ne l'ont pas mentionné dans leur demande de résidence permanente et à l'entrevue au point d'entrée. Cependant, dans la déclaration d'antécédents de l'annexe 1 signée par le défendeur, on ne demandait aucun renseignement sur les condamnations criminelles que d'autres membres de la famille auraient pu avoir — seulement les siennes. Le défendeur a répondu honnêtement à cette question. Rien n'indique non plus qu'il ait été interrogé sur les antécédents de son père pendant son interrogatoire en vue de son établissement. Il n'a fourni aucun renseignement sur le statut de son père en tant que criminel reconnu coupable et condamné sur ce formulaire ni pendant l'examen au point d'entrée. Il n'a donc fait aucune présentation erronée directe qui pourrait entraîner une erreur dans l'administration de la loi.

[21] Le demandeur, le ministre, soutient que la SAI a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le terme « indirect » à l'alinéa 40(1)a) de la LIPR ne s'applique pas à un membre de la famille qui accompagne le demandeur et qui ne fournit pas personnellement de renseignements faux ou trompeurs dans sa demande de résidence permanente. Il s'agit d'une interprétation déraisonnablement étroite de la loi, fait valoir le demandeur, et elle n'est pas appuyée par l'intention du législateur ni par l'interprétation générale adoptée par la jurisprudence.

[22] By failing to disclose his father's conviction, the applicant submits, the respondent withheld a material fact and this constitutes an indirect misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the IRPA. The applicant relies on *Geng v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1155 [cited above] and *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1059, 277 F.T.R. 216 (*Wang*), aff'd on other grounds, 2006 FCA 345, 56 Imm. L.R. (3d) 176 (*Wang FCA*).

[23] In *Geng*, the applicant and her husband became permanent residents of Canada. As permanent residents, they were required to be physically present in Canada for at least 730 days in the 1 825 days prior to the examination period. The applicant was interviewed regarding this obligation and claimed that she was absent for 889 days. The visa officer found that the applicant was actually absent for 1 158 days. The applicant abandoned the first application. During an audit on an immigration consultant's office, it was revealed that the applicant was actually absent from Canada for 1 641 days. The applicant submitted a second application for a permanent resident card in 2015 which was denied on the ground that the applicant committed a misrepresentation on the 2008 application. In examining whether the misrepresentation induced an error in the administration of the IRPA, Justice McDonald found that "the fact that an error is possible allows an officer to find a misrepresentation": *Geng*, above, at paragraph 33 [emphasis in original].

[24] As I will discuss in greater detail below, the failure to disclose a murder conviction could undoubtedly and clearly induce an error in the administration of the Act. The materiality of the misrepresentation is not an issue in the present matter.

[25] The applicant primarily relies on *Wang*, above, at paragraphs 56–58, where the word "indirectly" at paragraph 40(1)(a) of the IRPA was found to apply to a misrepresentation by the principal applicant regarding a material fact unknown at the time to the applicant

[22] En omettant de divulguer la déclaration de culpabilité de son père, le demandeur soutient que le défendeur a retenu un fait important, ce qui constitue une présentation erronée indirecte en vertu de l'alinéa 40(1)a de la LIPR. Le demandeur s'appuie sur les décisions *Geng c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1155 [précitée] et *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1059 (*Wang*), confirmé pour d'autres motifs, 2006 CAF 345 (*Wang CAF*).

[23] Dans la décision *Geng*, la demanderesse et son époux sont devenus des résidents permanents du Canada. En tant que résidents permanents, ils devaient être physiquement présents au Canada pendant au moins 730 jours au cours des 1 825 jours précédant la période d'examen. La demanderesse a été interrogée au sujet de cette obligation et elle a affirmé qu'elle était absente pendant 889 jours. L'agent des visas a conclu que la demanderesse était en fait absente pendant 1 158 jours. La demanderesse a abandonné la première demande. Lors d'une vérification du bureau d'un consultant en immigration, il a été révélé que la demanderesse était en fait absente du Canada pendant 1 641 jours. La demanderesse a présenté une deuxième demande de carte de résidence permanente en 2015 qui a été refusée au motif qu'elle a fait une présentation erronée dans sa demande de 2008. En examinant si la présentation erronée a entraîné une erreur dans l'application de la LIPR, le juge McDonald a conclu que «le fait qu'une erreur est possible permet à un agent de constater une fausse déclaration» : *Geng*, précitée, au paragraphe 33 [souligné dans l'original].

[24] Comme je l'expliquerai de façon plus détaillée ci-dessous, le défaut de divulguer une condamnation pour meurtre pourrait indubitablement entraîner une erreur dans l'application de la Loi. L'importance d'une présentation erronée n'est pas en cause dans la présente affaire.

[25] Le demandeur se fonde principalement sur l'affaire *Wang*, précitée, aux paragraphes 56 à 58, où il a été conclu que le terme «indirectement» à l'alinéa 40(1)a de la LIPR s'appliquait à une présentation erronée faite par le demandeur principal devant la Cour au sujet d'un

before the Court. Reference is also made to *Li v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 1151, 56 Imm. L.R. (4th) 104 (*Li*), which involved misrepresentations by a sponsor in relation to her parents' applications for permanent residence.

[26] The respondent submits that the facts of this matter are distinguishable from *Wang* and *Li*, since the applicants in those cases completed immigration forms that contained actual misrepresentations. The case is also distinguishable, the respondent submits, from *Haque v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 315 where the forms were completed on behalf of the applicant by a third party and the applicant was held responsible for their content. In each of these cases, the respondent argues, the applicants had a personal duty to complete the forms accurately. In contrast, the respondent submits, in this instance he made no misrepresentations on his own forms.

[27] It was reasonable for the ID and IAD to find that the relevant remarks of Mr. Justice O'Keefe in *Wang* were mere *obiter* and distinguishable from the present matter, the respondent submits. The IAD put it in these terms [at paragraph 13 and 17]:

I acknowledge that the findings of Justice O'Keefe in *Wang* were not overturned by the Federal Court Appeal and that his comments on the interpretation of s. 40(1)(a) as it applies to indirect misrepresentations of accompanying dependents have been cited in several decisions. However, I find that the ID properly distinguished the finding of the court in *Wang* on the legislative intent of s. 40(1)(a) as *obiter* and agree with the ID's analysis that the legislative intent of s. 40(1)(a) does not extend so far as to apply to dependent applicants who have not misrepresented any facts in their own application or examination in the course of becoming a permanent resident of Canada.

...

fait important inconnu à l'époque du demandeur. On fait également référence à *Li c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1151 (*Li*), qui portait sur des présentations erronées de la part d'un répondant relativement aux demandes de résidence permanente de ses parents.

[26] Le défendeur soutient que les faits en l'espèce se distinguent des décisions *Wang* et *Li*, puisque les demandeurs ont rempli des formulaires d'immigration avec de présentations erronées. Le défendeur soutient également que l'affaire est distincte de la décision *Haque c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 315, où les formulaires ont été remplis au nom du demandeur par un tiers et que le demandeur était tenu responsable de leur contenu. Dans chacun de ces cas, fait valoir le défendeur, les demandeurs avaient l'obligation personnelle de remplir les formulaires avec exactitude. En revanche, le défendeur soutient que, dans le cas présent, il n'a fait aucune présentation erronée sur ses propres formulaires.

[27] Il était raisonnable pour la SI et la SAI de conclure que les remarques pertinentes du juge O'Keefe dans l'affaire *Wang* n'étaient qu'une simple remarque incidente et qu'elles se distinguaient de la présente affaire, affirme le défendeur. La SAI les a formulés en ces termes [aux paragraphes 13 et 17] :

Je reconnais que les conclusions du juge O'Keefe dans la décision *Wang* n'ont pas été infirmées par la Cour d'appel fédérale et que les commentaires de ce dernier, lesquels concernent l'interprétation de l'alinéa 40(1)a) ayant trait à une présentation erronée faite par des personnes à charge accompagnant le demandeur, ont été cités dans plusieurs décisions. Toutefois, j'estime que la SI a perçu à juste titre que la conclusion de la Cour dans la décision *Wang* relative à l'intention du législateur concernant l'alinéa 40(1)a) constituait une remarque incidente. Je souscris également à l'analyse de la SI selon laquelle l'intention du législateur concernant l'alinéa 40(1)a) ne va pas jusqu'à s'appliquer aux demandeurs à charge qui n'ont fait aucune présentation erronée sur des faits importants dans leur propre demande ou lors du contrôle dont ils ont fait l'objet dans le cadre du processus d'obtention de la résidence permanente au Canada.

[...]

I find the ID's analysis of the legislative intent of s. 40(1)(a) to be persuasive. With respect to Justice O'Keefe, I find that the absence of any specific provision or legislative clause pertaining to individuals in the respondent's situation to reflect a legislative intent that such persons are not inadmissible for the misrepresentations of a principal applicant once they have been granted permanent residence. Section 42(1)(b) of the *Act* renders foreign nationals inadmissible if they are accompanying an inadmissible family member but not permanent residents. The additional fact cited by Justice O'Keefe that the wording of the misrepresentation provisions of the former *Act* contained clear language that rendered persons in the respondent's position inadmissible but the current *Act* does not implies a clear legislative intent to exclude persons such as the respondent from suffering the consequences of the misrepresentations of their family members, absent compelling evidence to the contrary. I find that the appellant has not adduced sufficient evidence to find otherwise. I do not agree that the inclusion of the word "indirect" in s. 40(1)(a) applies to a situation such as this one where the respondent did not provide anything factually untrue or misleading in his application or examination for landing. [Footnote omitted.]

[28] The applicant before the Court in *Wang* had applied to immigrate to Canada as an accompanying spouse. She was not married to the principal applicant at that time but claimed that she was. The couple was interviewed and asked to bring any documents related to previous marriages. It emerged that the putative husband had a prior relationship and an undisclosed son. The applicant alleged that it was the first time that she had learned of this. The husband was found inadmissible for making a material misrepresentation. An exclusion order was also issued against the applicant for indirect misrepresentation.

[29] Justice O'Keefe found that the misrepresentation by the principal applicant was attributable to the accompanying spouse as "indirectly misrepresenting" a material fact, since the applicant failed to disclose the applicant's husband's previous relationship and son. The Court noted the following [at paragraph 56 of *Wang*]:

J'estime que l'analyse par la SI de l'intention du législateur concernant l'alinéa 40(1)a est convaincante. En ce qui concerne le juge O'Keefe, j'estime que l'absence d'une disposition législative précise à l'égard de personnes se trouvant dans la situation de l'intimé reflète l'intention du législateur de ne pas déclarer interdites de territoire de telles personnes en raison des fausses déclarations d'un demandeur principal une fois qu'elles ont obtenu la résidence permanente. Selon l'alinéa 42(1)b de la *Loi*, les ressortissants étrangers, mais non les résidents permanents, sont interdits de territoire s'ils accompagnent un membre de la famille qui est interdit de territoire. Le juge O'Keefe a également statué que le libellé des dispositions relatives aux fausses déclarations dans l'ancienne *Loi* établissait clairement que des personnes dans la position de l'intimé étaient interdites de territoire et que, dans la *Loi* actuelle, le législateur n'avait pas exprimé une intention claire de soustraire des personnes telles que l'intimé aux conséquences des fausses déclarations faites par des membres de leur famille, et ce, en l'absence de preuve contraignante du contraire. J'estime que l'appelant n'a pas présenté d'éléments de preuve suffisants me permettant de conclure autrement. Je ne suis pas d'avis que l'inclusion du mot « indirectement » à l'alinéa 40(1)a s'applique à une situation telle que celle-ci où l'intimé n'a fourni aucun fait trompeur ou faux dans sa demande ou lors de son entrevue relative au droit d'établissement.

[28] La demanderesse qui a comparu devant la Cour dans l'affaire *Wang* avait présenté une demande d'immigration au Canada à titre d'épouse qui l'accompagnait. Elle n'était pas mariée au demandeur principal à ce moment-là, mais elle a affirmé l'être. Le couple a été interrogé et a été prié d'apporter les documents relatifs à des mariages antérieurs. Il est ressorti de cela que le mari putatif avait une relation antérieure et un fils non dévoilé. La demanderesse a allégué que c'était la première fois qu'elle en entendait parler. L'époux a été déclaré interdit de territoire pour avoir fait une présentation erronée importante. Une mesure de renvoi a également été prise contre le demandeur pour présentations erronées indirectes.

[29] Le juge O'Keefe a conclu que la présentation erronée du demandeur principal était attribuable à l'époux qui l'accompagnait comme étant « indirectement une présentation erronée » d'un fait important, puisque la demanderesse a omis de divulguer la relation antérieure et le fils de son époux. La Cour a noté ce qui suit [au paragraphe 56 de la décision *Wang*] :

An initial reading of paragraph 40(1)(a) of IRPA would appear to support the applicant's assertion that paragraph 40(1)(a) does not apply to misrepresentations by other persons. However, if the section is given this meaning, it would lead to a potential absurdity in that an applicant could directly misrepresent in an application and bring a person such as the applicant in with him or her, and that person would then not be removable from Canada if the person had no knowledge of the misrepresentation. I am of the view that paragraph 40(1)(a) can be interpreted so as to apply to the applicant. The word "indirectly" can be interpreted to cover the situation such as the present one where the applicant relied on being included in her husband's application, even though she did not know of his being married with a son.

[30] In reaching this conclusion, Justice O'Keefe considered the principles of statutory interpretation and the legislative history of section 40, including extrinsic evidence that a recent amendment was intended to have a similar effect as the comparable provision in the previous statute. He certified the following as a serious question of general importance [at paragraph 65]:

... is a permanent resident inadmissible for indirectly misrepresenting a material fact if they are landed as the dependant of a principal applicant who misrepresented material facts on his application for landing?

[31] The Federal Court of Appeal concluded that it was unnecessary to answer the question as it was based on the assumption that any misrepresentation made by the appellant was indirect. But, as noted above, the appellant had stated in her application that she was married to the principal applicant. This was false and constituted a direct misrepresentation for the purposes of paragraph 40(1)(a) of the IRPA. This was sufficient to dispose of the appeal.

[32] The Federal Court has repeatedly followed *Wang* for the proposition that paragraph 40(1)(a) of the IRPA applies to an applicant where a misrepresentation was made by another party: see *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 1171, at paragraph 14,

Une lecture initiale de l'alinéa 40(1)a de la LIPR semblerait confirmer le point de vue de la demanderesse selon lequel cet alinéa ne s'applique pas aux fausses déclarations faites par d'autres personnes. Toutefois, si la disposition avait cette signification, elle conduirait à une possible absurdité, en ce sens qu'un demandeur pourrait directement faire une fausse déclaration dans une demande, puis faire entrer avec lui une personne telle que la demanderesse, et cette personne ne pourrait pas alors être renvoyée du Canada si elle ignorait la fausse déclaration. Je suis d'avis que l'alinéa 40(1)a peut s'interpréter de manière à s'appliquer à la demanderesse. Le mot « indirectement » peut s'interpréter d'une manière qui englobe une situation comme celle dont il s'agit ici, où la demanderesse a été incluse dans la demande présentée par son mari, et cela, même si elle ne savait pas qu'il était marié et qu'il avait un fils.

[30] Pour en arriver à cette conclusion, le juge O'Keefe a examiné les principes de l'interprétation législative et l'historique législatif de l'article 40, y compris la preuve extrinsèque qu'une modification récente devait avoir un effet semblable à la disposition comparable de la loi précédente. Il a certifié ce qui suit comme une question grave de portée générale [au paragraphe 65] :

[...] un résident permanent est-il interdit de territoire pour avoir indirectement fait une présentation erronée sur un fait important s'il a obtenu le droit d'établissement en tant que personne à charge d'un demandeur principal qui, dans sa demande de droit d'établissement, a fait une présentation erronée sur un fait important?

[31] La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la question, car elle était fondée sur l'hypothèse que toute présentation erronée faite par le demandeur était indirecte. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, la demanderesse a déclaré dans sa demande qu'elle était mariée au demandeur principal. Cette déclaration était fautive et constituait une présentation erronée faite directement aux fins de l'alinéa 40(1)a de la LIPR. Cela suffisait pour trancher l'appel.

[32] La Cour fédérale a à maintes reprises suivi *Wang* pour faire valoir que l'alinéa 40(1)a de la LIPR s'applique à un demandeur lorsqu'une présentation erronée est faite par une autre partie, voir *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 1171, au paragraphe 14, citant

citing *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 942; *Khedri v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1397, 422 F.T.R. 264; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 378, 89 Imm. L.R. (3d) 36; *Kaur Barm v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 893; *Shahin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 423; *Goudarzi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 425; *Oloumi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 428.

[33] The goal of paragraph 40(1)(a) of the IRPA is to ensure that applications provide “complete, honest and truthful information ...” and that “full disclosure is fundamental to the proper and fair administration of the immigration scheme”: *Duquitan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 769, at paragraph 10, citing *Paashazadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 327, at paragraphs 18, 25 and 26. The objective is to deter misrepresentations and maintain integrity of the immigration process: *Inocentes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1187, at paragraphs 17–18; *Sayedi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 420, at paragraphs 23–24.

[34] The section has been interpreted as broad in scope. It does not make a distinction between innocent misrepresentation and deliberate misrepresentations: *Bodine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 848, 331 F.T.R. 200 (*Bodine*), at paragraphs 41–42; *Zhamila v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2018 FC 88, at paragraph 30; *Kobrosli v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 757, 413 F.T.R. 200, at paragraph 46.

[35] There is no dispute between the parties that but for Darshan Singh Sidhu’s misrepresentation, the respondent would not have been admitted to Canada as an accompanying family member. The visas would have been denied and the family denied landing at the port of entry. His permanent resident status is therefore predicated upon a lie, albeit a lie by his father when they applied for and gained entry to Canada.

Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CF 942; *Khedri c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1397; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 378; *Kaur Barm c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 893; *Shahin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 423; *Goudarzi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 425; *Oloumi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 428.

[33] L’objectif de l’alinéa 40(1)a) de la LIPR est de veiller à ce que les demandes contiennent « des renseignements honnêtes, complets et véridiques [...] » et qu’une « divulgation complète est fondamentale à l’application juste et équitable du régime d’immigration » : *Duquitan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 769, au paragraphe 10, citant *Paashazadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 327, aux paragraphes 18, 25 et 26. L’objectif est de dissuader les présentations erronées et de maintenir l’intégrité du processus d’immigration : *Inocentes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1187, aux paragraphes 17 et 18; *Sayedi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 420, aux paragraphes 23 et 24.

[34] La portée de l’article a été interprétée comme étant vaste. Il ne fait pas de distinction entre les présentations erronées faites de bonne foi et les déclarations délibérément fausses : *Bodine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 848 (*Bodine*), aux paragraphes 41 à 42; *Zhamila c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2018 CF 88, au paragraphe 30; *Kobrosli c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 757, au paragraphe 46.

[35] Les parties conviennent que n’eût été la présentation erronée de Darshan Singh Sidhu, le défendeur n’aurait pas été admis au Canada à titre de membre de la famille qui l’accompagne. Les visas auraient été refusés et la famille n’aurait pas été admise au point d’entrée. Son statut de résident permanent est donc fondé sur un mensonge, même s’il s’agit d’un mensonge de la part de son père lorsqu’ils ont présenté la demande et obtenu l’admission au Canada.

[36] The respondent knew about his father's conviction when they left India and came to Canada, as his interview in Chandigarh makes clear.

[37] It is also clear that the misrepresentation by the father directly induced an error—the issuance of permanent resident visas—in the administration of the Act as it foreclosed an avenue of investigation for immigration officials regarding the family's application for admission. In such an investigation, Darshan Singh Sidhu's murder conviction would undoubtedly be a material fact.

[38] The IAD's interpretation of section 40 appears to be predicated on the assumption that the respondent could only be found to be inadmissible if his father was first subject to an inadmissibility hearing. At paragraph 16 the IAD states:

... Whereas Justice O'Keefe found that it would lead to an absurd result if a dependent family member could escape been found inadmissible when he or she could not have been landed but for the principal applicant's misrepresentation, I find that it would lead to an absurd result if the appellant were found inadmissible when the principal applicant who had an obligation to disclose information about his credibility is not subject to an admissibility hearing. In such circumstances, even s. 42(1)(b) of the *Act* would not apply to the appellant as a foreign national because his father has not been found inadmissible. [Footnote omitted.]

[39] This interpretation would, in my view, defeat the object of the legislation in any case in which the principal applicant manages to avoid an admissibility hearing by remaining outside of the country. But the legislative scheme for finding a permanent resident inadmissible on the ground of misrepresentation is not dependent upon the issuance and service of a section 44 report and completion of an inadmissibility hearing against another party.

[40] As noted by Justice O'Keefe in *Wang*, at paragraph 43, “[w]hen Parliament introduced the new IRPA, one of the objects of the Act was to strengthen

[36] Le défendeur était au courant de la déclaration de culpabilité de son père lorsqu'ils ont quitté l'Inde et sont venus au Canada, comme le montre clairement son interrogatoire à Chandigarh.

[37] Il est également clair que la présentation erronée du père a directement entraîné une erreur — la délivrance de visas de résident permanent — dans l'application de la Loi, car elle a empêché les agents d'immigration de faire une enquête sur la demande d'admission de la famille. Dans une telle enquête, la condamnation pour meurtre de Darshan Singh Sidhu aurait été sans aucun doute un fait important.

[38] L'interprétation de l'article 40 par la SAI semble reposer sur l'hypothèse selon laquelle le défendeur ne pourrait être déclaré interdit de territoire que si son père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire. Au paragraphe 16, la SAI précise ce qui suit :

[...] Bien que le juge O'Keefe ait conclu que cela entraînerait un résultat absurde si un membre de la famille à charge qui n'aurait pu obtenir le droit d'établissement, si ce n'était de la présentation erronée du demandeur principal, pouvait éviter d'être déclaré interdit de territoire, j'estime qu'il serait absurde que l'appellant soit déclaré interdit de territoire alors que le demandeur principal qui était tenu de révéler des renseignements concernant sa crédibilité ne fait l'objet d'aucune enquête. Dans de telles circonstances, même l'alinéa 42(1)b) de la *Loi* ne s'appliquerait pas à l'appellant en tant que ressortissant étranger parce que son père n'a pas été déclaré interdit de territoire. [Note en bas de page omise.]

[39] À mon avis, cette interprétation contrecarrerait l'objet de la loi dans tous les cas où le demandeur principal réussit à éviter une enquête sur l'interdiction de territoire en restant à l'extérieur du pays. Cependant, le régime législatif permettant de conclure qu'un résident permanent est interdit de territoire pour présentation erronée ne dépend pas de la délivrance et de la signification d'un rapport en vertu de l'article 44 et de la tenue d'une audience d'interdiction de territoire contre une autre partie.

[40] Comme l'a souligné le juge O'Keefe dans la décision *Wang*, au paragraphe 43, « Lorsque le législateur a adopté la nouvelle LIPR, l'un des objets de la Loi était

inadmissibility”. Section 40, Justice O’Keefe stated at paragraph 57, is similar to the provisions of the previous Act concerning misrepresentation but was modified “to enhance enforcement tools designed to eliminate abuse.” See also *Chen*, above, at paragraph 31.

[41] The interpretation adopted by the IAD would undermine one of the objectives of the IRPA and allow individuals who have benefitted from the misrepresentation of a material fact, albeit by another party, to remain in Canada. Contrary to the view of the IAD, this would be, I suggest, the type of absurd result discussed by the Supreme Court of Canada in *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paragraphs 31–33.

[42] I agree with Justice Annis’ comments in *Chen*, above, at paragraph 34:

...The absurdity is gaining the benefit of entry to Canada by relying upon someone else’s misrepresentation, without which the person would never have been admitted to Canada. The abuse arises from the potential of a parent wishing to confer the benefit of permanent residency on the child, even if the parent is removed.

[43] In my view, the fact that the principal applicant is not in Canada does not preclude a finding that an accompanying person is inadmissible for the misrepresentation of the principal applicant.

[44] Regarding the application of subsection 42(1), in *Chen*, at paragraph 37, Justice Annis expressed the view that the provision is intended to apply only when the misconduct of the principal family member, either a foreign national or permanent resident, occurs after obtaining permanent residency. Justice Annis went on to say that “[i]f the conduct involves a misrepresentation of the principal family member, the accompanying family member would be removed on the basis of his or her constructive inadmissibility, such that subsection 42 would not apply.”

[45] I agree with Justice Annis’ conclusion that the accompanying family member is inadmissible by reason

de renforcer l’interdiction de territoire». L’article 40, dit le juge O’Keefe au paragraphe 57, est semblable aux dispositions de l’ancienne loi concernant les présentations erronées, mais «les modifie en renforçant les outils d’exécution de la Loi destinés à éliminer les abus». Voir aussi l’affaire *Chen*, ci-dessus, au paragraphe 31.

[41] L’interprétation adoptée par la SAI porterait atteinte à l’un des objectifs de la LIPR et permettrait aux personnes qui ont bénéficié d’une présentation erronée d’un fait important, quoique par une autre partie, de demeurer au Canada. Contrairement à l’avis de la SAI, il s’agit, à mon avis, du type de résultat absurde dont a discuté la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, aux paragraphes 31 à 33.

[42] Je suis d’accord avec les commentaires du juge Annis dans la décision *Chen*, précitée, au paragraphe 34 :

[...] L’absurdité profite à l’entrée au Canada en s’appuyant sur la fausse déclaration de quelqu’un d’autre, sans laquelle la personne n’aurait jamais été admise au Canada. L’abus découle de la possibilité qu’un parent souhaite conférer le bénéfice d’une résidence permanente à l’enfant, même si le parent est renvoyé.

[43] À mon avis, le fait que le demandeur principal ne soit pas au Canada n’empêche pas de conclure qu’une personne qui l’accompagne est interdite de territoire pour présentations erronées du demandeur principal.

[44] En ce qui concerne l’application du paragraphe 42(1), dans la décision *Chen*, au paragraphe 37, le juge Annis est d’avis que la disposition ne s’applique que lorsque l’inconduite du principal membre de la famille, soit un étranger ou un résident permanent, survient après l’obtention de la résidence permanente. Le juge Annis a ajouté que «[s]i la conduite comprend une présentation erronée par le membre de la famille principal, le membre de la famille accompagnateur serait renvoyé en raison de son interdiction de territoire présumée, de manière à ce que l’article 42 ne s’applique pas».

[45] Je suis d’accord avec la conclusion du juge Annis selon laquelle le membre de la famille qui l’accompagne

of the misrepresentation of the principal family member. However, I do not agree that subsection 42(1) applies only in cases of inadmissibility for reasons of misconduct after the grant of permanent resident status. It is clear on the face of the legislation that subsection 42(1) applies only to foreign nationals, a defined term that excludes those holding permanent resident status.

[46] Subsection 42(1) applies to a “foreign national, other than a protected person”. The Respondent was not a protected person. “[F]oreign national” is defined in subsection 2(1) of the Act as a person who is not a Canadian Citizen or a permanent resident. At the time of his arrival at the port of entry, the Vancouver Airport, the respondent was in possession of a permanent resident visa but only acquired permanent resident status upon being permitted entry following examination by an immigration officer. He gained that status by virtue of his father’s misrepresentation. His father was inadmissible because of that misrepresentation.

[47] Under subsection 42(1) the respondent was inadmissible as an accompanying family member of an inadmissible person. A finding to that effect was not dependent upon the issuance and service of a section 44 report and inadmissibility determination against the father. The officer who prepared the section 44 report against the respondent was satisfied that the father was inadmissible because of misrepresentation. As the father was outside Canada, there was no practical purpose in preparing a section 44 report against him or of seeking a removal order against him. The officer was not obliged to prepare a section 44 report. Subsection 44(1) of the IRPA states that an officer, who is of the opinion that a permanent resident who is in Canada is inadmissible, may prepare a report: see *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409. In the circumstances, the ID and IAD should have proceeded on that understanding.

est interdit de territoire en raison de la présentation erronée du principal membre de la famille. Toutefois, je ne suis pas d’accord pour dire que le paragraphe 42(1) s’applique seulement dans les cas d’interdiction de territoire pour inconduite après l’octroi du statut de résident permanent. À première vue, le paragraphe 42(1) de la loi ne s’applique qu’aux étrangers, un terme défini qui exclut ceux qui détiennent le statut de résident permanent.

[46] Le paragraphe 42(1) s’applique « sauf pour le résident permanent ou une personne protégée ». Le défendeur n’était pas une personne protégée. Le terme « étranger » est défini au paragraphe 2(1) de la Loi comme une personne qui n’est ni citoyen canadien ni résident permanent. Au moment de son arrivée au point d’entrée, à l’aéroport de Vancouver, le défendeur était en possession d’un visa de résident permanent, mais il n’a obtenu le statut de résident permanent qu’après avoir été autorisé à entrer au Canada après l’examen d’un agent d’immigration. Il a obtenu ce statut en raison de la présentation erronée de son père. Son père était interdit de territoire en raison de cette présentation erronée.

[47] En vertu du paragraphe 42(1), le défendeur était interdit de territoire à titre de membre de la famille accompagnant une personne interdite de territoire. Une conclusion à cet effet ne dépendait pas de la délivrance et de la signification d’un rapport en vertu de l’article 44 et de la détermination de l’interdiction de territoire contre le père. L’agent qui a préparé le rapport en vertu de l’article 44 contre le défendeur était convaincu que le père était interdit de territoire en raison de présentations erronées. Comme le père était à l’extérieur du Canada, il n’y avait aucune raison pratique de préparer un rapport en vertu de l’article 44 contre lui ou de demander une mesure de renvoi contre lui. L’agent n’était pas tenu de préparer un rapport en vertu de l’article 44. Le paragraphe 44(1) de la LIPR stipule qu’un agent, qui est d’avis qu’un résident permanent qui se trouve au Canada est interdit de territoire, peut préparer un rapport, voir *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409. Dans les circonstances, la SI et la SAI auraient dû procéder de cette façon.

[48] In the present matter, an inadmissibility report under subsection 44(1) was issued against the respondent for committing a material misrepresentation pursuant to paragraph 40(1)(a). It stated that the respondent's father was "inadmissible to Canada as he failed to disclose to the visa officer that he had been convicted of conspiracy to commit murder and kidnapping in India".

[49] Paragraph 42(1)(b) provides that a foreign national is inadmissible on the grounds of an inadmissible family member if they are an accompanying family member of an inadmissible person. There is no requirement that an inadmissibility report be prepared pursuant to subsection 44(1) of the IRPA in order to find someone inadmissible pursuant to paragraph 42(1)(b) of the IRPA. If the principal applicant is inadmissible, the dependant is inadmissible.

[50] The IAD's finding to the effect that the respondent could only be found to be inadmissible if the father was subject to an inadmissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA, after the preparation of an inadmissibility report under subsection 44(1) of the IRPA, is unreasonable. The IAD's finding that the father's misrepresentation was not attributable to the respondent as an "indirect" misrepresentation was also unreasonable.

[51] While these conclusions are sufficient to dispose of the application, I think it may be helpful to provide my reasons for how I would resolve the duty of candour question for the benefit of any further proceedings.

B. *Duty of Candour*

[52] The IAD held that the respondent did not owe a duty of candour to disclose his father's conviction. It would lead to an absurd result, the IAD found, and the respondent argues, if he was found to be inadmissible when his father, who had an obligation to disclose his conviction, is not subject to an admissibility hearing and will not be unless he attempts to return to Canada.

[48] En l'espèce, un rapport d'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(1) a été produit contre le défendeur pour avoir fait une présentation erronée importante en vertu de l'alinéa 40(1)a). Il a déclaré que le père du défendeur était [TRADUCTION] «interdit de territoire au Canada parce qu'il a omis de divulguer à l'agent des visas qu'il avait été déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre et un enlèvement en Inde».

[49] L'alinéa 42(1)b) prévoit qu'un ressortissant étranger est interdit de territoire pour motif d'inadmissibilité familiale s'il est un membre de la famille qui l'accompagne. Il n'est pas nécessaire de préparer un rapport d'interdiction de territoire aux termes du paragraphe 44(1) de la LIPR pour conclure qu'une personne est interdite de territoire aux termes de l'alinéa 42(1)b) de la LIPR. Si le demandeur principal est interdit de territoire, la personne à charge est interdite de territoire.

[50] La conclusion de la SAI selon laquelle le défendeur ne pouvait être déclaré interdit de territoire que si le père faisait l'objet d'une enquête sur l'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR, après la préparation d'un rapport d'interdiction de territoire en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, est déraisonnable. La conclusion de la SAI selon laquelle la présentation erronée du père n'était pas attribuable au défendeur comme présentation erronée «indirecte» était également déraisonnable.

[51] Bien que ces conclusions soient suffisantes pour statuer sur la demande, je pense qu'il pourrait être utile de fournir les raisons pour lesquelles je répondrais à la question de l'obligation de franchise au bénéfice de toute autre procédure.

B. *Obligation de franchise*

[52] La SAI a conclu que le défendeur n'avait pas l'obligation de divulguer la déclaration de culpabilité de son père. Cela aurait comme conséquence un résultat absurde, selon la SAI, et le défendeur soutient que, s'il était déclaré interdit de territoire, alors que son père, qui avait l'obligation de divulguer sa déclaration de culpabilité, ne serait pas assujéti à une enquête sur

[53] There needed to be some sort of tacit agreement or conspiracy to withhold information to give rise to a duty of candour on the part of the respondent, the IAD held [at paragraph 18]:

I also find that the duty of candour does not extend so far as to apply to someone in the circumstances of the respondent. Had the evidence established that there was some sort of tacit agreement or conspiracy by the respondent together with his father (and mother) to withhold information concerning his father's criminality in order to avert a finding of inadmissibility, then the duty of candour would likely compel the respondent to disclose his father's criminality. However, the testimony of the respondent was that he did not even know the information contained in his own forms let alone what was in his father's forms. Likewise, the respondent was interviewed at the port-of-entry separately from his father and his mother. He was not privy to his father's answers, had no obligation to provide information about his father's criminality and there is no evidence to support the notion that he knew or should have known that it was material. He was never asked questions about his father's criminality prior to becoming a permanent resident, only his own. He answered those questions truthfully. [Footnote omitted.]

[54] Section 15 of the IRPA authorizes immigration officers to proceed with an examination of an application under the IRPA. Section 16 of the IRPA provides that a person who makes an application must answer truthfully all questions put to them and must provide evidence and documents that the officer reasonably requires. Section 51 of the IRPR [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] provides that foreign nationals who hold permanent resident visas and are seeking to become permanent residents must, at the time of their examination, establish that they and their family members, whether accompanying or not, meet the requirements of the Act and the Regulations.

l'interdiction de territoire et ne le serait pas à moins qu'il ne tente de revenir au Canada.

[53] Il fallait une sorte d'entente tacite ou de complot pour retenir des renseignements afin de donner lieu à une obligation de franchise de la part du défendeur, a déclaré la SAI :

J'estime également que l'obligation de franchise ne va pas jusqu'à s'appliquer à une personne dont les circonstances sont celles de l'intimé. Si des éléments de preuve avaient établi que l'intimé et son père (et sa mère) avaient conclu une entente tacite ou fomenté un complot en vue de taire des renseignements concernant la criminalité du père, et ce, afin d'éviter une conclusion d'interdiction de territoire, alors l'obligation de franchise aurait probablement contraint l'intimé à révéler la criminalité de son père. Toutefois, selon le témoignage de l'intimé, ce dernier n'était même pas au courant des renseignements contenus dans ses propres formulaires, à plus forte raison dans ceux de son père. Aussi, l'intimé s'est présenté seul à l'entrevue au point d'entrée, sans son père ni sa mère. Il n'était pas au courant des réponses fournies par son père et n'était pas tenu de fournir des renseignements concernant la criminalité de ce dernier; de plus, rien ne prouve qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il s'agissait de renseignements importants. Il n'a jamais été questionné au sujet de la criminalité de son père avant que ce dernier ne devienne un résident permanent; il a uniquement été questionné au sujet de sa propre criminalité et il a répondu avec franchise. [Note en bas de page omise.]

[54] L'article 15 de la LIPR autorise les agents d'immigration à procéder à l'examen d'une demande en vertu de la LIPR. L'article 16 de la LIPR prévoit qu'une personne qui présente une demande doit répondre véridiquement à toutes les questions qui lui sont posées et fournir les éléments de preuve et les documents que l'agent exige raisonnablement. L'article 51 du RIPR [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] prévoit que les ressortissants étrangers qui détiennent un visa de résident permanent et qui cherchent à devenir résidents permanents doivent, au moment de leur examen, établir qu'eux et les membres de leur famille, qu'ils accompagnent ou non, satisfont aux exigences de la Loi et du Règlement.

[55] The duty to disclose is fundamental to the proper and fair administration of the IRPA: *Bodine*, above, at paragraphs 41–42; *Baro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299 (*Baro*), at paragraph 15; *Haque*, above. There is an exception to this general rule where the applicant was subjectively unaware that he was withholding information: *Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 345, (1990), 10 Imm. L.R. (2d) 274 (C.A.).

[56] The applicant submits that the respondent was obliged by a duty of candour to disclose his father's criminal proceedings since (1) the respondent relied on the information provided by his father as the principal applicant in the permanent residence application and (2) the respondent was a dependant as an accompanying person on his father's application.

[57] In *Baro*, above, the Board found that the applicant was inadmissible on the basis that he misrepresented or withheld material facts from immigration authorities when his spouse sponsored him. The applicant previously became estranged from his first spouse and obtained a declaration from a court in the Philippines presuming her to be dead. The applicant did not mention these facts to the Canadian immigration officials. However, his second wife notified authorities after she learned, on a visit to the Philippines, that the applicant's first wife had reappeared.

[58] The applicant argued that his conduct should not result in a finding of inadmissibility since he was never specifically asked about his marital history: *Baro*, above, at paragraph 13. He was, therefore, under no duty to inform Canadian authorities of his previous marriage or the circumstances surrounding its dissolution: *Baro*, above, at paragraph 13. The question before the Court was whether the applicant had a duty to disclose his marital history in the circumstances even in the absence of a specific request from Canadian authorities: *Baro*, above, at paragraph 14.

[55] L'obligation de divulguer est fondamentale à l'administration juste et équitable de la LIPR : *Bodine*, précitée, aux paragraphes 41 et 42; *Baro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1299 (*Baro*), au paragraphe 15; *Haque*, précitée. Il y a une exception à cette règle générale lorsque le demandeur ignorait subjectivement qu'il refusait de communiquer des renseignements, soit *Medel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 345, [1990] A.C.F. n° 318 (QL) (C.A.).

[56] Le demandeur soutient que le défendeur était tenu par l'obligation de franchise de divulguer les procédures criminelles de son père, puisque 1) le défendeur s'est fondé sur les renseignements fournis par son père comme demandeur principal dans la demande de résidence permanente et 2) le défendeur était une personne à charge à titre d'accompagnateur dans la demande de son père.

[57] Dans la décision *Baro*, précitée, la Commission a conclu que le demandeur était interdit de territoire au motif qu'il a fait une présentation erronée ou qu'il a caché des faits importants aux autorités de l'immigration lorsque son épouse l'a parrainé. Le demandeur s'est antérieurement séparé de sa première épouse et a obtenu une déclaration d'un tribunal aux Philippines présumant qu'elle était morte. Il n'a pas mentionné ces faits aux agents d'immigration canadiens. Cependant, sa deuxième épouse a avisé les autorités après avoir appris, lors d'une visite aux Philippines, que la première épouse du demandeur était revenue.

[58] Le demandeur a fait valoir que sa conduite ne devrait pas entraîner une conclusion d'interdiction de territoire puisqu'il n'a jamais été expressément interrogé au sujet de ses antécédents matrimoniaux : *Baro*, précitée, au paragraphe 13. Il n'était donc pas tenu d'informer les autorités canadiennes de son mariage antérieur ni des circonstances de sa dissolution : *Baro*, précitée, au paragraphe 13. La question devant la Cour était de savoir si le demandeur avait l'obligation de divulguer ses antécédents matrimoniaux dans les circonstances, même en l'absence d'une demande précise des autorités canadiennes : *Baro*, précitée, au paragraphe 14.

[59] The Court found that the applicant for permanent residence has a duty of candour which requires disclosure of material facts and that this duty extends to a variation in his or her personal circumstances, including a change of marital status: *Baro*, above, at paragraph 15. In its analysis, the Court cautioned that applicants cannot be expected to anticipate the kinds of information that immigration officials might be interested in receiving and that one must look at the surrounding circumstances to decide whether the applicant has failed to comply with paragraph 40(1)(a): *Baro*, above, at paragraph 17. The Court then considered the surrounding circumstances in *Baro*, such as the fact that the application was based on a spousal sponsorship and that the immigration officials requested a “marriage check”. The Court found that this request alerted the applicant to the fact that immigration officials wanted to know more about his marital history. The Court concluded that the IAD did not err when it found that the applicant failed to comply with paragraph 40(1)(a) of the IRPA.

[60] In *Bodine*, the applicant was found inadmissible for a misrepresentation. She had failed to disclose that she had been denied entry earlier on the same day and that her Canadian boyfriend had separately entered with goods he had transferred from her car. The applicant argued, as in the present matter, that she did not have a positive obligation to spontaneously inform an officer at the port of entry about material facts relating to the circumstances and purposes of her visit.

[61] The Court relied on *Baro*, above, and found that the surrounding circumstances are important for deciding what the duty to candour entails in a particular instance [*Bodine*, at paragraphs 41–42]:

Although the Act, or section 40 specifically, does not require spontaneous disclosure of all information or evidence, there may be an obligation to disclose information or to produce relevant evidence in certain circumstances. Section 16(1) of the Act provides that “[a] person who makes an application must answer truthfully

[59] La Cour a conclu que le demandeur de résidence permanente a une obligation de franchise qui exige la divulgation de faits importants et que cette obligation s’étend à une modification de sa situation personnelle, y compris un changement d’état civil : *Baro*, précitée, au paragraphe 15. Dans son analyse, la Cour a mis en garde contre le fait que l’on ne peut s’attendre à ce que les demandeurs anticipent le genre de renseignements que les agents d’immigration pourraient vouloir recevoir et qu’il faut examiner les circonstances environnantes pour décider si le demandeur a omis de se conformer à l’alinéa 40(1)a) de la Loi : *Baro*, précitée, au paragraphe 17. La Cour a ensuite examiné les circonstances entourant l’affaire *Baro*, notamment le fait que la demande était fondée sur le parrainage d’un époux et que les agents d’immigration avaient demandé une « attestation du mariage ». La Cour a conclu que cette demande avait alerté le demandeur du fait que les agents d’immigration voulaient en savoir davantage sur ses antécédents matrimoniaux. La Cour a conclu que la SAI n’avait pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu que le demandeur ne s’était pas conformé à l’alinéa 40(1)a) de la LIPR.

[60] Dans la décision *Bodine*, la demanderesse a été déclarée interdite de territoire pour présentations erronées. Elle avait omis de dire qu’elle s’était vu refuser l’entrée plus tôt le même jour et que son petit ami canadien était entré séparément avec des marchandises qu’il avait transférées de sa voiture. La demanderesse a soutenu, comme dans la présente affaire, qu’elle n’avait pas l’obligation positive d’informer spontanément un agent au point d’entrée des faits importants concernant les circonstances et les objectifs de sa visite.

[61] La Cour s’est fondée sur la décision *Baro*, précitée, et a conclu que les circonstances factuelles sont importantes pour décider ce que l’obligation de franchise implique dans un cas particulier [*Bodine*, aux paragraphes 41 et 42] :

Même si la Loi, ou l’article 40 en particulier, n’oblige pas de déclarer spontanément tous les renseignements ou éléments de preuve, il peut y avoir une obligation de déclarer des renseignements ou des éléments de preuve pertinents dans certaines circonstances. Le paragraphe 16(1) de la Loi dispose que « [l’]auteur d’une demande au

all questions put to them for the purpose of the examination and must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.” In *Baro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299 at para. 15, the Court recognized that a foreign national seeking to enter Canada has a “duty of candour” which requires disclosure of material facts. The Court went on to state at paragraphs 15-17:

15 ...Even an innocent failure to provide material information can result in a finding of inadmissibility; for example, an applicant who fails to include all of her children in her application may be inadmissible: *Bickin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1495 (F.C.T.D.) (QL). An exception arises where applicants can show that they honestly and reasonably believed that they were not withholding material information: *Medel v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 345, [1990] F.C.J. No. 318 (F.C.A.) (QL).

[...]

17 Of course, applicants cannot be expected to anticipate the kinds of information that immigration officials might be interested in receiving. As the IAD noted here, “there is no onus on the person to disclose all information that might possibly be relevant”. One must look at the surrounding circumstances to decide whether the applicant has failed to comply with s. 40(1)(a).

It is clear that a duty of candour exists and that the surrounding circumstances are important for deciding what that duty entails in any particular instance. This case presents the question of the extent to which an applicant must disclose information when not expressly asked for that information by an examining officer. I do not find that section 40 of the Act requires that a person must spontaneously disclose *any* fact that could *possibly* be relevant. Instead, to determine whether the withholding of information constitutes a misrepresentation under the Act, it is necessary to consider the surrounding circumstances in each instance. [Emphasis in original.]

[62] The Court further noted that even silence can be a misrepresentation, relying on *Mohammed v. Canada*

titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visas et documents requis». Dans la décision *Baro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1299, au paragraphe 15, la Cour a affirmé qu’un étranger qui sollicite l’entrée au Canada a une «obligation de franchise» qui l’oblige à révéler les faits importants. La Cour a ensuite formulé les remarques qui suivent, au[x] paragraphe[s] [15-]17 :

[15] [...] Même une omission innocente de fournir des renseignements importants peut mener à une conclusion d’interdiction de territoire; par exemple, la demanderesse qui omet d’inclure la totalité de ses enfants dans sa demande peut être interdite de territoire : *Bickin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1495 (C.F. 1^{re} inst.) (QL). Il y a toutefois une exception si les demandeurs peuvent montrer qu’ils croyaient honnêtement et raisonnablement ne pas dissimuler des renseignements importants : *Medel c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 C.F. 345, [1990] A.C.F. n° 318 (C.A.F.) (QL). 345, [1990].

[...]

17 Bien sûr, on ne peut pas s’attendre à ce que les demandeurs anticipent les genres de renseignements que les agents d’immigration souhaitent peut-être obtenir. Comme l’a noté la SAI en l’espèce, «il n’incombe pas à une personne de divulguer la totalité des renseignements qui pourraient être éventuellement pertinents». Il faut examiner le contexte afin de décider si le demandeur ne s’est pas conformé à l’alinéa 40(1)a).

Il est clair qu’il existe une obligation de franchise, et que les circonstances sont importantes lorsque la Cour doit déterminer la portée de cette obligation dans l’affaire particulière dont elle est saisie. La présente affaire soulève la question de savoir dans quelle mesure un demandeur doit fournir des renseignements alors que l’agent chargé de l’examen ne les lui a pas expressément demandés. Je n’estime pas que l’article 40 de la Loi impose qu’une personne doive déclarer spontanément *tout* fait qui *puisse peut-être* se révéler pertinent. Pour déterminer si la non-déclaration de renseignements constitue une présentation erronée visée par la Loi, la Cour doit plutôt tenir compte des circonstances de chaque affaire. [Soulignement dans l’original.]

