



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 1, Part 2

2020, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2020] 1 F.C.R., {²⁷³⁻⁵⁴⁵
D1-D6

Renvoi [2020] 1 R.C.F., {²⁷³⁻⁵⁴⁵
F1-F7

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

Production Coordinator

EMMA KALY

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, 2020.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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, 2020.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

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	273–545
Digests.	D-1–D-6

Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 273

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Jurisprudential guides—Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board of Canada (Board) Chairperson to designate Board decisions as jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals—Jurisprudential guides enacted pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 159(1)(h)—Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds—Main issues whether Chairperson having authority to identify jurisprudential guides on questions of fact; whether impugned jurisprudential guides unlawfully fettering Board members' discretion, improperly interfering with adjudicative independence; whether jurisprudential guides unfairly enhancing burden of proof for applicants; whether Chairperson required to engage in external consultation before identifying decisions in question as jurisprudential guides—Not unreasonable for Chairperson to implicitly interpret s. 159(1)(h) as conferring upon him authority to issue jurisprudential guides in respect of factual issues—Identification of decisions in question as jurisprudential guides not *ultra vires*—Decision to identify jurisprudential guides based on findings of fact or mixed law and fact—Implicit interpretation not rendering it less entitled to be reviewed for its reasonableness—Interpretation in accordance with plain words of s. 159(1)(h)—Consistent with legislative history, purpose, statutory context—Provision's scope not confined to issues of law or mixed law and fact—Interpretation also consistent with broad authority, general objective provided in Act, ss. 159(1)(g), 162(2)—Jurisprudential guides containing factual issues consistent with objective of

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	273–545
Fiches analytiques.	F-1–F-7

Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 273

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Guides jurisprudentiels—Contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) de désigner des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l'évaluation des demandes d'asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l'Inde—Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l'art. 159(1)h de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi)—La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs—Il s'agissait principalement de savoir si le président a le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels sur des questions de fait; si les guides jurisprudentiels contestés ont entravé illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou ont porté indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle; s'ils ont rehaussé injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d'asile; et si le président était obligé d'entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels—Il n'était pas déraisonnable que le président interprète implicitement l'art. 159(1)h comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels pour des questions de fait—La désignation des décisions en question comme guides jurisprudentiels n'était pas *ultra vires*—La décision de désigner les guides jurisprudentiels était fondée sur des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit—Le fait que l'interprétation soit implicite ne l'a pas rendue moins susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable—L'interprétation était conforme

CONTENTS (Continued)

dealing with proceedings informally, quickly—Difficult to distinguish between issues of fact, issues of mixed fact and law—Decisions consisting of factual determinations part of tribunal’s “jurisprudence”—Pakistan, China, India jurisprudential guides pressuring Board members to adopt factual conclusions—Statement of expectations in policy notes expecting members to apply jurisprudential guides in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so—This going beyond drawing attention to factual information—Guidelines may influence in general way manner in which decisions reached—Line crossed when decision makers pressured to make particular factual findings—Chairperson may not issue jurisprudential guide constraining complete freedom of quasi-judicial decision makers to make own factual determinations—Nigeria jurisprudential guide not unlawfully fettering discretion of Board members—Problematic facts in Pakistan, India, China jurisprudential guides facts presented as Refugee Appeal Division’s (RAD) own findings on issues going beyond evidence specific to claimant—Board members subject to explicit expectation to adopt findings therein—This undermining public confidence, rule of law, principle of adjudicative independence—No express or implied expression of parliamentary intent in s. 159(1)(h) in respect of factual determinations—Chairperson may draw assessment factors, legal principles, facts to Board members’ attention—Members free to make own decisions—Jurisprudential guide dealing with factual issues not problematic—Problem posed by statement of expectation—Impugned jurisprudential guides not unfairly enhancing burden on claimants for refugee protection—Information in country documentation, responses to information requests (RIRs) not creating procedural unfairness—Chairperson having authority to reference information in Board’s National Documentation Package (NDP) or RIRs—Fair notice provided to future claimants for refugee protection of additional issues needing to be addressed—Presumption of truthfulness no longer applying where jurisprudential guide providing reason to doubt truthfulness of claimant’s allegations—Strength of presumption varying with corroboration provided—Increase in burden resulting from having to buttress narrative to deal with facts referenced from the Board’s NDP or RIR not unfair—Same with respect to increase in burden resulting from assessment factors in jurisprudential guide—Chairperson not unreasonably concluding that public consultation not required prior to issuance of jurisprudential guides—S. 159(1)(h) addressing extent of required consultation—Consultation with other persons or organizations not required—Finally, Nigeria decision not impermissibly pre-selected to be subject of jurisprudential guide—Statement of expectation in policy notes issued with Pakistan, India, China jurisprudential guides declared unlawful, inoperative

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aux termes mêmes de l’art. 159(1)h—Elle était compatible avec l’historique législatif de la disposition, son objet et son contexte législatif—Le champ d’application de la disposition n’est pas confiné aux questions de droit ou mixtes de droit et de fait—L’interprétation était également conforme au large pouvoir prévu à l’art. 159(1)g) et à l’objectif général énoncé à l’art. 162(2) de la Loi—Les guides jurisprudentiels contenant des questions de fait sont compatibles avec l’objectif qui consiste à fonctionner sans formalisme et avec célérité—Il peut être difficile de faire la distinction entre les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit—Les décisions qui consistent en des déterminations factuelles font partie de la « jurisprudence » d’une Cour—Les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l’Inde ont exercé une pression sur les commissaires pour qu’ils adoptent des conclusions de fait—Selon la déclaration d’attente énoncée dans les notes de politique, on attendait des commissaires qu’ils appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s’en écarter—Cela ne se limitait pas à attirer l’attention des commissaires sur des renseignements factuels—Des directives peuvent influencer de manière générale sur la façon dont les décisions sont prises—La ligne de démarcation est franchie lorsqu’une pression est exercée sur des décideurs afin qu’ils tirent des conclusions de fait précises—Le président ne pouvait publier un guide jurisprudentiel qui limite la liberté absolue des décideurs quasi judiciaires d’établir leurs propres déterminations factuelles—Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n’a pas entravé illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires—Les faits problématiques présentés dans les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l’Inde et la Chine étaient des faits présentés comme étant des conclusions établies par la Section d’appel des réfugiés (SAR) sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres à la demanderesse—Les commissaires étaient assujettis à l’attente explicite qu’ils adoptent ces conclusions—Cela saperait la confiance du public, la primauté du droit et le principe de l’indépendance judiciaire—Il n’y a pas d’expression expresse ou implicite de l’intention du législateur à l’art. 159(1)h) en ce qui concerne les déterminations factuelles—Le président peut attirer l’attention des commissaires sur des facteurs d’évaluation, des principes juridiques et des faits—Les commissaires sont libres de prendre leurs propres décisions—Le guide jurisprudentiel qui traite de questions de fait n’est pas problématique—Le problème est posé par la déclaration d’attente—Les guides jurisprudentiels contestés n’ont pas rehaussé injustement le fardeau imposé aux demandeurs d’asile—La documentation sur la situation du pays et les réponses à des demandes d’information (RDI) n’ont créé aucune iniquité procédurale—Le président avait le pouvoir de citer des renseignements contenus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in respect of certain factual determinations—Questions certified—Applications allowed in part.

Practice—Parties—Standing—Immigration and Refugee Board of Canada Chairperson designating Board decisions as jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals—Jurisprudential guides enacted pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 159(1)(h)—Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds—Earlier motion to strike applicant as party from proceedings rejected—Respondent not appealing that decision because of Act, s. 72(2)(e)—Maintaining that applicant having no standing—Arguing Act, s. 74(d) permitting interlocutory order to be appealed if question for appeal certified in ultimate judgment pertaining to related application—Appeal of interlocutory order not possible even if judge certifying question—S. 74 not contemplating interlocutory matters whatsoever.