[62] La Cour a ajouté que même le silence peut être une présentation erronée, s’appuyant sur la décision

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [1997] 3 F.C. 299 (T.D.) and that the facts in *Bodine* went well beyond mere silence. The Court found that, considering the specific facts of the matter, there was an obligation on the part of the applicant to fully disclose the number of articles she was bringing into Canada: *Bodine*, above, at paragraphs 46–47.

[63] Relying on these cases, the applicant submits that the respondent and his father had a duty of candour to notify the port of entry officer of the arrest, charges and conviction which had not been divulged when their visas were issued.

[64] The issue in this case is not whether the father had such a duty. It is clear that the father, the principal applicant, had a duty of candour to provide accurate and truthful information regarding his criminal convictions. Question 9 of the Schedule 1 Background / Declaration form ask the applicants the following question:

Have you or, if you are the principle applicant, any of your family members listed in your application for permanent residence in Canada, ever been convicted of, or are you currently charged with, on trial for or party to a crime or offence, or subject of any criminal proceedings in any other country?

[65] In checking off the “no” box beside this question and signing the form, the father clearly breached his duty of candour and committed a misrepresentation intended to induce an error in the administration of the Act. Similarly, had the respondent been asked at any time by the Canadian immigration authorities whether he or any other member of the family had a history of criminal charges, it would be clear that he was under a duty of candour to disclose what he knew about that history.

[66] The question here is the extent to which the duty of candour compels an applicant to voluntarily share information as a dependant of the principal applicant when he is not directly asked to provide that information. The parties agree that one must look at the

Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1997] 3 C.F. 299 (1^{re} inst.) et que les faits dans la décision *Bodine* allaient bien au-delà du simple silence. La Cour a conclu que, compte tenu des faits précis de l’affaire, la demanderesse était tenue de divulguer pleinement le nombre d’articles qu’elle apportait au Canada : *Bodine*, précitée, aux paragraphes 46 et 47.

[63] En se fondant sur ces affaires, le demandeur soutient que le défendeur et son père avaient l’obligation de franchise d’aviser l’agent au point d’entrée de l’arrestation, des accusations et des déclarations de culpabilité qui n’avaient pas été divulguées au moment de la délivrance de leurs visas.

[64] La question n’est pas de savoir si le père avait une telle obligation. Il est clair que le père, le demandeur principal, avait l’obligation de fournir des renseignements exacts et véridiques dans ses déclarations de culpabilité. À la question 9 de la déclaration d’antécédents de l’annexe 1, on pose aux demandeurs la question suivante :

Est-ce que vous ou, si vous êtes le demandeur principal, l’un des membres de votre famille énumérés dans votre demande de résidence permanente au Canada, avez déjà été reconnus coupables d’un crime ou d’une infraction, ou êtes-vous actuellement accusé d’un crime, d’une infraction ou d’une poursuite criminelle dans un autre pays?

[65] En cochant la case « non » à côté de cette question et en signant le formulaire, le père a manifestement contrevenu à son obligation de franchise et a fait une présentation erronée visant à induire une erreur dans l’application de la Loi. De même, si les autorités canadiennes de l’immigration avaient demandé au défendeur si lui-même ou un autre membre de la famille avait déjà fait l’objet d’accusations criminelles, il serait évident qu’il avait une obligation de franchise de divulguer ce qu’il savait de ces antécédents.

[66] La question qui se pose ici est de savoir dans quelle mesure l’obligation de franchise oblige un demandeur à communiquer volontairement des renseignements à titre de personne à charge du demandeur principal lorsqu’il n’est pas directement prié de fournir

surrounding circumstances to decide whether the applicant has failed to comply with the duty: *Baro*, above, at paragraphs 15 and 17; *Bodine*, above, at paragraph 42. They disagree on how this applies in the present instance. The applicant contends that the only reasonable conclusion is that the surrounding circumstances imposed a duty of candour on the respondent. This is fiercely disputed by the respondent.

[67] The surrounding circumstances in this instance include that the respondent was an adult—aged 23 when the applications for visas were completed and 25 at the time of entry. The respondent was aware of his father’s conviction and jail sentence; that the father’s first appeal had been denied just 83 days before they sought entry to Canada and that his father was on parole from his sentence of life imprisonment.

[68] In his interview at Chandigarh and his evidence before the ID, the respondent stated that he believed his father to be innocent and would be ultimately absolved. At Chandigarh, he stated that unlike the other accused, his father’s travel while on bail or parole had not been restricted and his passport not confiscated.

[69] The respondent’s evidence before the ID was that he did not know what was in the form completed in India, although he had signed it, as it was prepared by travel agents based on information provided by his father and was in English. He had signed it as instructed by his father. At the Vancouver Airport, he was given a form with questions in the Punjabi language to be answered by ticking off “yes” or “no” and answered those to the best of his knowledge. One of those questions, he says, was whether he had committed any criminal activity in India or had been arrested, which he answered truthfully. He did not know how his father had answered the questions, as they were examined separately, and did not ask him. He was not asked by an immigration officer whether his father had been charged, convicted or imprisoned for any criminal offences. The

ces renseignements. Les parties conviennent qu’il faut examiner les circonstances factuelles afin de décider si le demandeur a manqué à l’obligation : *Baro*, précitée, aux paragraphes 15 et 17; *Bodine*, précitée, au paragraphe 42. Ils ne s’entendent pas sur la façon dont cela s’applique dans le cas présent. Le demandeur soutient que la seule conclusion raisonnable est que les circonstances factuelles ont imposé une obligation de franchise au défendeur. Le défendeur s’y oppose vivement.

[67] Les circonstances factuelles comprennent le fait que le défendeur était un adulte âgé de 23 ans lorsque les demandes de visa ont été remplies et de 25 ans au moment de l’entrée. Le défendeur était au courant de la condamnation et de la peine d’emprisonnement de son père, que le premier appel du père avait été rejeté seulement 83 jours avant qu’ils ne sollicitent l’entrée au Canada et que son père était en liberté conditionnelle après avoir été condamné à l’emprisonnement à perpétuité.

[68] Lors de son interrogatoire à Chandigarh et de son témoignage devant la SI, le défendeur a déclaré qu’il croyait que son père était innocent et qu’il serait finalement libéré. À Chandigarh, il a déclaré que, contrairement à d’autres accusés, les déplacements de son père en liberté sous caution ou en liberté conditionnelle n’avaient pas été restreints et que son passeport n’avait pas été confisqué.

[69] Selon le témoignage du défendeur devant la SI, il ne savait pas ce qui se trouvait dans le formulaire rempli en Inde, bien qu’il l’ait signé, puisqu’il a été préparé par les agents de voyage en fonction des renseignements fournis par son père et qu’il était en anglais. Il l’avait signé selon les instructions de son père. À l’aéroport de Vancouver, on lui a remis un formulaire contenant des questions dans la langue pendjabi auxquelles il faut répondre en cochant «oui» ou «non» et en y répondant au mieux de ses connaissances. L’une de ces questions, dit-il, était de savoir s’il avait commis une activité criminelle en Inde ou s’il avait été arrêté, ce à quoi il a répondu honnêtement. Il ne savait pas comment son père avait répondu aux questions, puisqu’ils ont été interrogés séparément, et il ne le lui a pas demandé. Un agent d’immigration ne lui a pas demandé si son père avait été

port of entry forms with the questions translated into Punjabi were not part of the record and the respondent's evidence is uncontradicted.

[70] In these circumstances, the respondent argues, it would be unjust to impose a duty on him to voluntarily disclose his father's criminal history. The duty of candour does not create a positive obligation for him to "spontaneously notify the port of entry officer(s) of his father's criminal history". He could not be expected to anticipate the kinds of information that immigration officials might be interested in receiving at the port of entry. He was given no indication of their interest in his father's history until the 2014 interview at Chandigarh.

[71] It was not necessary, in my view, for there to be evidence of a tacit agreement or conspiracy by the respondent and his father in order for a duty of candour to be established. As the jurisprudence cited above demonstrates, the duty may be found to arise from the surrounding circumstances which can include a broader range of facts. An inference can be drawn from the evidence of actions and omissions by the applicant that point to an obligation to disclose material facts.

[72] I agree with the respondent, however, that the circumstances in this matter are not such as to compel the conclusion that he was subject to a duty to disclose his father's criminal history on the visa application form or when they were examined at the port of entry.

[73] This is not a case such as *Bodine*, above, where it was clear from the circumstances that the applicant had a duty to disclose information about her prior attempt to enter Canada. The applicant in *Bodine* had herself taken steps to circumvent the prior denial of entry. This was calculated to induce an error in the administration of the statute. Nor is this matter similar to *Baro*, above, where the applicant was put on notice that there were concerns about his marital history. He could not in those circumstances stand mute.

accusé, condamné ou emprisonné pour des infractions criminelles. Les formulaires au point d'entrée comportant les questions traduites en pendjabi ne faisaient pas partie du dossier et la preuve du défendeur n'est pas contestée.

[70] Dans ces circonstances, soutient le défendeur, il serait injuste de lui imposer l'obligation de divulguer volontairement les antécédents criminels de son père. L'obligation de franchise ne crée pas pour lui une obligation positive [TRADUCTION] « d'informer spontanément les agents aux points d'entrée des antécédents criminels de son père ». On ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il anticipe le genre de renseignements que les agents d'immigration pourraient vouloir recevoir au point d'entrée. Il n'a reçu aucune indication de leur intérêt pour les antécédents de son père avant l'entrevue de 2014 à Chandigarh.

[71] À mon avis, il n'était pas nécessaire qu'il y ait une preuve d'entente tacite ou de complot de la part du défendeur et de son père pour qu'une obligation de franchise soit établie. Comme le démontre la jurisprudence citée ci-dessus, l'obligation peut découler des circonstances environnantes qui peuvent comprendre un plus vaste éventail de faits. Une inférence peut être tirée de la preuve d'actions et d'omissions de la part du demandeur qui indiquent l'obligation de divulguer des faits importants.

[72] Toutefois, je conviens avec le défendeur que les circonstances en l'espèce n'obligent pas à conclure qu'il était tenu de divulguer les antécédents criminels de son père sur le formulaire de demande de visa ou lorsqu'ils ont été interrogés au point d'entrée.

[73] Il ne s'agit pas d'une affaire comme celle de *Bodine*, ci-dessus, où il était évident dans les circonstances que la demanderesse avait l'obligation de divulguer des renseignements sur sa tentative d'entrer au Canada. La demanderesse dans la décision *Bodine* avait elle-même pris des mesures pour contourner le refus d'entrée préalable. Ces mesures prédisposaient à une erreur dans l'application de la loi. Cette affaire n'est pas non plus semblable à celle de *Baro*, ci-dessus, où le demandeur a été avisé qu'il y avait des préoccupations

[74] In this instance, the applicant [respondent herein] was presented with forms that required him to disclose his own criminal history, if any, and not that of anyone else in his family group. Only the principal applicant was required to disclose whether any of the dependant applicants had such a history, to his knowledge, in addition to himself.

[75] I find, therefore, that it was within the range of defensible outcomes on the facts and the law for the IAD to conclude that the respondent bore no duty of candour to inform on his father at the port of entry. The reasons for the decision are transparent, justified and intelligible. That said, I do not agree with the IAD's analysis that in order for a duty of candour to be found there needed to be some evidence establishing that there was a tacit agreement or conspiracy by the respondent and his father.

VII. Conclusion

[76] For the reasons given above, the application is granted and the matter will be remitted for redetermination by the IAD in accordance with these reasons.

VIII. Certified questions

[77] The applicant Minister proposes the following two questions for certification pursuant to subrule 18(1) of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22. The first question is the same as that certified by Justice O'Keefe in *Wang*.

1. Under s. 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which reads: "A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation (a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this act"... is a permanent resident inadmissible for indirectly

au sujet de ses antécédents matrimoniaux. Dans ces circonstances, il ne pouvait pas rester muet.

[74] Dans la présente affaire, le demandeur [le défendeur en l'espèce] a reçu des formulaires qui l'obligent à divulguer ses propres antécédents criminels, le cas échéant, et non ceux de quiconque faisant partie de son groupe familial. Seul le demandeur principal était tenu de divulguer si l'un des demandeurs à charge avait des antécédents de ce genre, à sa connaissance, en plus de lui-même.

[75] Par conséquent, je conclus qu'il était dans l'éventail des issues possibles au regard des faits et du droit pour la SAI de conclure que le défendeur n'avait aucune obligation de franchise de donner des informations sur son père au point d'entrée. Les motifs de la décision sont transparents, justifiés et intelligibles. Cela dit, je ne suis pas d'accord avec l'analyse de la SAI selon laquelle pour qu'une obligation de franchise soit constatée, il fallait qu'il y ait des éléments de preuve établissant qu'il y a eu une entente tacite ou un complot de la part du défendeur et de son père.

VII. Conclusion

[76] Pour les motifs susmentionnés, la demande est accueillie et l'affaire est renvoyée à la SAI pour réexamen, conformément aux présents motifs.

VIII. Questions certifiées

[77] Le ministre demandeur propose les deux questions suivantes pour l'accréditation en vertu du paragraphe 18(1) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22. La première question est la même que celle certifiée par le juge O'Keefe dans la décision *Wang*.

1. Selon l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ainsi formulé : « Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants : a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la

misrepresenting a material fact if they are landed as a dependent of a principal applicant who misrepresented material facts on his application for landing; and

2. Does the duty of candour under the IRPA extend so as to apply to someone in the circumstances of the Respondent, specifically a duty to provide material facts of which he is aware concerning a family member in the process of becoming a permanent resident of Canada?

[78] The respondent submitted the following question for certification:

Is a permanent resident, who became a permanent resident as an accompanying dependent of the principal applicant, and who has not himself/herself committed a misrepresentation, insulated from any inadmissibility under s. 40 (1) (a) of the IRPA for misrepresentation by the principal applicant by virtue of the wording of s. 42 (1) (b) of the IRPA, which expressly excludes permanent residents?

[79] The applicant opposes certification of the respondent's question on three grounds:

1. It inaccurately states within it that the respondent has not committed any misrepresentation;
2. The wording of paragraph 42(1)(b) would not be dispositive of an appeal in this case concerning section 16 and paragraph 40(1)(a) of the IRPA; and
3. In any event, at the time the misrepresentation happened, the respondent was a foreign national accompanying his father who would have been found inadmissible if not for the misrepresentation; indeed, the existence of paragraph 42(1)(b) illustrates that misrepresentation did induce an error in the administration of the IRPA.

présente loi »; [...] un résident permanent est-il interdit de territoire pour avoir indirectement fait une présentation erronée sur un fait important s'il a obtenu le droit d'établissement en tant que personne à charge d'un demandeur principal qui, dans sa demande de droit d'établissement, a fait une présentation erronée sur un fait important?

[TRADUCTION]

2. L'obligation de franchise en vertu de la LIPR s'étend-elle à une personne dans les circonstances du défendeur, plus précisément l'obligation de fournir des faits importants dont il est au courant au sujet d'un membre de la famille au moment de devenir résident permanent du Canada?

[78] Le défendeur a soumis la question suivante aux fins de certification :

Est-ce qu'un résident permanent, qui est devenu résident permanent en tant que personne à charge accompagnant le demandeur principal et qui n'a pas lui-même fait de fausses déclarations, est à l'abri de toute interdiction de territoire aux termes de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR pour fausses déclarations du demandeur principal en vertu du libellé de l'alinéa 42(1)b) de la LIPR, qui exclut expressément les résidents permanents?

[79] Le demandeur s'oppose à la certification de la question du défendeur pour trois motifs :

1. La question énonce incorrectement que le défendeur n'a pas fait de fausses déclarations;
2. Le libellé de l'alinéa 42(1)b) ne permettrait pas de régler un appel en l'espèce en ce qui concerne l'article 16 et l'alinéa 40(1)a) de la LIPR;
3. En tout état de cause, au moment où la présentation erronée a eu lieu, le défendeur était un ressortissant étranger qui accompagnait son père et qui aurait été déclaré interdit de territoire si ce n'était des fausses déclarations; en fait, l'existence de l'alinéa 42(1)b) montre que les fausses déclarations ont entraîné une erreur dans l'application de la LIPR.

[80] In *Torre v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 48, at paragraph 3, the Federal Court of Appeal restated the principle that, “to be certified, a question must be dispositive of the appeal and transcend the interests of the immediate parties to the litigation due to its broad significance” for appeals pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA. In other words, the question must have an impact on the result of the litigation.

[81] I agree with the applicant that the respondent’s proposed question would not be dispositive of an appeal in this case. The matter turns on whether the misrepresentation by a third party, a principal applicant, can be attributed to an accompanying dependent as an “indirect misrepresentation” within the meaning of paragraph 40(1)(a) of the IRPA. That question transcends the interests of the parties and would be dispositive of an appeal.

[82] I do not consider it necessary to certify the applicant’s second proposed question as it turns on the specific facts of this case. The law that there is a duty of candour on applicants for permanent residence is well established. How that is to be applied will depend on the facts of each case

JUDGMENT IN IMM-3817-17

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

- (1) the applicant is granted an extension of time for service of the notice of application;
- (2) the application is granted and the matter will be remitted to the Immigration Appeal Division for redetermination by a different member in accordance with the reasons provided; and
- (3) The following question is certified:

Under paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which reads: “A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation (a) for directly or indirectly

[80] Dans l’arrêt *Torre c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 48, au paragraphe 3, la Cour d’appel fédérale a réaffirmé le principe selon lequel «une question ne peut être certifiée que dans la mesure où elle est déterminante quant à l’issue de l’appel et transcende les intérêts des parties au litige de par ses conséquences importantes» pour les appels interjetés en vertu de l’alinéa 74d) de la LIPR. Autrement dit, la question doit avoir une incidence sur l’issue du litige.

[81] Je suis d’accord avec le demandeur pour dire que la question proposée par le défendeur ne permettrait pas de régler un appel en l’espèce. L’affaire porte sur la question de savoir si la présentation erronée d’un tiers, un demandeur principal, peut être attribuée à une personne à charge accompagnant le demandeur à titre de «présentation erronée indirecte» au sens de l’alinéa 40(1)a) de la LIPR. Cette question transcende les intérêts des parties et serait concluante en appel.

[82] Je ne considère pas qu’il soit nécessaire de certifier la deuxième question proposée par le demandeur, car elle porte sur les faits précis de l’affaire. La loi selon laquelle il y a obligation de franchise à l’égard des demandeurs de résidence permanente est bien établie. La façon d’appliquer cette loi dépendra des faits de chaque affaire.

JUGEMENT DANS IMM-3817-17

LA COUR STATUE que :

- 1) le demandeur se voit accorder une prorogation du délai de signification de l’avis de demande;
- 2) la demande est accueillie et l’affaire est renvoyée à la Section d’appel de l’immigration à un autre commissaire pour un nouvel examen conformément aux motifs fournis;
- 3) la question suivante est certifiée :

Selon l’alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, ainsi formulé : « Emportent interdiction de territoire pour présentations erronées les faits suivants : a) directement ou indirectement,

misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this act”... is a permanent resident inadmissible for indirectly misrepresenting a material fact if they are landed as a dependent of a principal applicant who misrepresented material facts on his application for landing.

faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d’entraîner une erreur dans l’application de la présente loi »; [...] un résident permanent est-il interdit de territoire pour avoir indirectement fait une présentation erronée sur un fait important s’il a obtenu le droit d’établissement en tant que personne à charge d’un demandeur principal qui, dans sa demande de droit d’établissement, a fait une présentation erronée sur un fait important?

2017 FCA 249
A-472-16

2017 CAF 249
A-472-16

Bell Canada and Bell Media Inc. (Appellants)

Bell Canada et Bell Media Inc. (appelantes)

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Procureur général du Canada (intimé)

and

et

Association of Canadian Advertisers and Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (Intervenors)

Association canadienne des annonceurs et Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (intervenantes)

A-471-16

A-471-16

National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC (Appellants)

National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC (appelantes)

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Procureur général du Canada (intimé)

and

et

Association of Canadian Advertisers and Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (Intervenors)

Association canadienne des annonceurs et Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (intervenantes)

INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Webb, Near and Gleason JJ.A.—Toronto, October 17; Ottawa, December 18, 2017.

Cour d'appel fédérale, les juges Webb, Near et Gleason, J.C.A.—Toronto, 17 octobre; 18 décembre 2017.

Broadcasting — Consolidated appeals from Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) order excluding Super Bowl from simultaneous substitution regime — Under that regime, Canadian commercials substituted for those of American broadcasters on American channels — As a result of CRTC's order, Canadians now able to watch Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements — Appellants Bell Canada, Bell Media Inc. (Bell) arguing, inter alia, that because Broadcasting Act, s. 9(1)(h) referring to “programming services”, CRTC not having jurisdiction to single out individual “program” such as Super

Radiodiffusion — Appels réunis contre l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) excluant le Super Bowl du régime de substitution simultanée — Sous ce régime, les publicités canadiennes étaient substituées à celles d'un radiodiffuseur américain sur les chaînes américaines — Du fait de l'ordonnance du CRTC, les Canadiens sont maintenant en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines — Les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ont fait valoir notamment que, du fait que l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion vise les

Bowl; term “program” as used in Broadcasting Act referring to entire television channel, not individual shows — Bell also arguing that order operating retrospectively, interfering with Bell’s vested right to be exclusive broadcaster of Super Bowl in Canada — Appellant National Football League (NFL) arguing, *inter alia*, that order conflicting with Copyright Act, s. 31(2)(c), Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA), Art. 2006(1) — Whether reasonable for CRTC to determine that its order within its jurisdiction, not retrospective, not interfering with vested rights; whether correct for CRTC to determine that its order not conflicting with Copyright Act, international trade law — CRTC’s determination having jurisdiction to make order under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) reasonable — Meaning of term “programming service” depending on context — CRTC’s explanation “that ‘programming service’ ... may be taken to include all programs” necessarily meaning that in other circumstances same term may be taken to include single program — Also instructive that Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations, s. 1(2) defining “programming service” to include a program — Not demonstrated herein that legislator or Federal Court of Appeal excluding programs from meaning of “programming service” — Reasonable to conclude that program included where terms, conditions being added preventing substitution of advertisements — Broadcasting Act having numerous disparate objectives — Parliament intending for CRTC, not Court, to decide how best to balance those competing policy objectives — No reviewable error in CRTC’s interpretation of Broadcasting Act on issue of retrospectivity — CRTC’s powers to make orders, regulations cannot be limited by contract made between private parties — Bell’s vested right argument failing — Not NFL’s right that program will be simultaneously substituted — Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell — Broadcasting regime conferring benefits, not rights — Bell only having privilege to request simultaneous substitution — Having no legal entitlement to specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with NFL — CRTC’s order not conflicting with Copyright Act — Broadcaster not infringing copyright if meeting enumerated conditions under s. 31(f) — CUSFTA, Art. 2006(1) concerned with copyright holder’s ability to be remunerated for retransmission, not simultaneous substitution of commercials — CRTC’s order complying with each of enumerated requirements in s. 31(2) — No operational conflict between order, Copyright Act, s. 31(2)(c) — Appeal dismissed.

« services de programmation », le CRTC n’a pas compétence pour cibler une « émission » en particulier; comme le Super Bowl; et que l’expression « émission », telle qu’elle est utilisée dans la Loi sur la radiodiffusion, désigne une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers — Bell a fait valoir en outre que l’ordonnance avait un effet rétroactif et portait atteinte à son droit acquis d’être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada — L’appelante, la National Football League (NFL), a fait valoir notamment que l’ordonnance contrevenait à l’art. 31(2)(c) de la Loi sur le droit d’auteur et à l’art. 2006(1) de l’Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis (ALECEU) — Il s’agissait de savoir si la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance, que cette ordonnance n’était pas rétroactive et qu’elle ne portait pas atteinte à des droits acquis, était raisonnable; et si la conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance n’entraînait en conflit ni avec la Loi sur le droit d’auteur, ni avec le droit commercial international, était correcte — La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l’ordonnance en vertu de l’art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion était raisonnable — Le sens de l’expression « service de programmation » dépend du contexte — L’explication du CRTC voulant que le « “service de programmation” [...] peut englober toutes les émissions » signifiait nécessairement que, en d’autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission — Il était également instructif que la définition de l’expression « service de programmation » à l’art. 1(2) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation inclut une émission — Il n’a pas été établi en l’espèce que le législateur ou la Cour d’appel fédérale a voulu exclure les émissions de l’expression « service de programmation » — Il était raisonnable de conclure qu’une émission serait comprise lorsqu’il est question d’ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités — La Loi sur la radiodiffusion énonce de nombreux objectifs disparates — Le législateur avait l’intention de laisser au CRTC, et non à la Cour, le soin de trouver le meilleur équilibre entre ces objectifs concurrents — Il n’y a eu aucune erreur susceptible de contrôle dans l’interprétation qu’a fait le CRTC de la Loi sur la radiodiffusion quant à la question de la rétroactivité — Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d’édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat convenu entre des parties privées — L’argument de Bell portant sur son droit acquis ne tenait pas — La NFL n’avait pas le droit à la substitution simultanée de cette émission — Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell — Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages — Bell a seulement le privilège de demander la substitution simultanée — Bell n’a pas juridiquement droit à des revenus d’un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL — L’ordonnance

rendue par le CRTC n'était pas contraire à la Loi sur le droit d'auteur — Le radiodiffuseur qui respecte les conditions énumérées à l'art. 31f) ne contrevient pas au droit d'auteur — L'art. 2006(1) de l'ALECEU porte sur la capacité du titulaire d'un droit d'auteur sur une émission d'être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités — L'ordonnance du CRTC était conforme à chacune des exigences énumérées à l'art. 31(2) — Elle n'était pas contraire, sur le plan de l'application, à l'art. 31(2)c) de la Loi sur le droit d'auteur — Appel rejeté.

These were consolidated appeals from an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* by which the CRTC excluded the Super Bowl, the annual championship game of the National Football League (NFL), from the simultaneous substitution regime.

Under the simultaneous substitution regime, the operator of a Canadian television station may require a Canadian broadcasting distribution undertaking to substitute the Canadian feed for a non-Canadian programming service, which results in Canadian commercials being substituted for those of an American broadcaster so that Canadian viewers watching an American channel will see Canadian commercials. In its order, the CRTC explained that it had decided to no longer authorize simultaneous substitution because it was not in the public interest. As of January 2017, Canadians can watch the Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements. The appellants Bell Canada and Bell Media Inc. (Bell) argued, *inter alia*, that because paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* refers to “programming services”, the CRTC only has jurisdiction to make orders and regulations regarding programming services and does not have jurisdiction to single out an individual “program”, such as the Super Bowl. Bell also argued that the *Broadcasting Act* uses the term “program” to refer to an entire television channel and not individual shows. Bell further argued that the order operated retrospectively and interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada. The appellant NFL argued, *inter alia*, that the order conflicted with paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act* and Article 2006(1) of the Canada-United States Free Trade Agreement (CUSFTA).

At issue was whether it was reasonable for the CRTC to determine that its order was within its jurisdiction, was not retrospective and did not interfere with vested rights; and whether

Il s'agissait d'appels réunis contre l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) rendue en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, par laquelle le CRTC a exclu le Super Bowl, le match du championnat annuel de la National Football League (NFL), du régime de substitution simultanée.

Sous le régime de substitution simultanée, l'exploitant d'une station de télévision canadienne peut exiger d'une entreprise canadienne de distribution de radiodiffusion qu'elle substitue un signal canadien aux services de programmation non canadiens, de sorte que les publicités canadiennes seront substituées à celles d'un radiodiffuseur américain. Ainsi, les téléspectateurs canadiens regardant une chaîne américaine verront des publicités canadiennes. Dans son ordonnance, le CRTC a expliqué avoir décidé de ne plus autoriser la substitution simultanée parce qu'elle n'était pas dans l'intérêt public. Depuis le mois de janvier 2017, les Canadiens sont en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines. Les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ont fait valoir notamment que, du fait que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* vise les « services de programmation », le CRTC a seulement compétence pour rendre des ordonnances et prendre des règlements quant aux services de programmation, et non pour cibler une « émission » en particulier, comme le Super Bowl. Bell a soutenu également que la *Loi sur la radiodiffusion* utilise l'expression « émission » pour désigner une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers. Bell a fait valoir en outre que l'ordonnance avait un effet rétroactif et portait atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada. L'appelante, la NFL, a fait valoir notamment que l'ordonnance contrevient à l'alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d'auteur* et au paragraphe 2006(1) de l'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis (ALECEU).

Il s'agissait de savoir si la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance, que cette ordonnance n'était pas rétrospective et qu'elle ne portait

it was correct for the CRTC to determine that its order did not conflict with the *Copyright Act* and/or international trade law.

Held, the appeal should be dismissed.

The CRTC's determination that it had jurisdiction to make its order under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* was reasonable. In *Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom*, Broadcasting Decision CRTC 2005-195 (*Star Choice*), the CRTC explained that the meaning of the term "programming service" depends on the context in which it is used. The CRTC's explanation therein "that 'programming service' ... may be taken to include all programs" necessarily means that, in other circumstances, the same term may be taken to include a single program. It is also instructive and informs the context that the definition of "programming service" in subsection 1(2) of the *Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations* (which adopts the definition in section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations*) defines "programming service" to include a program. It was not demonstrated herein that the legislator or the Federal Court of Appeal has excluded programs from the meaning of "programming service". It is reasonable to conclude that a program would be included where terms and conditions are being added preventing the substitution of advertisements. There was no inconsistency between the CRTC's finding in *Star Choice* and this matter. There is a certain irony that legislation that has the protection of the Canadian broadcasting industry and its employees as one of its important objectives is being used to allow for the broadcasting of American advertisements during the Super Bowl to the apparent detriment of the Canadian industry and its employees. But there are numerous disparate objectives set out in the *Broadcasting Act* and Parliament intended that the CRTC decide how best to balance competing policy objectives related to broadcasting in Canada. It is not for the Court to engage in weighing these competing policy objectives and substituting its own view in deciding which policy objectives should be pursued.

There was no reviewable error in the CRTC's interpretation of the *Broadcasting Act* on the issue of retrospectivity. Legislators often make legislation and regulations that interfere with expectations. The CRTC's powers to make orders and regulations cannot be limited by a contract made between private parties. In this case, Bell's argument that the CRTC interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada failed. Although it is the NFL's right to licence its program to Bell, it is not the NFL's right that the program will be simultaneously substituted—this is

pas atteinte à des droits acquis, était raisonnable, et si la conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance n'entraînait en conflit ni avec la *Loi sur le droit d'auteur*, ni avec le droit commercial international, était correcte.

Arrêt : L'appel doit être rejeté.

La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l'ordonnance en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* était raisonnable. Dans la décision de radiodiffusion CRTC 2005-195 *Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom (Star Choice)*, le CRTC a expliqué que le sens de l'expression « service de programmation » dépend du contexte de son utilisation. L'explication du CRTC dans cette affaire voulant que le « "service de programmation" [...] peut englober toutes les émissions » signifie nécessairement que, en d'autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission. Il est également instructif, et révélateur du contexte, que la définition de l'expression « service de programmation » au paragraphe 1(2) du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation* (lequel adopte la définition figurant à l'article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) inclut une émission. Il n'a pas été établi que le législateur ou la Cour d'appel fédérale a voulu exclure les émissions de l'expression « service de programmation ». Il est raisonnable de conclure qu'une émission serait comprise lorsqu'il est question d'ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités. Il n'y a aucune incohérence entre la conclusion du CRTC dans *Star Choice* et celle dans la présente affaire. Il y a une certaine ironie à ce qu'une loi dont l'un des objectifs importants est de protéger l'industrie de la radiodiffusion canadienne et ses employés soit utilisée pour permettre la diffusion de publicités américaines durant le Super Bowl au détriment, apparemment, de l'industrie canadienne et de ses employés. Or, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce de nombreux objectifs disparates, et le législateur avait l'intention de laisser au CRTC le soin de trouver le meilleur équilibre entre des objectifs concurrents en lien avec la radiodiffusion au Canada. La Cour n'a pas pour rôle d'entreprendre une pondération de ces objectifs stratégiques concurrents et de substituer ses propres conclusions quant aux objectifs à atteindre.

Il n'y a eu aucune erreur susceptible de contrôle dans l'interprétation qu'a fait le CRTC de la *Loi sur la radiodiffusion* quant à la question de la rétroactivité. Les législateurs adoptent souvent des lois et des règlements qui déjouent les attentes. Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d'édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat conclu entre des parties privées. Dans la présente affaire, l'argument de Bell voulant que le CRTC ait porté atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada ne tenait pas. Bien que

a benefit conferred by Canada's broadcasting regulatory regime. Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell. Canada's broadcasting regime confers benefits, not rights. Bell only ever had the privilege to request simultaneous substitution, a privilege which flows from the *Broadcasting Act* and regulations. In this case, there was no existing obligation as there was no vested right because Bell has no legal entitlement to a specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with the NFL. This private agreement under which no right to simultaneously substitute commercials has vested cannot prevent the CRTC from issuing an order.

The CRTC's order did not conflict with the *Copyright Act* in both purpose and operation. Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* grants a copyright holder the exclusive right to produce or reproduce copyrighted works, including retransmission rights. However, subsection 31(2) creates an exception to this exclusive right when a work is retransmitted in accordance with the enumerated conditions. As long as a broadcaster meets each of the enumerated conditions, it does not infringe copyright. Article 2006(1) of the CUSFTA is concerned with the copyright holder's ability to be remunerated for its copyright where its program is retransmitted and not with simultaneous substitution of commercials. The NFL was trying to elevate a principle limited to a small section in Article 2006(1) of the CUSFTA pertaining to the remuneration for retransmission to a principle of general application across the *Copyright Act*. The CRTC's order complied with each of the enumerated requirements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* and so met the requirements of the exception to the exclusive transmission rights. Finally, there was no operational conflict between the order and paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act*.

la NFL ait le droit d'accorder une licence à Bell au regard de son émission, elle n'a pas le droit à la substitution simultanée de celle-ci — il s'agit là d'un avantage que confère le cadre réglementaire canadien régissant la radiodiffusion. Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell. Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages. Bell a toujours eu seulement le privilège de demander la substitution simultanée, lequel découle de la *Loi sur la radiodiffusion* et de ses règlements. En l'espèce, il n'y avait aucune obligation existante, puisqu'il n'y avait aucun droit acquis en cause, parce que Bell n'avait pas juridiquement droit à des revenus d'un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL. Cet accord privé, qui ne donne naissance à aucun droit acquis à la substitution simultanée des publicités, ne peut pas empêcher le CRTC de rendre une ordonnance.

L'ordonnance rendue par le CRTC n'était pas contraire à la *Loi sur le droit d'auteur* sur le plan tant de l'objet que de l'application. L'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de production ou de reproduction de l'œuvre protégée, ce qui comprend la retransmission. Toutefois, le paragraphe 31(2) prévoit une exception à ce droit exclusif lorsque l'œuvre est retransmise conformément aux conditions énumérées. Le radiodiffuseur qui respecte chacune des conditions énumérées ne contrevient pas au droit d'auteur. Le paragraphe 2006(1) de l'ALECEU porte sur la capacité du titulaire d'un droit d'auteur sur une émission d'être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités. La NFL a tenté de magnifier un principe confiné à une petite partie du paragraphe 2006(1) de l'ALECEU portant sur la rémunération en lien avec la retransmission pour en faire un principe d'application générale concernant toute la *Loi sur le droit d'auteur*. L'ordonnance du CRTC était conforme à chacune des exigences énumérées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* et, de ce fait, elle respectait les exigences de l'exception aux droits exclusifs de transmission. Finalement, l'ordonnance n'était pas contraire, sur le plan de l'application, à l'alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) “program”, 3, 5(1), 9(1)(h), 18(3), 31(2).
Broadcasting Distribution Regulations, SOR/97-555, ss. 1 “programming service”, 7(a).
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1)(f), 31(2), 71–74.
Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations, SOR/2015-240, ss. 1(2), 4(1), (3).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « émission », 3, 5(1), 9(1)(h), 18(3), 31(2).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1)f), 31(2), 71 à 74.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
Règlement sur la distribution de radiodiffusion, DORS/97-555, art. 1 « service de programmation », 7a).
Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation, DORS/2015-240, art. 1(2), 4(1), (3).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America, [1989] Can. T.S. No. 3, Art. 2006(1).

CASES CITED

APPLIED:

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

DISTINGUISHED:

Bell Canada v. Amtelecom Limited Partnership, 2015 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 29.

CONSIDERED:

Bell Canada v. Canada (Attorney General), 2016 FCA 217, 402 D.L.R. (4th) 551; *Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom* (12 May 2005), Broadcasting Decision CRTC 2005-195; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449.

REFERRED TO:

2251723 Ontario Inc. (VMedia) v. Rogers Media Inc., 2017 FCA 186, 414 D.L.R. (4th) 750; *Zulkoskey v. Canada (Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268, 2017 C.L.L.C. 230-010; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. "Let's Talk TV: A conversation with Canadians about the future of television" (24 October 2013), Broadcasting Notice of Invitation CRTC 2013-563, online: <<https://crtc.gc.ca/eng/archive/2013/2013-563.htm>>.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Measures to address issues related to simultaneous substitution* (29 January 2015), Broadcasting

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, [1989] R.T. Can. n° 3, art. 2006(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Bell Canada c. Amtelecom Limited Partnership, 2015 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 29.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bell Canada c. Canada (Procureur général), 2016 CAF 217; *Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom* (12 mai 2005), Décision de radiodiffusion CRTC 2005-195; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

DÉCISIONS CITÉES :

2251723 Ontario Inc. (VMedia) c. Rogers Media Inc., 2017 CAF 186; *Zulkoskey c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2016 CAF 268; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Mesures visant à traiter des problèmes de substitution simultanée* (29 janvier 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-25, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2015/2015-25.htm>>.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. « Parlons télé : une conversation avec les Canadiens sur l'avenir de la télévision »

Regulatory Policy CRTC 2015-25, online: <<https://crtc.gc.ca/eng/archive/2015/2015-25.htm>>.

CONSOLIDATED APPEALS from an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2016-334 and Broadcasting Order CRTC 2016-335) made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* excluding the Super Bowl from the simultaneous substitution regime. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Andrew Bernstein and Vitali Berditchevski for appellants Bell Canada and Bell Media Inc.
Steven Mason, Brandon Kain, Daniel G.C. Glover and Richard Lizius for appellants National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC.
Michael H. Morris, Roger Flaim and Laura Tausky for respondent.
J. Thomas Curry and James S.S. Holtom for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for appellants Bell Canada and Bell Media Inc.
McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellants National Football League, NFL International LLC and NFL Productions LLC.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NEAR J.A.:

I. Overview

[1] This is a consolidation of two statutory appeals under subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, S.C.

(24 octobre 2013), avis d'invitation de radiodiffusion CRTC 2013-563, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2013/2013-563.htm>>.

APPELS RÉUNIS qui ont été présentés contre une ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-334 et ordonnance de radiodiffusion CRTC 2016-335) rendue en vertu de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*, par laquelle le CRTC a exclu le Super Bowl du régime de substitution simultanée. Appels rejetés.

ONT COMPARU :

Andrew Bernstein et Vitali Berditchevski, pour les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc.
Steven Mason, Brandon Kain, Daniel G.C. Glover et Richard Lizius, pour les appelantes National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC.
Michael H. Morris, Roger Flaim et Laura Tausky, pour l'intimé.
J. Thomas Curry et James S.S. Holtom, pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys LLP, Toronto, pour les appelantes Bell Canada et Bell Media Inc.
McCarthy Tétrault LLP, Toronto, pour les appelantes National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC.
La sous-procureure générale du Canada, pour l'intimé.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE NEAR, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] La Cour est saisie de deux appels réunis, présentés en vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la*

1991, c. 11. The appellants, Bell Canada and Bell Media Inc. (Bell) and the National Football League, NFL International LLC, and NFL Productions LLC (NFL), appeal an order of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) by which the CRTC excluded the Super Bowl from the simultaneous substitution regime ([*Simultaneous substitution for the Super Bowl* (19 August 2016)] Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2016-334 (Final Decision) and Broadcasting Order CRTC 2016-335 (Final Order)).

[2] The appeals A-472-16 and A-471-16 were consolidated in an order dated January 12, 2017 with A-472-16 designated as the lead appeal. Accordingly, the following reasons will be filed in the lead file and a copy will be filed as reasons for judgment in file number A-471-16.

II. Background

[3] The appellant, the NFL, is the copyright holder for the television production of the Super Bowl, the annual championship game of the NFL. The NFL has an agreement with the other appellant, Bell, granting Bell the exclusive rights to broadcast the Super Bowl in Canada. The Super Bowl was the most watched single event on television in Canada in 2015.

[4] For more than 40 years, the Super Bowl has been broadcast subject to Canada's simultaneous substitution regime. Regulations promulgated under the *Broadcasting Act* provide that Canadian broadcasters shall not delete or alter signals when retransmitting programming services originating outside of Canada unless granted permission under the simultaneous substitution regime (*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, paragraph 7(a)). Under the simultaneous substitution regime, unless the CRTC determines otherwise, the operator of a Canadian television station may require a Canadian broadcasting distribution undertaking to substitute the Canadian feed for a non-Canadian programming service, which results in Canadian commercials being substituted for those of an American broadcaster so that Canadian viewers watching an American channel will

radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11. Les appelantes, Bell Canada et Bell Media Inc. (Bell) ainsi que la National Football League, NFL International LLC et NFL Productions LLC (la NFL), ont interjeté appel de l'ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC), par laquelle celui-ci a exclu le Super Bowl du régime de substitution simultanée ([*Substitution simultanée lors du Super Bowl* (19 août 2016)] politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-334 (la décision définitive) et ordonnance de radiodiffusion CRTC 2016-335 (l'ordonnance définitive)).

[2] Les appels A-472-16 et A-471-16 ont été réunis par une ordonnance du 12 janvier 2017 désignant le dossier A-472-16 comme l'appel principal. Par conséquent, les présents motifs seront déposés au dossier principal et une copie sera déposée en tant que motifs du jugement au dossier A-471-16.

II. Le contexte

[3] L'appelante la NFL détient les droits d'auteur sur la production télévisuelle du Super Bowl, le match du championnat annuel de la NFL. La NFL a une entente avec l'autre appelante, Bell, lui accordant les droits exclusifs de diffusion du Super Bowl au Canada. Le Super Bowl a été l'événement unique le plus regardé à la télévision au Canada en 2015.

[4] Depuis plus de 40 ans, la diffusion du Super Bowl au Canada est assujettie au régime de substitution simultanée. Un règlement pris en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit que les radiodiffuseurs canadiens ne peuvent pas supprimer ou modifier les signaux lorsqu'ils retransmettent des services de programmation provenant de l'extérieur du Canada, à moins d'en obtenir l'autorisation en conformité avec le régime de substitution simultanée (*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, alinéa 7a)). Sous le régime de substitution simultanée, sauf décision contraire du CRTC, l'exploitant d'une station de télévision canadienne peut exiger d'une entreprise canadienne de distribution de radiodiffusion qu'elle substitue un signal canadien aux services de programmation non canadiens, de sorte que les publicités canadiennes seront

see Canadian commercials. The Canadian broadcaster of the Super Bowl made such simultaneous substitution requests for many years and so, up until the order that is the subject of this judicial review, the Super Bowl was broadcast in Canada with Canadian commercials on both Canadian and American channels.

[5] On October 24, 2013, the CRTC launched a public consultation called “Let’s Talk TV: A conversation with Canadians about the future of television” (Broadcasting Notice of Invitation CRTC 2013-563). This was followed by a series of consultations throughout which some Canadians complained about not being able to watch the American commercials during the Super Bowl (Final Decision, at paragraph 5). These consultations culminated in the Final Decision and the Final Order under appeal.

III. Decision of the CRTC

[6] On August 19, 2016, the CRTC issued the Final Order “through which simultaneous substitution will no longer be authorized for the Super Bowl, effective 1 January 2017” (Final Decision, at paragraph 69). It explained that it made this decision because simultaneous substitution for the Super Bowl is not in the public interest (Final Decision, at paragraph 46). Effectively, as of January 1, 2017, Canadians are now able to watch the Super Bowl on Canadian stations with Canadian advertisements or on American stations with American advertisements.

[7] In its reasons, the CRTC considered five legal issues raised by the parties: (1) the CRTC’s jurisdiction to issue the Final Order; (2) whether administrative law discrimination (the principle that an administrative tribunal is not permitted to make its rules applicable to different persons based on a distinction not explicitly authorized by its legislation) has been applied; (3) the targeting of a specific program; (4) the retrospective application of a regulatory regime, and vested rights; and (5) copyright and international trade (Final Decision, at

substituées à celles d’un radiodiffuseur américain. Ainsi, les téléspectateurs canadiens regardant une chaîne américaine verront des publicités canadiennes. Le radiodiffuseur canadien du Super Bowl a formulé de telles demandes de substitution simultanée pendant de nombreuses années. Donc, jusqu’à l’ordonnance visée par le présent contrôle judiciaire, le Super Bowl a été diffusé au Canada avec des publicités canadiennes tant sur les chaînes américaines que sur les chaînes canadiennes.

[5] Le 24 octobre 2013, le CRTC a lancé un processus de consultation publique appelé « Parlons télé : une conversation avec les Canadiens sur l’avenir de la télévision » (avis d’invitation de radiodiffusion CRTC 2013-563). S’en est suivi une série de consultations au cours desquelles certains Canadiens se sont plaints de ne pas pouvoir voir les publicités américaines durant le Super Bowl (décision définitive, au paragraphe 5). Ces consultations ont mené à la décision définitive et à l’ordonnance définitive faisant l’objet du présent appel.

III. La décision du CRTC

[6] Le 19 août 2016, le CRTC a rendu l’ordonnance définitive « selon laquelle la substitution simultanée ne sera plus autorisée lors du Super Bowl, laquelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2017 » (décision définitive, au paragraphe 69). Le CRTC a expliqué avoir rendu cette décision parce que la substitution simultanée du Super Bowl n’était pas dans l’intérêt public (décision définitive, au paragraphe 46). En fait, depuis le 1^{er} janvier 2017, les Canadiens sont en mesure de regarder le Super Bowl sur des chaînes canadiennes avec les publicités canadiennes ou sur des chaînes américaines avec les publicités américaines.

[7] Dans ses motifs, le CRTC a examiné cinq questions juridiques soulevées par les parties : 1) la compétence du CRTC pour rendre l’ordonnance définitive; 2) l’existence d’une discrimination administrative illégale (le principe selon lequel un tribunal administratif ne peut décider que ses règles s’appliquent à certaines personnes et non à d’autres si cette distinction n’est pas explicitement autorisée par sa loi habilitante); 3) le ciblage d’une émission en particulier; 4) l’application rétrospective d’un régime réglementaire et les droits

paragraph 44). I will discuss the CRTC’s determination on each of the issues under appeal in my analysis.

IV. Issues

[8] I would characterize the issues on appeal as follows:

1. Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order—made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*—was within its jurisdiction?
2. Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order is not retrospective and does not interfere with vested rights?
3. Was it correct for the CRTC to determine that its Final Order does not conflict with the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 and/or international trade law?

V. Analysis

A. *Jurisdiction of the CRTC*

(1) Standard of Review

[9] The standard of review is reasonableness where an administrative decision maker interprets its home statutes or statutes closely related to its functions and this “extends to the delineation of its own jurisdiction in applying its home statutes” (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 217, 402 D.L.R. (4th) 551, at paragraph 42 (*Bell Canada*); *Bell Canada v. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 FCA 126, [2016] 1 F.C.R. 29 (*Amtelecom*), at paragraphs 37–39; 2251723 *Ontario Inc. (VMedia) v. Rogers Media Inc.*, 2017 FCA 186, 414 D.L.R. (4th) 750 (*VMedia*), at paragraph 29). In my view, the standard of review for this issue is reasonableness. The appellants strenuously argue for a limited margin of appreciation and a narrow view as to

acquis; 5) le droit d’auteur et le commerce international (décision définitive, au paragraphe 44). J’analyserai la décision du CRTC quant à chacune des questions en litige dans le présent appel.

IV. Les questions en litige

[8] Je formulerais ainsi les questions en litige dans le présent appel :

1. La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive, en vertu de l’alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*, était-elle raisonnable?
2. La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n’était pas rétrospective et ne portait pas atteinte à des droits acquis était-elle raisonnable?
3. La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n’entraînait en conflit ni avec la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ni avec le droit commercial international était-elle correcte?

V. Analyse

A. *La compétence du CRTC*

1) La norme de contrôle

[9] La norme de contrôle applicable aux décisions d’un décideur interprétant ses lois habilitantes ou les lois étroitement liées à sa mission est la décision raisonnable, et ceci « lui permet de déterminer son champ de compétence dans l’application de ses lois habilitantes » (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 217 (*Bell Canada*), au paragraphe 42; *Bell Canada c. Amtelecom Limited Partnership*, 2015 CAF 126, [2016] 1 R.C.F. 29 (*Amtelecom*), aux paragraphes 37 à 39; 2251723 *Ontario Inc. (VMedia) c. Rogers Media Inc.*, 2017 CAF 186 (*VMedia*), au paragraphe 29). À mon avis, la norme de contrôle applicable à l’égard de cette question est la décision raisonnable. Les appelantes ont énergiquement plaidé pour une marge de manœuvre

what would be reasonable which, in my view, is an analysis of limited assistance. The determination to be made is whether the decision is reasonable under the circumstances; nothing more and nothing less (*Zulkoskey v. Canada (Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268, 2017 C.L.L.C. 230-010, at paragraph 15 citing *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraphs 18, 73). Thus, the principles in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47 apply. As long as the CRTC's decision demonstrates "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" and "falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law", the Court will treat it with deference.

- (2) Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order—made pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*—was within its jurisdiction?

[10] It is important to understand the interplay between the *Broadcasting Act* and its regulations with respect to simultaneous substitution for the purposes of this appeal. The CRTC issued its Final Order pursuant to paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*. Paragraph 9(1)(h) reads:

Licences etc.

9 (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[11] Further, subsection 4(1) of the *Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations*, SOR/2015-240 (Sim Sub Regulations) outlines the circumstances in which simultaneous substitution is required:

limitée et une conception étroite du caractère raisonnable. À mon sens, cette analyse est d'une utilité limitée. Le caractère raisonnable d'une décision s'apprécie au regard des circonstances, rien de plus et rien de moins (*Zulkoskey c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2016 CAF 268, au paragraphe 15, citant l'arrêt *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, aux paragraphes 18 et 73). Ainsi, les principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47, s'appliquent. Tant que « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel » ressortent de la décision du CRTC et que celle-ci appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », la Cour fait preuve de déférence à son égard.

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive, en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, était-elle raisonnable?

[10] Pour les besoins du présent appel, il importe de comprendre l'interaction entre la *Loi sur la radiodiffusion* et ses règlements en ce qui a trait à la substitution simultanée. Le CRTC a rendu son ordonnance définitive en vertu de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet alinéa est rédigé ainsi :

Catégories de licences

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission :

[...]

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

[11] En outre, le paragraphe 4(1) du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation*, DORS/2015-240 (le Règlement), énonce les circonstances où la substitution simultanée est exigée :

Obligation to carry out request

4 (1) Except as otherwise provided under these Regulations or in a condition of its licence, a licensee that receives a request referred to in section 3 must carry out the requested deletion and substitution if the following conditions are met:

(a) the request is in writing and is received by the licensee at least four days before the day on which the programming service to be substituted is to be broadcast;

(b) the programming service to be deleted and the programming service to be substituted are comparable and are to be broadcast simultaneously;

(c) the programming service to be substituted has the same format as, or a higher format than, the programming service to be deleted; and

(d) if the licensee carries on a terrestrial distribution undertaking, the programming service to be substituted has a higher priority under section 17 of the *Broadcasting Distribution Regulations* than the programming service to be deleted.

[12] Then, subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations outlines an exception to the simultaneous substitution requirement in subsection 4(1):

4 (1) ...

Decision by Commission

(3) A licensee must not delete a programming service and substitute another programming service for it if the Commission decides under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* that the deletion and substitution are not in the public interest. [Emphasis added.]

[13] Finally, subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* reads:

18 (1) ...

Where public hearing in Commission's discretion

(3) The Commission may hold a public hearing, make a report, issue any decision and give any approval in connection with any complaint or representation made to the Commission or in connection with any other matter

Observation de la demande

4 (1) Sous réserve du présent règlement ou des conditions de sa licence, le titulaire qui reçoit la demande visée à l'article 3 doit retirer le service de programmation en cause et effectuer la substitution demandée si les conditions suivantes sont réunies :

a) la demande est présentée par écrit et doit être reçue par le titulaire au moins quatre jours avant la date prévue pour la diffusion du service de programmation à substituer;

b) le service de programmation à retirer et le service de programmation à substituer sont comparables et doivent être diffusés simultanément;

c) le service de programmation à substituer est d'un format égal ou supérieur au service de programmation à retirer;

d) dans le cas où le titulaire exploite une entreprise de distribution terrestre, le service de programmation à substituer a priorité, en vertu de l'article 17 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, sur le service de programmation à retirer.

[12] Ensuite, le paragraphe 4(3) du Règlement prévoit une exception à l'exigence de substitution simultanée prévue au paragraphe 4(1) :

4 (1) [...]

Décision du Conseil

(3) Le titulaire ne peut retirer un service de programmation et y substituer un autre service de programmation si le Conseil rend une décision, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, portant que le retrait et la substitution ne sont pas dans l'intérêt public. [Non souligné dans l'original.]

[13] Enfin, le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* est rédigé ainsi :

18 (1) [...]

Audiences publiques : faculté

(3) Les plaintes et les observations présentées au Conseil, de même que toute autre question relevant de sa compétence au titre de la présente loi, font l'objet de telles audiences, d'un rapport et d'une décision — notamment

within its jurisdiction under this Act if it is satisfied that it would be in the public interest to do so. [Emphasis added.]

[14] The CRTC explained that its Final Order pursuant to paragraph 9(1)(h) was within its jurisdiction at paragraphs 45–48 of its Final Decision:

Section 4(1) of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations sets out circumstances in which a licensee is required to delete and substitute programming, with the explicit provision that this obligation applies “except as otherwise provided under these Regulations or in a condition of its licence.” Section 4(3) goes on to create such an exception, by stating that a licensee “must not delete a programming service and substitute another programming service for it if the Commission decides under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* that the deletion and substitution are not in the public interest.”

In light of the Commission’s finding above, further to a proceeding initiated by Broadcasting Notice of Consultation 2016-37, that deleting and performing simultaneous substitution for the Super Bowl are not in the public interest, the Commission finds that its decision in this regard falls within section 4(3) of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations. Having made this finding, pursuant to section 4(3), the Commission can use its power under section 9(1)(h) of the Act to implement this decision without conflict with the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations. Accordingly, the Commission is of the view that issuing the proposed distribution order is within its jurisdiction.

In any event, the Act provides for several overlapping powers of the Commission to impose legally binding requirements, which include regulations, conditions of licence, 9(1)(h) orders and exemption orders. The legislative history indicates that these different powers can be used by the Commission in a complementary manner. The Commission has considered this issue in the past.

To interpret the Act as permitting the issuance of a 9(1)(h) order only where a regulation does not already exist could render the effect of 9(1)(h) orders virtually meaningless. Moreover, if in making a regulation the Commission was prohibiting itself from issuing

une approbation — si le Conseil l’estime dans l’intérêt public. [Non souligné dans l’original.]

[14] Le CRTC a expliqué qu’il avait compétence pour rendre son ordonnance définitive en vertu de l’alinéa 9(1)(h) aux paragraphes 45 à 48 de la décision définitive :

L’article 4(1) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée établit les circonstances dans lesquelles un titulaire est tenu de retirer et de substituer de la programmation et prévoit explicitement que cette obligation s’applique « sous réserve du présent règlement ou des conditions de sa licence ». Ensuite, l’article 4(3) du même règlement décrit des circonstances d’exception en précisant que « le titulaire ne peut retirer un service de programmation et y substituer un autre service de programmation si le Conseil rend une décision, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, portant que le retrait et la substitution ne sont pas dans l’intérêt public ».

Compte tenu des conclusions ci-dessus qui font suite à l’instance annoncée par l’avis de consultation de radiodiffusion 2016-37 et selon lesquelles le retrait et la substitution simultanée lors du Super Bowl ne sont pas dans l’intérêt public, le Conseil conclut que sa décision à cet égard relève de l’article 4(3) du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée. À partir de cette conclusion, en vertu de l’article 4(3), le Conseil peut utiliser le pouvoir que lui confère l’article 9(1)(h) de la Loi pour mettre en œuvre cette décision sans entrer en conflit avec ce règlement. Par conséquent, le Conseil estime que la publication de l’ordonnance de distribution proposée relève de sa compétence.

De toute façon, la Loi prévoit le chevauchement d’un certain nombre des pouvoirs du Conseil en vue d’imposer des exigences juridiquement contraignantes, y compris les règlements, les conditions de licence, les ordonnances 9(1)(h) et les ordonnances d’exemption. Selon l’historique de la législation, ces différents pouvoirs peuvent être exercés par le Conseil de façon complémentaire. Le Conseil a déjà examiné cette question auparavant.

Toute interprétation de la Loi comme une autorisation de ne rendre une ordonnance en vertu de l’article 9(1)(h) qu’en l’absence d’un règlement existant pourrait pratiquement vider de leur sens les ordonnances 9(1)(h). De plus, si par l’adoption d’un règlement le Conseil s’interdisait

a 9(1)(h) order in the future, such a regulation could be viewed as fettering the Commission’s discretion to exercise a complementary power. Consequently, the Commission considers that BCE’s argument is not convincing in the present case. [Emphasis added; citations omitted.]

[15] The appellants argue that because paragraph 9(1)(h) refers to “programming services”, the CRTC only has jurisdiction to make orders and regulations regarding programming services and does not have jurisdiction to single out an individual “program”. The appellants equate the term program with a single show. Subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* defines “program” as follows:

Definitions

2 (1) ...

program means sounds or visual images, or a combination of sounds and visual images, that are intended to inform, enlighten or entertain, but does not include visual images, whether or not combined with sounds, that consist predominantly of alphanumeric text; (*émission*)

Although the *Broadcasting Act* does not define programming service, the appellants argue that the Act uses the term to refer to an entire television channel and not individual shows (as it does in paragraphs 3(1)(r) and 3(1)(t)). Thus, the appellants argue, the Super Bowl is a program—which is different from a programming service—and so the CRTC did not have jurisdiction to make its Final Order under paragraph 9(1)(h).

[16] In support of their argument, the appellants cite Broadcasting Decision CRTC 2005-195 [*Distribution on omnibus high definition channels by Star Choice and Cancom*] (*Star Choice*), however, as the respondent notes, the appellants cite only part of this authority. In that decision, the CRTC explained [at paragraph 27] that the meaning of the term “programming service” depends on the context in which it is used:

dorénavant de rendre toute ordonnance 9(1)(h), un tel règlement pourrait être considéré comme une entrave à la discrétion du Conseil d’exercer un pouvoir complémentaire. Par conséquent, le Conseil estime que l’argument de BCE n’est pas convainquant dans le présent cas. [Non souligné dans l’original; renvois omis.]

[15] Les appelantes font valoir que, du fait que l’alinéa 9(1)(h) vise les « services de programmation », le CRTC a seulement compétence pour rendre des ordonnances et prendre des règlements quant aux services de programmation, et non pour cibler une « émission » en particulier. Les appelantes estiment que le terme émission équivaut à un seul événement télévisuel. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* définit le mot « émission » ainsi :

Définitions

2(1) [...]

émission Les sons ou les images — ou leur combinaison — destinés à informer ou divertir, à l’exception des images, muettes ou non, consistant essentiellement en des lettres ou des chiffres. (*program*)

Bien que la *Loi sur la radiodiffusion* ne définisse pas ce qu’est un service de programmation, les appelantes soutiennent que cette loi utilise l’expression pour désigner une chaîne de télévision en entier, et non des événements télévisuels particuliers (notamment aux alinéas 3(1)(r) et t)). Par conséquent, les appelantes font valoir que le Super Bowl est une émission, ce qui n’est pas la même chose qu’un service de programmation, et ce qui signifie que le CRTC n’avait pas compétence pour rendre son ordonnance définitive en vertu de l’alinéa 9(1)(h).

[16] Les appelantes invoquent la décision de radiodiffusion CRTC 2005-195 [*Distribution de canaux omnibus haute définition par Star Choice et Cancom*] (*Star Choice*) à l’appui de leur thèse; cependant, comme le souligne l’intimé, elles ne s’appuient que sur des parties de ce précédent. Dans cette décision, le CRTC a expliqué [au paragraphe 27] que le sens de l’expression « service de programmation » dépend du contexte de son utilisation :

... the Commission notes that section 33(2) of the *Interpretation Act* states that, in any statute or regulation, “Words in the singular include the plural, and words in the plural include the singular.” Accordingly, the Commission considers that “programming service,” depending upon the context in which it is used, may be taken to include all programs, i.e., the entire output transmitted by the operator of a programming undertaking for reception by the public. [Emphasis added.]

[17] In my view, the CRTC’s explanation that “the Commission considers that ‘programming service’, depending upon the context in which it is used, may be taken to include all programs” necessarily means that, in other circumstances, the same term may be taken to include a single program. It is also instructive and informs the context that the definition of “programming service” in subsection 1(2) of the *Sim Sub Regulations* (which adopts the definition in section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations*) defines “programming service” to include a program. Section 1 of the *Broadcasting Distribution Regulations* defines “programming service” as follows:

1 ...

programming service means a program that is provided by a programming undertaking. (*service de programmation*) [Emphasis added.]

[18] The appellants also argue that the legislative history of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and previous decisions of this Court indicate that the term “programming service” does not include programs. In my view, the use of the term “programming service” to refer to channels in some circumstances does not preclude the term from also including a program. Although the legislative history demonstrates that the term “programming service” was used to refer to channels in parliamentary debates, the appellants do not demonstrate that the legislator intended to exclude programs from its meaning. Further, legislative history, on its own, is not determinative. Similarly, the fact that this Court has used the term “programming service” to refer to channels does not mean that the term cannot also be used to refer to programs. The appellants do not demonstrate that either the legislator or this Court has excluded programs from the meaning of “programming service”.

[...] le Conseil note que l’article 33(2) de la *Loi d’interprétation* prévoit que, pour tout statut ou règlement, « le pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité ». Le Conseil estime donc que « service de programmation », selon le contexte, peut englober toutes les émissions, c’est-à-dire le signal de sortie intégral transmis pour réception par l’exploitant d’une entreprise de programmation. [Non souligné dans l’original.]

[17] À mon sens, l’explication du CRTC voulant que le « Conseil estime donc que “service de programmation”, selon le contexte, peut englober toutes les émissions » signifie nécessairement que, en d’autres circonstances, la même expression peut désigner une seule émission. Il est également instructif, et révélateur du contexte, de souligner que la définition de l’expression « service de programmation » au paragraphe 1(2) du Règlement (lequel adopte la définition figurant à l’article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) inclut une émission. L’article 1 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* comporte la définition suivante :

1 [...]

service de programmation Émission fournie par une entreprise de programmation. (*programming service*) [Non souligné dans l’original.]

[18] Les appelantes font également valoir que l’historique législatif de l’alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et les décisions antérieures de la Cour indiquent que l’expression « service de programmation » ne comprend pas les émissions. À mon sens, l’utilisation de l’expression « service de programmation » pour désigner des chaînes dans certaines circonstances n’empêche pas que le terme puisse viser aussi une émission. Bien que l’historique législatif montre que l’expression « service de programmation » a été utilisée pour parler de chaînes dans les débats parlementaires, les appelantes n’ont pas établi que le législateur ait voulu exclure les émissions. En outre, l’historique législatif, en soi, n’est pas déterminant. De façon similaire, le fait que la Cour ait utilisé cette expression pour parler de chaînes ne signifie pas que celle-ci ne puisse pas être également utilisée pour désigner des émissions. Les appelantes n’ont pas fait la preuve que le législateur ou la

[19] It seems reasonable to determine that, in some contexts, the term “programming services” in paragraph 9(1)(h) includes a program given that the Sim Sub Regulations (by adopting the definition of “programming service” in the *Broadcasting Distribution Regulations*) provide for such an interpretation where substitution is to be prohibited. In my view, it is reasonable to conclude that a program would be included where terms and conditions are being added preventing the substitution of ads. Further, the CRTC’s interpretation of “programming services” and “program” in *Star Choice* seems to me to be a reasonable interpretation of the jurisdiction granted to the CRTC in paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and, in my view, there is no inconsistency between its finding in *Star Choice* and this matter.

[20] Having established that it is a reasonable interpretation that “programming services”, for the purposes of paragraph 9(1)(h), can include one or more programs, it is necessary to consider the other parts of the paragraph that grant the CRTC broad powers to make orders outlining such “terms and conditions as the Commission deems appropriate” so long as they are “in furtherance of its objects”.

[21] The appellants argue that the Final Order is inconsistent with the policy objectives of the *Broadcasting Act* because it does not privilege Canadian content. I disagree.

[22] The appellants argue that Canadian broadcasting policy must privilege Canadian content, citing *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489 (*Cogeco*), at paragraph 32. Although the Supreme Court of Canada has found that the *Broadcasting Act* “has a primarily cultural aim” (*Cogeco*, at paragraph 32), this does not mean that promoting Canadian content is its sole objective. Indeed, the objectives of the *Broadcasting Act* are extensive and varied. Although the objectives set out in section 3 of

Cour ont exclu les émissions du sens de l’expression « service de programmation ».

[19] Il me semble raisonnable de conclure que, dans certains contextes, l’expression « services de programmation » à l’alinéa 9(1)h englobe une émission, étant donné que le Règlement (parce qu’il incorpore la définition de « service de programmation » du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*) prévoit une telle interprétation lorsque la substitution doit être interdite. Ainsi, j’estime qu’il est raisonnable de conclure qu’une émission serait comprise lorsqu’il est question d’ajouter des modalités interdisant la substitution de publicités. En outre, dans *Star Choice*, l’interprétation que fait le CRTC des termes « service de programmation » et « émission » découle d’une interprétation qui me semble raisonnable de la compétence que lui confère l’alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il ne semble y avoir aucune incohérence entre sa conclusion dans *Star Choice* et celle dans la présente affaire.

[20] Ayant établi qu’il est raisonnable d’interpréter l’expression « services de programmation », pour l’application de l’alinéa 9(1)h, comme pouvant viser une ou plusieurs émissions, il est nécessaire d’examiner les autres parties de cet alinéa qui confèrent des pouvoirs élargis au CRTC en lui permettant de rendre des ordonnances comportant « les modalités qu’il précise », à condition que ce soit « dans l’exécution de sa mission ».

[21] Les appelantes soutiennent que l’ordonnance définitive est incompatible avec les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*, car elle ne privilégie pas le contenu canadien. Je ne suis pas d’accord.

[22] Les appelantes font valoir que la politique canadienne de radiodiffusion doit privilégier le contenu canadien, s’appuyant pour ce dire sur le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 (*Cogeco*), au paragraphe 32. Bien que la Cour suprême du Canada ait conclu que la *Loi sur la radiodiffusion* « vise des objectifs principalement culturels » (*Cogeco*, au paragraphe 32), cela ne signifie pas que la promotion du contenu canadien soit son seul objectif. En fait, les

the *Broadcasting Act* (and mandated to the CRTC in subsection 5(1)) include supporting Canadian content, (see e.g. subparagraph 3(1)(d)(i), paragraph 3(1)(e), and subparagraph 3(1)(t)(i)), the *Broadcasting Act* also states that one of the Act's objectives is that "the programming provided by the Canadian broadcasting system should ... be drawn from local, regional, national and international sources" (subparagraph 3(1)(i)(ii)).

[23] In its Final Decision (paragraphs 21–24), the CRTC explained that, although it generally promotes Canadian content in its policies, in this circumstance, it does not believe that the simultaneous substitution regime is in the public interest:

... While many of the policy objectives of the Act focus on ensuring Canadian cultural enrichment and the promotion of Canadian programming, they also include other objectives, such as ensuring that Canadians have access to local, national and international programming.
...

...

As noted in the Act, the Commission's duty is to regulate and supervise the broadcasting system as a whole (which includes programming services, distribution services, and Canadian viewers) to ensure the fulfilment of the policy objectives of the Act. The Commission remains of the view that changes to the simultaneous substitution regime are needed to ensure that the broadcasting system is balanced as a whole in a way that fulfils the policy objectives of the Act. In addition to the making of the Simultaneous Deletion and Substitution Regulations, this includes no longer authorizing simultaneous substitution for the Super Bowl.

[24] The appellants argue, and I agree, that there is a certain irony that legislation that has the protection of the Canadian broadcasting industry and its employees as one of its important objectives is being used to allow for the broadcasting of American ads during the Super Bowl to the apparent detriment of the Canadian industry and its employees. But there are numerous disparate objectives set out in the *Broadcasting Act* and

objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* sont nombreux et variés. Bien que les objectifs énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* (et confiés au CRTC au paragraphe 5(1)) comprennent l'appui au contenu canadien (voir par exemple le sous-alinéa 3(1)d)(i), l'alinéa 3(1)e, et le sous-alinéa 3(1)t)(i)), cette loi comporte également l'objectif selon lequel « la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait à la fois : [...] puiser aux sources locales, régionales, nationales et internationales » (sous-alinéa 3(1)i)(ii)).

[23] Dans sa décision définitive (aux paragraphes 21 à 24), le CRTC a expliqué que, bien qu'il fasse généralement la promotion du contenu canadien dans ses politiques, il estimait que l'imposition du régime de substitution simultanée n'était pas dans l'intérêt du public dans les circonstances de l'espèce :

[...] Bien que plusieurs objectifs de politique de la Loi visent à assurer l'enrichissement de la culture canadienne et la promotion de la programmation canadienne, ils comprennent aussi d'autres objectifs, dont celui d'assurer aux Canadiens un accès à la programmation locale, nationale et internationale [...]

[...]

Comme en fait état la Loi, le devoir du Conseil est de réglementer et de surveiller l'ensemble du système de radiodiffusion (ce qui comprend les services de programmation, les services de distribution et les téléspectateurs canadiens) dans le but d'atteindre les objectifs de politique de la Loi. Le Conseil demeure d'avis que des modifications au régime de substitution simultanée sont nécessaires pour assurer l'équilibre du système de radiodiffusion dans son ensemble et ainsi atteindre les objectifs politiques de la Loi. Cela comprend l'adoption du Règlement sur le retrait et la substitution simultanée et le fait de ne plus autoriser la substitution simultanée lors du Super Bowl.

[24] Les appelantes font valoir, et j'en conviens, qu'il y a une certaine ironie à ce qu'une loi dont l'un des objectifs importants est de protéger l'industrie de la radiodiffusion canadienne et ses employés soit utilisée pour permettre la diffusion de publicités américaines durant le Super Bowl au détriment, apparemment, de l'industrie canadienne et de ses employés. Or, la *Loi sur la radiodiffusion* énonce de nombreux objectifs disparates,

Parliament intended that the CRTC decide how best to balance competing policy objectives related to broadcasting in Canada. It is not for the Court to engage in weighing these competing policy objectives and substituting its own view in deciding which policy objectives should be pursued.

[25] Having established that the CRTC's determination that it had jurisdiction to make the Final Order under paragraph 9(1)(h) was reasonable, it follows that it had jurisdiction to make this order pursuant to subsection 18(3) of the *Broadcasting Act* and subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations. Once the CRTC found that simultaneous substitution of the Super Bowl is not in the public interest under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act*, it was entitled to exempt the Super Bowl from the simultaneous substitution regime under subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations. Neither of the appellants argued that subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations is *ultra vires*.

[26] The appellants further submit that the Final Order conflicts with the applicable regulations and was therefore beyond the jurisdiction of the CRTC. More specifically, they assert that the substantive decision to exclude the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was not made in the Final Order but rather in the earlier Broadcasting Regulatory Policy, CRTC 2015-25 [*Measures to address issues related to simultaneous substitution*], issued by the CRTC on January 29, 2015. In January of 2015, the Sim Sub Regulations had not yet been promulgated by the CRTC. The appellants say that the Sim Sub Regulations do not have retrospective effect and that, under the regulations in place in January of 2015, the CRTC lacked the jurisdiction to make the Final Order as it conflicted with the regulatory provisions that then governed simultaneous substitution.

[27] I disagree. The substantive decision of the CRTC regarding the exclusion of the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was made in the Final Decision and Final Order and not in the January 2015 policy. Indeed this was determined by this Court in *Bell Canada* where this Court held that the CRTC's January

et le législateur avait l'intention de laisser au CRTC le soin de trouver le meilleur équilibre entre des objectifs concurrents en lien avec la radiodiffusion au Canada. La Cour n'a pas pour rôle d'entreprendre une pondération de ces objectifs stratégiques concurrents et de substituer ses propres conclusions quant aux objectifs à atteindre.

[25] Ayant établi que la conclusion du CRTC selon laquelle il avait compétence pour rendre l'ordonnance définitive en vertu de l'alinéa 9(1)h) était raisonnable, il s'ensuit qu'il avait également compétence pour rendre cette ordonnance en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* et du paragraphe 4(3) du Règlement. Après avoir conclu que la substitution simultanée du Super Bowl n'était pas dans l'intérêt public, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC pouvait alors exempter le Super Bowl du régime de substitution simultanée au titre du paragraphe 4(3) du Règlement. Aucune appelante n'a fait valoir que le paragraphe 4(3) du Règlement était *ultra vires*.

[26] Les appelantes soutiennent en outre que l'ordonnance définitive est en conflit avec les règlements applicables et qu'en la rendant le CRTC a outrepassé sa compétence. Plus particulièrement, elles affirment que la décision de fond d'exclure le Super Bowl du régime de substitution simultanée n'a pas été rendue dans l'ordonnance définitive, mais plutôt dans la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-25 [*Mesures visant à traiter des problèmes de substitution simultanée*], publiée le 29 janvier 2015 par le CRTC. En janvier 2015, le Règlement n'avait pas encore été édicté par le CRTC. Les appelants disent que le Règlement n'a pas d'effet rétroactif et donc, aux termes des règlements en vigueur en janvier 2015, le CRTC n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance définitive, car cette dernière contrevenait aux dispositions réglementaires régissant alors la substitution simultanée.

[27] Je ne suis pas d'accord. La décision de fond du CRTC quant à l'exclusion du Super Bowl du régime de substitution simultanée a été rendue dans sa décision définitive et dans son ordonnance définitive, et non dans la politique de janvier 2015. En fait, la Cour a déjà statué en ce sens dans l'arrêt *Bell Canada* lorsqu'elle

2015 policy was not a reviewable decision and that the appellants' judicial review application in respect of it and related policies was therefore premature. Thus, the decision to exclude the Super Bowl from the simultaneous substitution regime was made in the Final Decision and Final Order and, as of the date they were rendered, the Sim Sub Regulations were in force. As already noted, subsection 4(3) of the Sim Sub Regulations provides for an exception to the simultaneous substitution regime where the CRTC decides that the deletion and substitution is not in the public interest under subsection 18(3) of the *Broadcasting Act*. Thus, the Final Order does not conflict with the applicable regulations.

[28] The CRTC is a specialized administrative tribunal with expertise in the area of broadcasting. As such, it is owed deference by this Court. This deference extends to interpretation of the *Broadcasting Act* as one of its home statutes (*Bell Canada*, at paragraph 42; *Amtelecom*, at paragraphs 37–39; *VMedia*, at paragraph 29). The CRTC's interpretation that "programming services" in paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* can include programs is reasonable in that it is consistent with its previous decision in *Star Choice*, the Sim Sub Regulations which adopt the definition in the *Broadcasting Distribution Regulations*, and the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. Given the deference owed to the CRTC in its interpretation of its home statutes and the broad discretion conferred on the CRTC by paragraph 9(1)(h), the CRTC's explanation of its jurisdiction to make the Final Order is justifiable, transparent, and intelligible and falls within the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and the law.

B. *Retrospective Application*

(1) Standard of Review

[29] The appellant Bell, the respondent, and the interveners all agree that the standard of review on the

a conclu que la politique de janvier 2015 du CRTC n'était pas une décision susceptible de contrôle et que la demande de contrôle judiciaire des appelantes à son égard et à l'égard de politiques connexes était donc prématurée. Par conséquent, la décision d'exclure le Super Bowl du régime de substitution simultanée a été rendue dans la décision définitive et l'ordonnance définitive, et le Règlement était en vigueur au moment où elles ont été rendues. Comme je l'ai déjà mentionné, le paragraphe 4(3) du Règlement prévoit une exception au régime de substitution simultanée lorsque le CRTC décide, en vertu du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le retrait et la substitution ne sont pas dans l'intérêt du public. Ainsi, l'ordonnance définitive n'entre pas en conflit avec les règlements applicables.

[28] Le CRTC est un tribunal administratif spécialisé ayant une expertise dans le domaine de la radiodiffusion. Par conséquent, la Cour doit faire preuve de déférence à son égard. Cette déférence s'étend à l'interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est l'une de ses lois habilitantes (*Bell Canada*, au paragraphe 42; *Amtelecom*, aux paragraphes 37 à 39; *VMedia*, au paragraphe 29). L'interprétation par le CRTC voulant que les services de programmation visés à l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* puissent comprendre les émissions est raisonnable, en ce qu'elle est cohérente avec sa décision antérieure dans *Star Choice*, avec le Règlement, lequel adopte la définition figurant dans le *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, et avec les objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Étant donné la déférence qui est due au CRTC lorsqu'il interprète ses lois habilitantes ainsi que le pouvoir discrétionnaire élargi conféré au CRTC par l'alinéa 9(1)h), son explication quant à sa compétence pour rendre son ordonnance définitive est justifiée, transparente et intelligible, et elle appartient aux issues raisonnables pouvant se justifier en regard des faits et du droit.

B. *L'application rétrospective*

1) La norme de contrôle

[29] L'appelante Bell, l'intimé et les intervenantes conviennent tous que la norme de contrôle applicable

question of retrospectivity is reasonableness as the CRTC interpreted a question within its specialized expertise. I agree. As this Court explained in *Amtelcom*, at paragraphs 37 and 38 with regards to the CRTC and retrospectivity:

Even if one assumes that the presumption against retrospective legislation is a law of general application, that question calls for review on the correctness standard only if the question is outside the tribunal's specialized expertise. ...

The notion of a tribunal's specialized expertise has evolved to include the exercise of "interpretive discretion" so that the CRTC is presumed to have the required expertise to resolve the question of whether section 24 authorizes it to promulgate a Code with retrospective effect.

- (2) Was it reasonable for the CRTC to determine that its Final Order is not retrospective and does not interfere with vested rights?

[30] The appellant, Bell, argues that the Final Order operates retrospectively and interferes with vested rights. It explains that the Final Order has made it very difficult for Bell to sell Canadian advertising and that this "will cause Bell Media to lose the vast majority of the benefit of broadcasting the Super Bowl".

[31] The CRTC explained its position that its Final Order does not interfere with vested rights at paragraph 56 of its Final Decision:

The Commission is of the view that it cannot be prevented from changing its regulatory regime, including its rules on simultaneous substitution, simply because of an existing contractual situation relating to broadcast rights. In the present case, although BCE may have negotiated its agreement with the NFL based on assumptions about the amount of revenue it can expect to receive from the subject broadcast rights, the contract itself relates to the transaction between BCE and the NFL, not between BCE and its advertisers. Although the Commission's actions may affect the parties' assumptions underlying the contract, such actions do not affect — either directly or retrospectively — a vested contractual right, given that

à la question de la rétroactivité est celle de la décision raisonnable, car le CRTC interprète là une question qui relève de son expertise spécialisée. Je suis d'accord. C'est ce que la Cour a statué dans l'arrêt *Amtelcom*, aux paragraphes 37 et 38, quant au CRTC et à la rétroactivité :

Même si l'on suppose que la présomption relative à la non-rétroactivité d'une loi est une règle d'application générale, ce n'est que dans le cas où cette question est étrangère au domaine d'expertise du tribunal qu'elle doit être examinée selon la norme de la décision correcte [...]

La notion d'expertise d'un tribunal a évolué pour englober le « pouvoir discrétionnaire d'interprétation », de sorte que le CRTC est présumé posséder l'expertise requise pour résoudre la question de savoir si l'article 24 l'autorise à adopter un code ayant un effet rétroactif.

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n'était pas rétroactive et ne portait pas atteinte à des droits acquis était-elle raisonnable?

[30] L'appelante Bell fait valoir que l'ordonnance définitive a un effet rétroactif et porte atteinte à des droits acquis. Elle explique que l'ordonnance définitive a grandement nui à ses efforts de vente de publicités canadiennes, ce qui [TRADUCTION] « fera perdre à Bell Media la majeure partie de ses bénéfices découlant de la radiodiffusion du Super Bowl ».

[31] Le CRTC a expliqué dans sa décision définitive, au paragraphe 56, pourquoi son ordonnance définitive ne portait pas atteinte à des droits acquis :

Le Conseil est d'avis qu'il ne peut se voir empêcher de modifier son régime réglementaire, y compris ses règles de substitution simultanée, simplement à cause d'une situation contractuelle existante relative à des droits de diffusion. Dans le cas présent, bien que l'entente négociée entre BCE et la NFL puisse reposer sur des prévisions de revenus éventuels à percevoir des droits de diffusion, le contrat lui-même porte sur une transaction entre BCE et la NFL et non pas entre BCE et ses annonceurs. Bien que les actions du Conseil puissent affecter les prévisions de revenus sous-jacentes au contrat, ces actions ne touchent pas directement ou rétroactivement un droit contractuel acquis puisque personne ne possède de droit acquis

no one has a vested right in the continuance of a regulatory regime as it exists at a given moment. [Emphasis added.]

[32] There are no guarantees that the law will not change. Indeed, legislators often make legislation and regulations that interfere with expectations. The CRTC's powers to make orders and regulations cannot be limited by a contract made between private parties. As the Supreme Court of Canada explained in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449, at pages 282–283:

... No one has a vested right to continuance of the law as it stood in the past; in tax law it is imperative that legislation conform to changing social needs and governmental policy. A taxpayer may plan his financial affairs in reliance on the tax laws remaining the same; he takes the risk that the legislation may be changed.

The mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued.... [Emphasis added; citations omitted.]

[33] In this case, Bell's argument that the CRTC interfered with its vested right to be the exclusive broadcaster of the Super Bowl in Canada fails. Bell argued that the NFL granted it the right to be the exclusive Canadian broadcaster of the Super Bowl. Although it is the NFL's right, as a copyright holder, to licence its program to Bell, it is not the NFL's right that the program will be simultaneously substituted—this is a benefit conferred by Canada's broadcasting regulatory regime. Consequently, this could not have been a term of the licence granted to Bell.

[34] Canada's broadcasting regime does not confer rights but benefits. Bell only ever had the privilege to request simultaneous substitution, a privilege which flows from the *Broadcasting Act* and regulations. Even if Bell wanted to, it could never have guaranteed that it would engage in simultaneous substitution. As the respondent argues: “[t]o the extent any company is contractually obligated to perform simultaneous substitution, the

sur le maintien d'un régime réglementaire en vigueur à un moment précis. [Non souligné dans l'original.]

[32] Rien ne garantit que la loi ne changera pas. En effet, les législateurs adoptent souvent des lois et des règlements qui déjouent les attentes. Les pouvoirs du CRTC lui permettant de rendre des ordonnances et d'édicter des règlements ne peuvent pas être limités par un contrat convenu entre des parties privées. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. M.N.R.*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 283 :

[...] Personne n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé; en droit fiscal, il est impérieux que la législation reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement. Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique; il prend alors le risque d'une modification à la législation.

Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis [...] [Non souligné dans l'original; renvois omis.]

[33] Dans la présente affaire, l'argument de Bell voulant que le CRTC ait porté atteinte à son droit acquis d'être le radiodiffuseur exclusif du Super Bowl au Canada ne tient pas. Bell a soutenu que la NFL lui avait accordé le droit d'être le radiodiffuseur canadien exclusif du Super Bowl. Bien que la NFL ait le droit, à titre de détenteur du droit d'auteur, d'accorder une licence à Bell au regard de son émission, elle n'a pas le droit à la substitution simultanée de celle-ci. Il s'agit là d'un avantage que confère le cadre réglementaire canadien régissant la radiodiffusion. Par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une modalité de la licence accordée à Bell.

[34] Le régime de radiodiffusion canadien ne confère pas des droits, mais des avantages. Bell a toujours eu seulement le privilège de demander la substitution simultanée, lequel découle de la *Loi sur la radiodiffusion* et de ses règlements. Même si Bell l'avait voulu, elle n'aurait jamais pu garantir la substitution simultanée. Comme le fait valoir l'intimé : [TRADUCTION] « Dans la mesure où une entreprise s'engage contractuellement à

company undertook to do so at its own risk”. Bell only ever had the possibility to sell advertising space at a later date and so lost only a speculative opportunity for profit that is not sufficiently concrete to be considered vested.

[35] This case is distinguishable from *Amtelecom*. In that case, this Court found that a CRTC order limiting wireless services providers’ contracts to two years—including existing contracts—interfered with the wireless service providers’ vested rights in the payment of early cancellation fees. The Court explained that this interfered with an existing obligation: “[t]o the extent that the early cancellation charge is the accelerated payment of a portion of that revenue stream, it ... is simply a different mode of payment of an existing obligation” (*Amtelecom*, at paragraph 21). In this case, however, there is no existing obligation as there is no vested right because, unlike the cellular providers in *Amtelecom*, Bell has no legal entitlement to a specific sum of revenue from selling advertisements under its contract with the NFL. Its rights to revenue are contingent on entering into subsequent contracts with advertisers and are not vested by virtue of its contract with the NFL.

[36] This private agreement under which no right to simultaneously substitute commercials has vested cannot prevent the CRTC from issuing an order. Further, the interpretation of contractual rights is a question of mixed fact and law and is owed deference. I see no reviewable error in the CRTC’s interpretation of one of its home statutes, the *Broadcasting Act*, on the issue of retrospectivity.

C. Copyright and International Trade

(1) Standard of Review

[37] The appellant, the NFL, argues that the standard of review for the copyright issue is correctness. They

procéder à la substitution simultanée, elle le fait à ses propres risques. » Bell n’a toujours eu que la possibilité de vendre du temps de publicité à une date ultérieure, et elle a donc perdu une occasion éventuelle de réaliser des profits. Il s’agit là d’un élément spéculatif qui n’est pas suffisamment concret pour être considéré comme un acquis.

[35] Les faits de la présente affaire se distinguent de ceux de l’arrêt d’*Amtelecom*. Dans celle-ci, la Cour a conclu qu’une ordonnance du CRTC limitant à deux ans la durée des contrats des fournisseurs de services mobiles, y compris des contrats existants, portait atteinte aux droits acquis des fournisseurs de services mobiles quant aux paiements de frais de résiliation anticipée. La Cour a jugé que cette ordonnance portait atteinte à une obligation existante en déclarant que, « [s]i les frais de résiliation anticipée constituent le paiement accéléré d’une partie de ce flux de revenus, [ils] ne sont qu’un mode de paiement différent d’une obligation existante » (*Amtelecom*, au paragraphe 21). Or, en l’espèce, il n’y a aucune obligation existante, puisqu’il n’y a aucun droit acquis en cause, parce que, contrairement aux fournisseurs de services mobiles dans l’arrêt *Amtelecom*, Bell n’a pas juridiquement droit à des revenus d’un montant précis issus de la vente de publicités au titre de son contrat avec la NFL. Ses droits à des revenus sont conditionnels à la conclusion de contrats subséquents avec des annonceurs; ils ne sont pas acquis au titre de son contrat avec la NFL.

[36] Cet accord privé, qui ne donne naissance à aucun droit acquis à la substitution simultanée des publicités, ne peut pas empêcher le CRTC de rendre une ordonnance. En outre, l’interprétation des droits contractuels est une question mixte de fait et de droit qui commande la déférence. Je ne décèle aucune erreur susceptible de contrôle dans l’interprétation que fait le CRTC de l’une de ses lois habilitantes, à savoir la *Loi sur la radiodiffusion*, quant à la question de la rétroactivité.

C. Le droit d’auteur et le commerce international

1) La norme de contrôle

[37] L’appelante la NFL soutient que la norme de contrôle applicable à la question des droits d’auteur est

argue that the CRTC's functions are those given to it in the *Broadcasting Act* and the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 and that Parliament never delegated powers relating to the *Copyright Act* to the CRTC.

[38] I agree with the NFL that the applicable standard of review is correctness. The *Copyright Act* is not a “home statute” of the CRTC and, in any case, it shares concurrent jurisdiction with the Copyright Board and the courts at first instance (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraph 15).

- (2) Was it correct for the CRTC to determine that its Final Order does not conflict with the *Copyright Act* and/or international trade law?

[39] The NFL argues that the Final Order conflicts with the *Copyright Act* in both purpose and in operation.

[40] The NFL's argument is premised on several provisions of the *Copyright Act* and the Canada-United States Free Trade Agreement [*Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America*], 2 January 1988, [1989] Can. T.S. No. 3 (CUSFTA) that relate to retransmission rights. First, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* grants a copyright holder the exclusive right to produce or reproduce copyrighted works, including retransmission rights:

Copyright in works

3 (1) For the purposes of this Act, *copyright*, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

...

la décision correcte. Elle fait valoir que les fonctions du CRTC sont celles énoncées dans la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, et que le législateur ne lui a jamais délégué de pouvoirs en lien avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

[38] Je partage l'avis de la NFL selon lequel la norme de contrôle applicable est la décision correcte. La *Loi sur le droit d'auteur* n'est pas une « loi habilitante » du CRTC et, de toute façon, il partagerait sa compétence à l'égard de celle-ci avec la Commission du droit d'auteur et les tribunaux de première instance (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 15).

- 2) La conclusion du CRTC selon laquelle son ordonnance définitive n'entraîne en conflit ni avec la *Loi sur le droit d'auteur* ni avec le droit commercial international était-elle correcte?

[39] La NFL fait valoir que l'ordonnance définitive est contraire à la *Loi sur le droit d'auteur* sur le plan tant de l'objet que de l'application.

[40] L'observation de la NFL repose sur plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* et de l'*Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, [1989] R.T. Can. n° 3 (l'ALECEU), portant sur les droits de retransmission. D'abord, l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* confère au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de production ou de reproduction de l'œuvre protégée, ce qui comprend la retransmission :

Droit d'auteur sur l'œuvre

3 (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[...]

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

[41] Subsection 31(2) of the *Copyright Act*, however, creates an exception to this exclusive right when a work is retransmitted in accordance with the enumerated conditions. As long as a broadcaster meets each of the enumerated conditions, it does not infringe copyright:

[41] Toutefois, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit une exception à ce droit exclusif lorsque l'œuvre est retransmise conformément aux conditions énumérées. Le radiodiffuseur qui respecte chacune des conditions énumérées ne contrevient pas au droit d'auteur :

31 (1) ...

31 (1) [...]

Retransmission of local and distant signals

Retransmission d'un signal local ou éloigné

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l'alinéa (3)b).

[42] Finally, the NFL cites article 2006(1) of the CUSFTA which relates to the requirement for remuneration for retransmission of a copyright holder's program:

[42] Enfin, la NFL invoque le paragraphe 2006(1) de l'ALECEU, qui porte sur l'exigence de rémunération en contrepartie de la retransmission de l'émission (appelée « programme » dans l'ALECEU) d'un titulaire d'un droit d'auteur :

Article 2006 : Retransmission Rights

Article 2006 – Droit de retransmission

1. Each Party's copyright law shall provide a copyright holder of the other Party with a right of equitable and non-discriminatory remuneration for any retransmission to the public of the copyright holder's program where the original transmission of the program is carried in distant signals intended for free, over-the-air reception by

1. La législation sur le droit d'auteur de chaque Partie disposera que le titulaire d'un droit d'auteur de l'autre Partie a droit à une rémunération juste et non discriminatoire pour toute retransmission au public d'un programme du titulaire lorsque la transmission originale du programme, faite au moyen de signaux éloignés, peut

the general public. Each party may determine the conditions under which the right shall be exercised....

(a) *Conflict of Purpose*

[43] First, the NFL argues that the Final Order is contrary to the purpose of the Copyright Act. It argues that the Final Order is discriminatory contrary to the retransmission provisions, specifically paragraph 31(2)(c) of the Copyright Act and Article 2006(1) of the CUSFTA. The NFL argues that “Parliament could not have intended that the condition set forth in s. 31(2)(c) be applied or altered by the CRTC in a discriminatory fashion against a single program, to the detriment of a single local licensee and single foreign copyright holder” because this would conflict with Article 2006(1) of the CUSFTA.

[44] Article 2006(1) of the CUSFTA, however, is concerned with the copyright holder’s ability to be remunerated for its copyright where its program is retransmitted and not with simultaneous substitution of commercials. As the respondent notes, Article 2006(1) of the CUSFTA provides a “right of equitable and non-discriminatory remuneration for any retransmission ... of the copyright holder’s program” and this right is protected by sections 71 to 74 of the *Copyright Act* which provide for tariffs. In support of its argument, the NFL relies extensively on *Cogeco*. That decision, however, supports the conclusion that non-discrimination in retransmission is concerned only with compensation [at paragraph 60]:

The CRTC’s proposed value for signal regime would enable broadcasters to negotiate compensation for the retransmission by BDUs of their signals or programming services, regardless of whether or not they carry copyright protected “work[s]”, and regardless of the fact that any such works are carried in local signals for which the *Copyright Act* provides no compensation. [Emphasis added.]