Practice—Mootness—Immigration and Refugee Board of Canada Chairperson designating Board decisions as

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dans le Cartable national de documentation (CND) ou les RDI de la Commission—Un préavis raisonnable était donné aux futurs demandeurs d'asile des problèmes supplémentaires et des renseignements qui pourraient devoir être abordés—Dans la mesure où l'information contenue dans un guide jurisprudentiel fournit une raison de douter de la véracité des allégations formulées par le demandeur d'asile, la présomption de vérité ne s'applique plus—La force de la présomption dépend de la preuve corroborante fournie—L'alourdissement du fardeau découlant de la nécessité d'étayer l'exposé des faits pour refléter les faits présentés dans le CND ou les RDI de la Commission n'est pas injuste—Il en va de même en ce qui concerne tout alourdissement du fardeau pouvant résulter de facteurs d'évaluation énoncés dans un guide jurisprudentiel—Il n'était pas déraisonnable pour le président de conclure qu'une consultation publique n'était pas nécessaire avant la publication des guides jurisprudentiels—L'art. 159(1)(h) traite de l'étendue de la consultation requise—Une autre consultation n'était pas nécessaire—Enfin, la décision concernant le Nigéria n'a pas été présélectionnée de manière inacceptable pour faire l'objet d'un guide jurisprudentiel—La déclaration d'attente contenue dans la note de politique publiée avec les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine a été déclarée comme illégale et inopérante en ce qui concerne certaines déterminations factuelles—Des questions ont été certifiées—Demandes accueillies en partie.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a désigné des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l'évaluation des demandes d'asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l'Inde—Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l'art. 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi)—La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs—Une requête présentée précédemment en vue de radier la demanderesse en tant que partie à l'instance a été rejetée—Le défendeur n'a pas interjeté appel de cette décision en raison de l'art. 72(2)(e) de la Loi—Il a soutenu que la demanderesse n'était pas une partie habilitée—Il a soutenu que l'art. 74(d) de la Loi permet de porter en appel une ordonnance interlocutoire si une question d'appel est certifiée dans le jugement définitif à l'égard de la demande connexe—Un appel d'une ordonnance interlocutoire n'est pas possible même si un juge certifie une question—L'art. 74 ne vise absolument pas les questions interlocutoires.

Pratique—Caractère théorique—Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a désigné

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals—Jurisprudential guides enacted pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 159(1)(h)—Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds—China, India jurisprudential guides later revoked—Adversarial relationship between parties, judicial economy, public interest weighing in favour of addressing issues raised with respect to revoked jurisprudential guides.

Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 362

Energy—Twelve consolidated motions for leave to commence judicial review of Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby Governor in Council approving Trans Mountain Pipeline expansion project for second time—Applicants alleging in particular that Governor in Council’s decision approving project substantively unreasonable; that Crown failed to adequately consult with indigenous peoples, First Nations—While express text of *National Energy Board Act* not indicating when to grant leave after Governor in Council deciding matter, Court must decide whether leave warranted in accordance with Act, s. 55(1)—Under various legislative schemes, party must show “fairly arguable case” that warrants full review of administrative decision—Federal Court of Appeal previously striking down Governor in Council’s first approval of project in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*—While Court not requiring that all work, consultation be redone, Court requiring targeted work, further meaningful consultation to be performed to address specific flaws found in first approval of project—Main issue whether motions for leave satisfying leave requirements because establishing “fairly arguable” case—Specifically, whether Governor in Council’s decision approving project substantively unreasonable; whether Crown failing to adequately consult with indigenous peoples, First Nations—Central issues applicants raising grouped into four categories: alleged conflict of interest and bias; environmental issues and substantive reasonableness; issues relating to consultation with Indigenous peoples and First Nations; remaining miscellaneous issues—Submission that decision of Governor in Council vitiated by bias, conflict of interest not passing “fairly arguable case” test; no evidence supporting submission—Arguments on environmental issues also could not meet threshold of “fairly arguable” case—In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about environmental effects of project either made or could have been made but were not—Most of environmental points applicants now

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l’évaluation des demandes d’asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l’Inde—Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l’art. 159(1)h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs—Les guides jurisprudentiels sur la Chine et l’Inde ont par la suite été révoqués—Le contexte d’un rapport contradictoire entre les parties, l’économie judiciaire et l’intérêt public ont joué en faveur de l’exercice du pouvoir de traiter les questions relatives aux guides jurisprudentiels révoqués.

Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 362

Énergie—Il s’agissait de douze requêtes regroupées en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d’un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois—Les demandeurs ont allégué plus particulièrement que la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et que la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations—Le libellé de la *Loi sur l’Office national de l’Énergie* ne dit pas expressément quand il y a lieu d’accorder l’autorisation, mais une fois que le gouverneur en conseil a pris sa décision, la Cour doit décider si l’autorisation est justifiée en application de l’art. 55(1) de la Loi—Divers régimes légaux indiquent qu’une partie doit invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient le contrôle intégral de la décision administrative—La Cour d’appel fédérale a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet dans *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*—Elle n’a pas exigé que tous les travaux et les consultations soient repris à neuf, mais elle a exigé la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires pour pallier les lacunes précises relevées dans l’approbation initiale du projet—Il s’agissait principalement de savoir si les requêtes en autorisation satisfaisaient aux critères d’une autorisation parce qu’elles établissaient l’existence d’une « cause raisonnablement défendable »—Plus particulièrement, il s’agissait de savoir si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations—Les principales questions que soulevaient les requêtes des demandeurs ont été regroupées sous quatre rubriques : conflits d’intérêts et partialité; préoccupations environnementales

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

raising not fairly arguable because falling into one of these categories; barred by doctrines against relitigation—Applicants also failing to show that such arguments could practically change outcome since Governor in Council would still conclude project, on balance, in public interest—As to issues on adequacy of consultation with Indigenous people/First Nations, two sets of arguments not passing “fairly arguable” standard: (1) those involving applicants’ dissatisfaction, disagreement with outcome of consultation process, asserted right to exercise veto over project; (2) those on adequacy of consultation previously raised, decided in *Tsleil-Waututh Nation* or that could have been raised but were not—Doctrines against relitigation now applying to bar these points—However, some issues advanced concerning adequacy of consultation in fact meeting “fairly arguable” standard for leave; in particular, argument that Canada’s duty to consult in Phase III of consultation process, as Court had previously ordered when project first approved, carried out inadequately given poor quality, hurried nature of further consultation—Finally, to extent remaining miscellaneous issues existed and not fitting into four categories of issues set, none of them meeting “fairly arguable” standard—Six motions allowed.

Lavrinenko v. Canada (F.C.A.) 391

Income Tax—Income Calculation—Canada Child Tax Benefit—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision dismissing appellant’s appeal of determination made by Minister of National Revenue (Minister) that appellant not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses—L’argument selon lequel la décision du gouverneur en conseil était viciée en raison de la partialité et de l’existence de conflits d’intérêts n’était pas « raisonnablement défendable »; aucune preuve n’est venue appuyer cet argument—Les arguments sur les préoccupations environnementales ne satisfaisaient pas non plus au critère des arguments « raisonnablement défendables »—Dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d’arguments sur l’incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l’être, mais ils ne l’ont pas été—La plupart des préoccupations environnementales que soulevaient les demandeurs en l’espèce n’étaient pas raisonnablement défendables, car elles appartenaient à l’une ou l’autre de ces catégories et elles étaient irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause—En outre, les demandeurs n’ont pas réussi à démontrer que ces arguments mèneraient pratiquement à une issue différente, puisque le gouverneur en conseil arriverait quand même à la conclusion que le projet était, tout compte fait, dans l’intérêt public—En ce qui concerne les questions se rapportant aux consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations, deux arguments sur la qualité des consultations n’étaient pas « raisonnablement défendables » : 1) ceux qui portaient sur l’insatisfaction des demandeurs à l’égard de l’issue des consultations et leur opposition à cette issue, et le droit invoqué d’opposer un veto au projet; 2) ceux portant sur la qualité des consultations, qui avaient été soulevés et tranchés dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation* ou qui auraient pu être soulevés et qui ne l’ont pas été—Les doctrines empêchant la remise en cause sont venues parer à ces arguments—Cependant, certaines questions soulevées sur la qualité des consultations ont satisfait à la norme de la cause « raisonnablement défendable » à laquelle l’autorisation est subordonnée; plus particulièrement, l’argument selon lequel l’obligation du Canada de consulter à la phase III du processus de consultation, ainsi que la Cour l’avait ordonné lorsque le projet a été approuvé la première fois, avait été exécutée de façon inadéquate en raison de la piètre qualité de ces consultations et de la hâte avec laquelle elles ont été tenues—Enfin, dans la mesure où il existait des questions diverses et où celles-ci n’entraient pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune d’entre elles n’était « raisonnablement défendable »—Six requêtes ont été accueillies.