être captée directement et gratuitement par le grand public. Chaque Partie peut déterminer dans quelles conditions ce droit sera exercé [...]

a) *L’objet de la Loi*

[43] En premier lieu, la NFL soutient que l’ordonnance définitive contrevient à l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle fait valoir que l’ordonnance définitive est discriminatoire et contraire aux dispositions sur la retransmission, plus particulièrement l’alinéa 31(2)c) de la *Loi sur le droit d’auteur* et le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU. Elle fait valoir que [TRADUCTION] « [l]e législateur n’a pas pu avoir l’intention de permettre au CRTC d’appliquer ou de modifier la condition énoncée à l’alinéa 31(2)c) de façon discriminatoire à l’encontre d’une seule émission et au détriment d’un seul titulaire canadien d’une licence et d’un seul titulaire étranger d’un droit d’auteur », car ceci contreviendrait au paragraphe 2006(1) de l’ALECEU.

[44] Toutefois, le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU porte sur la capacité du titulaire d’un droit d’auteur sur une émission d’être rémunéré lors de la retransmission de cette dernière, et non sur la substitution simultanée des publicités. Comme l’a fait observer l’intimé, le paragraphe 2006(1) de l’ALECEU confère le « droit à une rémunération juste et non discriminatoire pour toute retransmission [...] d’un programme du titulaire [d’un droit d’auteur] », et ce droit est protégé par les articles 71 à 74 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lesquels prévoient des tarifs. À l’appui de son observation, la NFL se fonde largement sur l’arrêt *Cogeco*. Or, celui-ci étaye la conclusion selon laquelle la question de la non-discrimination quant à la retransmission s’applique uniquement à la compensation [au paragraphe 60] :

Le régime de compensation pour la valeur des signaux proposée par le CRTC permettrait aux radiodiffuseurs de négocier la compensation qui leur serait payée pour la retransmission par les EDR de leurs signaux et de leurs services de programmation, et ce, peu importe que ces signaux ou services portant des « œuvres » protégées par le droit d’auteur et indépendamment du fait que les œuvres en question soient portées par des signaux locaux, signaux à l’égard desquels la *Loi sur le droit d’auteur* ne prévoit aucune compensation. [Non souligné dans l’original.]

Thus, although *Cogeco* found that an order of the CRTC conflicted with the *Copyright Act*, it found so, in part, because the proposed value for signal regime interfered with the right to remuneration. This is not the case here as remuneration for copyright holders whose works are retransmitted is provided for in sections 71 to 74 of the *Copyright Act*.

[45] It is well established that the purpose of the *Copyright Act* is to balance authors' and users' rights (*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336). This purpose was affirmed in *Cogeco*, at paragraph 64 citing *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 10, 23):

.... This Court has characterized the purpose of the *Copyright Act* as a balance between authors' and users' rights. The same balance applies to broadcasters and users. In *Théberge*, Binnie J. recognized that the *Copyright Act*

is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator (or, more accurately, to prevent someone other than the creator from appropriating whatever benefits may be generated). [para. 30]

[46] In essence, the NFL argues that there is another purpose of the *Copyright Act*—to create a non-discriminatory right. In my view, the NFL is trying to elevate a principle limited to a small section in Article 2006(1) of the CUSFTA pertaining to the remuneration for retransmission to a principle of general application across the *Copyright Act*. I see no conflict between the Final Order and the purpose of the *Copyright Act*.

Ainsi, bien qu'il ait été conclu, dans l'arrêt *Cogeco*, qu'une ordonnance du CRTC était contraire à la *Loi sur le droit d'auteur*, cette conclusion découlait, en partie, du fait que le régime de compensation proposé pour la valeur des signaux était attentatoire au droit à la compensation. Ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque la compensation des titulaires d'un droit d'auteur dont les œuvres sont retransmises est prévue aux articles 71 à 74 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[45] Il est bien établi que l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* est l'atteinte de l'équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336). Cet objet a été confirmé dans l'arrêt *Cogeco*, au paragraphe 64, qui citait l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 10 et 23) :

[...] Notre Cour a qualifié l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en disant que celle-ci visait à établir un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs. Le même équilibre s'applique dans le cas des radiodiffuseurs et des utilisateurs. Dans l'arrêt *Théberge*, le juge Binnie a reconnu que la *Loi sur le droit d'auteur*

est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés). [par. 30]

[46] Essentiellement, la NFL fait valoir que la *Loi sur le droit d'auteur* a un autre objet : la création d'un droit non discriminatoire. À mon sens, la NFL tente de magnifier un principe confiné à une petite partie du paragraphe 2006(1) de l'ALECEU portant sur la rémunération en lien avec la retransmission pour en faire un principe d'application générale concernant toute la *Loi sur le droit d'auteur*. Je ne vois aucun conflit entre l'ordonnance définitive et l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur*.

(b) *Operational Conflict*

[47] Second, the NFL argues that the Final Order conflicts operationally with the *Copyright Act*. It argues that the Final Order conflicts with paragraph 31(2)(c) because it is not “required or permitted by or under the laws of Canada”. I disagree.

[48] The Final Order complies with each of the enumerated requirements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* and so meets the requirements of the exception to the exclusive transmission rights. This past February when the Super Bowl was broadcast without simultaneous substitution, the program was (a) retransmitted by a local or distant signal, (b) this transmission was lawful under the *Broadcasting Act*, (c) it was retransmitted simultaneously and without alteration, and (d) the retransmitter, Bell, had paid for its licence. Paragraph (e) was not applicable as the Governor in Council had not made any regulation.

[49] The NFL’s argument that the Final Order conflicts operationally with paragraph 31(2)(c) specifically must fail following the Court’s conclusion above that the Final Order was within the CRTC’s jurisdiction. The NFL argued that “[i]f a BDU wishes to take the benefit of the user right in a manner permitted under s. 31(2)(c) of the *Copyright Act*, it must comply with any signal alteration requirements mandated under the ‘laws of Canada’, and the **only** such law of Canada that is applicable is the *Sim Sub Regulations*” (emphasis in original). Having found that the Final Order made pursuant to paragraph 9(1)(h), by way of subsection 4(3) of the *Sim Sub Regulations*—a law of Canada—was within the CRTC’s jurisdiction, there can be no operational conflict with paragraph 31(2)(c) of the *Copyright Act*.

[50] Thus I see no conflict of purpose or operational conflict between the Final Order and the *Copyright Act*.

b) *L’application de la Loi*

[47] En second lieu, la NFL soutient que l’ordonnance définitive est contraire, sur le plan de l’application, à la *Loi sur le droit d’auteur*. Elle estime que l’ordonnance définitive est contraire à l’alinéa 31(2)c, car elle n’est pas une « obligation ou permission légale ou réglementaire ». Je ne suis pas d’accord.

[48] L’ordonnance définitive est conforme à chacune des exigences énumérées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* et, de ce fait, elle respecte les exigences de l’exception aux droits exclusifs de transmission. Lorsque le Super Bowl a été diffusé en février dernier sans substitution simultanée, a) l’émission était retransmise par un signal local ou éloigné; b) cette retransmission était licite en vertu de la *Loi sur la radio-diffusion*; c) l’émission était retransmise simultanément et sans modification; d) le retransmetteur, Bell, avait payé pour sa licence. L’alinéa e) n’était pas applicable, puisque le gouverneur en conseil n’avait pris aucun règlement.

[49] L’argument de la NFL voulant que l’ordonnance définitive soit contraire, sur le plan de l’application, à l’alinéa 31(2)c précisément doit être rejeté, puisque la Cour a conclu ci-dessus que l’ordonnance définitive relevait de la compétence du CRTC. La NFL a fait valoir ceci : [TRADUCTION] « Si une EDR souhaite se prévaloir du droit d’utilisation en conformité avec l’alinéa 31(2)c de la *Loi sur le droit d’auteur*, elle doit respecter toutes les exigences de modification du signal qui sont “légales ou réglementaires”, et la **seule** législation applicable à ce chapitre est le *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation* » (souligné dans l’original). L’ordonnance définitive ayant été rendue en vertu de l’alinéa 9(1)(h), par l’intermédiaire du paragraphe 4(3) du Règlement — une disposition légale ou réglementaire —, et le CRTC ayant la compétence pour rendre celle-ci, elle ne peut être contraire, sur le plan de l’application, à l’alinéa 31(2)c de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[50] Par conséquent, l’ordonnance définitive n’est contraire à la *Loi sur le droit d’auteur* ni sur le plan de l’objet ni sur le plan de l’application.

VI. Conclusion

[51] I would dismiss the appeal with costs.

WEBB J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

VI. Conclusion

[51] Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-447-16
2018 FCA 45

A-447-16
2018 CAF 45

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Mohammad N. Cheema (*Respondent*)

Mohammad N. Cheema (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA v. CHEEMA

RÉPERTORIÉ : CANADA c. CHEEMA

Federal Court of Appeal, Nadon, Stratas and Webb J.J.A.—Toronto, September 20, 2017; Ottawa, February 27, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Stratas et Webb, J.C.A.—Toronto, 20 septembre 2017; Ottawa, 27 février 2018.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada decision determining that respondent qualified for new housing rebate under Excise Tax Act (Act), New Harmonized Value-added Tax System Regulations (Regulations); allowing respondent's appeal from reassessment of Minister of National Revenue — Minister had reassessed respondent to deny him new housing rebate on basis respondent's friend signing agreement of purchase and sale, not intending to occupy residential complex — House to be built for respondent, respondent's family — Respondent's friend signing agreement to assist respondent in obtaining mortgage financing — Respondent moving into house with family as primary place of residence — Tax Court finding that friend bare trustee, having no interest in property itself; thus, not "particular individual" for purposes of Act, s. 254(2) — Whether person who signs agreement of purchase and sale for single unit residential complex solely for purpose of assisting another person in obtaining mortgage required to purchase complex and who does not acquire beneficial interest therein must satisfy occupancy requirements of Act, s. 254(2) — Per Stratas J.A. (Nadon J.A. concurring): Tax Court construing Act, s. 254 as benefits-conferring section — Purpose, context, text of section having to be examined to ascertain authentic meaning — Tax Court following approach in United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen, namely, interpreting section to achieve "sensible, practical and common sense result" — Not following approach of examining text, context, purpose of Act, s. 254 — Section 254 setting out in very precise wording prerequisites for taxpayer to claim new housing rebate — First requirement met here: builder sold complex to respondent, respondent's friend but second prerequisite, i.e. using complex as primary place of residence, not met by friend — Tax Court erring since relying on trust arrangement between friend, respondent — Not basing finding on who legally liable to builder under purchase and sale agreement, which is focus of Act, s. 254(2)(b) — Appeal allowed — Per

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a décidé que l'intimé avait droit au remboursement pour habitations neuves prévu par la Loi sur la taxe d'accise (Loi) et le Règlement sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée (Règlement), et a accueilli l'appel de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national interjeté par l'intimé — Le ministre avait établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimé lui refusant le remboursement pour habitations neuves, au motif que son ami, qui a signé la convention d'achat et de vente, n'avait pas l'intention d'occuper l'immeuble d'habitation — La maison était construite pour l'intimé et sa famille — L'ami de l'intimé a signé la convention pour aider l'intimé à obtenir un financement hypothécaire — L'intimé et sa famille ont emménagé dans la maison à titre de lieu de résidence principale — La Cour de l'impôt a conclu que l'ami était un simple fiduciaire et qu'il n'avait aucun intérêt dans la propriété elle-même; donc, il n'était pas un « particulier » pour l'application de l'art. 254(2) de la Loi — Il s'agissait de savoir si une personne qui signe une convention d'achat et de vente visant un immeuble d'habitation à logement unique à la seule fin d'aider une autre personne à obtenir l'hypothèque qui sera nécessaire pour acheter le logement, sans acquérir un droit de bénéficiaire dans le logement, doit répondre aux exigences d'occupation définies à l'art. 254(2) de la Loi — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour de l'impôt a interprété l'article 254 comme une disposition conférant un avantage — Il fallait connaître l'objet, le contexte, et le texte de l'article afin de vérifier son sens authentique — La Cour de l'impôt a suivi la méthode préconisée dans United Parcel Service Canada Ltd. c. La Reine, en interprétant l'article pour arriver à « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » — Elle n'a pas suivi la méthode qui consiste à examiner le texte, le contexte et l'objet de l'art. 254 de la Loi — L'art. 254 définit les conditions

Webb J.A. (dissenting): Person signing agreement of purchase and sale or mortgage but not acquiring beneficial interest in residential complex or possession thereof not “particular individual” for purposes of Act, s. 254(2) — Since respondent’s friend only acquiring interest in house as bare trustee, friend’s acquisition of interest ignored for purposes of Act, s. 254(2)(a); therefore, no supply by way of sale of residential complex to friend existing; friend not particular individual — In present case, respondent only individual acquiring beneficial interest in property from builder for purposes of Act; satisfying requirements to obtain new housing rebate.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision determining that, in this case, the respondent qualified for the new housing rebate under the *Excise Tax Act* (Act) and the *New Harmonized Value-added Tax System Regulations* (Regulations) and allowing the respondent’s appeal from the reassessment of the Minister of National Revenue. The Minister of National Revenue had reassessed the respondent to deny him the new housing rebate on the basis that Dr. Akbari, who is not related to the respondent and who signed the agreement of purchase and sale, did not intend to occupy the residential complex.

The respondent and his friend, Dr. Akbari, signed an agreement of purchase and sale that was accepted by the builder. The agreement provided for the construction of a house on a specified lot in Vaughan, Ontario. The house was for the respondent and his family and Dr. Akbari signed the agreement to assist the respondent in obtaining mortgage financing. At the closing of the purchase and sale of the house in July 2013, the respondent and his spouse acquired a 99 percent interest in the house and Dr. Akbari acquired a 1 percent interest. On the same day, Dr. Akbari signed a trust declaration acknowledging that he was holding this 1 percent interest in trust for the respondent and his spouse. Dr. Akbari later transferred his interest to the respondent’s son. The respondent and his

préalables que doit remplir un contribuable pour demander le remboursement pour habitations neuves — La première condition préalable a été remplie : le constructeur a vendu l’immeuble à l’intimé et à l’ami de ce dernier, mais la deuxième condition préalable, qui exige que l’immeuble serve de résidence habituelle, n’a pas été remplie par l’ami — La Cour de l’impôt a commis une erreur parce qu’elle a invoqué l’entente de fiducie entre l’ami et l’intimé — Elle n’a pas fondé sa conclusion sur la question de savoir qui était légalement responsable à l’égard du constructeur aux termes du contrat de vente, contrat sur lequel est axé l’art. 254(2)b) de la Loi — Appel accueilli — Le juge Webb, J.C.A. (dissent) : Si une personne a signé le contrat de vente ou l’hypothèque, mais n’a pas acquis un droit de bénéficiaire dans l’immeuble d’habitation ni la possession de l’immeuble, cette personne n’est pas un « particulier » pour l’application de l’art. 254(2) de la Loi — Puisque l’ami de l’intimé n’a acquis son droit dans la maison qu’à titre de simple fiduciaire, il a été fait abstraction de cette acquisition par lui de ce droit pour l’application de l’art. 254(2)a) de la Loi; par conséquent, il n’y a pas eu fourniture, par vente, d’un immeuble d’habitation à son profit; il n’était pas un particulier — La seule personne qui a acquis un droit de bénéficiaire dans le bien auprès du constructeur, pour l’application de la Loi, était l’intimé; celui-ci a répondu aux exigences lui donnant droit au remboursement pour habitations neuves.

Il s’agissait d’un appel interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l’impôt, qui a décidé que, dans la présente affaire, l’intimé avait droit au remboursement pour habitations neuves prévu par la *Loi sur la taxe d’accise* (Loi) et le *Règlement sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée* (Règlement), et a accueilli l’appel de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national interjeté par l’intimé. Le ministre du Revenu national avait établi une nouvelle cotisation à l’égard de l’intimé lui refusant le remboursement pour habitations neuves, au motif que M. Akbari, qui n’a aucun lien de parenté avec l’intimé et qui a signé la convention d’achat et de vente, n’avait pas l’intention d’occuper l’immeuble d’habitation.

L’intimé et son ami, M. Akbari, ont signé une convention d’achat et de vente qu’a accepté le constructeur. La convention prévoyait la construction d’une maison sur un lot spécifique à Vaughan, en Ontario. La maison était construite pour l’intimé et sa famille, et M. Akbari a signé la convention d’achat et de vente pour aider l’intimé à obtenir un financement hypothécaire. Lorsqu’a été conclue la vente de la maison en juillet 2013, l’intimé et son épouse ont acquis un intérêt de 99 p. 100 dans la maison, et M. Akbari a acquis un intérêt de 1 p. 100. Le même jour, M. Akbari a signé une déclaration de fiducie reconnaissant qu’il détenait en fiducie cet intérêt de 1 p. 100 au profit de l’intimé et de son épouse. M. Akbari a ultérieurement cédé son intérêt au fils de l’intimé. L’intimé

spouse moved into the house as their primary place of residence following the closing.

The Tax Court found that Dr. Akbari was a bare trustee and that he had no interest in the property itself. Therefore, even though Dr. Akbari had assumed a risk by signing the agreement of purchase and sale and the mortgage, he was not a “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the Act and the respondent qualified for the new housing rebate.

The issue was whether a person who signs an agreement of purchase and sale for a single unit residential complex solely for the purpose of assisting another person in obtaining the mortgage that will be required to purchase that complex and who does not acquire a beneficial interest in that complex must satisfy the occupancy requirements of subsection 254(2) of the Act.

Held (Webb J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Stratas J.A. (Nadon J.A. concurring): The Tax Court construed section 254, the provision that offers a new housing rebate, as a benefits-conferring section. However, the fact that the section confers a benefit, a new housing rebate, says nothing about the circumstances in which the rebate is available. The purpose, context and text of the section had to be examined to ascertain its authentic meaning. In this case, the Tax Court followed the approach in *United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen* namely, interpreting the section to achieve “a sensible, practical and common sense result” and one that was “consonant with the scheme of the Act”. It did not follow the approach of examining the text, context and purpose of section 254 of the Act. The exhortation to judges in *United Parcel Service* to strive for “a sensible, practical and common sense result” is unsupported by authority. Section 254 sets out in very precise wording the prerequisites for a taxpayer to claim a new housing rebate. The first one is that a builder of a single unit residential complex must make a taxable supply by way of sale to a particular individual (paragraph 254(2)(a) of the Act). In this case, the first requirement was met: the builder sold the complex to the respondent and Dr. Akbari. In law, they were both the purchasers.

As for the second requirement, that at the time the particular individual assumes liability under the agreement of purchase and sale of the complex, the particular individual

et son épouse ont emménagé dans la maison à titre de lieu de résidence principale immédiatement après la conclusion de la vente.

La Cour de l’impôt a conclu que M. Akbari était un simple fiduciaire et qu’il n’avait aucun intérêt dans la propriété elle-même. Par conséquent, bien que M. Akbari ait pris un certain risque en signant la convention d’achat-vente et l’hypothèque, il n’était pas un « particulier » pour l’application du paragraphe 254(2) de la Loi, et l’intimé était admissible à recevoir le remboursement pour habitations neuves.

La question était de savoir si une personne qui signe une convention d’achat et de vente visant un immeuble d’habitation à logement unique à la seule fin d’aider une autre personne à obtenir l’hypothèque qui sera nécessaire pour acheter le logement, sans acquérir un droit de bénéficiaire dans le logement, doit répondre aux exigences d’occupation définies au paragraphe 254(2) de la Loi.

Arrêt (le juge Webb, J.C.A., étant dissident) : L’appel doit être accueilli.

Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour de l’impôt a interprété l’article 254, la disposition qui offre le remboursement pour habitations neuves, comme une disposition conférant un avantage. Toutefois, le fait que l’article confère un avantage, en l’espèce un remboursement pour habitations neuves, ne nous éclaire pas sur les circonstances dans lesquelles le remboursement peut être versé. Il fallait connaître l’objet, le contexte, et le texte de l’article afin de vérifier son sens authentique. En l’espèce, la Cour de l’impôt a suivi la méthode préconisée dans la décision *United Parcel Service Canada Ltd. c. La Reine*, en interprétant l’article pour arriver à « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » et donc à un résultat qui était « compatible avec l’esprit de la Loi ». Elle n’a pas suivi la méthode qui consiste à examiner le texte, le contexte et l’objet de l’article 254 de la Loi. L’invitation faite aux juges, dans la décision *United Parcel Service*, à viser « un résultat rationnel, pratique et raisonnable », ne trouve pas son écho dans la jurisprudence. L’article 254 définit les conditions préalables que doit remplir un contribuable pour demander le remboursement pour habitations neuves. La première est qu’un constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique doit effectuer, par vente, la fourniture taxable à un particulier (alinéa 254(2)a) de la Loi). Dans l’opération en cause, la première condition préalable a été remplie : le constructeur a vendu l’immeuble à l’intimé et à M. Akbari. Au regard du droit, ils étaient les acheteurs.

La deuxième condition est plus controversée en l’espèce : au moment où le particulier assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l’immeuble, le particulier

must be “acquiring the complex ... for use as the primary place of residence of the particular individual or a relation of the particular individual” (paragraph 254(2)(b) of the Act), it was more controversial in this case. The appellant argued that this prerequisite was not met. The requirements of section 40 of the Regulations, which applied here, were examined. Under the agreement of purchase and sale, the supply of the complex was made to both Dr. Akbari and the respondent. Thus, the second prerequisite—use of the complex as the primary place of residence—had to be satisfied by both Dr. Akbari and the respondent. While the respondent acquired the complex as his primary place of residence, Dr. Akbari did not. Thus, the second requirement was not met. The fact that Dr. Akbari was acquiring the complex only as a trustee was of no consequence. It followed that the Tax Court erred. It relied on the trust arrangement between Dr. Akbari and the respondent, an arrangement extraneous to paragraph 254(2)(b) of the Act. It did not base its finding on who was legally liable to the builder under the agreement of purchase and sale, which is the focus of paragraph 254(2)(b).

Regarding the dissenting reasons, some of the differences stemmed from the understanding of what the “supply” was in this case. Where there is an agreement to provide property or a service, supply is “deemed” upon entering into an agreement of purchase and sale (section 133 of the Act). Since the respondent and Dr. Akbari both signed the agreement of purchase and sale, they were deemed to receive a supply of the property at the time they entered into the agreement. Since both received a supply, section 40 of the Regulations required that they *both* meet the rebate prerequisites in section 254 of the Act.

Per Webb J.A. (dissenting): A “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the Act will be an individual to whom a builder has actually transferred ownership or possession of a residential complex. If a person has signed the agreement of purchase and sale or the mortgage, but based on all of the circumstances, has not acquired a beneficial interest in the residential complex or possession of that complex, then that person will not be a particular individual for the purposes of subsection 254(2) of the Act. If a person is not a “particular individual”, that person does not need to satisfy the occupancy requirements of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the Act, but that person will also not be entitled to claim the new housing rebate. Since Dr. Akbari only acquired his interest in the house as a bare trustee, this acquisition of an interest by him would be ignored for the purposes of paragraph 254(2)(a) of the Act and, therefore, there was no supply by way of sale of a residential complex to him and he was not a particular individual. The only individual who acquired a beneficial interest in the property from the builder for the purposes of the Act in this case was the respondent. Since he satisfied the occupancy requirements and there was

doit « [acquérir] l’immeuble [...] pour qu’il lui serve de lieu de résidence habituelle ou serve ainsi à son proche » (alinéa 254(2)b) de la Loi). L’appelante a affirmé que cette condition préalable n’a pas été remplie. Les exigences de l’article 40 du Règlement, lequel s’appliquait en l’espèce, ont été examinées. Aux termes du contrat de vente, la fourniture de l’immeuble a été effectuée au profit tant de M. Akbari que de l’intimé. Ainsi, la seconde condition préalable, qui exige que l’immeuble serve de résidence habituelle, devait être remplie tant par l’intimé que par M. Akbari. L’intimé a acheté l’immeuble afin d’y établir sa résidence habituelle, ce qui n’était pas le cas de M. Akbari. Ainsi, la seconde condition n’a pas été remplie. Le fait que M. Akbari a acquis l’immeuble au seul titre de fiduciaire était sans effet. Il s’en est suivi que la Cour de l’impôt a commis une erreur. Elle a invoqué l’entente de fiducie entre M. Akbari et l’intimé, qui était étrangère à l’alinéa 254(2)b) de la Loi. Elle n’a pas fondé sa conclusion sur la question de savoir qui était légalement responsable à l’égard du constructeur aux termes du contrat de vente, contrat sur lequel est axé l’alinéa 254(2)b).

En ce qui concerne les motifs dissidents, certaines des divergences avaient pour source l’interprétation de la notion de « fourniture » dans la présente affaire. Lorsqu’un contrat prévoit la fourniture d’un bien ou d’un service, la fourniture est « réputée » dès la conclusion du contrat de vente (article 133 de la Loi). Puisque l’intimé et M. Akbari ont tous deux signé le contrat de vente, ils étaient réputés avoir bénéficié de la fourniture du bien au moment où ils ont conclu le contrat. Ayant tous deux reçu une fourniture, l’article 40 du Règlement les assujettissait *tous les deux* aux exigences de remboursement définies à l’article 254 de la Loi.

Le juge Webb, J.C.A. (dissident) : Un « particulier » pour l’application du paragraphe 254(2) de la Loi est une personne au profit de laquelle un constructeur a effectivement transféré la propriété ou la possession d’un immeuble d’habitation. Si une personne a signé le contrat de vente ou l’hypothèque, mais n’a pas, au vu de l’ensemble des circonstances, acquis un droit de bénéficiaire dans l’immeuble d’habitation ni la possession de l’immeuble, il s’ensuit que cette personne n’est pas un particulier pour l’application du paragraphe 254(2) de la Loi. Si une personne n’est pas un « particulier », cette personne n’est pas assujettie aux exigences d’occupation définies aux alinéas 254(2)b) et g) de la Loi, mais cette personne n’a pas non plus le droit de demander le remboursement pour habitations neuves. Puisque M. Akbari n’a acquis son droit dans la maison qu’à titre de simple fiduciaire, il a été fait abstraction de cette acquisition par lui de ce droit pour l’application de l’alinéa 254(2)a) de la Loi et, par conséquent, il n’y a pas eu fourniture, par vente, d’un immeuble d’habitation à son profit et il n’était pas un particulier. La seule personne qui a acquis un droit de bénéficiaire dans le bien auprès du constructeur, pour l’application de la Loi, était l’intimé.

no indication that any of the other conditions were not satisfied, the respondent was entitled to the new housing rebate.

Puisque celui-ci a répondu aux exigences d'occupation et que rien n'indique que les autres conditions n'ont pas été remplies, l'intimé avait droit au remboursement pour habitations neuves.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123 “recipient”, “sale”, “single unit residential complex”, “supply”, 133, 154(2)(a), 165(1),(2), 254 “single unit residential complex”, 256, 256.21, 262(3), Sch. VII, VIII.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 89.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 15(2).
New Harmonized Value-added Tax System Regulations, No. 2, SOR/2010-151, ss. 40, 41.
Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 18.25.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen, 2006 TCC 450, [2006] G.S.T.C. 146.

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Canada v. Sneyd*, 2000 CanLII 15708, 257 N.R. 262 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Javaid v. The Queen, 2015 TCC 94, [2015] G.S.T.C. 53; *De Mond Jr. v. The Queen*, 1999 CanLII 466, [1999] 4 C.T.C. 2007, 99 D.T.C. 893 (T.C.C.); *Canada v. Innovative Installation Inc.*, 2010 FCA 285, [2011] 2 C.T.C. 73; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, revd on another point 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; *Highway Sawmills Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 384, (1966), 56 D.L.R. (2d) 652; *Maritime Life Assurance Co. v. The Queen*, [1999] G.S.T.C. 1, 1999 CanLII 149 (T.C.C.), affd (2000), 261 N.R. 365, [2000] G.S.T.C. 89 (F.C.A.); *Canada v. Quinco Financial Inc.*, 2014 FCA 108, [2014] G.S.T.C. 57; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 89.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 15(2).
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.25.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123 « acquéreur », « fourniture », « immeuble d'habitation à logement unique », « vente », 133, 154(2)a), 165(1),(2), 254 « immeuble d'habitation à logement unique », 256, 256.21, 262(3), ann. VII, VIII.
Règlement n°2 sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée, DORS/2010-151, art. 40, 41.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

United Parcel Service Canada Ltd. c. La Reine, 2006 CCI 450.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Canada c. Sneyd*, 2000 CanLII 15708 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Javaid c. La Reine, 2015 CCI 94; *De Mond Jr. c. La Reine*, 1999 CanLII 466 (C.C.I.); *Canada c. Innovative Installation Inc.*, 2010 CAF 285; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467 inf. par 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Highway Sawmills Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 384; *Maritime Life Assurance Co. c. La Reine*, 1999 CanLII 149 (C.C.I.), conf. par 2000 CanLII 16374 (C.A.F.); *Canada c. Quinco Financial Inc.*, 2014 CAF 108; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Davidson v. The Queen*, [2002] G.S.T.C. 25, 2002 CanLII 872 (T.C.C.); *Goyer v. The Queen*, 2010 TCC 511, [2010] G.S.T.C. 163; *Sharp v. the Queen*, 2014 TCC 323, [2014] G.S.T.C. 135; *Al-Hossain v. The Queen*, 2014 TCC 379, [2014] G.S.T.C. 157; *Henao v. The Queen*, 2015 TCC 81, [2015] G.S.T.C. 40; *Malik v. The Queen*, 2015 TCC 83, [2015] G.S.T.C. 51; *S.E.R. Contracting Ltd. v. The Queen*, 2006 TCC 6, [2006] G.S.T.C. 2; *Edmonton (Town) v. The Queen*, 2015 TCC 172, [2017] G.S.T.C. 33; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2011 FCA 270, [2013] 3 F.C.R. 3.

AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *Goods and Services Tax: Explanatory Notes to Bill C-62 as passed by the House of Commons on April 10, 1990*, issued by The Honourable Michael M. Wilson, May 1990.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2016 TCC 251) determining that, in this case, the respondent qualified for the new housing rebate under the *Excise Tax Act* and the *New Harmonized Value-added Tax System Regulations* and allowing the respondent's appeal from the reassessment of the Minister of National Revenue. Appeal allowed, Webb J.A. dissenting.

APPEARANCES

Marilyn Vardy and *Amit Ummat* for appellant.
Justin Chun Ting Lo for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Nanda & Associate Lawyers Professional Corporation Firm, Mississauga, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Davidson c. La Reine*, 2002 CanLII 872 (C.C.I.); *Goyer c. La Reine*, 2010 CCI 511; *Sharp c. La Reine*, 2014 CCI 323; *Al-Hossain c. La Reine*, 2014 CCI 379; *Henao c. La Reine*, 2015 CCI 81; *Malik c. La Reine*, 2015 CCI 83; *S.E.R. Contracting Ltd. c. La Reine*, 2006 CCI 6; *Edmonton (Ville) c. La Reine*, 2015 CCI 172; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2011 CAF 270, [2013] 3 R.C.F. 3.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des Finances. *Taxes sur les produits et services : Notes explicatives du projet de loi C-62 adopté par la Chambre des communes le 10 avril 1990*, publiées par l'honorable Michael H. Wilson, mai 1990.

APPEL interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2016 CCI 251), qui a décidé que, dans la présente affaire, l'intimé avait droit au remboursement pour habitations neuves prévu par la *Loi sur la taxe d'accise* et le *Règlement sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée*, et a accueilli l'appel de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national interjeté par l'intimé. Appel accueilli, le juge Webb, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Marilyn Vardy et *Amit Ummat* pour l'appelante.
Justin Chun Ting Lo pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appelante.
Nanda & Associate Lawyers Professional Corporation Firm, Mississauga, pour l'intimé.

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

[1] WEBB J.A. (dissenting): This appeal relates to the conditions that must be satisfied in order to obtain the new housing rebate under the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA) and the *New Harmonized Value-added Tax System Regulations, No. 2*, SOR/2010-151 (the Regulations). In particular, the issue is whether a person who signs an agreement of purchase and sale for a single unit residential complex solely for the purpose of assisting another person in obtaining the mortgage that will be required to purchase that complex and who does not acquire a beneficial interest in that complex, must satisfy the occupancy requirements of subsection 254(2) of the ETA.

[2] The Minister of National Revenue reassessed Mr. Cheema to deny him the new housing rebate on the basis that Dr. Akbari, who is not related to Mr. Cheema and who signed the agreement of purchase and sale, did not intend to occupy the residential complex. The Tax Court determined ([*Cheema v. The Queen*], 2016 TCC 251 [reasons]) that, in this case, Mr. Cheema qualified for the rebate and allowed Mr. Cheema's appeal from that reassessment. For the reasons that follow, I would dismiss this appeal.

I. Background

[3] On March 26, 2012, Mr. Cheema and his friend, Dr. Akbari, signed an agreement of purchase and sale that was accepted by Mosaik Pinewest Inc., the builder, on the following day. The agreement provided for the construction of a house, identified by the name of the particular model, on a specified lot in Vaughan, Ontario. The civic address had not yet been assigned. Therefore, it is a logical inference that when the agreement of purchase and sale was signed the house did not exist. The purchase price for the house was in excess of \$800 000.

[4] The house was for Mr. Cheema and his family. Dr. Akbari signed the agreement of purchase and sale to assist Mr. Cheema in obtaining mortgage financing. The Tax Court Judge accepted the testimony of Mr. Cheema that from the beginning it was understood that Dr. Akbari

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. (dissident) : Le présent appel porte sur les conditions à remplir pour bénéficier du remboursement pour habitations neuves prévu par la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la LTA) et le *Règlement n° 2 sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée*, DORS/2010 151 (le Règlement). Plus particulièrement, la question est de savoir si une personne qui signe une convention d'achat et de vente visant un immeuble d'habitation à logement unique à la seule fin d'aider une autre personne à obtenir l'hypothèque qui sera nécessaire pour acheter le logement, sans acquérir un droit de bénéficiaire dans le logement, doit répondre aux exigences d'occupation définies au paragraphe 254(2) de la LTA.

[2] Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de M. Cheema lui refusant le remboursement pour habitations neuves, au motif que M. Akbari, qui n'a aucun lien de parenté avec M. Cheema et qui a signé la convention d'achat et de vente, n'avait pas l'intention d'occuper l'immeuble d'habitation. La Cour canadienne de l'impôt a décidé ([*Cheema c. La Reine*], 2016 CCI 251 [motifs]) que, dans la présente affaire, M. Cheema avait droit au remboursement, et a accueilli l'appel de cette nouvelle cotisation interjeté par M. Cheema. Pour les motifs qui suivent, je rejeterais le présent appel.

I. Le contexte

[3] Le 26 mars 2012, M. Cheema et son ami, M. Akbari, ont signé une convention d'achat et de vente qu'a accepté le constructeur, Mosaik Pinewest Inc., le lendemain. La convention prévoyait la construction d'une maison, identifiée par le nom du modèle, sur un lot spécifique à Vaughan, en Ontario, sans adresse municipale encore attribuée. Il relève donc de la déduction logique qu'à la signature de la convention d'achat et de vente, la maison n'existait pas. Le prix d'achat de la maison était supérieur à 800 000 \$.

[4] La maison était construite pour M. Cheema et sa famille. M. Akbari a signé la convention d'achat et de vente pour aider M. Cheema à obtenir un financement hypothécaire. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a retenu le témoignage de M. Cheema lorsqu'il a

would not have any real interest in the property (paragraph 8 of his reasons). He also accepted the testimony of Dr. Akbari that he did not pay any part of the purchase price for the house nor did he pay for any of the ongoing expenses related to the house. Mr. Cheema paid all of the amounts related to the purchase and ongoing maintenance of the house (paragraph 9 of his reasons). It is also clear that Dr. Akbari never intended to occupy the house as his primary residence.

[5] At the closing of the purchase and sale of the house on July 26, 2013, Mr. Cheema and his spouse acquired a 99 percent interest in the house and Dr. Akbari acquired a 1 percent interest. On the same day, Dr. Akbari signed a trust declaration acknowledging that he was holding this 1 percent interest in trust for Mr. Cheema and his spouse.

[6] This trust declaration was not provided to the mortgage lender and the Tax Court Judge found that it was probably not provided to the builder.

[7] Dr. Akbari later transferred his 1 percent interest to Mr. Cheema's son, who had been approved by the mortgagee (paragraph 16 of the reasons of the Tax Court Judge).

[8] Mr. Cheema and his spouse moved into the house as their primary place of residence immediately following the closing on July 26, 2013.

II. Relevant Statutory Provisions

[9] The new housing rebate for Ontario is payable under section 256.21 of the ETA and the Regulations. Subsections 41(1) and (2) of the Regulations provide that:

Definitions

41 (1) In this section, *relation* and *single unit residential complex* have the same meanings as in subsection 254(1) of the Act.

déclaré qu'il était entendu dès le début que M. Akbari n'aurait aucun intérêt véritable dans la propriété (paragraphe 8 de ses motifs). Il a aussi admis le témoignage de M. Akbari selon lequel il n'avait payé aucune partie du prix d'achat de la maison ni les dépenses courantes liées à celle-ci. M. Cheema a réglé les dépenses liées à l'achat et à l'entretien courant de la maison (paragraphe 9 de ses motifs). Il est aussi manifeste que M. Akbari n'a jamais eu l'intention d'occuper la maison à titre de résidence principale.

[5] Lorsqu'a été conclue la vente de la maison le 26 juillet 2013, M. Cheema et son épouse ont acquis un intérêt de 99 p. 100 dans la maison, et M. Akbari a acquis un intérêt de 1 p. 100. Le même jour, M. Akbari a signé une déclaration de fiducie reconnaissant qu'il détenait en fiducie cet intérêt de 1 p. 100 au profit de M. Cheema et de son épouse.

[6] Cette déclaration de fiducie n'a pas été remise au prêteur hypothécaire, et le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'elle n'avait probablement pas été remise au constructeur.

[7] M. Akbari a ultérieurement cédé son intérêt de 1 p. 100 au fils de M. Cheema, qui avait été approuvé par le créancier hypothécaire (paragraphe 16 des motifs du juge de la Cour canadienne de l'impôt).

[8] M. Cheema et son épouse ont emménagé dans la maison à titre de lieu de résidence principale immédiatement après la conclusion de la vente le 26 juillet 2013.

II. Les dispositions législatives applicables

[9] Le remboursement pour habitations neuves en Ontario est payable aux termes de l'article 256.21 de la LTA et du Règlement. Les paragraphes 41(1) et (2) du Règlement sont les suivants :

Définitions

41 (1) Au présent article, *immeuble d'habitation à logement unique* et *proche* s'entendent au sens du paragraphe 254(1) de la Loi.

Rebate in Ontario

(2) If an individual is entitled to claim a rebate under subsection 254(2) of the Act in respect of a residential complex that is a single unit residential complex, or a residential condominium unit, acquired for use in Ontario as the primary place of residence of the individual or of a relation of the individual, or the individual would be so entitled if the total consideration (within the meaning of paragraph 254(2)(c) of the Act) in respect of the complex were less than \$450,000, for the purposes of subsection 256.21(1) of the Act, the individual is a prescribed person and the amount of a rebate in respect of the complex under that subsection is equal to the lesser of \$24,000 and the amount determined by the formula

$$A \times B$$

where

A is 75%; and

B is the total of all tax under subsection 165(2) of the Act paid in respect of the supply of the complex to the individual or in respect of any other supply to the individual of an interest in the complex.

[10] In essence, the Regulations provide for a rebate of a portion of the tax paid under subsection 165(2) of the ETA. The conditions that must be satisfied to qualify for this rebate are the same conditions that are applicable for determining when a new housing rebate will be payable under subsection 254(2) of the ETA, except that, for a residential complex in Ontario, the rebate, capped at \$24 000, will be payable regardless of the cost of the house.

[11] The general conditions for a new housing rebate (other than the conditions related to the consideration for the residential complex and the calculation of the rebate) are set out in subsection 254(2) of the ETA:

254 (1) ...**New housing rebate**

(2) Where

Remboursement en Ontario

(2) Dans le cas où un particulier a droit au remboursement prévu au paragraphe 254(2) de la Loi au titre d'un immeuble d'habitation qui est un immeuble d'habitation à logement unique ou un logement en copropriété acquis en vue de servir en Ontario de résidence habituelle du particulier ou de son proche ou aurait droit à ce remboursement si la contrepartie totale, au sens de l'alinéa 254(2)c) de la Loi, relative à l'immeuble était inférieure à 450 000 \$, pour l'application du paragraphe 256.21(1) de la Loi, le particulier est une personne visée et le montant du remboursement versé au titre de l'immeuble selon ce paragraphe est égal au montant obtenu par la formule suivante, jusqu'à concurrence de 24 000 \$:

$$A \times B$$

où :

A représente 75 %;

B le total de la taxe payée en vertu du paragraphe 165(2) de la Loi relativement à la fourniture de l'immeuble au profit du particulier ou relativement à toute autre fourniture, effectuée au profit de celui-ci, d'un droit sur l'immeuble.

[10] Pour l'essentiel, le Règlement prévoit le remboursement partiel de la taxe payée aux termes du paragraphe 165(2) de la LTA. Les conditions à remplir pour bénéficier de ce remboursement sont les mêmes que celles qui sont applicables pour décider quand le remboursement pour habitations neuves sera payable aux termes du paragraphe 254(2) de la LTA, à l'exception du fait que, pour un immeuble d'habitation en Ontario, le remboursement, plafonné à 24 000 \$, sera payable peu importe le prix de la maison.

[11] Les conditions générales pour recevoir le remboursement pour habitations neuves (autre que les conditions se rapportant à la contrepartie pour l'immeuble d'habitation et le calcul du remboursement) sont prévues au paragraphe 254(2) de la LTA :

254 (1) [...]**Remboursement — habitation neuve**

(2) Le ministre verse un remboursement à un particulier dans le cas où, à la fois :

(a) a builder of a single unit residential complex or a residential condominium unit makes a taxable supply by way of sale of the complex or unit to a particular individual,

(b) at the time the particular individual becomes liable or assumes liability under an agreement of purchase and sale of the complex or unit entered into between the builder and the particular individual, the particular individual is acquiring the complex or unit for use as the primary place of residence of the particular individual or a relation of the particular individual,

...

(d) the particular individual has paid all of the tax under Division II payable in respect of the supply of the complex or unit and in respect of any other supply to the individual of an interest in the complex or unit (the total of which tax under subsection 165(1) is referred to in this subsection as the “total tax paid by the particular individual”),

(e) ownership of the complex or unit is transferred to the particular individual after the construction or substantial renovation thereof is substantially completed,

(f) after the construction or substantial renovation is substantially completed and before possession of the complex or unit is given to the particular individual under the agreement of purchase and sale of the complex or unit

(i) in the case of a single unit residential complex, the complex was not occupied by any individual as a place of residence or lodging, and

(ii) in the case of a residential condominium unit, the unit was not occupied by an individual as a place of residence or lodging unless, throughout the time the complex or unit was so occupied, it was occupied as a place of residence by an individual, or a relation of an individual, who was at the time of that occupancy a purchaser of the unit under an agreement of purchase and sale of the unit, and

(g) either

(i) the first individual to occupy the complex or unit as a place of residence at any time after substantial completion of the construction or renovation is

a) le constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique ou d’un logement en copropriété en effectue, par vente, la fourniture taxable au profit du particulier;

b) au moment où le particulier devient responsable ou assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l’immeuble ou du logement conclu entre le constructeur et le particulier, celui-ci acquiert l’immeuble ou le logement pour qu’il lui serve de lieu de résidence habituelle ou serve ainsi à son proche;

[...]

d) le particulier a payé la totalité de la taxe prévue à la section II relativement à la fourniture et à toute autre fourniture, effectuée à son profit, d’un droit sur l’immeuble ou le logement (le total de cette taxe prévue au paragraphe 165(1) étant appelé « total de la taxe payée par le particulier » au présent paragraphe);

e) la propriété de l’immeuble ou du logement est transférée au particulier une fois la construction ou les rénovations majeures de ceux-ci achevées en grande partie;

f) entre le moment où les travaux sont achevés en grande partie et celui où la possession de l’immeuble ou du logement est transférée au particulier en vertu du contrat de vente :

(i) l’immeuble n’a pas été occupé à titre résidentiel ou d’hébergement,

(ii) le logement n’a pas été occupé à titre résidentiel ou d’hébergement, sauf s’il a été occupé à titre résidentiel par le particulier, ou son proche, qui était alors l’acheteur du logement aux termes d’un contrat de vente;

g) selon le cas :

(i) le premier particulier à occuper l’immeuble ou le logement à titre résidentiel, à un moment après que les travaux sont achevés en grande partie, est :

(A) in the case of a single unit residential complex, the particular individual or a relation of the particular individual, and

(B) in the case of a residential condominium unit, an individual, or a relation of an individual, who was at that time a purchaser of the unit under an agreement of purchase and sale of the unit, or

(ii) the particular individual makes an exempt supply by way of sale of the complex or unit and ownership thereof is transferred to the recipient of the supply before the complex or unit is occupied by any individual as a place of residence or lodging,

(A) dans le cas de l'immeuble, le particulier ou son proche,

(B) dans le cas du logement, le particulier, ou son proche, qui, à ce moment, en était l'acheteur aux termes d'un contrat de vente,

(ii) le particulier effectue par vente une fourniture exonérée de l'immeuble ou du logement, et la propriété de l'un ou l'autre est transférée à l'acquéreur de cette fourniture avant que l'immeuble ou le logement n'ait été occupé à titre résidentiel ou d'hébergement.

III. Decision of the Tax Court

[12] The Tax Court Judge noted that there are decisions of that Court that deny the new housing rebate when an unrelated person has signed the agreement of purchase and sale to assist someone in obtaining financing to buy the house. However, in this case, he found that Dr. Akbari was a bare trustee (paragraph 55 of his reasons) and that he had “no interest *per se* in the Property itself” (paragraph 53 of his reasons). Therefore, even though Dr. Akbari had “assumed a certain risk by signing the Agreement of Purchase and Sale and the mortgage” (paragraph 50 of his reasons), Dr. Akbari was not a “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the ETA and Mr. Cheema qualified for the new housing rebate.

IV. Standard of Review

[13] The standard of review for any question of law is correctness and for any finding of fact (or question of mixed fact and law without an extricable legal question) is palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

V. Analysis

[14] Under the ETA, tax is generally payable when a person acquires a new house. The ETA also provides

III. La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[12] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a relevé qu'il y avait des décisions de cette cour qui avaient refusé le remboursement pour habitations neuves lorsqu'une personne sans lien de parenté avait signé la convention d'achat et de vente pour aider une autre personne à recevoir le financement nécessaire pour acheter la maison. Toutefois, dans la présente affaire, il a conclu que M. Akbari était un simple fiduciaire (paragraphe 55 de ses motifs) et qu'il n'avait « aucun intérêt proprement dit dans la propriété elle-même » (paragraphe 53 de ses motifs). Par conséquent, bien que M. Akbari ait « pris un certain risque en signant la convention d'achat-vente et l'hypothèque » (paragraphe 50 de ses motifs), il n'était pas un « particulier » pour l'application du paragraphe 254(2) de la LTA, et M. Cheema était admissible à recevoir le remboursement pour habitations neuves.

IV. La norme de contrôle

[13] La norme de contrôle applicable à toutes les questions de droit est la décision correcte, et, pour toutes les questions de fait (ou les questions mixtes de droit et de fait sans question de droit susceptible d'être isolée), la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

V. Analyse

[14] Aux termes de la LTA, des taxes sont généralement payables à l'acquisition d'une habitation neuve.

that, subject to certain conditions, the purchaser of a new house is entitled to a rebate of a portion of the tax paid. The general rebate conditions in subsection 254(2) of the ETA provide for a rebate of a portion of the tax paid under subsection 165(1) of the ETA. This rebate will only be paid if the total consideration payable for the house (excluding any GST or HST—paragraph 154(2)(a) of the ETA) is less than \$450 000. For a new house acquired in Ontario, the Regulations provide for a separate rebate of a portion of the tax paid under subsection 165(2) of the ETA. For this rebate there is no restriction on the amount of the consideration payable for the house but the rebate amount is limited to the lesser of \$24 000 and 75 percent of the tax paid under subsection 165(2) of the ETA (subsection 41(2) of the Regulations). The tax rate imposed under subsection 165(2) of the ETA for Ontario is 8 percent (Schedule VIII of the ETA). Therefore, the maximum rebate of \$24 000 for Ontario in relation to tax paid under subsection 165(2) of the ETA is payable for houses that cost \$400 000 or more.

[15] The Tax Court Judge referred to the statement of the Department of Finance in the *Goods and Services Tax: Explanatory Notes to Bill C-62 as passed by the House of Commons on April 10, 1990*, (May 1990), at page 124 (Explanatory Notes) related to the new housing rebate under subsection 254(2) of the ETA. The Explanatory Notes stated that “[t]he rebate seeks to ensure that the GST does not pose a barrier to affordable housing by effectively lowering the tax rate on most newly-constructed homes to 4 1/2 per cent — a level roughly equivalent to the existing average rate of tax embodied in new house prices.” Since the rebate payable under the Regulations is in relation to the additional tax imposed on new housing when Ontario harmonized its sales tax with the GST, it would seem logical that the same purpose can be inferred for the rebate payable under the Regulations—to effectively lower the tax rate on newly-constructed homes to ensure that the HST does not impose a barrier to affordable housing.

La LTA prévoit aussi que, à certaines conditions, l’acheteur d’une habitation neuve a droit au remboursement partiel de la taxe qu’il a payée. Les conditions générales de remboursement définies au paragraphe 254(2) de la LTA prévoient le remboursement partiel des taxes payées au titre du paragraphe 165(1). Ce remboursement est versé uniquement lorsque le total de la contrepartie payable pour la maison (à l’exclusion de la TPS ou de la TVH — alinéa 154(2)a) de la LTA) est inférieur à 450 000 \$. Pour une habitation neuve achetée en Ontario, le Règlement prévoit un remboursement distinct d’une partie de la taxe payée au titre du paragraphe 165(2) de la LTA. Ce remboursement n’est assujéti à aucune restriction se rapportant au montant de la contrepartie payable pour la maison, mais le montant du remboursement est limité au montant le moins élevé entre 24 000 \$ et le montant correspondant à 75 p. 100 de la taxe payée au titre du paragraphe 165(2) de la LTA (paragraphe 41(2) du Règlement). Le taux de la taxe imposée par le paragraphe 165(2) de la LTA pour l’Ontario est de 8 p. 100 (annexe VIII de la LTA). Par conséquent, le remboursement maximal de 24 000 \$ en Ontario pour la taxe payée au titre du paragraphe 165(2) de la LTA est versé pour les maisons qui se vendent à un prix de 400 000 \$ ou plus.

[15] Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a renvoyé à l’énoncé du ministère des Finances dans le document publié en mai 1990 et intitulé *Taxes sur les produits et services : Notes explicatives du projet de loi C-62 adopté par la Chambre des communes le 10 avril 1990* (les notes explicatives), à la page 148, se rapportant au remboursement pour habitations neuves prévu au paragraphe 254(2) de la LTA. Les notes explicatives énoncent que « [I]e remboursement fait en sorte que la TPS ne bloque pas l’accès aux logements de prix abordable, en abaissant effectivement à 4 1/2 % le taux de taxe sur les habitations neuves, soit un niveau qui correspond à peu près à la taxe moyenne existante incluse dans le prix des habitations neuves ». Puisque le remboursement payable aux termes du Règlement se rapporte à la taxe supplémentaire sur les habitations neuves adoptée lorsque l’Ontario a harmonisé sa taxe de vente à la TPS, il semblerait logique que le même objet soit attribué au remboursement payable aux termes

[16] The Regulations, which provide the rebate for new homes in Ontario, incorporate the occupancy requirements contained in paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA. Paragraph 254(2)(b) of the ETA provides that when a particular individual becomes liable under the agreement of purchase and sale made with the builder, that individual must be acquiring the residential complex as his or her primary place of residence or as the primary place of residence of a relation of that individual. Paragraph 254(2)(g) of the ETA provides that, subject to certain exceptions, the particular individual (or a relation of that individual) must be the first person to occupy the residential complex as a place of residence after it is substantially completed.

[17] Because the particular individual is the person who must satisfy the occupancy requirements, it is critical to determine who, in any particular case, will be a particular individual. As noted by the Crown, if there is more than one particular individual, all of those individuals as a group will have to satisfy the occupancy requirements (subsection 262(3) of the ETA, section 40 of the Regulations).

[18] Paragraph 254(2)(a) of the ETA provides that the first condition that must be satisfied is that “a builder of a single unit residential complex or a residential condominium unit makes a taxable supply by way of sale of the complex or unit to a particular individual”. Therefore, this paragraph essentially provides that a “particular individual” is an individual to whom “a builder of a single unit residential complex or a residential condominium unit makes a taxable supply by way of sale of the complex or unit”.

[19] It was the position of the Crown at the hearing of the appeal that any individual who signs an agreement of purchase and sale (and as a result has a liability under that agreement) will be a “particular individual” and therefore, must satisfy the occupancy requirements of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA regardless of

du Règlement, c’est-à-dire d’abaisser effectivement le taux de taxe sur les habitations nouvellement construites pour faire en sorte que la TVH ne bloque pas l’accès aux logements de prix abordable.

[16] Le Règlement, qui prévoit le remboursement pour les habitations neuves en Ontario, reprend les exigences d’occupation que l’on trouve aux alinéas 254(2)(b) et g) de la LTA. L’alinéa 254(2)(b) de la LTA prévoit qu’au moment où un particulier devient responsable aux termes d’un contrat de vente conclu avec un constructeur, ce particulier doit acquérir l’immeuble d’habitation pour qu’il lui serve de lieu de résidence habituelle ou serve ainsi à un proche. L’alinéa 254(2)(g) de la LTA prévoit que, sous réserve de certaines exceptions, le particulier (ou son proche) doit être le premier occupant de l’immeuble d’habitation, après que les travaux sont achevés en grande partie.

[17] Puisque le particulier est celui qui doit répondre aux exigences d’occupation, il est essentiel d’établir, dans chaque cas, qui est un particulier. Tel que l’a relevé la Couronne, si plus d’un particulier est concerné, tous ces particuliers, collectivement, devront répondre aux exigences d’occupation (paragraphe 262(3) de la LTA, article 40 du Règlement).

[18] L’alinéa 254(2)(a) de la LTA prévoit que la première condition à remplir est que « le constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique ou d’un logement en copropriété en effectue, par vente, la fourniture taxable au profit du particulier ». Ainsi, cette disposition prévoit, pour l’essentiel, qu’un « particulier » est une personne au profit de laquelle un « constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique ou d’un logement en copropriété en effectue, par vente, la fourniture taxable ».

[19] À l’audition de l’appel, la position de la Couronne était que toute personne qui signe un contrat de vente (lequel, en conséquence, lui impose une responsabilité contractuelle) serait un « particulier » et qu’elle doit donc répondre aux exigences d’occupation définies aux alinéas 254(2)(b) et g) de la LTA, peu importe si cette

whether that individual acquires an interest in the residential complex. Therefore, an unrelated individual who signs an agreement of purchase and sale as a guarantor solely to assist another individual in acquiring a residential complex (and obtaining the necessary financing) would, in the Crown's view, have to satisfy the occupancy requirements of subsection 254(2) of the ETA. The Crown submits that failing to do so would result in a denial of the new housing rebate to that other person.

[20] The net effect of the Crown's interpretation is that an individual, who has sufficient assets to be able to buy a new house without a mortgage or has sufficient income to obtain a mortgage without a co-signor, will qualify for the new housing rebate, assuming the other conditions are satisfied. However, an individual who is unable to afford a new house on their own and who needs a second unrelated person to guarantee the payment of the purchase price, will be denied the new housing rebate. This would appear to deny the new housing rebate to those who need it the most and would raise the question of whether this was the intent of Parliament.

[21] The issue in this appeal is the interpretation of "particular individual" for the purposes of subsection 254(2) of the ETA. The Supreme Court of Canada has set out the approach to be used in interpreting provisions such as the ones in issue in this appeal in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process.

personne a acquis un droit dans l'immeuble d'habitation. Par conséquent, une personne sans lien de parenté qui signe un contrat de vente à titre de garant au seul motif d'aider une autre personne à acquérir un immeuble d'habitation (et à recevoir le financement nécessaire) devrait, selon la Couronne, répondre aux exigences d'occupation définies au paragraphe 254(2) de la LTA. La Couronne soutient que tout manquement à cet égard entraînerait le refus du versement du remboursement pour habitations neuves à cette autre personne.

[20] L'effet net de l'interprétation de la Couronne est qu'une personne qui détient des actifs lui permettant d'acheter une habitation neuve sans hypothèque, ou dont les revenus lui permettent d'obtenir une hypothèque sans cosignataire, sera admissible à recevoir le remboursement pour habitations neuves, sous réserve des autres conditions. Toutefois, une personne qui ne peut acheter seule une habitation neuve et qui a besoin d'une seconde personne sans lien de parenté pour garantir le paiement du prix d'achat ne pourra pas recevoir le remboursement pour habitations neuves. Cette situation semblerait refuser le remboursement pour habitations neuves à ceux qui en auraient le plus besoin et elle soulèverait la question de savoir si telle était l'intention du législateur.

[21] La question en litige dans le présent appel est celle de l'interprétation du terme « particulier » pour l'application du paragraphe 254(2) de la LTA. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, la Cour suprême du Canada a défini la méthode à appliquer pour interpréter des dispositions analogues à celles qui sont en cause dans le présent appel :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus

On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[22] Therefore, based on the text, context and purpose of subsection 254(2) of the ETA, the question is whether a person who signs an agreement of purchase and sale (and thereby becomes liable under that agreement) solely to assist another individual in obtaining financing and who does not acquire any beneficial interest in the residential complex is a “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the ETA.

[23] As noted by the Tax Court Judge there have been a number of decisions of the Tax Court in which individuals were denied the new housing rebate because another unrelated person, who did not intend to occupy the house, had signed the agreement of purchase and sale (*Davidson v. The Queen*, [Court File No.] 2001-985 (GST)I, [2002] G.S.T.C. 25; *Goyer v. The Queen*, 2010 TCC 511, [2010] G.S.T.C. 163; *Sharp v. the Queen*, 2014 TCC 323, [2014] G.S.T.C. 135; *Al-Hossain v. The Queen*, 2014 TCC 379, [2014] G.S.T.C. 157; *Henao v. The Queen*, 2015 TCC 81, [2015] G.S.T.C. 40 and *Malik v. The Queen*, 2015 TCC 83, [2015] G.S.T.C. 51). Generally, in these cases the second person signed the agreement to enable the first person to obtain the financing to purchase the house. All of these cases were decided under the Informal Procedure. None of these decisions provide any detailed consideration of the text, context and purpose of the relevant provisions and it is difficult to reconcile these decisions.

[24] However, in *Javaid v. The Queen*, 2015 TCC 94, [2015] G.S.T.C. 53, Justice Woods held that an agent who signed an agreement of purchase and sale but who backed out of the deal before the closing was not a “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the ETA and therefore did not have to satisfy the occupancy requirements of this subsection.

d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[22] Par conséquent, il ressort du texte, du contexte et de l’objet du paragraphe 254(2) de la LTA que la question est de savoir si une personne qui signe un contrat de vente (en devenant par sa signature responsable au titre de ce dernier) dans l’unique objectif d’aider une autre personne à recevoir un financement sans acquérir un droit de bénéficiaire dans l’immeuble d’habitation est un « particulier » pour l’application du paragraphe 254(2) de la LTA.

[23] Tel que le relève le juge de la Cour canadienne de l’impôt, un certain nombre de décisions de la Cour canadienne de l’impôt ont refusé aux particuliers le remboursement pour habitations neuves lorsqu’une personne sans lien de parenté, qui n’avait pas l’intention d’occuper la maison, avait signé le contrat de vente (*Davidson c. La Reine*, [n° de dossier] 2001-985 (TPS)I, 2002 CanLII 872 (C.C.I.); *Goyer c. La Reine*, 2010 CCI 511; *Sharp c. La Reine*, 2014 CCI 323; *Al-Hossain c. La Reine*, 2014 CCI 379; *Henao c. La Reine*, 2015 CCI 81; et *Malik c. La Reine*, 2015 CCI 83). Dans la plupart de ces litiges, la seconde personne avait signé le contrat pour permettre à la première d’obtenir le financement nécessaire à l’achat de la maison. Dans toutes ces affaires, la décision a été rendue sous le régime de la procédure informelle, et aucune n’a donné lieu à un examen approfondi du texte, du contexte et de l’objet des dispositions applicables, ce qui rend difficile de concilier ces décisions.

[24] Toutefois, dans la décision *Javaid c. La Reine*, 2015 CCI 94, la juge Woods a conclu qu’un mandataire qui avait signé un contrat de vente, mais qui s’était retiré de l’opération avant la conclusion, n’était pas un « particulier » pour l’application du paragraphe 254(2) de la LTA et n’avait donc pas à satisfaire aux exigences d’occupation définies dans ce paragraphe.

A. *Paragraph 254(2)(b) of the ETA*

[25] As support for the position of the Crown that any person who signs an agreement of purchase and sale will be a “particular individual”, the Crown, in her memorandum, appears to rely on paragraph 254(2)(b) of the ETA.

[26] However, the opening words of paragraph 254(2)(b) of the ETA are:

254 (1) ...

New housing rebate

(2) ...

(b) at the time the particular individual becomes liable or assumes liability under an agreement of purchase and sale of the complex or unit entered into between the builder and the particular individual, ...

This paragraph only applies if a person is a particular individual—it does not make a person a particular individual. Whether a person is a particular individual is to be determined based on the wording of paragraph 254(2)(a) of the ETA, which provides that a particular individual is an individual to whom a builder has made a taxable supply by way of sale of a residential complex.

[27] It could be argued that it is implicit in paragraph 254(2)(b) of the ETA that, in addition to the requirement of paragraph 254(2)(a) of the ETA (that the residential complex is sold to the person), a particular individual is one who also has entered into an agreement of purchase and sale for the residential complex. However, even if an individual can only be a particular individual if that individual has entered into the agreement of purchase and sale for the residential complex, it does not necessarily follow that each person who enters into that agreement will be a particular individual.

B. *Subsection 262(3) of the ETA and Section 40 of the Regulations*

[28] The Crown, in her memorandum, also referred to subsection 262(3) of the ETA as support for her position that each person who is liable under the agreement of

A. *L’alinéa 254(2)b de la LTA*

[25] Pour étayer sa prétention selon laquelle tout signataire d’un contrat de vente est un « particulier », la Couronne, dans son mémoire, semble invoquer l’alinéa 254(2)b de la LTA.

[26] Or, les premiers mots de l’alinéa 254(2)b de la LTA sont les suivants :

254 (1) [...]

Remboursement — habitation neuve

(2) [...]

b) au moment où le particulier devient responsable ou assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l’immeuble ou du logement conclu entre le constructeur et le particulier, [...]

Cette disposition ne s’applique que si une personne est un particulier; elle ne fait pas d’une personne un particulier. La question de savoir si une personne est un particulier doit être tranchée en tenant compte du libellé de l’alinéa 254(2)a de la LTA, lequel prévoit qu’un particulier est une personne à qui un constructeur a fait, par vente, une fourniture taxable d’un immeuble d’habitation.

[27] Il pourrait être avancé qu’il est implicite à l’alinéa 254(2)b de la LTA que, outre l’exigence prévue à l’alinéa 254(2)a (que l’immeuble d’habitation soit vendu à la personne), un particulier soit aussi celui qui a conclu le contrat de vente de l’immeuble d’habitation. Toutefois, même si une personne ne peut être reconnue en tant que particulier qu’en concluant le contrat de vente de l’immeuble d’habitation, il ne s’ensuit pas nécessairement que chaque personne qui conclut un contrat est un particulier.

B. *Le paragraphe 262(3) de la LTA et l’article 40 du Règlement*

[28] La Couronne, dans son mémoire, renvoie aussi au paragraphe 262(3) de la LTA pour étayer sa position selon laquelle chaque personne responsable aux termes

purchase and sale must satisfy the occupancy conditions of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA.

[29] Subsection 262(3) of the ETA provides that:

261 (1) ...

Group of individuals

(3) If

(a) a supply of a residential complex or a share of the capital stock of a cooperative housing corporation is made to two or more individuals, or

(b) two or more individuals construct or substantially renovate, or engage another person to construct or substantially renovate, a residential complex,

the references in sections 254 to 256 to a particular individual shall be read as references to all of those individuals as a group, but only one of those individuals may apply for the rebate under section 254, 254.1, 255 or 256, as the case may be, in respect of the complex or share.

[30] However, since Mr. Cheema was applying for a rebate under section 256.21 of the ETA and not subsection 254(2) of the ETA, as noted by Justice Woods in *Javaid*, the reference should have been to section 40 of the Regulations:

Group of individuals

40 If a supply of a residential complex or a share of the capital stock of a cooperative housing corporation is made to two or more individuals, or two or more individuals construct or substantially renovate, or engage another person to construct or substantially renovate, a residential complex, the references in sections 41, 43, 45 and 46 and the references in section 256.21 of the Act to an individual are to be read as references to all of those individuals as a group, but only one of those individuals may apply for a rebate under subsection 256.21(1) of the Act in respect of the complex or share, the amount of which is determined under section 41, 43, 45 or 46.

[31] This provision also provides that if a supply of a residential complex is made to two or more individuals, all of those individuals, as a group, must satisfy the requirements of section 41 of the Regulations and

du contrat de vente doit remplir les conditions d'occupation définies aux alinéas 254(2)b) et g).

[29] Le paragraphe 262(3) de la LTA prévoit ce qui suit :

262 (1) [...]

Groupe de particuliers

(3) Lorsque la fourniture d'un immeuble d'habitation ou d'une part du capital social d'une coopérative d'habitation est effectuée au profit de plusieurs particuliers ou que plusieurs particuliers construisent ou font construire un immeuble d'habitation, ou y font ou font faire des rénovations majeures, la mention d'un particulier aux articles 254 à 256 vaut mention de l'ensemble de ces particuliers en tant que groupe. Toutefois, seulement l'un d'entre eux peut demander le remboursement en application des articles 254, 254.1, 255 ou 256 relativement à l'immeuble ou à la part.

[30] Toutefois, puisque M. Cheema sollicitait un remboursement au titre de l'article 256.21 de la LTA, et non du paragraphe 254(2), comme le relève la juge Woods dans la décision *Javaid*, la référence aurait dû être l'article 40 du Règlement :

Groupe de particuliers

40 Si la fourniture d'un immeuble d'habitation ou d'une part du capital social d'une coopérative d'habitation est effectuée au profit de plusieurs particuliers ou que plusieurs particuliers construisent ou font construire un immeuble d'habitation ou y font ou y font faire des rénovations majeures, la mention d'un particulier aux articles 41, 43, 45 et 46 ainsi qu'à l'article 256.21 de la Loi vaut mention de l'ensemble de ces particuliers en tant que groupe. Toutefois, seulement l'un d'entre eux peut demander un remboursement en application du paragraphe 256.21(1) de la Loi relativement à l'immeuble ou à la part, dont le montant est déterminé selon les articles 41, 43, 45 ou 46.

[31] Cette disposition prévoit aussi que, si la fourniture d'un immeuble d'habitation est effectuée au profit d'au moins deux personnes, toutes ces personnes doivent, collectivement, répondre aux exigences de

subsection 254(2) of the ETA. Subsection 41(2) of the Regulations provides that it applies to individuals who are entitled to a rebate under subsection 254(2) of the ETA. In my view, in applying section 40 of the Regulations to the occupancy requirements of subsection 254(2) of the ETA, the result would be that only those individuals who are particular individuals in relation to the acquisition of a specific residential complex would have to satisfy these occupancy requirements. The first question that must be addressed is whether an individual is a particular individual. Only once the particular individuals have been identified would it be necessary to determine if those particular individuals (if there is more than one particular individual), as a group, satisfy the occupancy requirements of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA as these provisions refer specifically to the “particular individual”. As a result the determination of whether an individual is a particular individual (and hence how many particular individuals there are) is done before section 40 is applied.

C. Definition of “recipient” in section 123 of the ETA

[32] In some of the cases referred to in paragraph 23 above, the Tax Court Judges referred to the definition of “recipient” in section 123 of the ETA to expand what would otherwise be contemplated by the words of paragraph 254(2)(a) of the ETA. “[R]ecipient” is defined in section 123 of the ETA as:

Definitions

123 (1) ...

recipient of a supply of property or a service means

- (a) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,
- (b) where paragraph (a) does not apply and consideration is payable for the supply, the person who is liable to pay that consideration, and
- (c) where no consideration is payable for the supply,

l’article 41 du Règlement et du paragraphe 254(2) de la LTA. Le paragraphe 41(2) du Règlement prévoit son application aux personnes admissibles à recevoir un remboursement aux termes du paragraphe 254(2) de la LTA. À mon avis, l’application de l’article 40 du Règlement aux exigences d’occupation définies au paragraphe 254(2) de la LTA aurait pour résultat que seules les personnes répondant à la définition de particulier pour l’acquisition d’un immeuble d’habitation donné devraient être tenues de répondre à ces exigences d’occupation. La première question à examiner est de savoir si une personne répond à la définition de particulier. Ce serait seulement après avoir identifié les particuliers qu’il deviendrait nécessaire d’établir si ces particuliers (s’il y a plus d’un particulier) répondent, collectivement, aux exigences d’occupation définies aux alinéas 254(2)b) et g) de la LTA, puisque ces dispositions évoquent spécifiquement leur application au « particulier ». Ainsi, il est établi si une personne est un particulier (et ainsi le nombre de particuliers) avant que l’article 40 ne s’applique.

C. La définition d’« acquéreur » dans l’article 123 de la LTA

[32] Dans certaines affaires mentionnées au paragraphe 23 ci-dessus, les juges de la Cour canadienne de l’impôt renvoyaient à la définition d’« acquéreur » énoncée à l’article 123 de la LTA pour étendre ce qui serait autrement envisagé par le libellé de l’alinéa 254(2)a). Voici la définition d’« acquéreur » présentée à l’article 123 de la LTA :

Définitions

123 (1) [...]

acquéreur

- a) Personne qui est tenue, aux termes d’une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;
- b) personne qui est tenue, autrement qu’aux termes d’une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;
- c) si nulle contrepartie n’est payable pour une fourniture :

(i) in the case of a supply of property by way of sale, the person to whom the property is delivered or made available,

(ii) in the case of a supply of property otherwise than by way of sale, the person to whom possession or use of the property is given or made available, and

(iii) in the case of a supply of a service, the person to whom the service is rendered,

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply; (*acquéreur*)

[33] The closing words state that “any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply”. Since paragraph 254(2)(a) of the ETA refers to a taxable supply being made to a particular individual, the question is whether the reference to the particular individual is to read as the “recipient”. Because a “recipient” means any person who is liable under an agreement for the supply (paragraph (a) of the definition of “recipient”), if “recipient” is substituted for “particular individual”, then any person who signs an agreement of purchase and sale (and who would be liable to pay the consideration) would be a particular individual for the purposes of subsection 254(2) of the ETA regardless of whether ownership of the residential complex is transferred to that person.

[34] However, applying this interpretation would mean that paragraph 254(2)(a) of the ETA would be significantly expanded from its textual version. The text clearly provides that only an individual who acquires a residential complex as a result of a sale of that complex will be a “particular individual”. Applying the definition of recipient to the individual described in paragraph 254(2)(a) of the ETA and finding that liability for the consideration—and not the acquisition of an ownership interest—will be the sole determining factor in finding that an individual is a particular individual would result in a significant alteration to the paragraph as written.

[35] Subsection 15(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, provides that:

(i) personne à qui un bien, fourni par vente, est livré ou à la disposition de qui le bien est mis,

(ii) personne à qui la possession ou l'utilisation d'un bien, fourni autrement que par vente, est transférée ou à la disposition de qui le bien est mis,

(iii) personne à qui un service est rendu.

Par ailleurs, la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture. (*recipient*)

[33] Cette définition se termine par « la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture ». Puisque l'alinéa 254(2)a) de la LTA évoque une fourniture taxable à un particulier, la question est de savoir si la mention du particulier doit se lire comme référant à l'« acquéreur ». Comme un « acquéreur » signifie toute personne responsable aux termes d'un contrat visant une fourniture (alinéa a) de la définition d'« acquéreur », si « acquéreur » est remplacé par « particulier », il s'ensuit que toute personne qui signe un contrat de vente (et qui aurait la responsabilité de payer la contrepartie) serait considérée comme un particulier pour l'application du paragraphe 254(2) de la LTA, sans égard à la question de savoir si la propriété de l'immeuble d'habitation est transférée à cette personne.

[34] Toutefois, appliquer cette interprétation signifierait que la portée de l'alinéa 254(2)a) de la LTA dépasserait sensiblement ce que prévoit sa lettre. En effet, le libellé prévoit explicitement que seule une personne qui acquiert un immeuble d'habitation par la vente de cet immeuble sera un « particulier ». Le fait d'appliquer la définition d'« acquéreur » à la personne décrite à l'alinéa 254(2)a) de la LTA et de conclure que la responsabilité de payer la contrepartie — et non l'acquisition d'un droit de propriété — sera le seul facteur déterminant selon lequel une personne est un particulier donnerait lieu à une altération conséquente de l'alinéa tel qu'il est formulé.

[35] Le paragraphe 15(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit ce qui suit :

15 (1) ...**Interpretation sections subject to exceptions**

(2) Where an enactment contains an interpretation section or provision, it shall be read and construed

(a) as being applicable only if a contrary intention does not appear; and

(b) as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears.

[36] In my view, the text, context and purpose of paragraph 254(2)(a) of the ETA establish that “recipient” is not to be substituted for “particular individual”. The language chosen by Parliament expresses a contrary intention to simply applying the definition of “recipient” to the person described in paragraph 254(2)(a) of the ETA. Parliament did not use the word “recipient” anywhere in subsection 254(2) of the ETA even though this word is defined in the ETA. As well, the clear language of paragraph 254(2)(a) of the ETA limits a particular individual to one to whom “a builder of a single unit residential complex or a residential condominium unit makes a taxable supply by way of sale of the complex or unit”. “[S]ale” is defined in section 123 of the ETA as:

Definitions**123 (1) ...**

sale, in respect of property, includes any transfer of the ownership of the property and a transfer of the possession of the property under an agreement to transfer ownership of the property; (*vente*)

[37] Thus, a sale will include a transfer of either ownership or possession. Paragraph 254(2)(a) of the ETA refers to a “taxable supply by way of sale of the complex or unit”. “Taxable supply” is a supply made in the course of a commercial activity and “supply”, in relation to property, is the provision of that property (section 123 of the ETA). Therefore, it seems clear that a taxable supply by way of sale of a residential complex cannot take place until either ownership or possession of that complex is transferred.

15 (1) [...]**Restriction**

(2) Les dispositions définitives ou interprétatives d’un texte :

a) n’ont d’application qu’à défaut d’indication contraire;

b) s’appliquent, sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique.

[36] À mon avis, le texte, le contexte et l’objet de l’alinéa 254(2)a de la LTA établissent que le mot « acquéreur » ne peut se substituer à celui de « particulier ». Le libellé choisi par le législateur exprime une intention contraire de se limiter à appliquer la définition d’« acquéreur » à la personne décrite à l’alinéa 254(2)a de la LTA. Le législateur n’a pas employé nulle part le mot « acquéreur » au paragraphe 254(2), bien que celui-ci soit défini dans la LTA. Aussi, la formulation claire de l’alinéa 254(2)a limite la notion de particulier à la personne au profit de laquelle « le constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique ou d’un logement en copropriété en effectue, par vente, la fourniture taxable ». La notion de « vente » est décrite en ces termes à l’article 123 de la LTA :

Définitions**123 (1) [...]**

vente Y sont assimilés le transfert de la propriété d’un bien et le transfert de la possession d’un bien en vertu d’une convention prévoyant le transfert de la propriété du bien. (*sale*)

[37] Ainsi, une vente inclura tout transfert de propriété ou de possession. L’alinéa 254(2)a de la LTA fait référence au fait d’« effectuer[r] , par vente, la fourniture taxable [de l’immeuble ou du logement] ». L’expression « fourniture taxable » signifie la fourniture effectuée dans le cadre d’une activité commerciale, et la « fourniture », lorsqu’il s’agit d’un bien, est la livraison de ce bien (article 123 de la LTA). Par conséquent, il semble manifeste que la fourniture taxable par vente d’un immeuble d’habitation ne peut avoir lieu avant le transfert de la propriété ou de la possession de l’immeuble.

[38] The wording of paragraph 254(2)(a) of the ETA suggests that an assumption of liability under an agreement of purchase and sale, in and of itself, will not be sufficient to make a person a particular individual—there must be a transfer of ownership or possession of a residential complex to that individual. This would also be consistent with the purpose of the rebate which is intended to benefit new home buyers. Individuals who purchase new homes (and who do not simply assume a liability without acquiring a beneficial interest) should be the particular individuals who will have to satisfy the occupancy requirements of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA. As a result, in my view, the word “recipient” should not be substituted for “particular individual” in paragraph 254(2)(a) of the ETA.

D. Section 133 of the ETA

[39] The Crown also referred to section 133 of the ETA:

Agreement as supply

133 For the purposes of this Part, where an agreement is entered into to provide property or a service,

(a) the entering into of the agreement shall be deemed to be a supply of the property or service made at the time the agreement is entered into; and

(b) the provision, if any, of property or a service under the agreement shall be deemed to be part of the supply referred to in paragraph (a) and not a separate supply.

[40] The Crown submits that based on this section, the supply of the residential complex was made when the agreement of purchase and sale was entered into (which presumably was when any conditions precedent were satisfied). Therefore, Dr. Akbari acquired an interest in the residential complex at that time. There was no trust declaration signed by Dr. Akbari when he entered into the agreement as this was not completed until the closing of the purchase of the property.

[41] The purpose of section 133 of the ETA is summarized by the Department of Finance in the Explanatory Notes, at page 35:

[38] Le libellé de l’alinéa 254(2)a) de la LTA donne à penser qu’une acceptation de responsabilité aux termes d’un contrat de vente ne suffit pas, en soi, à faire d’une personne un particulier, car il doit y avoir un transfert de propriété ou de possession d’un immeuble d’habitation à cette personne. Ce serait aussi cohérent avec l’objectif du remboursement qui est censé bénéficier aux acheteurs d’habitations neuves. Ceux qui achètent des habitations neuves (et qui ne font pas qu’assumer une responsabilité sans acquérir un droit de bénéficiaire) devraient être les particuliers assujettis aux exigences d’occupation définies aux alinéas 254(2)b) et g) de la LTA. Par conséquent, à mon avis, cela signifie que le mot « acquéreur » ne devrait pas se substituer au mot « particulier » à l’alinéa 254(2)a).

D. L’article 133 de la LTA

[39] La Couronne rappelle aussi l’article 133 de la LTA :

Convention portant sur une fourniture

133 Pour l’application de la présente partie, la fourniture objet d’une convention est réputée effectuée à la date de conclusion de la convention. La livraison du bien ou la prestation du service aux termes de la convention est réputée faire partie de la fourniture et ne pas constituer une fourniture distincte.

[40] La Couronne soutient qu’aux termes de cet article, la fourniture d’un immeuble d’habitation a été faite par la conclusion du contrat de vente (vraisemblablement à la suite de la satisfaction de toute condition préalable). Par conséquent, M. Akbari a acquis un droit dans l’immeuble d’habitation à ce moment-là. Lorsqu’il a conclu le contrat, M. Akbari n’a signé aucune déclaration de fiducie, puisque cela n’a été finalisé qu’au moment de la conclusion de l’achat du bien immobilier.

[41] L’objet de l’article 133 de la LTA est ainsi résumé par le ministère des Finances dans les notes explicatives, à la page 41 :

Under this section [133], the entering into of an agreement to supply any property or service will be treated as a supply of the property or service, made at the time the agreement is entered into. As a consequence, GST applies to any prepayment or part payment of the consideration for a supply even if, at the time payment is made, property has not in fact been transferred or the service has not yet been rendered. In these circumstances, paragraph 133(b) treats the actual provision of the property or service under the agreement as being a part of the same supply and not as a separate supply.

[42] This Explanatory Note suggests that section 133 was intended to relate to the liability for tax under the ETA. However, the new housing rebate provisions relate to a rebate of tax under the ETA. The question is whether, based on a textual, contextual and purposive analysis, section 133 of the ETA applies for the purposes of subsection 254(2) of the ETA, and in particular, whether the time for determining if an individual is a particular individual is when the agreement of purchase and sale is entered into (section 133) or when the sale of the residential complex actually occurs (based on the requirement of paragraph 254(2)(a) of the ETA that there must be a supply by way of sale).

[43] As noted, paragraph 254(2)(a) of the ETA provides that there must be a supply by way of sale of a single unit residential complex (or a residential condominium unit). In this case, Mr. Cheema acquired a single unit residential complex.

[44] Subsection 41(1) of the Regulations provides that the definition of “single unit residential complex” as defined in subsection 254(1) of the ETA is adopted for the purposes of the Regulations. However, this definition of “single unit residential complex” only expands the definition of “single unit residential complex” to include certain multiple unit residential complexes. A detached house would not be included in the parts added by subsection 254(1) of the ETA. The general definition of “single unit residential complex” in section 123 of the ETA provides that:

En vertu de cet article [133], toute convention conclue en vue de fournir un bien ou un service est considérée comme une fourniture du bien ou du service à la date de la conclusion de la convention. Par conséquent, la TPS s’applique à tout paiement anticipé ou partiel de la contrepartie d’une fourniture, même si, au moment du paiement, le bien n’a pas encore été transféré ni le service rendu. En pareil cas, l’article prévoit que la fourniture effective du bien ou du service conformément à la convention fait partie de la même fourniture et ne constitue pas une fourniture distincte.

[42] Cette note explicative donne à penser que l’article 133 était destiné à l’assujettissement à la taxe au titre de la LTA. Toutefois, les dispositions qui encadrent le remboursement pour habitations neuves portent sur un remboursement de la taxe au titre de la LTA. Il s’agit de savoir, en se fondant sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, si l’article 133 de la LTA s’applique pour l’application du paragraphe 254(2) et, plus particulièrement, si le moment pour déterminer si une personne est un particulier est celui où le contrat de vente est conclu (article 133) ou celui où l’immeuble d’habitation est effectivement vendu (selon l’exigence prévue à l’alinéa 254(2)a) de la LTA qu’il doive y avoir fourniture effectuée par vente).

[43] Ainsi que je l’ai préalablement fait remarqué, l’alinéa 254(2)a) de la LTA prévoit qu’il doit y avoir une fourniture par vente d’un immeuble d’habitation à logement unique (ou d’un logement en copropriété). Dans le présent dossier, M. Cheema a acheté un immeuble d’habitation à logement unique.

[44] Le paragraphe 41(1) du Règlement prévoit que la définition d’« immeuble d’habitation à logement unique » donnée dans le paragraphe 254(1) de la LTA est adoptée pour l’application du Règlement. Toutefois, cette définition d’« immeuble d’habitation à logement unique » n’élargit la définition d’« immeuble d’habitation à logement unique » que pour y inclure certains types d’immeubles à logements. Une maison individuelle ne serait pas incluse dans le nouveau libellé du paragraphe 254(1) de la LTA. La définition générale d’« immeuble d’habitation à logement unique » donnée dans l’article 123 de la LTA est la suivante :

Definitions

123 (1) ...

single unit residential complex means a residential complex that does not contain more than one residential unit, but does not include a residential condominium unit; (*immeuble d'habitation à logement unique*)

[45] The definitions of residential complex and residential unit (which are incorporated into the definition of residential complex) are lengthy but essentially require the existence of a building (or a mobile home or floating home) where an individual resides or could reside. In this case, when the agreement of purchase and sale was entered into, there was no building. The agreement provided that the house was to be constructed.

[46] If section 133 were to apply to determine when the taxable supply by way of sale of the residential complex occurs for the purposes of paragraph 254(2)(a) of the ETA, then as a result of the deeming rule in paragraph 133(a) the supply of the residential complex would have occurred when the agreement was entered into, at which time there was no building. “[S]upply”, in relation to property, is defined in section 123 as the provision of property in any manner including sale. “[S]ale” is defined as including a transfer of ownership. If the supply by way of sale of the residential complex is deemed to have occurred when the agreement of purchase and sale was entered into, then it would seem to also mean that, for the purposes of the ETA, ownership of that residential complex would have been deemed to have been transferred at that time. Although “sale” refers to a transfer of ownership or possession, the more logical application of the deeming rule would be to deem ownership to have been transferred for the purposes of the ETA.

[47] Although there is a transfer of ownership of the residential complex after the agreement of purchase and sale is entered into, in my view, this subsequent transfer of ownership (which, but for paragraph 133(b) would be a separate supply) would be part of the deemed supply that occurred when the agreement was entered into and not a separate supply (paragraph 133(b)), if section 133

Définitions

123 (1) [...]

immeuble d'habitation à logement unique Immeuble d'habitation, à l'exclusion d'un logement en copropriété, qui contient au plus une habitation. (*single unit residential complex*)

[45] Les définitions d'immeuble d'habitation et de logement en copropriété (enchâssées dans la définition d'immeuble d'habitation) sont longues. Pour l'essentiel, elles exigent l'existence d'un bâtiment (ou d'une maison mobile ou flottante) où une personne réside ou pourrait résider. Dans la présente affaire, lorsque le contrat de vente a été conclu, aucun bâtiment n'avait encore été construit. Le contrat stipulait que la maison devait être construite.

[46] Si l'article 133 s'appliquait pour établir quand la fourniture taxable par vente de l'immeuble d'habitation se produit pour les besoins de l'alinéa 254(2)a de la LTA, il s'ensuivrait que, par l'application de la règle déterminative de l'article 133, la fourniture de l'immeuble d'habitation aurait eu lieu à la conclusion du contrat, avant la construction du bâtiment. La notion de « fourniture », lorsqu'elle s'applique aux biens, est définie à l'article 123 comme la livraison de biens par tout moyen, y compris la vente. La définition de « vente » comporte le transfert de propriété. Si la fourniture par vente de l'immeuble d'habitation était réputée avoir eu lieu à la conclusion du contrat de vente, cela signifierait donc aussi que, pour l'application de la LTA, la propriété de l'immeuble d'habitation aurait été réputée avoir été transférée au même moment. Bien que la notion de « vente » renvoie à un transfert de propriété ou de possession, l'application la plus logique de la règle déterminative serait de présumer que la propriété a été transférée pour l'application de la LTA.

[47] Bien qu'il y ait un transfert de propriété de l'immeuble d'habitation après la conclusion du contrat de vente, à mon avis, ce transfert de propriété subséquent (lequel, n'eût été l'article 133, aurait été une fourniture distincte) ferait partie de la fourniture réputée s'être produite au moment de la conclusion du contrat, et ne constituerait pas une fourniture distincte, si l'article 133

applies. By deeming the provision of property under the agreement to be part of the supply referred to in paragraph 133(a), in my view, paragraph 133(b) would deem the transfer of ownership, for the purposes of the ETA, to have occurred as part of the supply referred to in paragraph 133(a) which would, for the purposes of the ETA, be deemed to have occurred when the agreement is entered into and not when it actually occurs. If, for the purposes of the ETA, the transfer of ownership of the residential complex occurs at a time after the agreement of purchase and sale is entered into, this would result in a separate supply of the residential complex as the transfer of ownership is a sale and hence a supply. However, this would be contrary to paragraph 133(b), if section 133 of the ETA applies for the purposes of section 254 of the ETA.

[48] Paragraph 254(2)(e) of the ETA provides, as one of the conditions for receiving a new housing rebate, that “ownership of the complex or unit is transferred to the particular individual after the construction or substantial renovation thereof is substantially completed”. Since the agreement of purchase and sale provides for the supply of a constructed house, if the supply by way of sale of the constructed residential complex is deemed to have occurred when the agreement of purchase and sale is entered into, this would not be after the residential complex was substantially constructed. The deeming rule in section 133 does not provide for two separate events. It does not provide that first the residential complex will be deemed to be substantially constructed and then ownership will be deemed to be transferred. Rather, under section 133, both deeming results (a deemed property—the substantially constructed house— and the deemed supply) would occur at the same time—when the agreement is entered into. Therefore, the application of section 133 to an agreement to construct a new house would disqualify any individual who enters into such an agreement from qualifying for the new housing rebate. This cannot be the result that was intended.

[49] It also would not be appropriate, in my view, to find that section 133 would apply for the purposes

s’appliquait. Si l’on présumait que la livraison du bien en vertu du contrat relevait de la fourniture prévue par l’article 133, à mon avis, aux termes de cet article, le transfert de propriété, pour l’application de la LTA, serait réputé avoir eu lieu dans le cadre de la fourniture qui est prévue dans l’article, laquelle fourniture, pour l’application de la LTA, serait réputée avoir eu lieu au moment où le contrat a été conclu, et non au moment du transfert en soi. Si, pour l’application de la LTA, le transfert de propriété de l’immeuble d’habitation se produisait après la conclusion du contrat de vente, cela donnerait lieu à une fourniture distincte de l’immeuble d’habitation, puisque le transfert de propriété constitue une vente et, donc, une fourniture. Cela serait toutefois contraire à l’article 133, si celui-ci s’appliquait pour les besoins de l’article 254 de la LTA.

[48] L’alinéa 254(2)e) de la LTA prévoit, entre autres conditions d’admissibilité à recevoir le remboursement pour habitations neuves, que « la propriété de l’immeuble ou du logement est transférée au particulier une fois la construction ou les rénovations majeures de ceux-ci achevées en grande partie ». Puisque le contrat de vente prévoit la fourniture d’une maison déjà construite, si la fourniture par vente de l’immeuble d’habitation déjà construit est réputée avoir eu lieu à la conclusion du contrat de vente, ce ne serait pas après l’achèvement en grande partie de la construction de l’immeuble d’habitation. La règle déterminative énoncée à l’article 133 ne prévoit pas deux faits distincts. Elle ne prévoit pas que la construction de l’immeuble d’habitation soit d’abord réputée achevée en grande partie, pour qu’ensuite la propriété soit réputée avoir été transférée. L’article 133 prévoit plutôt que les deux résultats présumés (la propriété réputée — la maison dont la construction est achevée en grande partie — et la fourniture réputée) se produiraient au même moment, c’est-à-dire à la conclusion du contrat. Par conséquent, l’application de l’article 133 à un contrat de construction d’une habitation neuve aurait l’effet d’empêcher toute personne concluant un tel contrat de recevoir le remboursement pour habitations neuves. Ce résultat ne peut pas avoir été celui que le législateur envisageait.

[49] À mon avis, il ne conviendrait pas non plus de conclure que l’article 133 s’appliquerait dans le cadre

of paragraph 254(2)(a) of the ETA but not paragraph 254(2)(e) of the ETA. Either section 133 applies to deem the supply by way of sale of the residential complex to have occurred when the agreement was entered into or it does not. If Parliament had intended that section 133 would deem the supply by way of sale of the residential complex (and therefore the transfer of ownership) to have occurred when the agreement was entered into for the purposes of paragraph 254(2)(a) of the ETA but not paragraph 254(2)(e) of the ETA, then clearer language would have been required.

[50] As well, the opening part of paragraph 254(2)(b) of the ETA is “at the time the particular individual becomes liable or assumes liability under an agreement of purchase and sale of the complex or unit entered into between the builder and the particular individual”. If Parliament had intended that section 133 would apply then this part could have been shortened to “at the time the supply of the complex is made”. When the agreement is entered into for the purposes of section 133 of the ETA would presumably be the same time that the individual becomes liable under the agreement for the purposes of paragraph 254(2)(b) of the ETA since any conditions precedent to any assumption of liability would presumably also affect the determination of when the agreement is entered into.

[51] An example will also illustrate a further reason to support the interpretation that Parliament did not intend that the determination of whether an individual is a particular individual would be made when the agreement is entered into. Assume that an individual, A, enters into an agreement of purchase and sale for a new house with a builder. The house is to be constructed and the closing will be a year later. However, shortly after signing the agreement, A is transferred to another city and is required to sell his interest in the agreement. A transfers his interest in the agreement to B. The builder adds B to the agreement but does not release A from the agreement. The house is constructed. B fulfills the obligations of A under the agreement (including the payment of the HST) and ownership is conveyed to B at the closing. If the time for determining who is a particular individual is the time when the agreement is entered into by A, then

de l’alinéa 254(2)a) de la LTA, mais non dans celui de l’alinéa 254(2)e). Soit l’article 133 s’applique pour dire que la fourniture par vente de l’immeuble d’habitation est réputée s’être produite à la conclusion du contrat, soit il ne s’applique pas. Si le législateur avait voulu que, aux termes de l’article 133, la fourniture par vente de l’immeuble d’habitation (et par conséquent le transfert de propriété) soit réputée avoir eu lieu au moment où le contrat a été conclu pour l’application de l’alinéa 254(2)a) de la LTA, mais non pour l’alinéa 254(2)e), il aurait adopté une formule plus explicite.

[50] Aussi, la première partie de l’alinéa 254(2)b) de la LTA se lit ainsi : « au moment où le particulier devient responsable ou assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l’immeuble ou du logement conclu entre le constructeur et le particulier ». Si le législateur avait entendu faire appliquer l’article 133, ce passage aurait été tronqué ainsi : « au moment de la fourniture de l’immeuble ». Le moment où le contrat est conclu pour l’application de l’article 133 de la LTA serait réputé être le même moment où la personne devient responsable aux termes du contrat pour l’application de l’alinéa 254(2)b), puisque toutes les conditions préalables à toute acceptation de responsabilité auraient vraisemblablement aussi un effet sur la détermination du moment où le contrat a été conclu.

[51] Un exemple permettra aussi d’étayer l’interprétation selon laquelle le législateur ne souhaitait pas que la détermination de la question de savoir si une personne est un particulier soit faite au moment de la conclusion du contrat. Supposons qu’une personne, A, conclue un contrat de vente d’une habitation neuve avec un constructeur. La maison est à construire, et la vente est prévue un an plus tard. Cependant, peu après la signature du contrat, A doit aller travailler dans une autre ville et est obligée de vendre son droit dans le contrat. La personne A transfère donc son droit dans le contrat à la personne B. Le constructeur ajoute le nom de B au contrat, sans toutefois libérer A de ses obligations contractuelles. La maison est construite. B remplit les obligations de A aux termes du contrat (y compris le paiement de la TVH), et la propriété est cédée à B à la conclusion de la vente. Si le moment de déterminer

A would be the particular individual. However, A is not the person who would have paid all of the tax, which is a requirement of paragraph 254(2)(d) of the ETA and, therefore, no new housing rebate would be paid.