Lavrinenko c. Canada (C.A.F.) 391

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Prestation fiscale canadienne pour enfants—Appel d’un jugement rendu par la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.), qui a rejeté l’appel de l’appellant contre une décision prise par le ministre du Revenu

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

shared-custody parent for purpose of determining his eligibility for Canada Child Tax Benefit (CCTB), GST/HST Credit under *Income Tax Act* (Act)—Appellant sharing custody of son—Under Act, shared-custody parents each entitled to one-half of CCTB, GST/HST Credit—T.C.C. concluding appellant residing with son somewhat less than 40 percent of time, not qualifying him as shared-custody parent—Appellant submitting that because satisfying test for “shared custody” under *Federal Child Support Guidelines* (Guidelines), also qualifying as shared-custody parent for purposes of CCTB—Issue interpretation of phrase “on an equal or near equal basis” under paragraph (b) of definition of “shared-custody parent” in Act, s. 122.6—Parliament only specifying that parents having to reside on equal or near equal basis in paragraph (b) of definition—Word “equal” having to be based on something measurable, comparable—No decisions wherein T.C.C. finding person residing with child less than 40 percent of time shared-custody parent—Question herein how close to equal “near equal” having to be—Word “near” meaning “almost”, therefore “near equal” meaning “almost equal”—Text not supporting wide variance from equal—As to context, purpose, CCTB, Guidelines serving different purposes, applying to different payments—Guidelines in existence before CCTB provisions amended to add definition of “shared-custody parent”—Presumption that Parliament intending “shared-custody parent” in Act not have same interpretation as “shared custody” in Guidelines—Meaning of “shared-custody parent”, “an equal or near equal basis” determined without reference to Guidelines—“Near equal” supporting minor deviations from sharing custody on equal basis—Parliament intending that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal—No fixed range qualifying as “near equal”—Percentage of time not capable of being rounded off to 50 percent not qualifying as near equal—Appellant not satisfying requirement that he resided on equal or near equal basis with son—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

national (le ministre) selon laquelle l'appelant n'était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la TPS/TVH, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi)—L'appelant avait la garde partagée de son fils—Aux termes de la Loi, les particuliers qui sont des parents ayant la garde partagée d'un enfant ont chacun droit à la moitié de la PFCE et du crédit pour la TPS/TVH—La C.C.I. a conclu que l'appelant résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps, ce qui ne lui permettrait pas d'être visé par la définition de parent ayant la garde partagée—L'appelant a fait valoir que, comme il satisfaisait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (les Lignes directrices), il devait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE—La question en litige concernait l'interprétation de l'al. b) de la définition de « parent ayant la garde partagée » à l'art. 122.6 de la Loi, plus particulièrement l'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité »—À l'alinéa b) de la définition, le législateur précise uniquement que les parents doivent résider avec la personne à charge sur une base d'égalité ou de quasi-égalité—Le terme « égalité » doit reposer sur des facteurs mesurables et comparables—La C.C.I. n'a jamais statué qu'une personne ayant résidé avec son enfant moins de 40 p. 100 du temps était un parent ayant la garde partagée—La question en l'espèce consistait à déterminer à quel point la « quasi-égalité » est proche de l'égalité—Le terme « quasi » signifie « presque » et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité »—Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l'égalité—En ce qui concerne le contexte et l'objet, la PFCE et les Lignes directrices ont des objets différents et visent des versements différents—Les Lignes directrices ont été adoptées avant l'ajout, dans les dispositions sur la PFCE, de la définition du terme « parent ayant la garde partagée »—Il faut présumer que le législateur n'entendait pas que le terme « parent ayant la garde partagée » défini dans la Loi soit interprété comme l'expression « garde partagée » dans les Lignes directrices—Le terme « parent ayant la garde partagée » et l'expression « une base d'égalité ou de quasi-égalité » doivent être définis sans égard aux Lignes directrices—Le mot « quasi-égalité » ne signifie qu'un écart mineur par rapport à une garde partagée sur une base d'égalité—Le législateur entendait que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal—Il n'a pas précisé quelle fourchette équivaudrait à une « quasi-égalité »—Toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité—L'appelant ne satisfaisait pas au critère selon lequel il devait résider avec son fils sur une base d'égalité ou de quasi-égalité—Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Income Tax Act*, s. 122.6 “shared-custody parent”—Canada Child Tax Benefit—Tax Court of Canada (T.C.C.) decision dismissing appellant’s appeal of determination made by Minister of National Revenue (Minister) that appellant not shared-custody parent for purpose of determining his eligibility for Canada Child Tax Benefit (CCTB), GST/HST Credit under Act—T.C.C. concluding appellant residing with son somewhat less than 40 percent of time, not qualifying him as shared-custody parent—Appellant submitting that because satisfying test for “shared custody” under *Federal Child Support Guidelines* (Guidelines), also qualifying as shared-custody parent for purposes of CCTB—Issue interpretation of phrase “on an equal or near equal basis” under paragraph (b) of definition of “shared-custody parent” in Act, s. 122.6—Phrase “on an equal or near equal basis” having to be interpreted based on textual, contextual, purposive analysis—Word “near” meaning “almost”, therefore “near equal” meaning “almost equal”—Text not supporting wide variance from equal—As to context, purpose, CCTB, Guidelines serving different purposes, applying to different payments—Presumption that Parliament intending “shared-custody parent” in Act not have same interpretation as “shared custody” in Guidelines—Parliament intending that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal—Percentage of time not capable of being rounded off to 50 percent not qualifying as near equal.

Deegan v. Canada (Attorney General) (F.C.) 411

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—Action challenging constitutionality of Canada—United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act (Implementation Act), *Income Tax Act*, ss. 263-269 (collectively Impugned Provisions)—Impugned Provisions implementing into Canadian law *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada-U.S. IGA)—Canada-U.S. IGA negotiated given Canadian government’s concerns resulting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois—Expression « parents ayant la garde partagée » à l’art. 122.6 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*—Prestation fiscale canadienne pour enfants—La Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) a rejeté l’appel de l’appelant contre une décision prise par le ministre du Revenu national (le ministre), qui a conclu que l’appelant n’était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la TPS/TVH, pour l’application de la Loi—La C.C.I. a conclu que l’appelant résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps, ce qui ne lui permettrait pas d’être visé par la définition de parent ayant la garde partagée—L’appelant a fait valoir que, comme il satisfaisait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (les Lignes directrices), il devait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE—La question en litige concernait l’interprétation de l’al. b) de la définition de « parent ayant la garde partagée » à l’art. 122.6 de la Loi, plus particulièrement l’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité »—L’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité » doit être interprétée à la lumière d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique—Le terme « quasi » signifie « presque » et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité »—Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l’égalité—En ce qui concerne le contexte et l’objet, la PFCE et les Lignes directrices ont des objets différents et visent des versements différents—Il faut présumer que le législateur n’entendait pas que le terme « parent ayant la garde partagée » défini dans la Loi soit interprété comme l’expression « garde partagée » dans les Lignes directrices—Le législateur entendait que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal—Toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité.