[52] Since section 133 is a deeming rule, it could be interpreted as applying twice in this example, once when A enters into the agreement and again when B is added to that agreement. This would mean that the builder will be deemed to have supplied the same residential complex to A and then again to B under the same agreement, or if it is a new agreement when B is added, the builder will have supplied the residential complex first to A and later to B (or A and B) without any conveyance of that complex from A back to the builder before B is added. In my view, the possibility of multiple applications of section 133 would mean that Parliament did not intend for section 133 to apply for the purposes of determining who is entitled to the new housing rebate.

[53] If Parliament had intended that section 133 would apply for the purposes of subsection 254(2) of the ETA to make a person who enters into an agreement of purchase and sale a “particular individual” and apply repeatedly each time a person was added to the agreement of purchase and sale, then it would seem logical that a provision would also have been added to the ETA to provide that an individual would no longer be a particular individual if that individual is removed from the agreement of purchase and sale prior to ownership being transferred by the builder. If adding individuals would make them particular individuals, then removing them prior to closing should also remove them from the determination of who is a particular individual. Since there is no provision to remove such an individual from the determination of who is a particular individual, this, in my view, would support the interpretation that Parliament did not intend for section 133 of the ETA to apply but rather only intended that the determination of who is a particular individual would be made at the closing when ownership or possession of the residential complex is transferred by the builder.

qui est admissible à titre de particulier est celui de la conclusion du contrat par A, celle-ci serait alors le particulier. Toutefois, A n’est pas la personne qui aurait payé toutes les taxes, dont le paiement est exigé par l’alinéa 254(2)d) de la LTA. Par conséquent, aucun remboursement pour habitations neuves ne serait versé.

[52] Puisque l’article 133 est une règle déterminative, elle pourrait être interprétée comme s’appliquant deux fois dans cet exemple, d’abord lorsque A conclut le contrat, et de nouveau lorsque le nom de B y est ajouté. Ainsi, le constructeur serait réputé avoir fourni le même immeuble d’habitation à A et, ensuite, à B aux termes du même contrat, ou, si le constructeur avait conclu un nouveau contrat pour ajouter le nom de B, le constructeur aurait fourni l’immeuble d’abord à A et, plus tard, à B (ou à A et B), sans aucune rétrocession de l’immeuble par A au constructeur avant que celui-ci n’ajoute le nom de B au contrat. À mon avis, la possibilité d’applications concurrentes de l’article 133 signifie que le législateur n’avait pas l’intention que cet article s’applique afin d’établir qui a droit au remboursement pour habitations neuves.

[53] Si le législateur avait eu comme intention que l’article 133 s’applique pour les besoins du paragraphe 254(2) de la LTA, afin de faire d’une personne qui conclut un contrat de vente un « particulier », et qu’il s’applique à maintes reprises chaque fois qu’un signataire s’ajoute au contrat de vente, il semblerait alors logique d’affirmer qu’une disposition aurait également dû être ajoutée à la LTA pour prévoir qu’une personne n’est plus un particulier si elle est exclue du contrat de vente avant le transfert de propriété par le constructeur. Si l’ajout de personnes en fait des particuliers, leur retrait du contrat avant sa conclusion devrait aussi faire en sorte qu’elles ne puissent pas être considérées comme des particuliers. Puisqu’aucune disposition ne prévoit le retrait d’une telle personne lors de la détermination quant à savoir qui est un particulier, cela, à mon avis, appuierait l’interprétation selon laquelle le législateur n’avait pas l’intention de faire en sorte que l’article 133 de la LTA s’applique, mais, plutôt, il voulait seulement que la détermination à titre de particulier soit faite au moment de la conclusion, lors du transfert de la propriété ou de la possession de l’immeuble d’habitation par le constructeur.

[54] The determination of the entitlement to the rebate is only made once. It is clear from paragraph 254(2)(e) of the ETA that entitlement to the rebate can only arise after ownership of the residential complex is transferred to the particular individual. There is no ongoing or recurring right to a rebate nor is there any need to determine, prior to the closing of the purchase of the residential complex (at which time all of the tax will have been paid as required by paragraph 254(2)(d) of the ETA) whether an individual is a “particular individual”. When an agreement of purchase and sale for a new house is entered into, it is not relevant, at that time, whether an individual who entered into that agreement is a “particular individual”. No new housing rebate is payable at the time that an agreement to construct a new house is entered into.

[55] Section 133 was, based on the Explanatory Note, introduced to address a concern related to an agreement to purchase property where there would be ongoing or recurring obligations to make payments.

[56] In the context of the new housing rebate, in my view, Parliament intended that the determination of whether an individual would be a particular individual is only to be made once. Since the rebate conditions clearly contemplate that entitlement can only arise if ownership is transferred after the residential complex is substantially constructed or renovated, the time for the determination of whether an individual is a particular individual is when the actual supply by way of sale has been made. This would be the actual transfer of ownership by the builder at the closing or the actual transfer of possession under the agreement to transfer ownership. Once it has been determined that an individual is a particular individual, then the question will be whether that particular individual has satisfied all of the necessary requirements of subsection 254(2) of the ETA.

[57] As a result, in my view, section 133 of the ETA does not apply for the purpose of determining who is entitled to a rebate under subsection 254(2) of the ETA.

[54] La détermination du droit au remboursement ne se fait qu’une seule fois. Il ressort de manière évidente de l’alinéa 254(2)e) de la LTA que le droit au remboursement ne résulte que du transfert de la propriété de l’immeuble d’habitation au particulier. Il n’existe aucun droit permanent ou récurrent au remboursement, ni nécessité d’établir, avant que ne soit conclu l’achat de l’immeuble d’habitation (au moment où toutes les taxes auront été payées tel que l’exige l’alinéa 254(2)d) de la LTA), si une personne est un « particulier ». Lorsqu’un contrat de vente d’une habitation neuve est conclu, il est sans importance, à ce moment-là, de savoir si une personne qui a conclu le contrat est un « particulier ». Aucun remboursement pour habitations neuves n’est payable à la conclusion d’un contrat de construction d’une habitation neuve.

[55] L’article 133 a été ajouté, selon la note explicative, pour répondre à une préoccupation liée à une convention d’achat d’un bien, dans laquelle il y aurait des obligations permanentes ou récurrentes d’effectuer des paiements.

[56] À mon avis, dans le contexte du remboursement pour habitations neuves, l’intention du législateur était que la détermination quant à savoir si une personne est un « particulier » ne soit faite qu’une seule fois. Puisque les conditions de remboursement envisagent manifestement que ce droit n’est conféré qu’après l’achèvement de la plus grande partie de la construction ou des rénovations de l’immeuble d’habitation, le moment pour déterminer si une personne est un particulier est celui de la fourniture effective, par vente, du bien. Cela correspondrait au transfert réel de la propriété par le constructeur à la conclusion du contrat, ou au transfert réel de la possession aux termes du contrat de transfert de propriété. Une fois qu’il est établi qu’une personne est un particulier, la question qui se pose alors est de savoir si ce particulier a répondu à toutes les exigences prévues au paragraphe 254(2) de la LTA.

[57] Par conséquent, j’estime que l’article 133 de la LTA ne s’applique pas pour déterminer qui a droit au remboursement au titre du paragraphe 254(2) de la LTA.

E. *Bare Trust*

[58] In this case an ownership interest was transferred to Dr. Akbari. However, the issue is whether for the purposes of subsection 254(2) of the ETA a transfer of a legal interest only to a particular individual (where that person does not acquire a beneficial interest) will be considered to be a taxable supply by way of sale of the residential complex to that individual. The Tax Court Judge found that Dr. Akbari was a bare trustee and that he signed the declaration of trust on the same day that ownership of the property was transferred by the builder, presumably at or in preparation for the closing. This finding that Dr. Akbari was a bare trustee has not been challenged in this appeal.

[59] In *De Mond Jr. v. The Queen*, 1999 CanLII 466, [1999] 4 C.T.C. 2007, 99 D.T.C. 893 (T.C.C.) [at paragraphs 37–38], Justice Lamarre (as she then was) stated that:

Bare trustees have also been compared to agents. The existence of a bare trust will be disregarded for income tax purposes where the bare trustee holds property as a mere agent or for the beneficial owner. In *Trident Holdings Ltd. v. Danand Investments Ltd.* (1988), 64 O.R. (2d) 65 (Ont. C.A.), Mr. Justice Morden, speaking for the Ontario Court of Appeal, made the distinction between an ordinary trust and a bare trust. He reproduced the following passages from Scott, *The Law of Trusts*, 4th ed. (1987):

An agent acts for, and on behalf of, his principal and subject to his control; a trustee as such is not subject to the control of his beneficiary, although he is under a duty to deal with the trust property for the latter's benefit in accordance with the terms of the trust, and can be compelled by the beneficiary to perform this duty. The agent owes a duty of obedience to his principal; a trustee is under a duty to conform to the terms of the trust [Vol. 1, p. 88].

...

E. *La simple fiducie*

[58] Dans la présente affaire, un droit de propriété a été transféré à M. Akbari. Toutefois, la question est de savoir si, pour l'application du paragraphe 254(2) de la LTA, le transfert uniquement d'un intérêt en droit à un particulier (lorsque cette personne n'acquiert pas un droit de bénéficiaire) sera considéré comme une fourniture taxable, par vente, de l'immeuble d'habitation à cette personne. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que M. Akbari était un simple fiduciaire et qu'il avait signé la déclaration de fiducie le jour même où la propriété avait été transférée par le constructeur, vraisemblablement au moment de conclure le contrat, ou en préparation de la conclusion du contrat. Cette conclusion selon laquelle M. Akbari était simple fiduciaire n'a pas été contestée dans le présent appel.

[59] Dans la décision *De Mond Jr. c. La Reine*, 1999 CanLII 466 (C.C.I.), la juge Lamarre (tel était alors son titre) a déclaré ce qui suit [aux paragraphes 37 et 38] :

Le simple fiduciaire a également été comparé au mandataire. Il ne sera pas tenu compte de l'existence d'une simple fiducie à des fins fiscales dans les cas où le simple fiduciaire détient des biens en tant que simple mandataire ou pour la personne en ayant la propriété effective. Dans l'arrêt *Trident Holdings Ltd. v. Danand Investments Ltd.*, 1998 CanLII 194 (ON CA), 64 O.R. (2d) 65 (C.A. Ont.), le juge Morden, s'exprimant pour la Cour d'appel de l'Ontario, a établi une distinction entre la fiducie ordinaire et la simple fiducie. Il a reproduit les passages suivants tirés de Scott, *The Law of Trusts*, 4e éd. (1987) :

[TRADUCTION]

Le mandataire agit pour son mandant et en son nom, et il est assujéti à son contrôle; le fiduciaire en tant que tel n'est pas assujéti au contrôle de son bénéficiaire, quoi qu'il soit tenu d'agir à l'égard des biens en fiducie pour le bénéfice de ce dernier et en conformité avec les termes de la fiducie, et qu'il puisse être contraint par le bénéficiaire de s'acquitter de cette obligation. Le mandataire a une obligation d'obéissance envers son mandant; le fiduciaire est tenu de se conformer aux termes de la fiducie [vol. 1, p. 88].

[...]

A person may be both agent of and trustee for another. If he undertakes to act on behalf of the other and subject to his control he is an agent; but if he is vested with the title to property that he holds for his principal, he is also a trustee. In such a case, however, it is the agency relation that predominates, and the principles of agency, rather than the principles of trust, are applicable [Vol. 1, p. 95].

Mr. Justice Morden also quoted with approval from an article by M.C. Cullity, “Liability of Beneficiaries — A Rejoinder”, (1985-86), 7 *Estates & Trusts Quarterly* 35, at p. 36:

It is quite clear that in many situations trustees will also be agents. This occurs, for example, in the familiar case of investments held by an investment dealer as nominee or in the case of land held by a nominee corporation. In such cases, the trust relationship that arises by virtue of the separation of legal and equitable ownership is often described as a bare trust and for tax and some other purposes it is quite understandably ignored.

The distinguishing characteristic of the bare trust is that the trustee has no independent powers, discretions or responsibilities. His only responsibility is to carry out the instructions of his principals — — the beneficiaries. If he does not have to accept instructions, if he has any significant independent powers or responsibilities, he is not a bare trustee.

[60] The view that bare trusts should be ignored has also been applied to the ETA (*S.E.R. Contracting Ltd. v. The Queen*, 2006 TCC 6, [2006] G.S.T.C. 2, at paragraph 12; *Edmonton (Town) v. The Queen*, 2015 TCC 172, [2017] G.S.T.C. 33, at paragraph 56).

[61] The purpose of the new housing rebate is to reduce, in certain situations, the cost of new housing. Presumably this is meant to benefit the beneficial purchasers of new houses and therefore, there is no apparent reason to depart from the general principle that bare trusts will be ignored for the purposes of the ETA. As well, paragraph 254(2)(d) of the ETA provides that a

Une personne peut être à la fois mandataire et fiduciaire d’une autre personne. Si elle entreprend d’agir pour le compte de l’autre personne et sous réserve de son contrôle, elle est un mandataire, mais si elle détient le titre des biens pour son mandant, elle est également un fiduciaire. Dans un tel cas, cependant, c’est la relation de mandataire qui prédomine, et les principes du mandat, et non ceux de la fiducie, s’appliquent [vol. 1, p. 95].

Le juge Morden a également cité avec approbation un article de M. C. Cullity, « Liability of Beneficiaries — A Rejoinder », (1985-86), 7 *Estates & Trusts Quarterly* 35, à la page 36 :

[TRANSDUCTION]

Il est manifeste que, dans nombre de situations, les fiduciaires sont également des mandataires. C’est ce qui se produit, par exemple, dans le cas bien connu des investissements que le courtier en valeurs mobilières détient en tant que fondé de pouvoir ou dans le cas du bien-fonds détenu par une société désignée. Dans de tels cas, la relation fiduciaire qui naît de la séparation de la propriété en common law et de la propriété en equity est souvent qualifiée de simple fiducie et, naturellement, à des fins fiscales et à certaines autres fins, il n’en est pas tenu compte.

La simple fiducie se distingue des autres fiducies en ce que le fiduciaire n’a aucune discrétion ou responsabilité ni aucun pouvoir indépendants. Son unique responsabilité consiste à donner suite aux instructions de ses mandants, les bénéficiaires. S’il n’est pas tenu d’accepter les instructions, s’il détient des pouvoirs ou des responsabilités indépendants importants, il n’est pas un simple fiduciaire.

[60] Le point de vue selon lequel il convient de faire abstraction des simples fiducies a aussi été appliqué à la LTA (*S.E.R. Contracting Ltd. c. La Reine*, 2006 CCI 6, au paragraphe 12; *Edmonton (Ville) c. La Reine*, 2015 CCI 172, au paragraphe 56).

[61] L’objectif du remboursement pour habitations neuves était de réduire, dans certaines situations, le coût des habitations neuves, vraisemblablement au profit des acheteurs bénéficiaires d’habitations neuves. Par conséquent, il n’y a aucune raison apparente d’écarter le principe général selon lequel il sera fait abstraction des simples fiducies pour l’application de la LTA.

new housing rebate will not be paid unless the “particular individual” has paid all of the tax under Division II [sections 165 to 211] of the ETA. Section 165 of the ETA is in Division II. Since the beneficial owner will generally be the person who will have paid all of the tax, this would support the view that the beneficial interest is the relevant interest. In this case, there is no dispute that Mr. Cheema paid all of the tax payable under the ETA.

[62] There may also be situations where the Minister will want to determine whether the supply by way of sale was made to the person who is the beneficial owner. Assume that two individuals want to buy a condo—one as an investment (the investor) and the other as a place to live (the occupant). Assume that the investor is not a relation of the occupant for the purposes of section 254 of the ETA. Assume that the occupant is the only person who signs the agreement of purchase and sale as a purchaser and is the only person shown on the deed as a grantee. The occupant collects one-half of the amount of the purchase price from the investor and pays the full purchase price to the builder. The occupant signs a declaration of bare trust in favour of the investor, declaring that a 50 percent interest in the property is being held for the investor. The occupant occupies the condo as their primary place of residence. It would seem to me that the Minister would want to argue that transfer of legal title by the builder to the occupant would not be sufficient to make the occupant the only particular individual for the purposes of paragraph 254(2)(a) of the ETA.

F. Conclusion

[63] As a result, a “particular individual” for the purposes of subsection 254(2) of the ETA will be an individual to whom a builder has actually transferred ownership or possession of a residential complex. If a person has signed the agreement of purchase and sale or the mortgage, but based on all of the circumstances, has not acquired a beneficial interest in the residential complex or possession of that complex, then that person will

Aussi, l’alinéa 254(2)d) de la LTA prévoit que le remboursement pour habitations neuves ne sera pas versé, à moins que le — « particulier? » ait payé toutes les taxes au titre de la section II [articles 165 à 211] de la LTA. L’article 165 de la LTA se trouve dans la section II. Puisque le propriétaire bénéficiaire est généralement la personne qui s’est acquittée de toutes les taxes, cela appuierait la proposition selon laquelle le droit de bénéficiaire est le droit qu’il convient de prendre en considération. Dans la présente affaire, il n’est pas contesté que M. Cheema a payé toutes les taxes exigibles aux termes de la LTA.

[62] Dans d’autres situations, le ministre pourrait vouloir déterminer si la fourniture par vente a été effectuée à la personne qui est le propriétaire bénéficiaire. Prenons l’exemple où deux personnes souhaiteraient acheter un condo — l’une comme un placement (l’investisseur) et l’autre comme domicile (l’occupant). Prenons l’hypothèse que l’investisseur n’a aucun lien de parenté avec l’occupant pour l’application de l’article 254 de la LTA et que l’occupant est la seule personne à signer le contrat de vente comme acheteur, et la seule personne identifiée sur l’acte à titre de cessionnaire. L’occupant recueille la moitié du montant du prix d’achat auprès de l’investisseur, et paie le total du prix d’achat au constructeur. L’occupant signe une déclaration de simple fiducie au profit de l’investisseur, pour déclarer qu’un intérêt de 50 p. 100 dans le bien est retenu pour l’investisseur. L’occupant vit dans le condo, devenu sa résidence habituelle. Il me semble que le ministre voudrait faire valoir que le transfert du titre de propriété par le constructeur à l’occupant ne suffirait pas à faire de l’occupant le seul particulier pour l’application de l’alinéa 254(2)a) de la LTA.

F. Conclusion

[63] Pour ces motifs, un « particulier » pour l’application du paragraphe 254(2) de la LTA est une personne au profit de laquelle un constructeur a effectivement transféré la propriété ou la possession d’un immeuble d’habitation. Si une personne a signé le contrat de vente ou l’hypothèque, mais n’a pas, au vu de l’ensemble des circonstances, acquis un droit de bénéficiaire dans l’immeuble d’habitation ni la possession de

not be a particular individual for the purposes of subsection 254(2) of the ETA. If a person is not a “particular individual” that person does not need to satisfy the occupancy requirements of paragraphs 254(2)(b) and (g) of the ETA, but that person will also not be entitled to claim the new housing rebate.

[64] In this case, a 99 percent interest in the property was conveyed to Mr. Cheema and his spouse. There was no indication that Mr. Cheema’s spouse had, at any time, signed the agreement of purchase and sale. No one raised any issue that would arise as a result of Mr. Cheema’s spouse having acquired an interest in the residential complex without having signed the agreement of purchase and sale. Presumably this is based on the doctrine of constructive receipt.

[65] In *Canada v. Innovative Installation Inc.*, 2010 FCA 285, [2011] 2 C.T.C. 73, this Court held that constructive receipt could apply where a person had a contractual right to receive a payment. Therefore, even though the life insurance benefit was paid directly from the insurance company to the company’s bank, the company was still considered to have received the life insurance proceeds for the purposes of section 89 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, because the company had a contractual right to receive the life insurance benefit.

[66] In the same way, when Mr. Cheema transferred to his spouse a portion of the ownership interest that ought to have been transferred to him (by directing the builder to convey the property to him and his wife) this should be treated, for the purposes of subsection 254(2) of the ETA, the same as if it had been conveyed to him. Since the interest conveyed to Mr. Cheema’s wife would be treated as being conveyed to him, the only person who is a particular individual in this case is Mr. Cheema.

[67] Since Dr. Akbari only acquired his interest in the house as a bare trustee, this acquisition of an interest by him will be ignored for the purposes of

l’immeuble, il s’ensuit que cette personne ne peut être considérée comme un particulier pour l’application du paragraphe 254(2) de la LTA. Si une personne n’est pas un « particulier », cette personne n’est pas assujettie aux exigences d’occupation définies aux alinéas 254(2)b) et g) de la LTA, mais cette personne n’a pas non plus le droit de demander le remboursement pour habitations neuves.

[64] Dans le présent dossier, un intérêt de 99 p. 100 dans la propriété a été cédé à M. Cheema et à son épouse. Rien n’indique que l’épouse de M. Cheema a, à un moment donné, signé le contrat de vente. Personne n’a soulevé de question pouvant découler du fait que l’épouse de M. Cheema a acquis un intérêt dans l’immeuble d’habitation sans avoir signé le contrat de vente. Cela repose vraisemblablement sur la doctrine de la réception implicite.

[65] Dans l’arrêt *Canada c. Innovative Installation Inc.*, 2010 CAF 285, la Cour avait conclu que la doctrine de la réception implicite pouvait s’appliquer lorsqu’une personne jouissait d’un droit contractuel de recevoir un paiement. Par conséquent, même si la prestation d’assurance-vie avait été payée directement par l’assureur à la banque de la société, la société était toujours réputée avoir reçu un produit d’assurance-vie pour l’application de l’article 89 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, parce que la société jouissait du droit contractuel de recevoir la prestation d’assurance-vie.

[66] De la même manière, lorsque M. Cheema a transféré à son épouse une partie du droit de propriété qui aurait dû être transférée à lui-même (en demandant au constructeur de céder la propriété à sa femme et à lui), cela aurait dû être traité, pour l’application du paragraphe 254(2) de la LTA, comme si elle avait été cédée à lui-même. Puisque le droit cédé à l’épouse de M. Cheema aurait été traité comme s’il lui avait été cédé, la seule personne qui est un particulier dans la présente affaire est M. Cheema.

[67] Puisque M. Akbari n’a acquis son droit dans la maison qu’à titre de simple fiduciaire, il sera fait abstraction de cette acquisition par lui de ce droit pour

paragraph 254(2)(a) of the ETA and, therefore, there was no supply by way of sale of a residential complex to him and he was not a particular individual. Dr. Akbari's liability under the agreement of purchase and sale does not alter the determination that he did not acquire a beneficial interest in the residential complex from the builder. His liability under the agreement of purchase and sale does not, in and of itself, make him a particular individual for the purposes of subsection 254(2) of the ETA. The only individual who acquired a beneficial interest in the property from the builder for the purposes of the ETA in this case was Mr. Cheema. Since he satisfied the occupancy requirements and there was no indication that any of the other conditions were not satisfied, Mr. Cheema is entitled to the new housing rebate.

[68] As a result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[69] STRATAS J.A.: I have read my colleague's reasons, prepared with his usual erudition and assiduous attention to detail. Regrettably, in this case I do not agree with them.

[70] In my view, the Tax Court erred. I would allow the appeal, quash the judgment of the Tax Court (2016 TCC 251 *per* Smith J. [reasons]) and restore the Minister's reassessment made under Part IX [sections 122 to 363.2] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.

A. Principles of statutory interpretation

[71] The Tax Court construed section 254, the provision that offers a new housing rebate, as a benefits-conferring section: reasons, at paragraph 47. Indeed, the purpose of section 254 is to ensure "that the GST does not pose a barrier to affordable housing by effectively lowering the tax rate on most newly-constructed

l'application de l'alinéa 254(2)a) de la LTA et, par conséquent, il n'y avait pas fourniture, par vente, d'un immeuble d'habitation à son profit et il n'était pas un particulier. La responsabilité de M. Akbari aux termes du contrat de vente est sans incidence sur la conclusion selon laquelle il n'a acquis aucun droit de bénéficiaire dans l'immeuble d'habitation auprès du constructeur. Sa responsabilité aux termes du contrat de vente ne fait pas de lui, en soi, un particulier pour l'application du paragraphe 254(2) de la LTA. La seule personne qui a acquis un droit de bénéficiaire dans le bien auprès du constructeur, pour l'application de la LTA, était M. Cheema. Puisque celui-ci a répondu aux exigences d'occupation et que rien n'indique que les autres conditions n'ont pas été remplies, M. Cheema a droit au remboursement pour habitations neuves.

[68] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

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

[69] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue, rédigés avec l'érudition et le soin assidu du détail qui le distinguent. Malheureusement, dans la présente affaire, je ne peux y souscrire.

[70] À mon avis, la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur. J'accueillerais l'appel, je casserais le jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2016 CCI 251, le juge Smith [motifs]) et je rétablirais la nouvelle cotisation établie par le ministre au titre de la partie IX [articles 122 à 363.2] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.

A. Les principes de l'interprétation législative

[71] La Cour canadienne de l'impôt a interprété l'article 254, la disposition qui offre le remboursement pour habitations neuves, comme une disposition conférant un avantage : motifs, au paragraphe 47. En effet, l'objectif de l'article 254 est de s'assurer que « la TPS ne bloque pas l'accès aux logements de prix abordable,

homes” : Canada, Department of Finance, *Technical Notes Relating to the Excise Tax Act*, May 1990, sections 254–256 [at page 124].

[72] However, the fact that the section confers a benefit, here a new housing rebate, says nothing about the circumstances in which the rebate is available.

[73] To determine this, we must look to the purpose, context and text of the section to ascertain its authentic meaning: *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

[74] In doing this, we cannot “drive Parliament’s language ... higher than what genuine interpretation [of the section]—an examination of its text, context and purpose—can bear”: *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, at paragraph 86, revd on another point 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770. While we might personally support the purpose behind the new housing rebate, we cannot allow that support to extend the rebate beyond the authentic meaning of the section: *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174, at paragraphs 46–52. Where the legislative language of a provision is precise, we cannot use its underlying purpose to “supplant” clear language or “to create an unexpressed exception to clear language”: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 23.

[75] On an earlier occasion, the Supreme Court put the same idea this way:

In discussing [*Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, [1994] 2 C.T.C. 25], P. W. Hogg and J. E. Magee, while correctly acknowledging that the context and purpose of

en abaissant effectivement [...] le taux de taxe sur les habitations neuves » : Canada, ministère des Finances, *Notes explicatives sur la Loi sur la taxe d'accise*, mai 1990, articles 254 à 256 [à la page 148].

[72] Toutefois, le fait que l'article confère un avantage, en l'espèce un remboursement pour habitations neuves, ne nous éclaire pas sur les circonstances dans lesquelles le remboursement peut être versé.

[73] Pour les déterminer, il nous faut connaître l'objet, le contexte, et le texte de l'article afin de vérifier son sens authentique : *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

[74] Ce faisant, nous ne pouvons « donner au libellé [...] un sens plus large que celui qu'autorise une interprétation véritable de [l'article] — un examen de son texte, de son contexte et de son objet » : *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, au paragraphe 86, infirmée sur un autre point par 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770. Même en souscrivant personnellement à l'objectif qui sous-tend le remboursement pour habitations neuves, nous ne pouvons permettre que la portée du remboursement outrepassé le sens authentique de la disposition législative qui le définit : *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 R.C.F. 174, aux paragraphes 46 à 52. Lorsque le libellé d'une disposition de la loi est net, nous ne pouvons nous fonder sur son objectif sous-jacent pour « mettre de côté » le texte clair d'une disposition ou « [TRADUCTION] créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 23.

[75] Antérieurement, la Cour suprême avait ainsi formulé le même concept :

Dans leur examen de [l'arrêt *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, [1994] 2 C.T.C. 25], P. W. Hogg et J. E. Magee, tout en reconnaissant, avec justesse, qu'il faut

a statutory provision must always be considered, comment that “[i]t would introduce intolerable uncertainty into the *Income Tax Act* if clear language in a detailed provision of the Act were to be qualified by unexpressed exceptions derived from a court’s view of the object and purpose of the provision”: *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 475-76. This is not an endorsement of a literalist approach to statutory interpretation, but a recognition that in applying the principles of interpretation to the Act, attention must be paid to the fact that the Act is one of the most detailed, complex, and comprehensive statutes in our legislative inventory and courts should be reluctant to embrace unexpressed notions of policy or principle in the guise of statutory interpretation.

(65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 51.) While this case spoke of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, the same can be said for the *Excise Tax Act*.

[76] In this case, the Tax Court (at paragraph 47) followed the approach in *United Parcel Service Canada Ltd. v. The Queen*, 2006 TCC 450, [2006] G.S.T.C. 146, at paragraph 23—namely, interpreting the section to achieve “a sensible, practical and common sense result” and one that is “consonant with the scheme of the Act”. It did not follow the approach of examining the text, context and purpose of section 254.

[77] The exhortation to judges in *United Parcel Service* [at paragraph 23] to strive for “a sensible, practical and common sense result” is unsupported by authority. While *United Parcel Service* cites *Highway Sawmills Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 384, (1966), 56 D.L.R. (2d) 652 and *Maritime Life Assurance Co. v. The Queen*, 1999 CanLII 149, [1999] G.S.T.C. 1 (T.C.C.) in support of this, these cases stand for no such thing. In *Highway Sawmills*, the Supreme Court suggested only that a court might usefully compare rival interpretations to see which best “conforms to the apparent scheme of the legislation” (at page 393 S.C.R., page 658 D.L.R.). As this Court has recently explained, this

toujours prendre en considération le contexte et l’objectif de la disposition, mentionnent que [TRADUCTION] « [l]a *Loi de l’impôt sur le revenu* serait empreinte d’une incertitude intolérable si le libellé clair d’une disposition détaillée de la Loi était nuancé par des exceptions qui n’y sont pas exprimées, provenant de la conception qu’un tribunal a de l’objet de la disposition » : *Principles of Canadian Income Tax Law* (2e éd. 1997), aux pp. 475 et 476. Il ne s’agit pas là de l’approbation d’une approche littérale à l’interprétation législative, mais de la reconnaissance que, dans l’application des principes d’interprétation de la Loi, il faut porter attention au fait qu’elle est une des lois les plus détaillées, complexes et exhaustives de notre législation, et que les tribunaux devraient être réticents à adopter, sous le couvert d’interprétation législative, des notions de politique ou de principe qui ne sont pas exprimées.

(65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au paragraphe 51.) Alors que cette affaire portait sur la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, il en va de même pour la *Loi sur la taxe d’accise*.

[76] En l’espèce, la Cour canadienne de l’impôt (au paragraphe 47) a suivi la méthode préconisée dans la décision *United Parcel Service Canada Ltd. c. La Reine*, 2006 CCI 450, au paragraphe 23, en interprétant l’article pour arriver à « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » et donc à un résultat qui est « compatible avec l’esprit de la Loi ». Elle n’a pas suivi la méthode qui consiste à examiner le texte, le contexte et l’objet de l’article 254.

[77] L’invitation faite aux juges, dans la décision *United Parcel Service* [au paragraphe 23], à viser « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » ne trouve pas son écho dans la jurisprudence. Bien que la décision *United Parcel Service* cite l’arrêt *Highway Sawmills Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 384, et la décision *Maritime Life Assurance Co. c. La Reine*, 1999 CanLII 149 (C.C.I.), pour appuyer cette proposition, ce n’est pas ce que préconisent ces précédents. Dans l’arrêt *Highway Sawmills*, la Cour suprême du Canada invitait uniquement les cours à comparer de façon utile les diverses interprétations afin d’établir laquelle [TRADUCTION] « correspond le mieux au régime manifeste de la loi » (page 393 dans

is an approach consistent with and useful to the examination of text, context and purpose: *Williams*, at paragraph 52. The Tax Court in *Maritime Life* [at paragraph 18] spoke of the need to approach the *Excise Tax Act* “in a common-sense way, and with an eye for the reality of the transactions involved”, which is something different. On appeal, this Court did not advocate judges interpreting legislation in the manner urged by *United Parcel Service: The Queen v. Maritime Life Assurance Co.* (2000), 261 N.R. 365, [2000] G.S.T.C. 89 (F.C.A.).

[78] Seeking “a sensible, practical and common sense result” is quite different from dispassionately and objectively examining the text, context and purpose of the legislation in issue; the latter turns on the nature of the legislation while the former depends on the nature of the judge. One judge may think a result is sensible, practical and in accordance with common sense; another may say it is nothing of the sort.

[79] Judges are only lawyers who happen to hold a judicial commission. Just like the people they serve, judges are unelected and are bound by legislation. What, then, is the right of judges to avert their eyes from the authentic meaning of legislation enacted by the elected and, instead, to choose a meaning that accords with their own particular views of sensibility, practicality and common sense?

[80] This sort of thing, akin to relying upon “what [they] think is best for Canadian society” and choosing “what [they] want the legislation to mean”, has nothing to do with the judges’ real task, which is to discern “what the legislation authentically means”: *Williams*, at paragraph 48. Today, there is only one accepted way to do this: to cast aside any personal views and predispositions and, instead, to examine the text, context and purpose of the legislation dispassionately and objectively. Doing this might lead to a result that some might call sensible and practical and in accordance with common sense. But if that happens, it is because that is the authentic meaning of the legislation—not because some judge has made it so.

le R.C.S.). Ainsi que la présente Cour l’a récemment expliqué, cette méthode est compatible avec l’examen du texte, du contexte et de l’objectif, et elle est utile à cet égard : *Williams*, au paragraphe 52. La Cour canadienne de l’impôt, dans la décision *Maritime Life* [au paragraphe 18], évoque la nécessité d’interpréter la *Loi sur la taxe d’accise* « sous l’angle du bon sens et du point de vue de la réalité des opérations en cause », ce qui n’est pas la même chose. En appel, la Cour n’a pas recommandé aux juges d’interpréter la loi de la manière conseillée vivement dans la décision *United Parcel Service : Canada c. Maritime Life Assurance Co.*, 2000 CanLII 163745 (C.A.F.).

[78] Viser « un résultat rationnel, pratique et raisonnable » est très différent d’examiner calmement et objectivement le texte, le contexte et l’objet de la loi qui est en cause; la dernière approche repose sur la nature de la loi, tandis que la première dépend de la nature du juge. En effet, un juge pourrait estimer qu’un résultat est rationnel, pratique et raisonnable, tandis qu’un autre pourrait avoir une opinion différente.

[79] Les juges ne sont que des avocats auxquels a été conféré un pouvoir judiciaire. Tout comme ceux qu’ils servent, les juges ne sont pas élus, et ils sont liés par la loi. D’où viendrait donc le droit des juges de fermer les yeux sur le sens véritable d’une loi adoptée par les élus pour lui préférer un sens qui correspond avec leurs propres convictions sur ce que constitue une issue rationnelle, pratique et raisonnable?

[80] Une telle question, qui n’est pas sans rappeler celle de savoir « ce que nous [les juges] croyons être ce qu’il y a de mieux pour la société canadienne » et de choisir « le sens que nous [les juges] voulons donner à la loi », n’appartient pas au devoir réel des juges, qui est de distinguer « le véritable sens de la loi » : *Williams*, au paragraphe 48. Aujourd’hui, les juges n’ont qu’un seul moyen de s’acquitter de ce devoir : en écartant toute opinion et prédisposition personnelles pour n’examiner que le texte, le contexte et l’objet de la loi calmement et objectivement. Cette méthode pourrait mener à un résultat que l’on pourrait qualifier de rationnel, pratique et raisonnable. Mais lorsque cela se produit, c’est le résultat du sens authentique de la loi, et non celui établi par un juge.

[81] Finally, an earlier decision of this Court, cited by the Tax Court, is key: *Canada v. Sneyd*, 2000 CanLII 15708, 257 N.R. 262, 2000 G.T.C. 4112 (F.C.A.). In *Sneyd*, this Court considered a similar housing rebate in a neighbouring section of the *Excise Tax Act*, section 256. It held (at paragraph 12 N.R., page 4116 G.T.C.) that the *Excise Tax Act* “is a taxing statute whose purpose is to raise government revenues” and the housing rebate “is a limited exception to that purpose”, constrained by its specific language. This Court interpreted section 256 in a manner highly attentive to the literal wording of the section.

[82] We are bound by the approach our Court has taken in *Sneyd* to this kind of rebate provision. And this approach has been vindicated by later decisions of the Supreme Court.

[83] Taxation statutes are “instrument[s] dominated by explicit provisions dictating specific consequences” and this invites “a largely textual interpretation”: *Canada Trustco*, at paragraph 13; see also *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2011 FCA 270, [2013] 3 F.C.R. 3, at paragraph 29 and *Canada v. Quinco Financial Inc.*, 2014 FCA 108, [2014] G.S.T.C. 57, at paragraphs 5–7. Where the particular words of a provision are precisely worded and unequivocal, the ordinary meaning of those words plays a “dominant role” in the process: *Canada Trustco*, at paragraph 10.

[84] On another occasion, the Supreme Court stated that where a provision in a taxation statute is “clear and unambiguous” its words “must simply be applied” in a way that is not tendentious or result-oriented: *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999), 178 D.L.R. (4th) 26, at paragraphs 39–40.

[85] Overall, “the [*Excise Tax Act*] consists of clear, precise rules to facilitate ease of application, consistency and predictability” and this “underscores the dominance of the plain meaning of the text of the Act in the process of interpreting provisions of the Act”: *Quinco Financial*, at paragraph 8.

[81] Enfin, il convient de rappeler un autre arrêt clé de la Cour, cité par la Cour canadienne de l’impôt : *Canada c. Sneyd*, 2000 CanLII 15708 (C.A.F.). Dans l’arrêt *Sneyd*, la Cour avait examiné un remboursement similaire pour habitations, prévu dans un article voisin de la *Loi sur la taxe d’accise*, l’article 256. Elle avait conclu (au paragraphe 12 dans CanLII) que la *Loi sur la taxe d’accise* « est une loi de nature fiscale qui vise à produire des recettes publiques » et que le remboursement pour habitations « est une exception restreinte », dont l’effet est limité par sa formulation. La Cour a interprété l’article 256 en portant une très grande attention au sens littéral du libellé de l’article.

[82] Nous sommes liés par l’approche adoptée par la Cour dans l’arrêt *Sneyd* pour ce genre de dispositions relatives aux remboursements. Cette approche a été légitimée par la Cour suprême du Canada dans des arrêts ultérieurs.

[83] Les lois fiscales sont des « instrument[s] dominé[s] par des dispositions explicites qui prescrivent des conséquences particulières » et « commandent une interprétation largement textuelle » *Canada Trustco*, au paragraphe 13; voir aussi *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2011 CAF 270, [2013] 3 R.C.F. 3, au paragraphe 29, et *Canada c. Quinco Financial Inc.*, 2014 CAF 108, aux paragraphes 5 à 7. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire de ces mots joue un « rôle primordial » dans ce processus : *Canada Trustco*, au paragraphe 10.

[84] À une autre occasion, la Cour suprême du Canada a déclaré que, lorsqu’une disposition d’une loi fiscale est « claire et non équivoque », elle « doit simplement être appliquée » de manière ni tendancieuse ni axée sur un résultat : *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, aux paragraphes 39 et 40.

[85] Dans l’ensemble, « la [*Loi sur la taxe d’accise*] comporte des règles claires et précises en vue de faciliter son application, son uniformité et sa prévisibilité » et cela « fait ressortir le rôle primordial que joue le sens ordinaire du libellé de la Loi dans le processus d’interprétation de ses dispositions » : *Quinco Financial*, au paragraphe 8.

[86] Where, as here, Parliament grants a rebate in a discrete section for a discrete policy reason, it does not normally express itself in vague terms or require that we undertake a circuitous, serpentine and roundabout tour of various other provisions in the Act to find out when the rebate is available. To understand who may claim a rebate and in what circumstances, normally we need only read the plain language granting the rebate.

B. Application of these principles to this case

[87] Section 254 sets out the prerequisites for a taxpayer to claim a new housing rebate. The prerequisites are set out in very precise wording. Two of several prerequisites are relevant in this case.

[88] The first is not in doubt on the facts of this case: a builder of a single unit residential complex must make a taxable supply by way of sale to a particular individual (paragraph 254(2)(a)).

[89] In this transaction the builder sold the complex to Mr. Cheema and Dr. Akbari. In law, Mr. Cheema and Dr. Akbari were the purchasers. The first requirement was met.

[90] The second is more controversial in this case: at the time the particular individual assumes liability under the agreement of purchase and sale of the complex, the particular individual must be “acquiring the complex ... for use as the primary place of residence of the particular individual or a relation of the particular individual” (paragraph 254(2)(b)). The appellant says that this prerequisite was not met.

[91] Section 40 of *New Harmonized Value-added Tax System Regulations, No. 2*, SOR/2010-151, which applies in this case (see section 256.21 of the *Excise Tax Act*), provides that if supply of the complex is made to two or more individuals, the references to “a particular individual” are to be read as references to all of those

[86] Lorsque, tel que dans la présente affaire, le législateur accorde un remboursement dans un article spécifique pour un motif en matière de politique, il ne formule habituellement pas son intention par un libellé approximatif, et n’oblige pas les juges à un survol tortueux, sinueux et détourné de diverses autres dispositions de la loi pour établir s’il y a lieu d’autoriser le remboursement. Pour comprendre qui peut demander un remboursement et dans quelles circonstances, il nous suffit, normalement, de lire le libellé clair qui accorde le remboursement.

B. L’application de ces principes à la présente affaire

[87] L’article 254 définit les conditions préalables que doit remplir un contribuable pour demander le remboursement pour habitations neuves. Ces conditions préalables sont définies en termes très précis. Deux parmi plusieurs conditions préalables sont pertinentes en l’espèce.

[88] La première n’est pas contestée selon les faits de la présente affaire : un constructeur d’un immeuble d’habitation à logement unique doit effectuer, par vente, la fourniture taxable à un particulier (alinéa 254(2)a)).

[89] Dans l’opération en cause, le constructeur a vendu l’immeuble à M. Cheema et à M. Akbari. Au regard du droit, M. Cheema et M. Akbari étaient les acheteurs. La première condition préalable a été remplie.

[90] La deuxième est plus controversée en l’espèce : au moment où le particulier assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l’immeuble, le particulier doit « [acquérir] l’immeuble [...] pour qu’il lui serve de lieu de résidence habituelle ou serve ainsi à son proche » (alinéa 254(2)b)). L’appelante affirme que cette condition préalable n’a pas été remplie.

[91] L’article 40 du *Règlement n° 2 sur le nouveau régime de la taxe à valeur ajoutée harmonisée*, DORS/2010-151, lequel s’applique en l’espèce (voir l’article 256.21 de la *Loi sur la taxe d’accise*), prévoit que, si la fourniture de l’immeuble est effectuée au profit d’au moins deux personnes, la mention de

individuals as a group. Under the agreement of purchase and sale, the supply of the complex was made to both Dr. Akbari and Mr. Cheema. Thus, the second prerequisite—use of the complex as the primary place of residence—must be satisfied by both Dr. Akbari and Mr. Cheema.

[92] Mr. Cheema acquired the complex as his primary place of residence. Dr. Akbari did not. He never intended to occupy the property as his primary residence. Thus, the second requirement was not met.

[93] Mr. Cheema submits that the Court should have regard to a trust agreement under which Dr. Akbari held his ownership interest in trust for Mr. Cheema. Thus, Dr. Akbari held no beneficial interest in the property.

[94] The prerequisite in paragraph 254(2)(b) is drawn up in a way that makes those facts irrelevant. It speaks of the particular individual's reason for acquiring the complex at the time that person "becomes liable or assumes liability under an agreement of purchase and sale of the complex". It is the relationship of the person acquiring the complex to the builder—one of purchase and sale—that is relevant, not the relationship between co-purchasers.

[95] The fact that Dr. Akbari was acquiring the complex only as a trustee is of no consequence. The agreement of purchase and sale does not distinguish between Dr. Akbari and Mr. Cheema as purchasers. Nor does section 254 provide any exception for trustees.

[96] In any event, paragraph 254(2)(b) requires us to examine the purchaser's intended use of the complex at the time the purchaser "becomes liable or assumes liability under an agreement of purchase and sale of the complex". Even if we are to give effect to the trust agreement, it did not exist at that point in time.

« particulier » doit s'interpréter pour englober l'ensemble de ces particuliers en tant que groupe. Aux termes du contrat de vente, la fourniture de l'immeuble a été effectuée au profit tant de M. Akbari que de M. Cheema. Ainsi, la seconde condition préalable, qui exige que l'immeuble serve de résidence habituelle, doit être remplie tant par M. Cheema que par M. Akbari.

[92] M. Cheema a acheté l'immeuble afin d'y établir sa résidence habituelle, ce qui n'était pas le cas de M. Akbari. Il n'a jamais eu l'intention d'occuper le bien immobilier à titre de résidence principale. Ainsi, la seconde condition n'a pas été remplie.

[93] M. Cheema soutient que la Cour aurait dû considérer l'existence du contrat de fiducie aux termes duquel M. Akbari détenait son droit de propriété en fiducie pour M. Cheema. Ainsi, M. Akbari ne détenait aucun droit de bénéficiaire dans le bien immobilier.

[94] La condition préalable énoncée dans l'alinéa 254(2)(b) est formulée d'une manière enlevant toute pertinence à ces faits. Il porte sur le motif d'acquérir l'immeuble au moment où cette personne « devient responsable ou assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l'immeuble ». La relation pertinente est celle qui lie la personne qui acquiert, par la vente, l'immeuble au constructeur, et non la relation entre les co-acheteurs.

[95] Le fait que M. Akbari a acquis l'immeuble au seul titre de fiduciaire est sans effet. Le contrat de vente n'établit aucune distinction entre M. Akbari et M. Cheema à titre d'acheteurs. Et l'article 254 ne prévoit aucune exception pour les fiduciaires.

[96] En tout état de cause, l'alinéa 254(2)(b) nous oblige à examiner l'usage qu'entend faire l'acheteur de l'immeuble au moment où il « devient responsable ou assume une responsabilité aux termes du contrat de vente de l'immeuble ». Même en donnant effet au contrat de fiducie, ce dernier n'existait pas à ce moment-là.

[97] Parliament was detailed and precise in the wording of the prerequisites for the rebate set out in section 254 and it is not for this Court, in the words of *Placer Dome* (at paragraph 23), “to create an unexpressed exception” or “supplant” the clear language in section 254.

[98] It follows that the Tax Court erred. It relied on the trust arrangement between Dr. Akbari and Mr. Cheema, an arrangement extraneous to paragraph 254(2)(b). It did not base its finding on who was legally liable to the builder under the agreement of purchase and sale, which is the focus of paragraph 254(2)(b).

[99] I wish to say a few words about my colleague’s reasons. Some of the difference between us stems from our understanding of what the “supply” is in this case.

[100] Where there is an agreement to provide property or a service, supply is “deemed” upon entering into an agreement of purchase and sale (section 133). As Mr. Cheema and Dr. Akbari both signed the agreement of purchase and sale, they are deemed to receive a supply of the property at the time they entered into the agreement. Since both received a supply, section 40 of the Regulations requires that they must *both* meet the rebate prerequisites in section 254.