Deegan c. Canada (Procureur général) (C.F.) 411

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Action contestant la constitutionnalité de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* (la Loi de mise en œuvre) et des art. 263 à 269 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (collectivement, les dispositions contestées)—Les dispositions contestées ont incorporé à la législation canadienne l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (l’AIG Canada–États-Unis)—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from enactment by U.S. of *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) in 2010 to ensure compliance with U.S. taxation system—FATCA requiring that certain persons (including U.S. citizens) provide financial information to American Internal Revenue Service (IRS)—Impugned Provisions causing Canada Revenue Agency (CRA) to act as intermediary between Canadian financial institutions, IRS—Plaintiffs both American citizens from birth also Canadian citizens—Neither having any current connection with United States—Plaintiffs commencing action in 2014 asserting that automatic collection, disclosure of taxpayer information to IRS as required by Impugned Provisions *ultra vires* federal legislation that implemented *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada-U.S. Tax Treaty), *Income Tax Act*, s. 241—With respect to Charter, s. 8, plaintiffs arguing Impugned Provisions unjustifiably infringing s. 8—Whether Impugned Provisions infringing Charter, s. 8; if so, whether such limitation of rights reasonable limit that was justifiable in free, democratic society within meaning of Charter, s. 1—Purpose of Charter, s. 8 to protect individuals' reasonable expectation of privacy against unwarranted intrusions by State—Assuming seizure taking place in present case (i.e. seizure of affected individuals' banking information), issue whether that seizure reasonable—Given reporting obligations to IRS, those affected by Impugned Provisions having only limited expectation of privacy in banking information in issue here—Seizure herein reasonable—Global context, wherein sharing of taxpayer information between countries has received international acceptance, supporting such conclusion—Use of documents by CRA for domestic income tax purposes will not result in unreasonable seizure of information in question contrary to provisions of Charter, s. 8—Method used to collect banking records determined to be minimally intrusive; information shared with IRS afforded protection under Canada-U.S. Tax Treaty—Since seizure of banking information under Impugned Provisions not violating Charter, s. 8, not necessary to consider whether Impugned Provisions could be justified by defendants under Charter, s. 1—Action dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L'AIG Canada-États-Unis a été négocié en raison des préoccupations du gouvernement canadien nées de l'adoption par les États-Unis de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) en 2010 pour assurer la conformité au régime fiscal américain—La FATCA exige de certaines personnes (dont les citoyens américains) qu'elles fournissent des renseignements financiers à l'Internal Revenue Service (IRS)—Les dispositions contestées amènent l'Agence du revenu du Canada (ARC) à intervenir comme intermédiaire entre les institutions financières canadiennes et l'IRS—Les demanderesse ont toutes deux la citoyenneté américaine du fait qu'elles sont nées aux États-Unis et sont aussi citoyennes canadiennes—Aucune des deux n'a de liens actuellement avec les États-Unis—Les demanderesse ont institué l'action en 2014, soutenant que la collecte automatique de renseignements sur des contribuables et leur divulgation à l'IRS aux termes des dispositions contestées constituait des pratiques *ultra vires* de la loi fédérale portant application de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (Convention fiscale Canada-États-Unis) et de l'art. 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—En ce qui concerne l'art. 8 de la Charte, les demanderesse ont affirmé que les dispositions contestées étaient injustifiablement contraires à l'art. 8—Il s'agissait de savoir si les dispositions contestées sont contraires à l'art. 8 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette limite constitue une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte—L'art. 8 de la Charte a pour but de protéger l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée contre les intrusions injustifiées de l'État—Si l'on présume qu'il y a eu saisie dans la présente affaire (la saisie des renseignements bancaires des particuliers visés), la question est de savoir si cette saisie était raisonnable—Étant donné l'obligation de communiquer les renseignements bancaires à l'IRS, le droit des particuliers concernés au respect de leur vie privée à l'égard des renseignements bancaires était limité—La saisie en l'espèce était raisonnable—Le contexte mondial, dans lequel l'échange de renseignements sur les contribuables entre pays est accepté à l'échelle internationale, appuie une telle conclusion—L'utilisation de documents par l'ARC aux fins de calcul des impôts canadiens ne donnera pas lieu à la saisie déraisonnable de l'information en question en contravention des dispositions de l'art. 8 de la Charte—La méthode employée pour recueillir ces renseignements est la moins attentatoire possible, et les renseignements communiqués à l'IRS sont protégés par la Convention fiscale Canada-États-Unis—Étant donné que la saisie de renseignements bancaires prévue par les dispositions contestées n'était pas contraire à l'art. 8 de la Charte, il n'était pas nécessaire de déterminer si les défendeurs pouvaient justifier les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la Charte—Action rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—In action challenging constitutionality of *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* (Implementation Act), *Income Tax Act*, ss. 263-269 (collectively Impugned Provisions), plaintiffs claiming Impugned Provisions violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15, drawing distinction between Canadian citizens, residents who are U.S. persons and those who are not U.S. persons—Whether Impugned Provisions infringing Charter, s. 15; if so, whether such limitation of rights constituting reasonable limit that justifiable in free, democratic society within meaning of Charter, s. 1—Charter, s. 15 aimed at preventing drawing of discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to grounds enumerated in s. 15 or to analogous grounds—Having to determine whether Impugned Provisions drawing distinction between U.S. persons, non-U.S. persons based on citizenship or national origin—Impugned Provisions drawing distinction between U.S. persons, non-U.S. persons based, at least in part, on their citizenship, national origin—Nevertheless, any such distinction not discriminatory—Effect of Impugned Provisions to compel U.S. persons in Canada to comply with pre-existing obligations under American tax laws—Charter not requiring Canada to assist persons resident in this country in avoiding their obligations under duly-enacted laws of another democratic state—Impugned Provisions not reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage nor violating norm of substantive equality in Charter, s. 15(1); also not involving oppression or unfair dominance of one group by another—Therefore, not necessary to consider whether breach of s. 15 could be justified by defendants under Charter, s. 1.

Federal Court Jurisdiction—Action challenging constitutionality of *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*, *Income Tax Act*, ss. 263-269 (collectively Impugned Provisions) whereby Impugned Provisions implementing into Canadian law inter-governmental agreement between Governments of Canada, United States—Main preliminary issue whether Federal Court having jurisdiction to grant relief plaintiffs seeking—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Dans une action contestant la constitutionnalité de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* (la Loi de mise en œuvre) et des art. 263 à 269 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (collectivement, les dispositions contestées), les demandresses ont fait valoir que les dispositions contestées contreviennent à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles opèrent une distinction entre les citoyens et les résidents du Canada qui sont des personnes des États-Unis et celles qui ne le sont pas—Il s'agissait de savoir si les dispositions contestées contreviennent à l'art. 15 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette limite constitue une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte—L'art. 15 de la Charte vise à prévenir l'établissement de distinctions discriminatoires qui ont une incidence défavorable sur les membres des groupes caractérisés par rapport aux motifs énumérés à l'art. 15 ou à des motifs analogues—La question à trancher était de savoir si les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale—Les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis sur la base, du moins en partie, de leur citoyenneté et/ou de leur origine nationale—Néanmoins, cette distinction n'est pas discriminatoire—Les dispositions contestées ont pour effet d'obliger les personnes des États-Unis vivant au Canada à respecter leurs obligations préexistantes aux termes des lois fiscales américaines—Le Canada n'est pas tenu, selon la Charte, d'aider les personnes qui résident sur son territoire à éviter leurs obligations aux termes de lois dûment promulguées d'un autre État démocratique—Les dispositions contestées n'ont pas renforcé, perpétué ni accentué un désavantage et elles ne transgressent pas non plus la norme d'égalité réelle consacrée par l'art. 15(1) de la Charte; elles n'ont pas donné lieu non plus à l'oppression ou à la domination injuste d'un groupe par un autre—Il n'était donc pas nécessaire de rechercher si les défendeurs pouvaient justifier une violation de l'art. 15 en vertu de l'article premier de la Charte.

Compétence de la Cour fédérale—Action contestant la constitutionnalité de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* et des art. 263 à 269 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (collectivement, les dispositions contestées), lesquelles dispositions contestées ont incorporé à la législation canadienne un accord conclu entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis—La principale question préliminaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Federal Court superior court of record having civil, criminal jurisdiction; having plenary jurisdiction to determine any matter of law arising out of its original jurisdiction including constitutional jurisdiction in matters that are properly before Court—Three-part test espoused in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* to determine whether Federal Court having jurisdiction over subject matter of claim applied here—Present matter involving claim for relief against federal Crown; thus falling within jurisdiction conferred on this Court by *Federal Courts Act*, s. 17—Body of federal law (*Income Tax Act*, Implementation Act) existing that was essential to disposition of case that nourished statutory grant of jurisdiction—Also, no bar to Federal Court considering constitutionality of federal legislation that was subject of present action—Therefore, Federal Court having jurisdiction to grant declaratory relief sought by plaintiffs pursuant to *Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

SOMMAIRE (Fin)

était de savoir si la Cour avait compétence d'accorder la mesure sollicitée par les demanderessees—La Cour fédérale est une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale; elle est pleinement habilitée à être saisie des questions de droit relevant de sa compétence en première instance, ce qui comprend la compétence constitutionnelle à l'égard des affaires dont elle peut être saisie—Le critère à trois volets consacré par l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* pour déterminer si la Cour fédérale a compétence à l'égard de l'objet d'une requête a été appliqué dans la présente affaire—La présente affaire mettait en jeu une demande visant la Couronne et elle relevait ainsi de la compétence de la Cour aux termes de l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il existait un ensemble de règles de droit fédérales (*Loi de l'impôt sur le revenu*, Loi de mise en œuvre) essentiel à la solution du litige et qui constituait le fondement de l'attribution légale de compétence—Il n'existait aucune disposition interdisant à la Cour fédérale de statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales visées par la présente action—Pour ces motifs, la Cour fédérale avait compétence de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par les demanderessees, en vertu de l'art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Fraser v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 223, [2019] 2 F.C.R. 541, has been reversed on appeal (2020 SCC 28). The reasons for judgment, handed down October 16, 2020, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Atlantic Packaging Products Ltd. v. Canada, A-328-18, 2020 FCA 75, Webb J.A., judgment dated April 20, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 15, 2020.

Canada (Attorney General) v. Democracy Watch, A-159-19, 2020 FCA 69, Rennie J.A., judgment dated April 1, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 15, 2020.

Church of Atheism of Central Canada v. Canada (National Revenue), A-85-19, 2019 FCA 296, Rivoalen J.A., judgment dated November 29, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 29, 2020.

Hood v. Canada (Attorney General), A-346-18, 2019 FCA 302, Mactavish J.A., judgment dated December 5, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 29, 2020.

Leahy v. Canada (Justice), 20-A-2, Stratas J.A., order dated February 17, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 15, 2020.

Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada, A-321-18, 2020 FCA 79, Woods J.A., judgment dated April 23, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted October 29, 2020.

Oleynik v. Canada (Attorney General), A-309-18, 2020 FCA 5, Laskin J.A., judgment dated January 10, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 15, 2020.

Rooke v. Canada, 19-A-79, Stratas J.A., order dated December 10, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused November 5, 2020.

York University v. Copyright Licensing Agency, A-259-17, 2020 FCA 77, Pelletier J.A., judgment dated April 22, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted October 15, 2020.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 223, [2019] 2 R.C.F. 541, a été infirmé en appel (2020 CSC 28). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 16 octobre 2020, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Atlantic produits d'emballage liée c. Canada, A-328-18, 2020 CAF 75, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 20 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 octobre 2020.

Canada (Procureur général) c. Démocratie en surveillance, A-159-19, 2020 CAF 69, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 1^{er} avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 octobre 2020.

Church of Atheism of Central Canada c. Canada (Revenu national), A-85-19, 2019 CAF 296, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 29 novembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 octobre 2020.

Hood c. Canada (Procureur général), A-346-18, 2019 CAF 302, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 5 décembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 octobre 2020.

Leahy c. Canada (Justice), 20-A-2, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 17 février 2020, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée le 15 octobre 2020.

Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada, A-321-18, 2020 CAF 79, le juge Woods, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 29 octobre 2020.

Oleynik c. Canada (Procureur général), A-309-18, 2020 CAF 5, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 10 janvier 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 octobre 2020.

Rooke c. Canada, 19-A-79, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 10 décembre 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 5 novembre 2020.

Université York c. Copyright Licensing Agency, A-259-17, 2020 CAF 77, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 22 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 15 octobre 2020.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 1, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 1, 2^e fascicule

2019 FC 1126 IMM-3433-17	2019 CF 1126 IMM-3433-17
Canadian Association of Refugee Lawyers (<i>Applicant</i>)	L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
and	et
Immigration and Refugee Board (<i>Intervener</i>)	La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (<i>intervenante</i>)
IMM-3373-18	IMM-3373-18
Canadian Association of Refugee Lawyers (<i>Applicant</i>)	L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: CANADIAN ASSOCIATION OF REFUGEE LAWYERS v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)	RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION CANADIENNE DES AVOCATS ET AVOCATES EN DROIT DES RÉFUGIÉS C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
Federal Court, Crampton C.J.—Toronto, June 6; Ottawa, September 6, 2019.	Cour fédérale, juge en chef Crampton—Toronto, 6 juin; Ottawa, 6 septembre 2019.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Jurisprudential guides — Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board of Canada (Board) Chairperson to designate Board decisions as jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals — Jurisprudential guides enacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 159(1)(h) — Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds — Main issues whether Chairperson having authority to identify jurisprudential guides on questions of fact; whether impugned jurisprudential guides unlawfully fettering Board members' discretion, improperly interfering with adjudicative independence; whether jurisprudential guides unfairly enhancing burden of proof for applicants; whether Chairperson required to engage in external consultation before identifying decisions in question as

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Guides jurisprudentiels — Contrôle judiciaire d'une décision du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) de désigner des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l'évaluation des demandes d'asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l'Inde — Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l'art. 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi) — La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs — Il s'agissait principalement de savoir si le président a le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels sur des questions de fait; si les guides jurisprudentiels contestés ont entravé illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou ont porté indûment atteinte à

jurisprudential guides — Not unreasonable for Chairperson to implicitly interpret s. 159(1)(h) as conferring upon him authority to issue jurisprudential guides in respect of factual issues — Identification of decisions in question as jurisprudential guides not ultra vires — Decision to identify jurisprudential guides based on findings of fact or mixed law and fact — Implicit interpretation not rendering it less entitled to be reviewed for its reasonableness — Interpretation in accordance with plain words of s. 159(1)(h) — Consistent with legislative history, purpose, statutory context — Provision's scope not confined to issues of law or mixed law and fact — Interpretation also consistent with broad authority, general objective provided in Act, ss. 159(1)(g), 162(2) — Jurisprudential guides containing factual issues consistent with objective of dealing with proceedings informally, quickly — Difficult to distinguish between issues of fact, issues of mixed fact and law — Decisions consisting of factual determinations part of tribunal's "jurisprudence" — Pakistan, China, India jurisprudential guides pressuring Board members to adopt factual conclusions — Statement of expectations in policy notes expecting members to apply jurisprudential guides in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so — This going beyond drawing attention to factual information — Guidelines may influence in general way manner in which decisions reached — Line crossed when decision makers pressured to make particular factual findings — Chairperson may not issue jurisprudential guide constraining complete freedom of quasi-judicial decision makers to make own factual determinations — Nigeria jurisprudential guide not unlawfully fettering discretion of Board members — Problematic facts in Pakistan, India, China jurisprudential guides facts presented as Refugee Appeal Division's (RAD) own findings on issues going beyond evidence specific to claimant — Board members subject to explicit expectation to adopt findings therein — This undermining public confidence, rule of law, principle of adjudicative independence — No express or implied expression of parliamentary intent in s. 159(1)(h) in respect of factual determinations — Chairperson may draw assessment factors, legal principles, facts to Board members' attention — Members free to make own decisions — Jurisprudential guide dealing with factual issues not problematic — Problem posed by statement of expectation — Impugned jurisprudential guides not unfairly enhancing burden on claimants for refugee protection — Information in country documentation, responses to information requests (RIRs) not creating procedural unfairness — Chairperson having authority to reference information in Board's National Documentation Package (NDP) or RIRs — Fair notice provided to future claimants for refugee protection of additional issues needing to be addressed — Presumption of truthfulness no longer applying where jurisprudential guide providing reason to doubt truthfulness of claimant's allegations — Strength of presumption varying with corroboration provided — Increase in burden resulting from having to buttress narrative to deal with facts referenced from the Board's NDP or RIR not unfair — Same with respect to increase in burden resulting from assessment factors in jurisprudential