[101] My colleague insists that Parliament evinced an intention for “supply” under the housing rebate regime to mean the transfer of beneficial ownership. In doing so, he attempts to displace the application of section 133 by pointing to the words “by way of sale” in paragraph 254(2)(a). In my view, the insertion of “by way of sale” does not nullify the deeming effects of section 133:

- The words “by way of sale” simply specify the type of supply required to meet the rebate requirements. Other types of supply, like a rental or lease, do not qualify for the rebate. This makes

[97] Le législateur a formulé par un libellé détaillé et précis les exigences préalables au remboursement prévu à l’article 254, et il n’appartient pas à la Cour, selon les mots employés dans l’arrêt *Placer Dome* (au paragraphe 23), de « [TRADUCTION] [...] créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit », ni de « mettre de côté » le libellé clair de l’article 254.

[98] Il s’ensuit que la Cour canadienne de l’impôt a commis une erreur. Elle a invoqué l’entente de fiducie entre M. Akbari et M. Cheema, qui est étrangère à l’alinéa 254(2)b). Elle n’a pas fondé sa conclusion sur la question de savoir qui était légalement responsable à l’égard du constructeur aux termes du contrat de vente, contrat sur lequel est axé l’alinéa 254(2)b).

[99] Je désire ajouter quelques remarques sur les motifs de mon collègue. Certaines de nos divergences ont pour source notre interprétation respective de la notion de « fourniture » dans la présente affaire.

[100] Lorsqu’un contrat prévoit la fourniture d’un bien ou d’un service, la fourniture est « réputée » dès la conclusion du contrat de vente (article 133). Puisque MM. Cheema et Akbari ont tous deux signé le contrat de vente, ils sont réputés avoir bénéficié de la fourniture du bien au moment où ils ont conclu le contrat. Ayant tous deux reçu une fourniture, l’article 40 du Règlement les assujettit tous les deux aux exigences de remboursement définies à l’article 254.

[101] Mon collègue insiste sur l’hypothèse selon laquelle le législateur a exprimé l’intention que « fourniture », pour les besoins du régime de remboursement pour habitations signifie le transfert de la propriété effective. Ce faisant, il tente de faire limiter l’application de l’article 133 en isolant les mots « par vente » dans l’alinéa 254(2)a). À mon avis, l’insertion des mots « par vente » n’annule pas l’effet déterminatif de l’article 133 :

- Les mots « par vente » ne font que préciser le moyen de fourniture exigé pour répondre aux exigences du remboursement. Les autres moyens de fourniture, comme la location, ne permettent

sense. The rebate is only available for new home sales—not leases.

- The fact that Mr. Cheema’s home did not exist at the time he signed the agreement of purchase and sale does not render section 133 inapplicable (see my colleague’s reasons, at paragraphs 43–47). Section 133 is a deeming provision. Deeming provisions create legal fictions. They assume things to exist even when they do not in reality—like, for example, the supply of a home that is not yet constructed. To suggest that Parliament did not intend for the deemed supply rule to apply because the supply could not *in fact* occur would be to undermine the purpose of enacting a deeming provision in the first place.
 - Nor does the fact that paragraph 254(2)(e) requires that ownership must be transferred *after* construction or substantial renovation render section 133 inapplicable (see my colleague’s reasons, at paragraphs 48–49). Paragraph 133(b) implicitly acknowledges that there will be an actual (i.e. not deemed) provision of the property. Paragraph 254(2)(e) simply requires that this actual ownership transfer (i.e. the actual provision of the property) occurs after construction or substantial renovation. Further support for this point is found in the fact that Parliament did not use the words “supply” or “supply by way of transfer” in paragraph 254(2)(e) indicating that paragraph 254(2)(e) falls outside the purview of section 133—which applies only to the definition of supply.
 - The phrase “supply by way of sale” appears 154 times in the *Excise Tax Act*. If Parliament intended for supplies “by way of sale” to be immune from the deeming effects of section 133, it would have done so. Not only did Parliament not do this, it expressly provided that the definition of
- pas l’admissibilité au remboursement. C’est logique. Le remboursement n’est offert que pour les ventes d’habitations neuves, et non les contrats de location.
 - Le fait que l’habitation de M. Cheema n’existait pas au moment où il a signé le contrat de vente ne rend pas l’article 133 inopérant (voir les motifs de mon collègue, aux paragraphes 43 à 47). L’article 133 constitue une disposition déterminative. Or, les dispositions déterminatives sont source de fictions juridiques : elles présument de l’existence de choses irréelles, comme la fourniture d’une habitation à construire. Le fait de laisser entendre que le législateur n’avait pas l’intention de faire appliquer la règle sur la fourniture réputée, au motif que la fourniture ne pourrait pas, dans les faits, se produire, équivaldrait à saper l’objet sous tendant l’adoption, initialement, d’une disposition déterminative.
 - De même, le fait que l’alinéa 254(2)e exige que le transfert de la propriété doit se produire après la construction ou les rénovations majeures rend l’article 133 inopérant (voir les motifs de mon collègue, aux paragraphes 48 et 49). L’article 133 reconnaît tacitement la fourniture réelle (et non réputée) du bien. L’alinéa 254(2)e exige simplement que ce transfert réel de propriété (c.-à-d. la fourniture réelle du bien) se produise après la construction ou les rénovations majeures. Appuie aussi ce point le fait que le législateur n’a pas employé les mots « fourniture » ou « fourniture par transfert » dans l’alinéa 254(2)e, ce qui indique que l’alinéa 254(2)e est exclu de la portée de l’article 133 — qui ne s’applique qu’à la définition de fourniture.
 - L’expression « fourniture par vente » apparaît à 154 reprises dans la *Loi sur la taxe d’accise*. Si le législateur souhaitait prémunir les fournitures « par vente » contre l’effet déterminatif de l’article 133, il aurait pris des mesures conséquentes. Non seulement le législateur ne l’a pas fait, mais

supply in section 123 is subject to section 133 and its deeming effects.

[102] Other elements found in the text, context and purpose of the statute support the interpretation that supply means the signing of an agreement of purchase and sale and not a transfer of beneficial ownership. I turn to these now.

– I –

[103] If supply is the transfer of beneficial ownership, a carefully designed and narrow exception in the legislation would be ignored and made meaningless. Normally, to receive the housing rebate, an individual must both purchase and occupy the new home. There is an exception though. An individual can purchase the home for a “relation” who can satisfy the occupancy requirements in paragraphs 254(2)(b) and (g). For example, a parent purchasing a home for their child to occupy can still receive the rebate. From this, it is clear that the rebate is intended only for occupants or relatives of occupants.

[104] If, as my colleague suggests, supply is the transfer of beneficial ownership, a non-relative who does not intend to reside in the new home could receive the rebate. For example, an individual like Dr. Akbari could sign an agreement of purchase and sale, pay the purchase price, receive a 1 percent interest in trust and—so long as beneficial ownership is transferred to the occupant—obtain the rebate. This would expand who is eligible for the rebate beyond occupants and relatives of the occupants—something clearly not intended by the rebate scheme. What purpose does the exception for relatives play if non-relatives can also benefit from the rebate?

il a expressément indiqué que la définition de fourniture à l'article 123 était assujettie à l'article 133 et à ses effets déterminatifs.

[102] D'autres aspects du texte, du contexte et de l'objet de la loi corroborent l'interprétation selon laquelle la fourniture signifie la signature d'un contrat de vente, et non un transfert de propriété effective. J'examinerai maintenant ces aspects.

– I –

[103] Si la fourniture correspond à un transfert de propriété effective, une exception minutieusement formulée et d'application restreinte dans la loi serait passée sous silence et rendue sans effet. Généralement, pour avoir droit au remboursement pour habitations, une personne doit acheter et occuper la nouvelle habitation. Or, une exception s'applique, selon laquelle une personne peut faire l'achat d'une maison pour un « proche » qui répondra aux exigences d'occupation énoncée aux alinéas 254(2)b) et g). Par exemple, un parent pourrait acheter la maison occupée par son enfant, et bénéficier du remboursement. Ainsi, le remboursement est manifestement destiné aux occupants ou aux membres de la famille des occupants.

[104] Si, ainsi que le laisse entendre mon collègue, la fourniture correspond à un transfert de propriété effective, une personne sans lien de parenté, qui n'a pas l'intention de résider dans la nouvelle habitation, pourrait recevoir le remboursement. Par exemple, une personne comme M. Akbari pourrait signer un contrat de vente, payer le prix d'achat, recevoir des droits de 1 p. 100 en fiducie et, pourvu que la propriété effective ait été transférée à l'occupant, recevoir le remboursement. Un tel scénario élargirait le champ des personnes admissibles à recevoir le remboursement au-delà des occupants et des membres de leur famille, une situation outrepassant manifestement l'intention du régime du remboursement. À quoi servirait l'exception pour les membres de la famille si les personnes sans lien de parenté pouvaient elles aussi bénéficier du remboursement?

– II –

[105] The rebate rules require a particular individual (or his or her relation) to intend to use the complex as the “primary place of residence” at the time the particular individual signs the agreement of purchase and sale (paragraph 254(2)(b)). If supply is only the transfer of beneficial ownership, why is the particular individual’s occupancy intention assessed at the time of signing the agreement of purchase and sale rather than at the time they receive beneficial ownership?

– III –

[106] I do not consider the result I propose in this case to run counter to the purpose of the scheme. If one wants the benefit of the rebate, one must structure their transaction to satisfy the prerequisites set out with great particularity by Parliament.

[107] In this case, the transaction was structured by having Dr. Akbari sign the agreement of purchase and sale for the complex so that Mr. Cheema could get financing. The record is silent on why this transaction structure was necessary. Normally there is no reason why financing could not be obtained or guaranteed in another way; indeed, in this case, there is nothing in the record suggesting that Dr. Akbari could not loan or gift the money to Mr. Cheema or give the bank a full, secured guarantee for Mr. Cheema’s obligations rather than co-signing the agreement of purchase and sale. The rebate exists to ensure that the GST does not pose a barrier to affordable housing; it is not a scheme to facilitate financial assistance more generally.

[108] On my view of the matter, the rebate remains easily accessed by those for whom it is intended.

– IV –

[109] It must be recalled that we are dealing with a self-assessment system comprised of millions of tax returns verified through audits.

– II –

[105] Les règles applicables au remboursement exigent qu’un particulier (ou un proche) ait l’intention d’occuper l’immeuble à titre de « résidence habituelle » au moment où le particulier signe le contrat de vente (alinéa 254(2)b)). Si la fourniture correspond uniquement au transfert de propriété effective, pourquoi doit-on apprécier l’intention d’occuper du particulier au moment de la signature du contrat de vente plutôt qu’au moment où est transférée la propriété effective?

– III –

[106] Je ne considère pas que l’issue que je propose ici soit contraire à l’objectif du régime. Si une personne souhaite bénéficier du remboursement, elle doit structurer son opération pour répondre aux conditions préalables définies de manière très détaillée par le législateur.

[107] Dans la présente affaire, l’opération était structurée pour que M. Akbari signe le contrat de vente de l’immeuble afin que M. Cheema puisse recevoir un financement. Le dossier est muet sur les raisons pour lesquelles cette structure opérationnelle était nécessaire. Généralement, il n’y a aucune raison pour laquelle il serait impossible d’obtenir ou de garantir le financement par un autre moyen. En effet, dans la présente affaire, aucun élément au dossier n’indique que M. Akbari n’aurait pas pu prêter ou donner l’argent à M. Cheema, ou donner à la banque un cautionnement complet et garanti des obligations de M. Cheema, plutôt que de se porter cosignataire du contrat de vente. Le remboursement existe pour empêcher que la TPS bloque l’accès aux logements de prix abordable; il n’a pas été mis en place pour faciliter l’accès à l’aide financière en général.

[108] Selon moi, le remboursement demeure facilement accessible à ceux à qui il est destiné.

– IV –

[109] Il convient de rappeler que nous devons composer avec un régime d’autocotisation composé de millions de déclarations de revenus, qui font l’objet de vérifications.

[110] One of the purposes of the *Excise Tax Act* is to ensure administrative efficiency. Absent statutory wording to the contrary and all else being equal, an interpretation that favours administrative efficiency is more likely to have been intended by Parliament over one that does not.

[111] The interpretation I urge makes it easier than that of my colleague to verify if a person has qualified for the rebate. In the case of the two prerequisites discussed above, on my interpretation a taxpayer in response to a query need only produce the agreement of purchase and sale to show the legal acquirer of the complex and easily obtained personal documents, such as utility bills, other standard invoices, and drivers' licences to show who is personally residing in the complex. On my colleague's view of the matter, other documents may be necessary to go behind the agreement of purchase and sale, and perhaps even other evidence and interviews may be necessary as well to shed light on who is the "real" or beneficial owner. Suddenly a straightforward verification exercise morphs into a sprawling examination for discovery.

[112] It goes without saying that if I am wrong and Parliament intended the result favoured by my colleague, it can amend section 254 to make that clear. Absent that clarity, however, I cannot agree with the reasons of my colleague.

C. Proposed disposition

[113] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, quash the judgment dated November 4, 2016 of the Tax Court in file No. 2015-5407(GST)I and restore the Minister's reassessment made under Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.

[114] In the Tax Court, this was an informal proceeding. In light of section 18.25 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, "the reasonable and proper costs of the taxpayer in respect of the appeal shall be

[110] L'un des objectifs de la *Loi sur la taxe d'accise* est d'assurer l'efficacité administrative. Sans disposition législative exigeant expressément le contraire, et toutes choses étant égales par ailleurs, une interprétation penchant en faveur de l'efficacité administrative est plus vraisemblablement en adéquation avec l'intention du législateur que celle qui ne l'est pas.

[111] L'interprétation que je préconise est plus efficace que celle de mon collègue pour vérifier si une personne est admissible à recevoir le remboursement. Dans l'examen des deux conditions préalables que j'ai abordées dans les présentes, mon interprétation conclut que le contribuable, en réponse à une question, ne doit produire que le contrat de vente pour démontrer qu'il est l'acquéreur légal de l'immeuble, ainsi que des documents personnels faciles à obtenir, tels que les factures des services publics et d'autres factures courantes, ou encore un permis de conduire, qui démontreront qu'il réside personnellement dans l'immeuble. En adoptant la méthode préconisée par mon collègue, d'autres documents devraient venir justifier le contrat de vente. D'autres justificatifs, et même des entretiens, pourraient aussi être nécessaires pour confirmer qui est le propriétaire « réel » ou effectif. Ainsi, une vérification simple se transforme en un interrogatoire approfondi.

[112] Il va sans dire que, si je me trompe et que le législateur avait pour intention le résultat que préconise mon collègue, il pourrait modifier l'article 254 pour le clarifier. Sans cette précision, je ne peux toutefois pas souscrire aux motifs de mon collègue.

C. La décision proposée

[113] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, casserais le jugement daté du 4 novembre 2016 rendu par la Cour canadienne de l'impôt dans le dossier n° 2015-5407(TPS)I et rétablirais la nouvelle cotisation du ministre établie au titre de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.

[114] Devant la Cour canadienne de l'impôt, il s'agissait d'une procédure informelle. Aux termes de l'article 18.25 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, « [l]es frais entraînés pour le

paid by Her Majesty in right of Canada”. In light of this, I would award Mr. Cheema his costs of the appeal. In the circumstances, I would exercise my discretion against making an award of costs concerning the informal proceedings in the Tax Court.

NADON J.A.: I agree.

contribuable par un appel interjeté par le ministre du Revenu national [...] sont payés par Sa Majesté du chef du Canada. » À la lumière de ceci, j’accorderais à M. Cheema les dépens de l’appel. Dans les circonstances, j’exercerais mon pouvoir discrétionnaire contre l’adjudication des dépens à l’égard de l’instance de procédure informelle devant la Cour canadienne de l’impôt.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d’accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ARMED FORCES

Judicial review of decision by Canadian Forces review authority determining that guilty verdict against applicant appropriate, that sentence fair, justified — Following summary trial, applicant found absent without leave, contrary to *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (NDA), s. 90, sentenced to \$1,000 fine — Applicant arguing, inter alia, Canadian Forces' summary trial procedure constitutionally invalid, violating member's rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d), 12 — Review authority of opinion, *inter alia*, that applicant demonstrating clear understanding of nature, object of proceedings, not producing sufficient evidence to allow presiding officer to find reasonable grounds to believe applicant unfit to stand trial or suffering from mental disorder at time of offence — Main issues whether review authority's decision reasonable, whether Canadian Forces' summary trial procedure constitutionally invalid — Review authority making reasonable determination that applicant not suffering from mental disorder at time of offence, particularly in view of NDA, s. 202.13(1) — No evidence suggesting that applicant unfit to stand trial within meaning of NDA, s. 2(1) or s. 163(1)(e) — S. 163(1)(e) setting lower threshold than balance of probabilities standard under s. 202.13(1) — While language of "incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong" not appearing in s. 163(1)(e), this language providing context for interpreting term "mental disorder" in Act, reinforcing reasonableness of review authority's decision — Definition of "disease of the mind" as stated by Supreme Court in *Cooper v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 1149 virtually identical to that in *Military Justice at the Summary Trial Level*, version 2.2 — "Mental disorder" a legal concept, not a medical concept — Applicant's medical employment limitations (MEL) not automatically giving rise to factual conclusion that he was suffering from mental disorder at time of offence — Impairment must be such that accused unable to appreciate nature or quality of act or that it was wrong, pursuant to s. 202.13(1) — Merely knowing that applicant having ongoing MEL insufficient — Applicant's *Charter* rights not breached — Record devoid of notice of constitutional question as stipulated by *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 — While notice requirement not applying where constitutional question raised before service tribunal, Federal Court not service tribunal within meaning of NDA, notice requirement mandatory for proceedings challenging constitutionality of Act of Parliament before it — Applicant's submissions on constitutional invalidity of Canadian Forces summary trial process therefore not considered — Moreover, in any event, applicant not adducing proper evidentiary record to show whether summary trial process affecting *Charter* rights of any Canadian Forces member other than himself — Applicant establishing neither necessary adjudicative nor legislative facts to ground challenge to constitutionality of summary trial regime — Not even establishing that his own *Charter* rights were engaged — Fine not engaging applicant's right to life, liberty, or security of person, not meeting high threshold for cruel, unusual punishment — Application dismissed.

THURROTT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1546-17, 2018 FC 577, Boswell J., judgment dated June 4, 2018, 26 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Judicial reviews of negative pre-removal risk assessment (PRRA) of senior immigration officer (PRRA officer) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c. 27 (Act), s. 112(1), and of Canada Border Services Agency (CBSA) inland enforcement officer's (enforcement officer) refusal to grant applicant's request made pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 238(2) to voluntarily remove herself to Antigua and Barbuda

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

— Applicant, citizen of Antigua, also holding Chinese passport, claiming refugee protection for fear of removal to China because of fraud allegations against her in China made on basis of Chinese prosecutor’s recommendation to prosecute applicant — CBSA seeking applicant’s removal from Canada on basis of removal order issued against her — Applicant purchasing plane ticket to return to Antigua — CBSA denying applicant’s request to return her passport, to allow her to travel, pursuant to Regulations, s. 238(2)(b),(c) — Deciding to return applicant to China — PRRA officer concluding, *inter alia*, insufficient evidence to establish that applicant could be victim of predetermined verdict issued by corrupt judiciary in China; [9] that Applicant not facing more than mere possibility of persecution; that more likely than not that she would not face danger of torture, risk to life, or risk of cruel, unusual treatment or punishment if returned to China — Main issues whether decisions of PRRA, enforcement officers reasonable — PRRA decision not reasonable — Unclear from evidence in record whether applicant individually charged for fraud or simply under investigation — PRRA officer not identifying this alleged inconsistency — Difficult to see how PRRA officer satisfied that China’s courts usually concerned with applying independent judicial authority in accordance with established legal procedures — PRRA officer failing to consider applicant’s specific circumstances as shareholder, director of companies implicated in alleged fraud — Unreasonable for PRRA officer to conclude that detention of other accused implicated in same case not continuing indefinitely; accordingly, that applicant would not face similar indefinite period of detention while investigation proceeding — No foundation for PRRA officer’s finding that strength of prosecutor’s case against applicant negating risk of torture — As to voluntary removal decision, determined to be procedurally unfair, not reasonable, lacking justification, transparency, intelligibility — Regulations not prescribing specific procedural fairness requirements for decisions relating to voluntary requests for removal — Content of duty of fairness informed by factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 — Some of those factors suggesting high level of procedural fairness while others suggesting protections at lower end of scale — Viewed in whole, applicant was to be afforded at least right to know case against her, to have opportunity to respond to it — Applicant not afforded these protections — Other than Chinese authorities’ recommendation for prosecution, applicant not knowing case having to meet as CBSA disclosing no information in that regard — Applicant therefore deprived of opportunity to address case — CBSA expected to at least provide applicant with summary or outline of evidence that available to, reviewed by enforcement officer — Enforcement officer not responding to applicant’s request for document disclosure — Enforcement officer’s refusal based on Regulations, s. 238(2)(c), i.e. that applicant seeking to evade or frustrate cause of justice in China — To reach conclusion that s. 238(2)(c) applying in present matter requiring evidentiary basis — Question involving procedural fairness certified — Applications allowed.

YANG V. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP) (IMM-4026-17, IMM-4079-17, 2018 FC 496, Strickland J., judgment dated May 9, 2018, 38 pp.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision denying applicant’s appeal of immigration officer’s decision refusing application for permanent residence by applicant’s niece — IAD appeal under review redetermination made after previously denied appeal to IAD overturned by F.C. (2016 FC 216) — Applicant Canadian citizen, applying to sponsor niece, citizen of Tanzania, as member of family class pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), s. 117(1)(h) — In first IAD decision, panel rejecting sponsorship application because applicant’s parents both alive — Panel adding that as applicant’s parents could be sponsored, niece falling outside family class membership by virtue of Regulations, s. 117(1)(h)(ii) — In decision under review, IAD finding, *inter alia*, that applicant likely not financially eligible to sponsor parents the year she applied to sponsor niece — Determining that if application to sponsor her parents had been made and denied, applicant could have appealed to IAD under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 63(1) — IAD holding that applicant not meeting burden of proving officer’s decision not legally valid — Whether IAD reasonably interpreting, applying legislation — Applicant arguing, *inter alia*, that existence of right to appeal to IAD in IRPA creating no obligation to appeal; that IAD failing to assess her financial eligibility, as directed in first IAD decision; that immigration officers, IAD, Court misinterpreting IRPR, s. 117 to create hierarchy of relatives who may be sponsored but such hierarchy not existing in legislation — IAD’s interpretation of right to appeal reasonable — Appeal is another manner or means by which rejected sponsorship application might be overcome — That interpretation of “may otherwise sponsor” in IRPR, s. 117(1)(h)(ii) not falling outside range of possible, acceptable outcomes based on the facts and law — As to interpretation of IRPR, s. 117, s. 117(1)(h) enabling sponsorship of any relative, regardless of age (generic relative) — If one or more members of enumerated relatives in IRPR, s. 117(1)(h) already Canadian citizens, Indians, or permanent residents then no

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

generic relative may be sponsored under s. 117(1)(h) — However, under IRPR, s. 117(1)(h)(i), s. 117(1)(h)(ii) in play if all enumerated relatives not Canadian citizens, Indians, or permanent residents — How word “or” found at end of s. 117(1)(h)(i) should be interpreted — Plain grammatical reading of s. 117 meaning that both subparagraphs applying to enumerated relatives — Proper interpretation is to read s. 117(1)(h)(i), s. 117(1)(h)(ii) inclusively as “A or B or both” — Words “whose application” in s. 117(1)(h)(ii) applying to sponsor’s mother or father — Making it clear that if sponsor may otherwise sponsor mother or father then generic relative of sponsor not member of family class — Hierarchy to which applicant objecting part and parcel of legislation — Application dismissed¹.

¹ Editor’s Note : Question certified in 2018 FC 1091 with respect to present matter as to whether consideration of financial eligibility criteria in IRPR, s. 133(1)(j)(i)(B) required by IRPR, s. 117(1)(h) and if so, whether existence of right of appeal to IAD requiring sponsor to appeal denial in order to establish there are no relatives they may otherwise sponsor.

SENDWA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5367-16, 2018 FC 569, Elliott J., judgment dated June 1, 2018, 36 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Action by plaintiff seeking to recover money that defendant received from customer in payment of loan secured by mortgage — Customer, business owner, collecting but failing to remit GST — Defendant granting customer home equity line of credit, mortgage secured upon customer’s house — Defendant not aware of customer’s GST debts — Customer later selling house, fully repaying outstanding debt of line of credit, mortgage — Defendant not enforcing its securities against customer, discharging security interests against house — Canada Revenue Agency (CRA) issuing demand letter to defendant seeking payment of \$67 854 on basis of deemed trust mechanism pursuant to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA), s. 222 with respect to customer’s failures to remit GST — Defendant refusing to pay amount — Main issues whether s. 222 imposing on defendant obligation to repay amount received from customer, whether defendant may assert, in defence, that it is *bona fide* purchaser for value of money received from customer, whether defendant no longer secured creditor when obligation to pay triggered — Defendant having statutory obligation to repay money to plaintiff — Amounts paid by customer to defendant “proceeds” of sale of his property, which was subject of deemed trust — ETA, s. 222, *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp), c. 1 (ITA), s. 227 similar, both establishing deemed trust, delineating what property subject to it — Both also creating obligation (“statutory obligation”) to pay proceeds of trust property to Receiver General — Word “proceeds” usually understood in broader sense, not limited to proceeds of forced sale or realization of security interests — Phrase “the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General” in ETA, s. 222(3) encompassing proceeds flowing from voluntary sale of tax debtor’s property — Upon such sale, tax debtor having obligation to pay proceeds to Receiver General — If tax debtor failing to do so, paying secured creditor instead, that creditor having obligation to repay money to plaintiff — Money obtained by customer in consideration for transfer of house to third party constituting “proceeds” of property being subject matter of deemed trust — Customer having obligation to pay his tax debt with that money — Defence of *bona fide* purchaser for value cannot be invoked by secured creditor in context of deemed trust of ETA, ITA — Supreme Court foreclosing that possibility in *First Vancouver Finance v. M.R.N.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720 — Supreme Court therein not creating statutory version of defence of *bona fide* purchaser for value entirely independent from its equitable counterpart — Nothing in *First Vancouver* suggesting that Supreme Court relying on something other than equitable defence — Defence of *bona fide* purchaser for value not limited to “purchasers” who obtain property through contract of sale — 1998, 2000 amendments to ITA, ETA deemed trust provisions based on premise that secured creditor cannot invoke *bona fide* purchaser for value defence when enforcing its security or receiving payment from its debtor — If that defence available, secured creditors would almost always be able to invoke it to defeat mechanism of deemed trust — Secured creditors often unaware of existence of tax debt when receiving a payment — Immaterial that customer voluntarily paid debt to defendant, rather than defendant realizing upon its security — Supreme Court’s comments in *First Vancouver* with respect to crystallizing events applying to both deemed trust, statutory obligation imposed on third parties receiving “proceeds” of trust property — Statutory obligation inextricably linked to deemed trust — No basis in wording of ETA, s. 222 for distinction — Defendant’s loss in this case result of operation of rules establishing priorities among creditors, not attempt of one creditor to appropriate other — Action allowed.

CANADA V. TORONTO-DOMINION BANK (T-1834-15, 2018 FC 538, Grammond J., judgment dated May 25, 2018, 27 pp.)

INCOME TAX

ASSESSMENT AND REASSESSMENT

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2017 TCC 84) confirming reassessments issued by Minister of National Revenue (Minister) under General Anti-Avoidance Rule found in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1, s. 245 with respect to appellant's 2005, 2006, 2007 taxation years — T.C.C. finding that series of transactions which allowed taxable dividends received by Satoma Trust to be transformed into tax-paid amounts without any tax actually being paid resulted in abuse of provisions relied upon to achieve goal, specifically Act, ss. 75(2), 112(1) — Mr. Pilon, shareholder in Gennium produits pharmaceutiques inc. (Gennium), seeking to expand business operations — Ensuring that Gennium legally separate from any corporate entity involved in venture by setting up trust (Satoma Trust) with right of reversion as contemplated by Act, s. 75(2) — 9134-1024 Québec Inc. (9134) designated as beneficiary under Satoma Trust — Satoma Trust subsequently using donated amount to purchase shares in 9163-9683 Québec Inc. (9163) — Transaction giving rise to possibility that shares reverting back to 9134 with result that any income derived therefrom, including dividend income, attributable to 9134 — Series of transactions undertaken; ultimately allowing 9134 to claim intercorporate dividend deduction under Act, s. 112(1) — T.C.C. concluding, *inter alia*, that application of attribution rule found in Act, s. 75(2) ensuring that neither Satoma Trust nor its beneficiaries would be subject to tax on taxable dividends it received, regardless of how appellant choosing to use funds — Concluding that both ss. 75(2) (anti-avoidance rule), 112(1) (preventing double taxation) frustrated in this case — Their combined use allowing for surplus of Gennium to find way into Satoma Trust without tax liability being incurred by beneficiaries, which was against purpose of both provisions — Main issues whether T.C.C. erring in holding that tax benefit established even though tax-free distribution by trust yet to be made; whether provisions relied upon to achieve tax benefit abused — Appellant not showing that T.C.C. committing error in holding that tax benefit achieved — Obtaining tax benefit when attribution rule provided for in s. 75(2) becoming operational — Suggestion that no tax benefit arising before tax-free distribution made to individual beneficiaries ignoring fact that reassessments directed at Satoma Trust — Combined use of ss. 75(2), 112(1) giving rise to abuse — Abuse arising when optional deduction provided for under s. 112(1) claimed — S. 75(2) anti-avoidance provision designed to prevent income splitting — Object, spirit, purpose of s. 112(1) to allow dividends to be passed on tax-free within corporate groups subject to tax being eventually paid when dividends reaching final recipients — Objective frustrated since dividends could now be passed on to beneficiaries without tax — S. 104(2), providing that trust deemed to be an individual for purposes of computing tax liability, not engaged — S. 104(13)(a), providing that trust distributions having to be included in beneficiaries' income where amounts so distributed "would be the trust's income", also frustrated — T.C.C. properly rejecting argument that same result could have been achieved by alternative means, correctly holding that Minister succeeding in demonstrating abuse — Appeal dismissed.

FIDUCIE FINANCIÈRE SATOMA V. CANADA (A-189-17, 2018 FCA 74, Noël C.J., judgment dated April 10, 2018, 19 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2016 TCC 238) dismissing appellant's appeal from assessments or reassessments for its 2002 to 2006 taxation years imposing Part XII.6 tax under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA) in relation to certain amounts appellant indicated it was renouncing to certain individuals with whom it did not deal at arm's length — Canadian exploration expense (CEE), defined in ITA, s. 66.1(6), incurred to determine existence, location, extent or quality of natural resource — CEE incurred during year added to cumulative Canadian exploration expense (CCEE) — Balance in CCEE pool at end of year deductible as determined under ITA, s. 66.1(2),(3) — ITA, s. 66(12.6) permitting principal-business corporation to renounce to holders of flow-through shares certain amounts included in CEE that have been incurred by corporation — Any CEE renounced to shareholder deemed to be CEE of that person — This allowing person to add CEE to their CCEE account, to claim deduction based on balance of CCEE — ITA, s. 66(12.66) deeming corporation to have incurred certain CEE (as set out in ITA, s. 66(12.66)(b)) before that CEE actually incurred — Corporation, person to whom expenses renounced required to deal with each other at arm's length throughout particular year — Amount of tax imposed by Part XII.6 determined by formula set out in ITA, s. 211.91(1) — Appellant not aware that in order to realize benefit of s. 66(12.66), person to whom corporation renouncing CEE under s. 66(12.6) having to be person at arm's length — Not completing, filing return in relation to Part XII.6 tax — Audit revealing that significant amounts of CEE renounced to shareholders with whom appellant not dealing at arm's length — T.C.C. concluding that Part XII.6 imposing tax on appellant even though non-arm's length shareholders not permitted to claim deduction in previous year for CEE that appellant purported to renounce to them under s. 66(12.6) because of application of s. 66(12.66) — Whether T.C.C.'s interpretation of "purported to renounce" for purposes of ITA, s. 211.91 correct — T.C.C.'s interpretation of "purported to renounce" correct — Reference to "purports to renounce" in ITA, s. 66(12.73) amount that corporation stated that it was renouncing, hence amount that it claimed that it was renouncing — This including amounts validly renounced, amounts that appellant could not renounce because conditions of s. 66(12.66) not satisfied — Since

INCOME TAX—Concluded

s. 66(12.73) referring to both amount that corporation “purports to renounce”, amount that corporation “can renounce”, amounts that corporation “purports to renounce” cannot be restricted to only amounts that it “can renounce” — Parliament choosing to use two different expressions, not intending for the two expressions to be synonymous — Part XII.6 tax not affected by any change in amounts renounced as reflected in statement filed with Minister of National Revenue under s. 66(12.73) — Calculation of amount as set out in s. 211.91(1) based on prescribed rate of interest, not calculation of interest cost arising as result of allowing shareholders to claim CEE a year before they would otherwise be allowed to claim such CEE — Amount of interest cost calculated for each taxpayer not changing depending on which month CEE actually incurred — Part XII.6 tax not direct calculation of interest cost — No indication that Parliament intending to put parties back into same position that they would have been in if renunciations to non-arm’s length shareholders would not have been made — Potential for double taxation in present case reduced if appellant could benefit from deduction in computing its income for particular year provided in ITA, s. 20(1)(nn) for any Part XII.6 tax paid in respect of that year — Parliament contemplating that purported renunciation would include renunciation that corporation claimed it was making under s. 66(12.6) because of application of s. 66(12.66) to shareholders with whom that corporation not dealing at arm’s length — Meaning ascribed to “purported to renounce” in s. 211.91(1) same as meaning ascribed to “purported renunciation” in definition of “specified future tax consequence” in ITA, s. 248(1) — Appeal dismissed.

TUSK EXPLORATION LTD. v. CANADA (A-439-16, 2018 FCA 121, Webb J.A., judgment dated June 22, 2018, 23 pp.)

PRACTICE

Motion to obtain judicial authorization for requirement addressed to respondent presented under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), s. 231.2, *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA), s. 289 [1, 2, order p. 58]— Respondent third party, not taxpayer from whom information pertaining to ITA being sought — Persons with respect to whom applicant wanting to receive information held by respondent are unnamed persons, business customers — Applicant claiming this group ascertainable insofar as large hydro users, domestic rate users eliminated — Seeing virtually unlimited authority in ITA, s. 231.2(3) to obtain information from third parties for use for its own purposes — Claiming that once conditions of s. 231.2(3) met, Court having to grant authorization sought — Explaining that because group consisting of legal or natural persons not subject to large-power or domestic rate, definition of group sufficiently limited to be consistent with scheme of ITA, ETA — Whether judicial authorization should be granted even though requirement for information virtually limitless based on applicant’s use of s. 231.2(2), (3) — Applicant wanting to do too much with otherwise vague text of s. 231.2 — Information sought not in itself making it possible to verify compliance with ITA — Aggressive use advocated by applicant not consistent with Parliament’s intent — Interpretation of provisions such as s. 231.2 having to be strict — Parliament providing for judicial intervention when request made to third party in respect of unnamed persons — Court ultimately having to determine whether state’s right more important than that of individuals to not be bothered by government — Court proceeding to examine case law development on scope of s. 231.2(3) — Authorization requested here concerning undefined group, information requested having nothing to do with tax status — Full-scale fishing expeditions such as this should not be permitted upon judicial authorization — Requirement must have limitations — Obvious upon examination of context wherein s. 231.2(2), (3) situated that Parliament wanting to limit scope of applicant’s powers — Parliament seeking certain specificity if request related to unnamed people — Requirement must be for administration or enforcement of ITA — Thus, group must be ascertainable on basis of administration, enforcement of ITA — Here, audit in good faith not yet conducted — Group not ascertainable within meaning intended by ITA — Denunciations in this case in no way indicating how designation “business customer” attributed — S. 231.2(3) requiring judge to be convinced that group ascertainable — Second condition in s. 231.2(3)(b), considered in isolation, not met — Knowledge of who has business account with respondent not meeting requirement of more direct connection between information, documents, compliance with ITA — Applicant trying to discredit s. 231.2(3) by interpreting it as allowing applicant to request any information about any group — According to applicant’s logic, impossible to see why “ascertainable group” would not be hydro consumers, all hydro consumers — If that is scope of s. 231.2(3), judicial intervention required to prevent such an invasion of privacy of many people in Quebec — Some form of fishing expedition may be allowed, but judicial authorization existing to limit, govern it — Applicant seeking interpretation where conditions in s. 231.2(3) becoming non-existent — Circumstances of case herein requiring that judicial oversight be exercised to prevent undue invasion of privacy of many people — Court declining to authorize requirements — Motion dismissed.

CANADA (NATIONAL REVENUE) v. HYDRO-QUÉBEC (T-1838-17, 2018 FC 622, Roy J., order dated June 15, 2018, 60 pp.)

PRACTICE

Appellant in underlying actions appealing from Federal Court (F.C.) decision (2017 FC 6) dismissing its action for patent infringement, from F.C. order (2018 FC 355) dismissing its motion to vary confidentiality order — Motions before Court herein by appellant seeking leave to introduce new ground (i.e. ineffective assistance of trial counsel) into its appeal from dismissal of its action for patent infringement; by appellant’s former counsel seeking leave to intervene to oppose appellant’s motion; by respondent seeking order for payment of security posted by appellant respecting costs awarded against it by F.C. — “Ineffective assistance of counsel” ground of appeal often asserted in appeals from criminal convictions — Notice of appeal may be amended under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 75 — Whether ground of ineffective assistance of counsel could succeed based on material placed before Court on this motion, considerations of fairness, avoidance of delay, cost-effectiveness — Considerations surrounding ground of ineffective assistance of counsel in criminal cases applying equally to ground in civil cases — Civil cases involving additional special considerations — Ground seldom succeeding in civil cases — In order to meet “rarest of cases” threshold in civil context, appellant having to demonstrate exceedingly special interest or truly extraordinary situation, e.g. where wronged clients are vulnerable persons, or where conduct tantamount to fraud — Case law in criminal context suggesting that conflict of interest can be relied upon in support of ground of ineffective assistance of counsel — Supreme Court of Canada in *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631 adopting test to be followed in post-judgment assessment when ineffective assistance of counsel alleged for first time on appeal — Appellant having to show more than possibility of conflict of interest; having to demonstrate conflict of interest, that conflict adversely affecting lawyer’s performance on behalf of appellant — “Substantial risk” of adverse effect not enough — If appellant can prove actual conflict of interest, that conflict adversely affecting its counsel’s performance on its behalf, does not matter whether conflict affecting outcome of trial — Conflict in and of itself supplying element of “miscarriage of justice” necessary for ground to be sustained — Based on record herein, speculation required to conclude appellant’s counsel in actual conflict of interest, that conflict adversely affecting counsel’s performance on its behalf — Evidence insufficient to establish that ground of ineffective assistance of counsel can possibly succeed — No basis to suggest that counsel having incentive to soft-peddle appellant’s case — No substantial risk that counsel’s representation of appellant was materially and adversely affected — Counsel enjoying “strong presumption” that their conduct falling within “wide range” of “reasonable professional assistance” — Proposed ground of appeal not arguable — Leave to amend notice of appeal denied — Appellant’s motion dismissed; former counsel’s motion dismissed on account of mootness; respondent’s motion allowed in part.

MEDIATUBE CORP. v. BELL CANADA (A-112-18, A-35-17, 2018 FCA 127, Stratas J.A, order dated June 28, 2018, 28 pp.)

PROTECTIVE ORDERS

Reasons for order dismissing defendant’s motion for protective order — Parties in underlying patent infringement action embarking upon documentary, oral discoveries — Recognizing that information involved commercially sensitive or confidential — Negotiating, agreeing between themselves, *inter alia*, terms governing manner in which information designated, marked, to whom information may be disclosed — Defendant of view this undertaking not sufficient to protect its interests — Submitting meeting all criteria previously established by case law for issuance of protective order, no need for additional requirement to show existence of unusual circumstances — Taking issue with conclusion in *Live Face on Web, LLC v. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 FC 858 that reliance on implied undertaking, private agreements offering adequate protection — Analysis of case law by Court herein illustrating that practice of routinely issuing protective orders developed at time where applicability of implied undertaking rule still ill-defined — Existence of well-entrenched, long-standing practice not constituting rule of law Court obliged to follow — Whether issuance of protective order necessary in present case — Protective order not needed here — Clear that protective orders applicable to third parties [heading (1), p. 21] Paucity of case law may simply reflect obviousness of this principle — Unthinkable that third parties acting as agents for parties not bound by same obligation as their principals — Otherwise, important protection intended to be afforded by implied undertaking could be defeated, rendered nugatory simply by allowing party to act through agent — Unless circumstances whereby potential for unauthorized use established, no need for explicit protective order warning strangers against breaches of implied undertaking rule — Court not satisfied that issuance of protective order offering any advantage in ensuring enforcement against persons outside Court’s jurisdiction — Fact that implied undertaking rule not codified in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 not making its scope uncertain — Parties able to clarify any aspect of rule deemed uncertain or ambiguous by express agreement between them — Free to impose limits on number or categories of people accessing designated information by way of supplementary undertakings — To suggest that “potentially unlimited” number of persons could need to receive discovery information for purpose of action is to misconceive appropriate use of discovery information — Implied undertaking rule evolving to become clearly recognized, well-established, comprehensive jurisprudential code — Caution must be exercised in relying on cases decided prior to Supreme Court’s decision

PRACTICE—Concluded

in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 SCR 522 — Issuing protective orders undesirable since tending to devalue implied undertaking, may lead to abuse or misunderstanding of parties' obligations under implied undertaking, unnecessarily using Court's time, resources — Motion denied.

SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES, LLC v. PFIZER CANADA INC. (T-608-17, 2018 FC 443, Tabib P., reasons for order dated April 24, 2018, 34 pp.)

PUBLIC SERVICE

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Judicial review of Governor in Council (GIC) decision, promulgated by Order in Council, PC 2017-456, to terminate applicant's appointment as member of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for cause — Applicant appointed as CRTC Commissioner for Ontario in June 2013 — Applicant's first termination for cause dated June 23, 2016 — Court in *Shoan v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 426 (2017 FC 426 decision) unable to determine whether GIC affording applicant sufficient procedural fairness when first terminating his appointment — GIC's decision quashed therein, applicant reinstated — GIC terminating applicant's appointment for cause second time for, *inter alia*, inappropriate contact with CRTC stakeholders, refusing to respect internal CRTC processes, practices, making negative public statements about CRTC — Concluding that such actions fundamentally incompatible with applicant's position — Main issues whether process adopted by GIC to terminate for second time applicant's appointment breaching duty of fairness owed to him; whether GIC's decision unreasonable — GIC's approach to redetermination herein procedurally fair, reasonable — Clear from 2017 FC 426 decision that GIC not required to abandon whole process leading to first termination or to allow or require further submissions, whether written or oral — Court leaving it to GIC to determine how best to handle redetermination while providing findings, observations that GIC could reasonably take into account — GIC not acting in procedurally unfair or unreasonable way by taking into account findings, conclusions in 2017 FC 426 decision as part of its redetermination, even if some of those findings, conclusions *obiter* — GIC not required to disregard findings, comments made in *obiter* — GIC acting fairly, reasonably by making clear that, upon further reconsideration of non-objectionable grounds, it chose to terminate applicant's appointment — Applicant given full notice of those non-objectionable grounds — Providing full response in written submissions wherein not raising some of objections now raising in present matter — Applicant given appropriate notification, opportunity to be heard on grounds leading to second termination — Question before Court herein whether procedurally fair, reasonable for GIC to effect second termination by noting analysis, findings in 2017 FC 426 decision, removing objectionable grounds, basing its decision on non-objectionable grounds without going through whole process again, or without allowing applicant to make further submissions or face-to-face meeting to explain his position orally — Neither procedurally unfair nor unreasonable for GIC to take this approach — Reasonable for GIC to read applicant's public statements as attacks on integrity of CRTC, its Chairperson — Applicant not denied procedural fairness because no face-to-face meeting taking place before decision made to terminate nomination second time — GIC clearly of view that applicant's conduct in particular posing significant threat to reputation, integrity of CRTC — Parliament granting CRTC broad discretion to remove CRTC Commissioner for cause — Considerable deference owed to GIC in these matters — In conclusion, applicant misreading 2017 FC 426 decision, mischaracterizing what was required of GIC to effect redetermination of his case — Attempting to introduce grounds for unfairness, unreasonableness not relevant to redetermination process — Grounds relied upon by GIC reasonable basis for termination of applicant's appointment — Application dismissed. [p. 84]

SHOAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-796-17, 2018 FC 476, Russell J., judgment dated May 7, 2018, 84 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2016 FC 1190) allowing respondent's application for judicial review of arbitrator's decision regarding level of services agreement between appellant, respondent — Appellant, shipper of grain, respondent unable to negotiate contract for 2015–2016 crop year — Arbitrator imposing terms including future rail car supply for appellant's ongoing traffic requirements, performance standard, force majeure clause — Finding, *inter alia*, that respondent's ability to ration number of cars provided to its customers during peak periods not mandatory part of level of services agreement — F.C. finding that arbitrator failing to take proper account of certain mandatory statutory requirements, ignoring respondent's obligations to other shippers, operational restrictions — Issue at heart of appeal whether reasonable for arbitrator not to include

TRANSPORTATION—Concluded

respondent's proposed rationing methodology in level of services agreement — *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c.10, ss. 169.37, 169.38(1) requiring arbitrator to consider each factor enumerated in s. 169.37, to create agreement commercially fair, reasonable to parties — Arbitrator having regard to respondent's obligations to other shippers (Act, s. 169.37(d)), to both parties' operational requirements, restrictions (Act, s. 169.37(f)) — Nothing in Act, Part IV obligating arbitrator to adopt respondent's rationing policy — Reasonable for arbitrator to account for respondent's obligations to other shippers, operational requirements, restrictions without adopting its proposed rationing policy — Arbitrator's decision not completely removing respondent's ability to ration cars — Performance standards clause, force majeure clause both providing flexibility to respondent to adjust number of cars — Reasonable for arbitrator to consider these clauses as sufficient to account for respondent's obligations to other shippers, parties' operational requirements, restrictions — Helpful for arbitrators in future to specify more clearly what should be done to address extraordinary situations beyond formula provided in decision herein during periods of peak demand — Performance standard, force majeure clause adequate in this case — Fair reading of arbitration decision showing that arbitrator considered whether decision commercially fair, reasonable — Appeal allowed.