leur indépendance décisionnelle; s'ils ont rehaussé injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d'asile; et si le président était obligé d'entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels — Il n'était pas déraisonnable que le président interprète implicitement l'art. 159(1)(h) comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels pour des questions de fait — La désignation des décisions en question comme guides jurisprudentiels n'était pas ultra vires — La décision de désigner les guides jurisprudentiels était fondée sur des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit — Le fait que l'interprétation soit implicite ne l'a pas rendue moins susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable — L'interprétation était conforme aux termes mêmes de l'art. 159(1)(h) — Elle était compatible avec l'historique législatif de la disposition, son objet et son contexte législatif — Le champ d'application de la disposition n'est pas confiné aux questions de droit ou mixtes de droit et de fait — L'interprétation était également conforme au large pouvoir prévu à l'art. 159(1)(g) et à l'objectif général énoncé à l'art. 162(2) de la Loi — Les guides jurisprudentiels contenant des questions de fait sont compatibles avec l'objectif qui consiste à fonctionner sans formalisme et avec célérité — Il peut être difficile de faire la distinction entre les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit — Les décisions qui consistent en des déterminations factuelles font partie de la « jurisprudence » d'une Cour — Les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l'Inde ont exercé une pression sur les commissaires pour qu'ils adoptent des conclusions de fait — Selon la déclaration d'attente énoncée dans les notes de politique, on attendait des commissaires qu'ils appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s'en écarter — Cela ne se limitait pas à attirer l'attention des commissaires sur des renseignements factuels — Des directives peuvent influencer de manière générale sur la façon dont les décisions sont prises — La ligne de démarcation est franchie lorsqu'une pression est exercée sur des décideurs afin qu'ils tirent des conclusions de fait précises — Le président ne pouvait publier un guide jurisprudentiel qui limite la liberté absolue des décideurs quasi judiciaires d'établir leurs propres déterminations factuelles — Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'a pas entravé illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires — Les faits problématiques présentés dans les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine étaient des faits présentés comme étant des conclusions établies par la Section d'appel des réfugiés (SAR) sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres à la demanderesse — Les commissaires étaient assujettis à l'attente explicite qu'ils adoptent ces conclusions — Cela saperait la confiance du public, la primauté du droit et le principe de l'indépendance judiciaire — Il n'y a pas d'expression expresse ou implicite de l'intention du législateur à l'art. 159(1)(h) en ce qui concerne les déterminations factuelles — Le président peut attirer l'attention des commissaires sur des facteurs d'évaluation, des principes juridiques et des faits — Les commissaires sont libres de prendre leurs propres

guide — Chairperson not unreasonably concluding that public consultation not required prior to issuance of jurisprudential guides — S. 159(1)(h) addressing extent of required consultation — Consultation with other persons or organizations not required — Finally, Nigeria decision not impermissibly pre-selected to be subject of jurisprudential guide — Statement of expectation in policy notes issued with Pakistan, India, China jurisprudential guides declared unlawful, inoperative in respect of certain factual determinations — Questions certified — Applications allowed in part.

Practice — Parties — Standing — Immigration and Refugee Board of Canada Chairperson designating Board decisions as jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals — Jurisprudential guides enacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 159(1)(h) — Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds — Earlier motion to strike applicant as party from proceedings rejected — Respondent not appealing that decision because of Act, s. 72(2)(e) — Maintaining that applicant having no standing — Arguing Act, s. 74(d) permitting interlocutory order to be appealed if question for appeal certified in ultimate judgment pertaining to related application — Appeal of interlocutory order not possible even if judge certifying question — S. 74 not contemplating interlocutory matters whatsoever.

décisions — Le guide jurisprudentiel qui traite de questions de fait n'est pas problématique — Le problème est posé par la déclaration d'attente — Les guides jurisprudentiels contestés n'ont pas rehaussé injustement le fardeau imposé aux demandeurs d'asile — La documentation sur la situation du pays et les réponses à des demandes d'information (RDI) n'ont créé aucune iniquité procédurale — Le président avait le pouvoir de citer des renseignements contenus dans le Cartable national de documentation (CND) ou les RDI de la Commission — Un préavis raisonnable était donné aux futurs demandeurs d'asile des problèmes supplémentaires et des renseignements qui pourraient devoir être abordés — Dans la mesure où l'information contenue dans un guide jurisprudentiel fournit une raison de douter de la véracité des allégations formulées par le demandeur d'asile, la présomption de vérité ne s'applique plus — La force de la présomption dépend de la preuve corroborante fournie — L'alourdissement du fardeau découlant de la nécessité d'étayer l'exposé des faits pour refléter les faits présentés dans le CND ou les RDI de la Commission n'est pas injuste — Il en va de même en ce qui concerne tout alourdissement du fardeau pouvant résulter de facteurs d'évaluation énoncés dans un guide jurisprudentiel — Il n'était pas déraisonnable pour le président de conclure qu'une consultation publique n'était pas nécessaire avant la publication des guides jurisprudentiels — L'art. 159(1)(h) traite de l'étendue de la consultation requise — Une autre consultation n'était pas nécessaire — Enfin, la décision concernant le Nigéria n'a pas été présélectionnée de manière inacceptable pour faire l'objet d'un guide jurisprudentiel — La déclaration d'attente contenue dans la note de politique publiée avec les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine a été déclarée comme illégale et inopérante en ce qui concerne certaines déterminations factuelles — Des questions ont été certifiées — Demandes accueillies en partie.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a désigné des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l'évaluation des demandes d'asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l'Inde — Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l'art. 159(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi) — La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs — Une requête présentée précédemment en vue de radier la demanderesse en tant que partie à l'instance a été rejetée — Le défendeur n'a pas interjeté appel de cette décision en raison de l'art. 72(2)(e) de la Loi — Il a soutenu que la demanderesse n'était pas une partie habilitée — Il a soutenu que l'art. 74(d) de la Loi permet de porter en appel une ordonnance interlocutoire si une question d'appel est certifiée dans le jugement définitif à l'égard de la demande connexe — Un appel d'une ordonnance interlocutoire n'est pas possible même si un juge certifie une question — L'art. 74 ne vise absolument pas les questions interlocutoires.

Practice — Mootness — Immigration and Refugee Board of Canada Chairperson designating Board decisions as jurisprudential guides pertaining to assessment of refugee claims by Nigeria, Pakistan, China, India nationals — Jurisprudential guides enacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 159(1)(h) — Applicant challenging jurisprudential guides on several grounds — China, India jurisprudential guides later revoked — Adversarial relationship between parties, judicial economy, public interest weighing in favour of addressing issues raised with respect to revoked jurisprudential guides.

These were applications for judicial review of a decision by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board of Canada (Board) to designate one or more Board decisions as a jurisprudential guide pertaining to the assessment of refugee claims by nationals of Pakistan, China, and India (docket IMM-3433-17), and Nigeria (docket IMM-3373-18).

The four jurisprudential guides at issue herein were enacted pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), which authorizes the Chairperson “to identify [Board] decisions that would serve as jurisprudential guides that would not be binding on members but would enhance consistency in decision-making.” The applicant challenged the jurisprudential guides on the grounds that paragraph 159(1)(h) does not authorize the Chairperson to issue a jurisprudential guide with respect to issues of fact; the jurisprudential guides unlawfully fetter Board members’ discretion and improperly encroach upon their adjudicative independence; they unfairly enhance the burden of proof on claimants for refugee protection; and they were issued without any external consultation. The jurisprudential guides were issued to address, *inter alia*, internal flight alternatives, the adequacy of state protection, and the persecution of religious minorities. The Chairperson characterized Pakistan, China, and India as “major source countries” for the Board and noted that the use of jurisprudential guides was essential to deal with the backlogs and growing intake. The Chairperson stated that those jurisprudential guides were “based on findings of fact or mixed law and fact”.

The main issues were whether the Chairperson has the authority to identify jurisprudential guides on questions of fact; whether the impugned jurisprudential guides unlawfully fetter Board members’ discretion or improperly interfere with their adjudicative independence; whether they unfairly enhance the burden of proof for applicants; and whether the Chairperson

Pratique — Caractère théorique — Le président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada a désigné des décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l’évaluation des demandes d’asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l’Inde — Les guides jurisprudentiels ont été adoptés conformément à l’art. 159(1)(h) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour plusieurs motifs — Les guides jurisprudentiels sur la Chine et l’Inde ont par la suite été révoqués — Le contexte d’un rapport contradictoire entre les parties, l’économie judiciaire et l’intérêt public ont joué en faveur de l’exercice du pouvoir de traiter les questions relatives aux guides jurisprudentiels révoqués.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire d’une décision du président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) de désigner une ou plusieurs décisions de la Commission devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l’évaluation des demandes d’asile présentées par des ressortissants du Pakistan, de la Chine et de l’Inde (dossier IMM-3433-17) et du Nigéria (dossier IMM-3373-18).

Les quatre guides jurisprudentiels en cause dans la présente instance ont été adoptés conformément à l’alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Loi), qui confère au président le pouvoir de « préciser les décisions de la Commission qui serviraient de guides jurisprudentiels qui ne lieraient pas les commissaires, mais amélioreraient la cohérence du processus décisionnel ». La demanderesse a contesté la légalité des guides jurisprudentiels pour le motif que l’alinéa 159(1)(h) n’autorise pas le président à publier un guide jurisprudentiel concernant des questions de fait; que les guides jurisprudentiels entravent illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires et empiètent indûment sur leur indépendance décisionnelle; qu’ils rehaussent injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile; et qu’ils ont été publiés sans aucune consultation externe. Les guides jurisprudentiels ont été publiés pour traiter notamment de la question de l’existence d’une possibilité de refuge intérieur, de la protection adéquate de l’État et de la persécution de minorités religieuses. Le président a qualifié le Pakistan, la Chine et l’Inde de « principaux pays sources » pour la Commission et a souligné que l’utilisation des guides jurisprudentiels était essentielle si la Commission doit traiter l’arriéré et le nombre croissant de nouvelles demandes. Le président a déclaré que ces guides jurisprudentiels étaient « fondés sur des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit ».

Il s’agissait principalement de savoir si le président a le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels sur des questions de fait; si les guides jurisprudentiels contestés ont entravé illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou ont porté indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle; s’ils ont rehaussé injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile;

was required to engage in external consultation before identifying the decisions in question as jurisprudential guides.

Held, the applications should be allowed in part.

It was not unreasonable for the Chairperson to implicitly interpret paragraph 159(1)(h) as conferring upon him the authority to issue jurisprudential guides in respect of factual issues, in addition to issues of law and of mixed fact and law. The identification of the four decisions in question as jurisprudential guides was not *ultra vires* the authority paragraph 159(1)(h) of the Act confers on the Chairperson. The Chairperson explicitly stated that the Pakistan, China and India jurisprudential guides were based on findings of fact or mixed law and fact. The fact that the Chairperson's interpretation was implicit, as opposed to explicit, did not render it any less entitled to be reviewed for its reasonableness. The Chairperson's implicit interpretation of paragraph 159(1)(h) was also reasonable because it accorded with the plain words of that provision. Moreover, that interpretation was broadly consistent with the provision's legislative history, its apparent purpose, and its statutory context. There is no limitation confining the provision's scope to issues of law or mixed law and fact. The Chairperson's interpretation was also consistent with the broad authority provided in paragraph 159(1)(g) and with the general objective set forth in subsection 162(2) of the Act, which provides the Chairperson with the authority to take any necessary action to ensure the Board members carry out their duties efficiently and without undue delay. An ability to issue jurisprudential guides in respect of factual issues is consistent with the broad objective of dealing with all proceedings as informally and quickly as the circumstances permit, so long as this is not contrary to considerations of fairness and natural justice. The Chairperson's interpretation of his authority under paragraph 159(1)(h) was also reasonable because it can be very difficult to distinguish between issues of fact and issues of mixed fact and law. It would be cumbersome to excise out of jurisprudential guides all of the factual findings. The ordinary meaning of the term "jurisprudence" contemplates decisions issued by a court in respect of factual issues, as well as issues of law and of mixed fact and law. Subject to that proviso, decisions that entirely or largely consist of factual determinations are as much a part of a tribunal's "jurisprudence" as decisions that address issues of law or issues of mixed fact and law.

To the extent that the jurisprudential guides effectively pressured Board members to either adopt factual conclusions or provide a reasoned justification for not doing so, this would constitute an improper encroachment on their adjudicative independence. While the Nigeria jurisprudential guide did not suffer from these shortcomings, the other three impugned jurisprudential

et si le président était obligé d'entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels.

Jugement : les demandes doivent être accueillies en partie.

Il n'était pas déraisonnable que le président interprète implicitement l'alinéa 159(1)h) comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels pour des questions de fait, en plus des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit. La désignation des quatre décisions en question comme guides jurisprudentiels n'était pas *ultra vires* par rapport au pouvoir conféré au président aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la Loi. Le président a explicitement déclaré que les guides jurisprudentiels du Pakistan, de la Chine et de l'Inde étaient fondés sur des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit. Le fait que l'interprétation du président soit implicite, plutôt qu'explicite, ne l'a pas rendue moins susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable. L'interprétation implicite de l'alinéa 159(1)h) donnée par le président était également raisonnable car elle était conforme aux termes mêmes de cette disposition. En outre, cette interprétation était largement compatible avec l'historique législatif de la disposition, son objet manifeste et son contexte législatif. Il n'y a aucune limite qui confine le champ d'application de cette disposition aux questions de droit ou mixtes de droit et de fait. L'interprétation du président était également conforme au large pouvoir prévu à l'alinéa 159(1)g) et à l'objectif général énoncé au paragraphe 162(2) de la Loi, qui confère au président le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité. Une capacité à publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait est compatible avec l'objectif général qui consiste à fonctionner, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité. L'interprétation par le président de son autorité aux termes de l'alinéa 159(1)h) était raisonnable, car il peut être très difficile de faire la distinction entre les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit. Il serait contraignant d'exclure des guides jurisprudentiels toutes les conclusions de fait. Le sens ordinaire du terme « jurisprudence » englobe les décisions rendues par une cour en ce qui concerne les questions factuelles, ainsi que les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. Sous réserve de ce qui précède, les décisions qui consistent entièrement ou en grande partie en des déterminations factuelles font tout autant partie de la « jurisprudence » d'une Cour que les décisions qui traitent de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit.