LOUIS DREYFUS COMMODITIES CANADA LTD. v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY (A-437-16, 2018 FCA 87, Near J.A., judgment dated May 4, 2018, 16 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Contrôles judiciaires d'un examen des risques avant renvoi (ERAR) défavorable effectué par un agent d'immigration principal (agent responsable de l'ERAR) aux termes de l'art. 112(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), et d'un refus effectué par un agent d'exécution de la loi au Canada (agent d'exécution de la loi) de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) d'accueillir la demande de la demanderesse, aux termes de l'art. 238(2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR) de retourner volontairement à Antigua-et-Barbuda — La demanderesse, une citoyenne d'Antigua, détenait également un passeport de la Chine; elle a demandé l'asile parce qu'elle craignait d'être renvoyée en Chine en raison d'allégations de fraude faites contre elle en Chine sur le fondement de la recommandation du procureur chinois de poursuivre la demanderesse — L'ASFC a demandé le renvoi de la demanderesse du Canada en raison d'une mesure de renvoi prise à son encontre — La demanderesse a acheté un billet d'avion pour retourner à Antigua — L'ASFC a rejeté la demande de la demanderesse de lui renvoyer son passeport et de l'autoriser à voyager, citant les art. 238(2)b) et c) du RIPR — Elle a décidé de renvoyer la demanderesse en Chine — L'agent responsable de l'ERAR a conclu notamment que les éléments de preuve étaient insuffisants pour établir que la demanderesse pourrait être la victime d'un verdict rendu à l'avance par un appareil judiciaire corrompu en Chine; que la demanderesse ne serait pas exposée à plus qu'une simple possibilité de persécution et qu'il était fort probable qu'elle ne serait pas exposée à un risque de torture, à une menace à sa vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités si elle retournait en Chine — Il s'agissait principalement de savoir si les décisions de l'agent responsable de l'ERAR et de l'agent d'exécution de la loi étaient raisonnables — La décision d'ERAR n'était pas raisonnable — Les éléments de preuve au dossier ne montraient pas clairement si la demanderesse a été accusée individuellement ou si elle faisait simplement l'objet d'une enquête — L'agent responsable de l'ERAR n'a pas relevé cette incohérence alléguée — Il était difficile de voir comment l'agent responsable de l'ERAR a conclu que les cours en Chine sont habituellement soucieuses de saisir une autorité judiciaire compétente indépendante, conformément aux procédures judiciaires établies — L'agent responsable de l'ERAR n'a pas tenu compte de la situation particulière de la demanderesse en tant qu'actionnaire et directrice des entreprises impliquées dans la fraude alléguée — Il était déraisonnable pour l'agent responsable de l'ERAR de conclure que la détention d'un autre intéressé accusé dans le même dossier ne s'était pas poursuivie indéfiniment et, par conséquent, que la demanderesse ne subirait pas une période de détention indéterminée similaire pendant que l'enquête était menée — Il n'existait pas de fondement à la conclusion de l'agent responsable de l'ERAR selon laquelle la force des procédures engagées par le procureur invalidait le risque de torture — La décision de renvoi volontaire a été jugée inéquitable sur le plan de la procédure; il a été conclu qu'elle n'était pas raisonnable, car elle manquait de justification, de transparence et d'intelligibilité — Le RIPR ne prévoit pas des exigences d'équité procédurale précises pour des décisions relatives à des demandes de renvoi volontaires — Le contenu du devoir d'équité est fondé sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 — Certains de ces facteurs semblent indiquer un haut degré d'équité procédurale tandis que d'autres proposent des protections à une partie inférieure de l'échelle — Globalement, la demanderesse devait bénéficier au moins du droit de connaître la preuve contre elle et de la possibilité de la réfuter — La demanderesse n'a pas bénéficié de ces protections — Outre la recommandation de poursuite des autorités chinoises, la demanderesse ne connaissait pas les arguments auxquels elle devait répondre étant donné que l'ASFC n'a pas divulgué d'information à ce sujet — Elle a donc été privée d'une possibilité de répondre à ces arguments — L'on s'attendrait à ce que l'ASFC fournisse au moins à la demanderesse un résumé ou décrive les éléments de preuve mis à la disposition de l'agent d'exécution et examinés par ce

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

dernier — L'agent d'exécution n'a pas répondu à la demande de divulgation de documents de la demanderesse — Le refus de l'agent d'exécution était fondé sur l'art. 238(2)c) du RIPR, selon lequel la demanderesse cherchait à échapper à des contraintes juridiques en Chine — Pour tirer la conclusion selon laquelle l'art. 238(2)c) s'appliquait dans la présente affaire, un fondement probatoire était nécessaire — Une question portant sur l'équité procédurale a été certifiée — Demandes accueillies.

YANG C. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ) (IMM-4026-17, IMM-4079-17, 2018 CF 496, juge Strickland, jugement en date du 9 mai 2018, 38 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision de la *Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)*, qui a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse contre une décision d'un agent d'immigration qui avait refusé une demande de résidence permanente présentée par la nièce de la demanderesse — L'appel à l'étude de la SAI était une nouvelle détermination rendue après qu'un appel à la SAI rejeté antérieurement a été infirmé par la C.F. (2016 CF 216) — La demanderesse, une citoyenne canadienne, a fait une demande pour parrainer sa nièce, laquelle est citoyenne de la Tanzanie, au titre de la catégorie du regroupement familial en application de l'art. 117(1)h) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR) — Dans la première décision de la SAI, le tribunal a rejeté la demande de parrainage, car les parents de la demanderesse étaient tous deux vivants — Le tribunal a ajouté qu'étant donné que les parents de la demanderesse pouvaient être parrainés, sa nièce est exclue de la catégorie du regroupement familial au titre de l'art. 117(1)h)(ii) du RIPR — Dans la décision faisant l'objet du contrôle, la SAI a conclu notamment que la demanderesse n'aurait probablement pas été admissible financièrement à parrainer le membre de sa famille l'année où elle a fait la demande pour parrainer sa nièce — Elle a conclu que si une demande visant à parrainer ses parents avait été présentée, et refusée, la demanderesse aurait pu interjeter appel à la SAI en application de l'art. 63(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — La SAI a conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau de prouver que la décision de l'agent n'était pas valide en droit — Il s'agissait de savoir si la SAI a raisonnablement interprété et appliqué la loi — La demanderesse a affirmé notamment que l'existence d'un droit d'interjeter appel à la SAI dans la LIPR ne crée aucune obligation d'interjeter appel; que la SAI n'a pas évalué son admissibilité financière, comme indiqué dans la première décision de la SAI; que les agents d'immigration, la SAI et la Cour ont mal interprété l'art. 117 du RIPR afin de créer une hiérarchie des membres de la parenté qui peuvent être parrainés, mais cette hiérarchie n'existe pas dans la législation — L'interprétation de la SAI du droit d'interjeter appel était raisonnable — Un appel est une autre manière ou un autre moyen par lequel une demande de parrainage rejetée peut être infirmée — L'interprétation de « pourrait par ailleurs parrainer » à l'art. 117(1)h)(ii) du RIPR appartient aux issues possibles acceptables se justifiant au regard des faits et du droit — En ce qui concerne l'interprétation de l'art. 117 du RIPR, l'art. 117(1)h) vise à permettre à un répondant de parrainer un membre de sa parenté (parent générique), quel que soit son âge — Si un ou plusieurs membres des parents énumérés à l'art. 117(1)h) du RIPR sont déjà citoyens canadiens, Indiens ou résidents permanents, aucun parent générique ne peut ensuite être parrainé en application de l'art. 117(1)h) — Cependant, aux termes de l'art. 117(1)h)(i) du RIPR, si tous les parents énumérés ne sont pas citoyens canadiens, Indiens ou résidents permanents, l'art. 117(1)h)(ii) entre en jeu — Il s'agissait de déterminer comment interpréter le mot « ou » figurant à la fin de l'art. 117(1)h)(i) (de la version anglaise) — Le sens ordinaire et grammatical de l'art. 117 signifie que les deux sous-alinéas s'appliquent aux parents énumérés — L'interprétation appropriée est de lire l'art. 117(1)h)(i) et l'art. 117(1)h)(ii) inclusivement comme « A ou B ou les deux » — Les mots « une personne susceptible de voir sa demande » à l'art. 117(1)h)(ii) s'appliquent à la mère ou au père du répondant — Ils précisent que si le répondant peut par ailleurs parrainer sa mère ou son père, un parent générique du répondant n'est alors pas un membre de la catégorie du regroupement familial — La hiérarchie à laquelle la demanderesse s'oppose fait partie intégrante de la législation — Demande rejetée¹.

¹ Note de l'arrêtiste : Une question a été certifiée dans le cadre de la présente affaire dans 2018 CF 1091 quant à savoir s'il est nécessaire de tenir compte du critère d'admissibilité financière énoncé à l'art. 133(1)j)(i)(B) du RIPR aux termes de l'art. 117(1)h) du RIPR et, dans l'affirmative, si l'existence du droit d'appel devant la SAI requiert que le répondant porte en appel le refus de la demande pour établir l'absence d'autres membres de sa famille pouvant être parrainés.

SENDWA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5367-16, 2018 CF 569, juge Elliott, jugement en date du 1^{er} juin 2018, 36 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Action de la demanderesse visant à recouvrer de l'argent que la défenderesse a reçu de l'un de ses clients pour le paiement d'un prêt garanti par une hypothèque — Le client, propriétaire d'une entreprise, a perçu la TPS, mais il ne l'a pas versée — La défenderesse a accordé au client une marge de crédit hypothécaire ainsi qu'un prêt hypothécaire garantis par sa maison — La défenderesse n'était pas au fait des dettes de TPS du client — Le client a par la suite vendu sa maison et a entièrement remboursé la dette en souffrance de la marge de crédit hypothécaire et du prêt hypothécaire — La défenderesse n'a pas exécuté sa garantie contre le client, et les garanties enregistrées sur la maison de ce dernier ont fait l'objet d'une mainlevée — L'Agence du revenu du Canada (ARC) a soumis à la défenderesse une demande de remboursement de la somme de 67 854 \$ en se fondant sur le mécanisme de fiducie réputée de l'art. 222 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (LTA) relativement à l'omission du client de verser la TPS — La défenderesse a refusé de payer le montant — Il s'agissait principalement de savoir si l'art. 222 imposait à la défenderesse l'obligation de rembourser le montant qu'elle avait reçu du client, si la défenderesse peut soutenir, dans sa défense, qu'elle est acquéreur de bonne foi et à titre onéreux de l'argent reçu du client, et si la défenderesse n'était plus un créancier garanti au moment où l'obligation de rembourser a été déclenchée — La défenderesse avait l'obligation statutaire de verser cet argent à la demanderesse — Les montants versés à la défenderesse par le client étaient un « produit » de la vente de son bien, qui faisait l'objet de la fiducie réputée — L'art. 222 de la LTA et l'art. 227 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR) sont semblables; ils établissent tous deux une fiducie réputée et définissent quels biens y sont assujettis — Ils créent tous deux une obligation (« obligation statutaire ») de verser le produit du bien détenu en fiducie au receveur général — Le terme « produit » est généralement compris dans un sens plus large ne se restreignant pas aux ventes forcées ou à l'exécution d'une garantie — Le passage « le produit découlant de ces biens est payé au receveur général » à l'art. 222(3) de la LTA englobe le produit découlant de la vente volontaire des biens du débiteur fiscal — Après une telle vente, un débiteur fiscal a l'obligation de verser le produit de la vente au receveur général — Si le débiteur fiscal omet de le faire et paie plutôt un créancier garanti, alors ce créancier a l'obligation de verser l'argent à la demanderesse — L'argent obtenu par le client en contrepartie du transfert de sa maison à un tiers constituait le « produit » du bien qui faisait l'objet de la fiducie réputée — Le client avait l'obligation de payer sa dette fiscale avec cet argent — La défense fondée sur la notion d'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux ne peut pas être invoquée par un créancier garanti dans le contexte de la fiducie réputée de la LTA et de la LIR — La Cour suprême a écarté cette possibilité dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720 — La Cour suprême n'a pas créé dans cette affaire une version statutaire de la défense de l'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux qui était entièrement indépendante de son pendant en equity — Il n'y a rien dans l'arrêt *First Vancouver* qui laisserait supposer que la Cour suprême s'appuyait sur quelque chose d'autre que le moyen de défense en equity — La défense de l'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux n'est pas limitée aux « acquéreurs » qui obtiennent un bien par l'intermédiaire d'un contrat de vente — Les modifications de 1998 et de 2000 aux dispositions sur les fiducies réputées de la LIR et de la LTA reposent sur la prémisse qu'un créancier garanti ne peut pas invoquer la défense fondée sur la notion d'acquéreur de bonne foi et à titre onéreux lorsqu'il exécute sa garantie ou reçoit un paiement de son débiteur — Si le recours à cette défense était possible, les créanciers garantis seraient presque toujours en mesure de l'invoquer pour contrecarrer le mécanisme de la fiducie réputée — La plupart du temps, les créanciers ne sont pas au fait de l'existence d'une dette fiscale lorsqu'ils reçoivent un paiement — Le fait que le client a payé de façon volontaire sa dette à la défenderesse, plutôt que la défenderesse ait exécuté sa garantie, n'était pas pertinent — Les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *First Vancouver* concernant les événements déterminants s'appliquent à la fiducie réputée et à l'obligation statutaire imposée aux tiers qui reçoivent le « produit » du bien détenu en fiducie — L'obligation statutaire est inextricablement liée à la fiducie réputée — Rien dans le libellé de l'art. 222 de la LTA n'appuie une telle distinction — La perte de la défenderesse dans la présente affaire était le résultat de la mise en œuvre de règles établissant les priorités parmi des créanciers, et non pas le résultat de la tentative d'un créancier d'exproprier un autre créancier — Demande accueillie.

CANADA C. BANQUE TORONTO-DOMINION (T-1834-15, 2018 CF 538, juge Grammond, jugement en date du 25 mai 2018, 27 p.)

FORCES ARMÉES

Contrôle judiciaire de la décision de l'autorité compétente pour réviser le verdict des Forces canadiennes, qui a déterminé que le verdict de culpabilité prononcé contre le demandeur était approprié et que la sentence était juste et justifiée — À la suite d'un procès sommaire, il a été déterminé que le demandeur s'était absenté sans permission, en violation de l'art. 90 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (LDN), et le demandeur a été condamné à une amende de 1 000 \$ — Le demandeur a fait valoir notamment que la procédure de procès par voie sommaire des Forces canadiennes est inconstitutionnelle dans le sens

FORCES ARMÉES—Fin

où elle viole les droits des membres aux termes des art. 7, 11d) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — De l'avis de l'autorité compétente pour réviser le verdict, notamment, le demandeur avait démontré une compréhension claire de la nature et de l'objet de la procédure et il n'avait pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à l'officier président de conclure qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il était inapte à subir son procès ou qu'il souffrait de troubles mentaux au moment de l'infraction — Il s'agissait principalement de savoir si la décision de l'autorité compétente pour réviser le verdict était raisonnable et si la procédure de procès sommaire des Forces canadiennes est inconstitutionnelle — L'autorité compétente pour réviser le verdict a décidé de façon raisonnable que le demandeur ne souffrait pas d'un trouble mental au moment de l'infraction, particulièrement à la lumière de l'art. 202.13(1) de la LDN — Rien ne prouvait que le demandeur était inapte à subir son procès au sens de l'art. 2(1) ou de l'art. 163(1)e) de la LDN — L'art. 163(1)e) fixe un seuil inférieur à la norme de la prépondérance des probabilités prévue à l'art. 202.13(1) — Bien que le libellé « incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais » ne figure pas à l'art. 163(1)e), il fournit un contexte pour l'interprétation du terme « troubles mentaux » dans la Loi et renforce la norme de la décision raisonnable de la décision de l'autorité compétente pour réviser le verdict — La définition de « maladie mentale » énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Cooper c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 1149, est pour ainsi dire identique à celle qui figure dans le manuel *Justice militaire au procès sommaire*, version 2.2 — Le concept de « maladie mentale » est un concept juridique, et non médical — Le diagnostic de contraintes à l'emploi pour raisons médicales (CERM) du demandeur ne donnait pas automatiquement lieu à une conclusion de fait selon laquelle il souffrait de troubles mentaux au moment de l'infraction — La perturbation doit être telle que l'accusé était incapable de juger la nature et la qualité de l'acte ou de savoir qu'il était mauvais au sens de l'art. 202.13(1) — Le simple fait de savoir que le demandeur avait une CERM permanente était insuffisant — Les droits du demandeur en vertu de la *Charte* n'ont pas été violés — Le dossier ne contenait pas d'avis de question constitutionnelle comme le prévoit l'art. 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — L'obligation de signifier un avis ne s'applique pas si une question constitutionnelle est soulevée devant un tribunal militaire, mais la Cour fédérale n'est pas un tribunal militaire au sens de la LDN, et il est obligatoire de présenter un avis pour les procédures qui visent à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale devant cette Cour — Les observations du demandeur sur l'inconstitutionnalité du processus de procès sommaire des Forces canadiennes n'ont pas été prises en considération — De plus, et en tous les cas, le demandeur n'a pas produit de dossier de preuve en bonne et due forme pour démontrer que le processus porte atteinte aux droits garantis par la Charte de tout membre des Forces canadiennes, autre que lui-même — Le demandeur n'a établi ni les faits en litige ni les faits législatifs nécessaires pour justifier une contestation de la constitutionnalité du régime de procès sommaire — Il n'a même pas établi que ses propres droits garantis par la Charte étaient en cause — L'amende ne portait aucunement atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, et elle ne dépassait pas le seuil élevé requis pour qualifier une peine de cruelle et d'inusitée — Demande rejetée.

THURROTT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1546-17, 2018 CF 577, juge Boswell, jugement en date du 4 juin 2018, 26 p.)

FONCTION PUBLIQUE**FIN D'EMPLOI**

Contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil (GEC), promulguée par le décret CP 2017-456 et portant révocation motivée du demandeur en tant que membre du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) — Le demandeur a été nommé au poste de conseiller du CRTC pour la région de l'Ontario en juin 2013 — La première révocation motivée du demandeur a été prononcée le 23 juin 2016 — La Cour dans la décision *Shoan c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 426 (décision 2017 CF 426) a conclu qu'il était impossible d'établir si le GEC avait fait preuve d'une équité procédurale suffisante envers le demandeur avant de le révoquer une première fois — La décision du GEC a été annulée et le demandeur a été rétabli dans ses fonctions — Le GEC a prononcé pour la deuxième fois la révocation motivée du demandeur notamment pour des échanges inappropriés avec des parties intéressées aux décisions du CRTC, le refus du demandeur de respecter les processus et les pratiques internes établis par le CRTC, ainsi que ses déclarations publiques négatives concernant cet organisme — Le GEC a conclu que ces actions étaient fondamentalement incompatibles avec les fonctions du demandeur — Il s'agissait principalement de savoir si le processus adopté par le GEC pour révoquer le demandeur une deuxième fois était contraire à l'obligation d'équité de ce dernier envers lui; si la décision du GEC était déraisonnable — La démarche adoptée par le GEC dans son nouvel examen était conforme à l'équité procédurale et raisonnable — Il ressortait clairement de la décision 2017 CF 426 que le GEC n'était pas obligé de mettre de côté l'intégralité du processus qui avait mené à la première révocation, ni de permettre ou d'exiger nécessairement la présentation d'observations supplémentaires, écrites ou orales — La Cour s'en est remise au GEC pour déterminer la meilleure manière d'effectuer le nouvel examen, tout en lui offrant des conclusions et

FONCTION PUBLIQUE—Fin

des observations qu'il pourrait valablement prendre en considération — Le GEC ne s'est pas comporté de manière contraire à l'équité procédurale ou déraisonnable en tenant compte des constatations et conclusions de la décision 2017 CF 426 aux fins de ce nouvel examen, même si certaines de ces constatations et conclusions relevaient de l'opinion incidente — Le GEC n'était pas obligé d'écarter les conclusions et observations parce qu'elles étaient des opinions incidentes — Le GEC a agi équitablement et raisonnablement en faisant comprendre sans ambiguïté qu'il décidait de révoquer le demandeur après réexamen des motifs acceptables — Le demandeur a reçu notification complète de ces motifs acceptables — Il y a donné une réponse également complète dans ses observations écrites, où l'on ne trouve pas trace de certaines des objections qu'il soulève dans la présente affaire — Le demandeur avait reçu une notification satisfaisante et bénéficié de la possibilité de se faire entendre à l'égard des motifs qui ont fondé la deuxième révocation — La question en litige devant la Cour dans la présente demande était celle de savoir si le GEC a agi de manière raisonnable et conforme à l'équité procédurale en prononçant la deuxième révocation après avoir pris acte de l'analyse et des conclusions dans la décision 2017 CF 426, retranché les motifs inacceptables, et retenu les motifs acceptables au soutien de sa décision, sans recommencer tout le processus depuis le début, ou sans offrir au demandeur la possibilité de présenter des observations supplémentaires ou lui accorder un entretien en personne pour exposer oralement sa position — Il n'était ni contraire à l'équité procédurale ni déraisonnable de la part du GEC d'adopter cette manière de procéder — Il était raisonnable de la part du GEC d'interpréter les déclarations publiques du demandeur comme des contestations de l'intégrité du CRTC et de son président — Le demandeur n'a pas été victime d'un déni d'équité procédurale du fait qu'on ne lui eût pas accordé d'entretien en personne avant de rendre la décision de le révoquer une deuxième fois — Il ressort clairement que le GEC estimait que la conduite du demandeur représentait un danger notable pour la réputation et l'intégrité du CRTC — Le législateur a conféré au CRTC un large pouvoir discrétionnaire concernant la révocation motivée de ses conseillers — Le GEC a droit à une considérable retenue judiciaire sur ces questions — En conclusion, le demandeur a mal interprété la décision 2017 CF 426 et s'est mépris sur les conditions que le GEC devait remplir dans le nouvel examen de son cas — Le demandeur a essayé d'établir le caractère inéquitable et déraisonnable du processus de nouvel examen au moyen d'arguments qui n'étaient pas pertinents quant à ce processus — Les motifs sur lesquels le GEC s'est fondé constituaient un fondement raisonnable de la révocation du demandeur — Demande rejetée.

SHOAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-796-17, 2018 CF 476, juge Russell, jugement en date du 7 mai 2018, 84 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

COTISATION ET NOUVELLE COTISATION

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2017 CCI 84) confirmant les nouvelles cotisations établies par la ministre du Revenu national (la ministre) en vertu de la règle générale anti-évitement énoncée à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 à l'égard des années d'imposition 2005, 2006 et 2007 de l'appelante — La C.C.I. a conclu que la série d'opérations ayant permis de transformer les dividendes reçus par la Fiducie Satoma en montants libérés d'impôt sans qu'aucun impôt ne soit acquitté, a donné lieu à un abus des dispositions ayant permis d'atteindre cet objectif, plus particulièrement les art. 75(2) et 112(1) de la Loi — M. Pilon, qui était un actionnaire de Gennium produits pharmaceutiques inc. (Gennium), cherchait à accroître ses activités commerciales — Il a fait en sorte que Gennium demeure distincte de toute entité juridique impliquée dans ce projet en établissant une fiducie (la Fiducie Satoma) avec droit de retour ainsi que le prévoit l'art. 75(2) de la Loi — 9134-1024 Québec Inc. (9134) a été désignée bénéficiaire de la Fiducie Satoma — La Fiducie Satoma a ensuite utilisé la somme donnée pour acheter des actions du capital-actions de 9163-9683 Québec Inc. (9163) — Cette transaction a donné ouverture à la possibilité que ces actions reviennent à 9134 de sorte que tout revenu susceptible d'en être dérivé, y compris les revenus de dividendes, serait attribuable à 9134 — Une série d'opérations a été exécutée, ce qui a permis à 9134 de se prévaloir de la déduction pour dividendes intersociétés prévue à l'art. 112(1) de la Loi — La C.C.I. a conclu notamment que l'application de la règle d'attribution prévue à l'art. 75(2) de la Loi a eu pour effet de soustraire la Fiducie Satoma et ses bénéficiaires de toute responsabilité fiscale à l'égard des dividendes imposables reçus, peu importe l'usage qui en soit fait — Elle a conclu que l'art. 75(2) (qui énonce une règle anti-évitement) et l'art. 112(1) (qui empêche la double imposition) avaient tous deux été contrecarrés en l'espèce — Leur utilisation combinée a permis au surplus de Gennium de passer à la Fiducie Satoma sans que ses bénéficiaires soient assujettis à l'impôt, ce qui était contraire à l'objet des deux dispositions — Il s'agissait principalement de savoir si la C.C.I. a à tort conclu à l'existence d'un avantage fiscal même si la fiducie n'avait pas encore procédé à une distribution en franchise d'impôt; et s'il y a eu abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir un avantage fiscal — L'appelante n'a pas démontré que la C.C.I. a commis une erreur en concluant qu'elle avait obtenu un avantage fiscal — Elle a obtenu un avantage fiscal dès lors que la règle d'attribution prévue à l'art. 75(2) est devenue applicable — La suggestion selon laquelle aucun avantage fiscal ne peut survenir avant la distribution en

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

franchise d'impôt aux bénéficiaires qui sont des particuliers fait abstraction du fait que les nouvelles cotisations ont été émises à l'encontre de la Fiducie Satoma — Le jeu des art. 75(2) et 112(1) a donné lieu à un abus — Il y a eu abus dès lors que la déduction optionnelle prévue à l'art. 112(1) a été invoquée — L'art. 75(2) est une disposition anti-évitement conçue pour empêcher le fractionnement du revenu — L'objet et l'esprit de l'art. 112(1) consistent à permettre le transfert en franchise d'impôt de dividendes au sein de certains groupes de sociétés, sous réserve d'une imposition éventuelle, lorsque les dividendes sont versés aux récipiendaires ultimes — Cet objet a été contrecarré, car les dividendes peuvent maintenant être transférés aux bénéficiaires sans imposition — L'art. 104(2), aux termes duquel une fiducie est réputée être un particulier aux fins du calcul de son revenu, n'est pas intervenu — L'art. 104(13)a), suivant lequel les montants distribués par une fiducie doivent être inclus dans le revenu des bénéficiaires dans la mesure où ces montants « représenterai[ent] » un revenu entre les mains de la Fiducie, a aussi été contrecarré — C'est à bon droit que la C.C.I. a rejeté l'argument selon lequel le même résultat aurait pu être obtenu et conclu que la ministre a réussi à établir l'existence d'un abus — Appel rejeté.

FIDUCIE FINANCIÈRE SATOMA C. CANADA (A-189-17, 2018 CAF 74, juge en chef Noël, jugement en date du 10 avril 2018, 19 p.)

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2016 CCI 238) de rejeter l'appel interjeté par l'appelante contre les cotisations ou les nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 2002 à 2006, dans lesquelles a été établi un impôt à payer au titre de la partie XII.6 sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR) en ce qui concerne certains montants auxquels l'appelante a indiqué avoir renoncé en faveur de particuliers ayant un lien de dépendance avec elle — Des frais d'exploration au Canada (FEC), une expression définie à l'art. 66.1(6) de la LIR, ont été engagés afin de déterminer l'existence, l'emplacement, la quantité ou la qualité de ressources naturelles — Les FEC engagés au cours de l'année ont été ajoutés aux frais cumulatifs d'exploration au Canada (FCEC) — Le solde des FCEC à la fin de l'année est déductible ainsi que le prévoient les art. 66.1(2) et (3) de la LIR — L'art. 66(12.6) de la LIR permet à une société exploitant une entreprise principale de renoncer en faveur des titulaires d'actions accréditives à certains montants inclus dans les FEC qui ont été engagés par la société — Les FEC auxquels il est renoncé en faveur d'un actionnaire sont réputés être des FEC de cette personne — Ainsi, l'actionnaire peut ajouter les FEC à son compte de FCEC et déduire les montants compte tenu du solde des FCEC — En vertu de l'art. 66(12.66) de la LIR, la société est réputée avoir engagé certains FEC (ainsi qu'il est prévu à l'art. 66(12.66b) de la LIR) avant d'avoir effectivement engagé ces FEC — La société et la personne en faveur de qui il a été renoncé aux frais ne doivent avoir aucun lien de dépendance tout au long de l'année pertinente — L'impôt à payer aux termes de la partie XII.6 est calculé selon la formule énoncée à l'art. 211.91(1) de la LIR — L'appelante ignorait que, pour se prévaloir de l'art. 66(12.66), la personne en faveur de qui la société a renoncé aux FEC en application de l'art. 66(12.6) devait être une personne sans lien de dépendance avec elle — Elle n'a produit aucun état en relation avec l'impôt de la partie XII.6 — Une vérification a révélé qu'il avait été renoncé à des montants considérables de FEC en faveur d'actionnaires avec qui l'appelante avait un lien de dépendance — La C.C.I. a conclu que la partie XII.6 assujettissait l'appelante à un impôt bien qu'il ne soit pas permis aux actionnaires ayant un lien de dépendance avec elle de demander la déduction, dans l'année précédente, des FEC auxquels l'appelante était censée avoir renoncé en vertu de l'art. 66(12.6) par l'effet de l'art. 66(12.66) — Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a correctement interprété l'expression « censément renoncé » au sens de l'art. 211.91 de la LIR — La C.C.I. a correctement interprété l'expression « censément renoncé » — Le renvoi à « censément renoncé » à l'art. 66(12.73) de la LIR est un renvoi au montant auquel la société a indiqué avoir renoncé et donc au montant auquel elle a prétendu avoir renoncé — Cela inclurait les montants auxquels il a été renoncé en toute validité et les montants auxquels l'appelante ne pouvait renoncer au motif qu'il n'était pas satisfait aux conditions énoncées à l'art. 66(12.66) de la LIR — Étant donné que l'art. 66(12.73) renvoie et au montant auquel la société a « censément renoncé » et au montant auquel la société « pouvait renoncer », les montants auxquels cette société a « censément renoncé » ne peuvent être restreints aux seuls montants auxquels elle « pouvait renoncer » — Le législateur ayant choisi d'utiliser deux expressions différentes, il ne souhaitait pas que les deux expressions soient synonymes — Aucun changement apporté aux montants auxquels il a été renoncé ainsi qu'il est indiqué dans l'état présenté au ministre du Revenu national en vertu de l'art. 66(12.73) de la LIR n'a d'incidence sur l'impôt à payer sous le régime de la partie XII.6 — Le calcul du montant ainsi que le prévoit l'art. 211.91(1) sur le fondement du taux d'intérêt prescrit ne constitue pas un calcul des frais d'intérêt découlant du fait que les actionnaires sont autorisés à déduire des FEC dans l'année qui précède celle dans laquelle ils seraient par ailleurs autorisés à déduire ces FEC — Les frais d'intérêt calculés pour chaque contribuable ne changent pas selon le mois dans lequel les FEC sont effectivement engagés — L'impôt de la partie XII.6 ne constitue pas un calcul direct de ces frais d'intérêt — Rien n'indique que le législateur souhaitait remettre les parties dans la même position qu'elles auraient été s'il n'y avait eu aucune renonciation en faveur d'actionnaires ayant un lien de dépendance avec la société — La possibilité d'une double imposition dans la présente affaire pourrait être atténuée si l'appelante pouvait tirer parti de la déduction dans le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

calcul de son revenu pour l'année pertinente prévue à l'art. 20(1)(nn) de la LIR pour tout impôt de la partie XII.6 payé relativement à l'année en question — Le législateur souhaitait que la renonciation censément faite s'entende aussi de la renonciation que la société soutenait faire en vertu de l'art. 66(12.6) par l'effet de l'art. 66(12.66) en faveur d'actionnaires qui avaient un lien de dépendance avec elle — Le sens attribué à l'expression « censément renoncé » à l'art. 211.91(1) est identique à celui qui est attribué à la même expression qui figure dans la définition de « conséquence fiscale future déterminée » à l'art. 248(1) de la LIR — Appel rejeté.

TUSK EXPLORATION LTD. C. CANADA (A-439-16, 2018 CAF 121, juge Webb, J.C.A., jugement en date du 22 juin 2018, 23 p.)

PRATIQUE

Requête pour l'obtention d'une autorisation judiciaire à l'égard d'une demande péremptoire adressée à la défenderesse, présentée en vertu de l'art. 231.2 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (LIR) et de l'art. 289 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (LTA) — La défenderesse était une tierce partie et elle n'était pas un contribuable à qui on demandait des renseignements pertinents relativement à la LIR — Les personnes sur qui la demanderesse voulait recevoir de l'information détenue par la défenderesse étaient des personnes non désignées nommément et des clients commerciaux — La demanderesse a prétendu qu'il s'agissait d'un groupe identifiable dans la mesure où étaient éliminés les grands utilisateurs d'électricité et les utilisateurs au tarif domestique — Elle a vu dans l'art. 231.2(3) de la LIR un pouvoir pratiquement illimité d'obtenir de l'information de tiers pour son utilisation à ses propres fins — Elle a prétendu qu'une fois les conditions de l'art. 231.2(3) remplies, la Cour devait accorder l'autorisation demandée — Elle a expliqué que, du fait que le groupe était formé de personnes morales ou physiques qui n'étaient pas assujetties au tarif grande puissance ou au tarif domestique, la définition de ce groupe était suffisamment circonscrite pour respecter l'économie de la LIR et de la LTA — Il s'agissait de savoir si une autorisation judiciaire devrait être accordée alors que la demande de renseignements pourrait être pratiquement sans limite selon l'utilisation qu'a faite la demanderesse des art. 231.2(2) et (3) — La demanderesse a voulu trop en faire avec le texte par ailleurs imprécis de l'art. 231.2 — L'information recherchée ne permettait pas de vérifier en soi le respect de la LIR — L'utilisation agressive qui était préconisée par la demanderesse n'était pas conforme à l'intention du législateur — L'interprétation de dispositions comme l'art. 231.2 doit être stricte — Le législateur a prévu une intervention judiciaire dans le cas où la demande est faite à une tierce partie au sujet de personnes non désignées nommément — La Cour recherche en fin de compte à voir si le droit de l'État est supérieur à celui des particuliers de ne pas être importuné par le gouvernement — La Cour a procédé à un examen de la jurisprudence antérieure sur la portée de l'art. 231.2(3) — L'autorisation demandée ici était relative à un groupe informe et les renseignements demandés n'avaient rien à voir avec la situation fiscale — Des recherches à l'aveuglette tous azimuts ne devraient pas être permises sur autorisation judiciaire — La demande péremptoire doit avoir des limites — C'est l'évidence même à l'examen du contexte où se situent les art. 231.2 (2) et (3) que le législateur a voulu limiter la portée des pouvoirs de la demanderesse — Le législateur recherche une certaine précision si une demande est relative à des personnes qui ne sont pas identifiées nommément — La demande péremptoire doit être pour l'application ou l'exécution de la LIR — Ainsi, le groupe doit être identifiable (en anglais, « group is ascertainable ») en fonction de l'application et l'exécution de la LIR — En l'espèce, il n'y avait encore eu aucune vérification de bonne foi — Le groupe n'était pas identifiable au sens où la LIR l'entend — Les dénonciations dans la présente affaire n'indiquaient en aucune manière comment la désignation de « client commercial » est attribuée — L'art. 231.2(3) exige que le juge soit convaincu que le groupe est identifiable — La deuxième condition prise isolément, celle de l'art. 231.2(3)b), n'a pas été remplie — La connaissance de qui a un compte commercial auprès de la défenderesse ne satisfaisait pas à la nécessité d'un lien plus direct entre les renseignements et documents et le respect de la LIR — La demanderesse a tenté de stériliser l'art. 231.2(3) en l'interprétant comme permettant la demande de toute information quant à n'importe quel regroupement — Selon la logique suivie par la demanderesse, on ne voit pas pourquoi le « groupe identifiable » ne serait pas les consommateurs d'électricité, tous les consommateurs d'électricité — Si telle est la portée de l'art. 231.2(3), l'intervention judiciaire est requise pour éviter une telle intrusion dans la vie privée d'un grand nombre de personnes au Québec — Une certaine forme de recherche à l'aveuglette peut être permise, mais l'autorisation judiciaire est là pour limiter et baliser — Ce que la demanderesse recherchait est une interprétation des conditions de l'art. 231.2(3) qui deviennent inexistantes — Les circonstances de cette affaire requéraient que la surveillance judiciaire nécessaire soit exercée pour éviter les atteintes indues à la vie privée d'un grand nombre de personnes — La Cour a refusé d'autoriser les demandes de renseignements — Requête rejetée.

CANADA (REVENU NATIONAL) C. HYDRO-QUÉBEC (T-1838-17, 2018 CF 622, juge Roy, ordonnance en date du 15 juin 2018, 60 p.)

PRATIQUE

L'appelante dans les actions sous-jacentes a porté en appel le jugement de la Cour fédérale (C.F.) qui a rejeté son action en contrefaçon de brevet (2017 CF 6) et l'ordonnance de la C.F. qui a rejeté sa requête visant à modifier une ordonnance de confidentialité (2018 CF 355) — Dans les requêtes présentées à la Cour dans la présente affaire, l'appelante a demandé l'autorisation de présenter un nouveau moyen (assistance non effective de l'avocat plaidant) dans son appel du rejet de son action en contrefaçon de brevet; l'ancien avocat de l'appelante a demandé l'autorisation d'intervenir pour s'opposer à la requête de l'appelante; l'intimée a demandé qu'une ordonnance soit rendue pour le paiement d'un cautionnement par l'appelante concernant les dépens imposés par la C.F. — L'« assistance non effective de l'avocat » est un moyen d'appel souvent invoqué dans le cadre d'appels de condamnations au criminel — Un avis d'appel peut être modifié en application de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Il s'agissait de savoir si le moyen d'assistance non effective de l'avocat pourrait être accueilli au vu des documents dont disposait la Cour dans cette requête et des considérations d'équité, de célérité et d'économie — Les considérations entourant le moyen de l'assistance non effective de l'avocat en contexte pénal s'appliquent tout autant en contexte civil — Les instances civiles comportent des considérations spécifiques supplémentaires — Ce moyen échoue souvent dans des instances civiles — Pour satisfaire au critère de « très rares cas » en matière civile, un appelant doit démontrer un intérêt exceptionnellement particulier ou une situation véritablement extraordinaire, par exemple le cas où les clients lésés sont des personnes vulnérables, ou lorsqu'il y a une conduite équivalente à une fraude — La jurisprudence en matière pénale donne à penser qu'un conflit d'intérêts peut être invoqué au soutien du moyen d'assistance non effective de l'avocat — Dans l'arrêt *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, la Cour suprême du Canada a adopté le critère à appliquer dans le cadre de l'évaluation postérieure à un jugement dans les cas où l'assistance non effective de l'avocat est soulevée pour la première fois en appel — L'appelant doit démontrer plus qu'une possibilité de conflit d'intérêts; il doit faire la preuve du conflit d'intérêts et de son incidence négative sur la façon dont l'avocat qui le représentait s'est acquitté de sa tâche — L'existence d'un « risque sérieux » n'est pas suffisante — Si l'appelant peut prouver l'existence d'un conflit d'intérêts ayant nui au ministère exercé par l'avocat en son nom, il importe peu de savoir si le conflit a eu ou non une incidence sur l'issue du procès — Le conflit en soi fournit l'élément de l'« erreur judiciaire » nécessaire pour que le moyen soit retenu — D'après le dossier présenté à l'appui de la présente requête, ce ne serait que pure conjecture de sauter à la conclusion que l'avocat de l'appelante était réellement en conflit d'intérêts et que ce conflit a eu une incidence négative sur la façon dont ce dernier a occupé pour elle — La preuve était insuffisante pour conclure que le moyen d'assistance non effective de l'avocat pourrait être retenu — Rien ne permettait de présumer que l'avocat avait un motif pour défendre tièdement la cause de l'appelante — Il n'existait pas de risque sérieux d'incidence négative réelle et appréciable sur la représentation de l'appelante — Il existe une « forte présomption » que la conduite des avocats se situe à l'intérieur « du large éventail » de « l'assistance professionnelle raisonnable » — Le moyen d'appel proposé n'était pas défendable — L'autorisation de modifier l'avis d'appel a été refusée — La requête de l'appelante a été rejetée; la requête de l'ancien avocat a été rejetée en raison de son caractère théorique; la requête de l'intimée a été accueillie en partie.

MEDIATUBE CORP. C. BELL CANADA (A-112-18, A-35-17, 2018 CAF 127, juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 28 juin 2018, 28 p.)

ORDONNANCES CONSERVATOIRES

Motifs de l'ordonnance rejetant la requête de la défenderesse en vue d'obtenir une ordonnance conservatoire — Les parties à l'action sous-jacente en contrefaçon de brevet étaient sur le point d'entreprendre le processus de communication préalable de documents et d'interrogatoire préalable oral — Elles ont reconnu que les informations en cause contenaient des renseignements confidentiels ou sensibles sur le plan commercial — Les parties ont négocié et se sont entendues notamment sur les conditions régissant la manière dont elles désigneraient ces renseignements et à qui ils pourraient être communiqués — La défenderesse a dit être d'avis que cette mesure ne serait pas suffisante pour protéger ses droits — Elle a soutenu qu'elle respectait tous les critères antérieurement établis par la jurisprudence en lien avec la délivrance d'une ordonnance conservatoire et qu'il ne devrait pas y avoir d'autres exigences pour montrer l'existence de circonstances inusitées — Elle a contesté la conclusion tirée dans l'affaire *Live Face on Web LLC c. Soldan Fence and Metals (2009) Ltd.*, 2017 CF 858, à savoir que le fait de se fonder sur l'engagement implicite ainsi que sur des ententes privées procure une protection suffisante — L'analyse de la jurisprudence de la Cour en l'espèce a montré que la pratique consistant à rendre systématiquement des ordonnances conservatoires a pris naissance à une époque où l'applicabilité de la règle de l'engagement implicite et ses contours étaient encore mal définis — L'existence d'une pratique bien ancrée et de longue date ne constitue pas une règle de droit que la Cour est tenue de suivre — Il s'agissait de savoir s'il était nécessaire de rendre une ordonnance conservatoire dans la présente affaire — L'ordonnance conservatoire n'était pas nécessaire en l'espèce — Il est clair que les ordonnances conservatoires s'appliquent à des tiers — Le manque de jurisprudence reflète peut-être tout simplement le caractère évident de ce principe — Il serait impensable que des tiers agissant

PRATIQUE—Fin

comme des mandataires des parties ne soient pas liés par la même obligation que leur mandant — Soutenir le contraire reviendrait à admettre que la protection importante que l'engagement implicite est censé accorder pourrait être contrecarrée et rendue inopérante par le simple fait d'autoriser une partie à agir par l'entremise d'un mandataire — Sauf s'il existe des circonstances qui établissent un risque réel d'emploi non autorisé, il n'est nul besoin de rendre une ordonnance conservatoire explicite pour mettre en garde les parties étrangères à l'instance contre tout manquement à la règle de l'engagement implicite — La Cour n'était pas persuadée que la délivrance d'une ordonnance conservatoire offre un avantage pour ce qui est de garantir son exécution à l'encontre de personnes situées en dehors de la juridiction de la Cour — Le fait que la règle de l'engagement implicite n'est pas codifiée dans les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 n'en rend pas la portée incertaine — Les parties sont en mesure de clarifier tout aspect de la règle jugée incertaine ou ambiguë au moyen d'une entente explicite entre elles — Elles sont libres d'imposer des limites au nombre ou aux catégories de personnes qui peuvent avoir accès à des renseignements désignés en recourant à des engagements supplémentaires — Laisser entendre qu'un nombre « potentiellement illimité » de personnes pourraient avoir besoin de recevoir des renseignements fournis au stade de la communication préalable aux fins de l'action revient à dénaturer l'utilisation appropriée de ces renseignements — La règle de l'engagement implicite a évolué au fil des ans au point de devenir un code jurisprudentiel clairement reconnu, bien établi et exhaustif — Il y a lieu de faire preuve de prudence en invoquant des affaires qui ont été tranchées avant l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, de la Cour suprême — Il est peu souhaitable de rendre une ordonnance conservatoire car celle-ci tend à déprécier l'engagement implicite, risque de mener à une utilisation abusive ou à une mauvaise compréhension des obligations auxquelles les parties sont assujetties en vertu de l'engagement implicite, et utilise inutilement le temps et les ressources de la Cour — Requête rejetée.

SEEDLINGS LIFE SCIENCE VENTURES LLC C. PFIZER CANADA INC. (T-608-17, 2018 CF 443, protonotaire Tabib, motifs de l'ordonnance en date du 24 avril 2018, 34 p.)

TRANSPORTS

Appel d'un jugement de la Cour fédérale (C.F.) (2016 CF 1190), qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à l'encontre de la sentence d'un arbitre concernant un contrat sur le niveau de services entre l'appelante et l'intimée — L'appelante, qui expédie des grains, et l'intimée, n'ont pas réussi à s'entendre sur les modalités du contrat pour la campagne agricole 2015-2016 — L'arbitre a imposé des conditions, y compris l'approvisionnement futur en wagons pour les besoins continus de l'appelante en matière de transport de grains, une norme de rendement et une clause de force majeure — L'arbitre a conclu notamment que la possibilité pour l'intimée de rationner les wagons qu'elle fournit à ses clients pendant les périodes de pointe ne constitue pas un élément obligatoire d'un contrat sur le niveau de services — La C.F. a conclu que l'arbitre avait fait fi de certaines prescriptions de la loi, faisant abstraction des obligations de l'intimée envers les autres expéditeurs et de ses restrictions en matière d'exploitation — La question au cœur du présent appel était celle de savoir s'il était raisonnable pour l'arbitre de ne pas inclure dans le contrat sur le niveau de services la clause sur le rationnement proposée par l'intimée — Les art. 169.37 et 169.38(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 exigent que l'arbitre examine chacun des facteurs énoncés à l'art. 169.37, et élabore un contrat qui est commercialement équitable et raisonnable pour les parties — L'arbitre a tenu compte des obligations de l'intimée envers les autres expéditeurs (art. 169.37d) de la Loi) et des besoins et des contraintes des deux parties en matière d'exploitation (art. 169.37f) de la Loi) — Rien dans la partie IV de la Loi n'oblige l'arbitre à retenir la clause sur le rationnement proposée par l'intimée — Il était raisonnable pour l'arbitre de tenir compte des obligations de l'intimée envers les autres expéditeurs, ainsi que des besoins et des contraintes en matière d'exploitation sans retenir la clause sur le rationnement qu'elle proposait — La sentence de l'arbitre n'a pas eu pour effet de priver totalement l'intimée de sa capacité de rationner le nombre de wagons — La clause relative à la norme de rendement et la clause de force majeure offrent toutes les deux à l'intimée la flexibilité nécessaire pour qu'elle puisse ajuster le nombre de wagons — Il était raisonnable de la part de l'arbitre de les estimer suffisantes eu égard aux obligations de l'intimée envers les autres expéditeurs ainsi qu'aux besoins et aux contraintes des parties en matière d'exploitation — Il pourrait être utile à l'avenir que les arbitres précisent davantage ce qu'il convient de faire dans les situations extraordinaires, durant ces périodes de pointe, au-delà de la formule prévue dans la sentence — La clause relative à la norme de rendement et la clause de force majeure sont adéquates en l'espèce — Une lecture objective de la sentence démontre que l'arbitre a examiné la question de savoir si la décision était commercialement équitable et raisonnable — Appel accueilli.

LOUIS DREYFUS COMMODITIES CANADA LTD. C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (A-437-16, 2018 CAF 87, juge Near, J.C.A., jugement en date du 4 mai 2018, 16 p.)