Dans la mesure où les guides jurisprudentiels exerçaient effectivement une pression sur les commissaires pour qu'ils adoptent des conclusions de fait ou justifient leur décision de s'en écarter, cela constituerait une atteinte indue à leur indépendance décisionnelle. Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'a pas été touché par ces lacunes, mais les trois autres guides

guides did but only because of the statement of expectations in each of the policy notes that accompanied the identification of the decisions in question as jurisprudential guides, wherein members were “expected to apply Jurisprudential Guides in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so”. The principle of adjudicative independence can be adapted to take into account the institutional constraints faced by quasi-judicial bodies such as the Board. Those limits are reached at the point where an administrative guideline goes beyond simply drawing attention to factual information or encouraging Board members to take it into account, and instead requires them to make particular factual findings. In the administrative law context, it can be entirely appropriate to embrace tools such as guidelines to influence, *in a general way*, the manner in which decisions are reached, so long as it is made clear that decision makers remain completely free to reach their own conclusions, based on the facts of each particular case. This would be consistent with the principle that administrative tools that do not encroach upon a Board member’s freedom to make factual findings can be legitimately used to achieve a degree of coherence that would not otherwise be available. However, the line would be crossed when the language used in guidelines may be reasonably apprehended to have the likely effect of either pressuring independent decision makers to make particular factual findings or attenuating their impartiality in this regard. The Federal Court of Appeal’s decision in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* does not stand for the proposition that the Chairperson may issue a jurisprudential guide that constrains the complete freedom of quasi-judicial decision makers to make their own factual determinations, free from pressure or inducement from others. The Nigeria jurisprudential guide did not unlawfully fetter the discretion of Board members or improperly constrain their freedom to decide cases that may come before them according to their own conscience. On the contrary, the jurisprudential guide made it clear that each case must be decided on its particular facts. To the extent that Board members are expected to do anything in particular, it is simply to apply the established test for an IFA (internal flight alternative), to take account of the jurisprudence and the country documentation that is mentioned in the jurisprudential guide, and then to reach their own decisions based on the particular facts of the case. The factual issues discussed in the Pakistan, India, and China jurisprudential guides that were problematic were the facts that appeared to be presented as the Refugee Appeal Division’s (RAD) own findings on issues that went beyond the evidence that was specific to the claimant. Given the statement of expectations, Board members would be subject to an explicit expectation to adopt those findings, unless they were prepared to provide reasoned justifications for failing to do so. There is a reasonable apprehension that repeated instructions would pressure some Board members to adopt the factual determinations in the jurisprudential guide. This would undermine public confidence and the rule of law. Those members’ discretion to make factual findings would be unlawfully fettered and their adjudicative independence would be improperly constrained or encroached upon.

jurisprudentiels contestés l’ont été uniquement en raison de la déclaration d’attente énoncée dans chacune des notes de politique accompagnant la désignation des décisions en question comme guide jurisprudentiel, à savoir qu’on attendait des commissaires qu’ils « appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s’en écarter, le cas échéant ». Le principe de l’indépendance décisionnelle peut être adapté pour prendre en compte les contraintes institutionnelles auxquelles sont confrontés des organes quasi judiciaires tels que la Commission. Ces limites sont atteintes lorsqu’une directive administrative ne se limite pas à attirer l’attention des commissaires sur des renseignements factuels et à les encourager à les prendre en compte, mais les oblige plutôt à suivre des conclusions de fait particulières. Dans le contexte du droit administratif, il peut être tout à fait approprié d’utiliser des outils tels que des directives pour influencer *de manière générale* sur la façon dont les décisions sont prises, dans la mesure où il est clairement indiqué que les décideurs restent entièrement libres de tirer leurs propres conclusions, sur le fondement des faits propres à chaque affaire. Cela serait conforme au principe selon lequel les outils administratifs qui n’empiètent pas sur la liberté d’un commissaire de tirer des conclusions factuelles peuvent être légitimement utilisés pour atteindre un degré de cohérence qui ne serait pas autrement accessible. Toutefois, la ligne de démarcation serait franchie lorsque le libellé des directives peut être raisonnablement perçu comme ayant un effet probable de pression sur des décideurs indépendants afin qu’ils tirent des conclusions de fait précises ou d’atténuation de leur impartialité à cet égard. La décision de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* ne permet pas d’affirmer que le président peut publier un guide jurisprudentiel qui limite la liberté absolue des décideurs quasi judiciaires d’établir leurs propres déterminations factuelles, à l’abri de toute pression ou incitation de tiers. Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n’a pas entravé illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ni n’a restreint indûment leur liberté de statuer sur les affaires dont ils sont saisis selon leur conscience. Au contraire, le guide jurisprudentiel indiquait clairement que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits particuliers. Dans la mesure où on s’attend à ce que les commissaires fassent quelque chose de particulier, il s’agit simplement d’appliquer le critère établi pour évaluer une PRI (possibilité de refuge intérieur), de tenir compte de la jurisprudence et de la documentation sur le pays mentionnées dans le guide jurisprudentiel, puis de prendre leurs propres décisions sur la base des faits particuliers de l’affaire. Les questions de fait discutées dans les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l’Inde et la Chine étaient problématiques parce que ces questions semblaient consister en des conclusions de fait établies par la Section d’appel des réfugiés (SAR) sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres à la demanderesse. Compte tenu de cette déclaration, les commissaires seraient assujettis à l’attente explicite qu’ils adoptent ces conclusions, à moins qu’ils ne soient disposés à justifier leur décision de s’en écarter. On

In brief, they would not be entirely free to make determinations with respect to the facts in question. The tension between the expectation that the Chairperson communicated and the complete freedom of Board members to make their own factual findings according to their conscience was too great for the principle of adjudicative independence to bear, even in the administrative law context. The sacrosanct principle of “s/he who hears must decide” on the facts in dispute cannot be sacrificed on the altar of achieving greater consistency and efficiency in decision making. There is no express or implied expression of parliamentary intent in paragraph 159(1)(h), or elsewhere in the Act, in respect of factual determinations. It is implicit from the inclusion of the authority to issue jurisprudential guides in paragraph 157(1)(h) that the Chairperson can draw to Board members’ attention particular assessment factors, legal principles, and facts. However, in so doing, the Chairperson must make it clear that members are free to make their own decisions based on the particular facts in each case. A jurisprudential guide which deals with factual issues is not problematic in and of itself, even where it deals almost exclusively with factual issues. The problem is posed by the statement of expectation that the jurisprudential guide should be applied in cases with similar facts unless reasoned justifications are provided.

The impugned jurisprudential guides did not unfairly enhance the burden on claimants for refugee protection. While information in the country documentation and responses to information requests (RIRs) cited in the jurisprudential guides may make it more difficult for refugee claimants to make their case before the Refugee Protection Division or the RAD, this does not create any procedural unfairness, because Parliament gave the Chairperson the authority to issue jurisprudential guides, and by necessary implication, the authority to reference information in the Board’s National Documentation Package (NDP) or RIRs. By identifying a jurisprudential guide, the Chairperson provides fair notice to future claimants for refugee protection of the additional issues and information that may need to be addressed in legal submissions and evidence. To the extent that information in a jurisprudential guide may provide reason to doubt the truthfulness of allegations made in a refugee claimant’s sworn affidavit or testimony, the presumption of truthfulness would no longer apply. The rationale underlying this presumption is that claimants for refugee protection who have come from certain

pourrait raisonnablement croire que l’effet probable des directives répétées adressées aux commissaires de la Commission serait que certains de ces commissaires se sentent obligés d’adopter les conclusions de fait du guide jurisprudenciel. La confiance du public et la primauté du droit seraient sapées. Le pouvoir discrétionnaire des membres de tirer des conclusions de fait serait illicitement entravé et leur indépendance décisionnelle serait indûment restreinte ou atteinte. En résumé, ces commissaires ne seraient pas entièrement libres d’établir des déterminations concernant les faits en question. Le principe de l’indépendance décisionnelle, même dans le contexte du droit administratif, ne pouvait supporter une aussi grande tension entre l’attente que le président a communiquée et la liberté totale des commissaires de tirer leurs propres conclusions de fait selon leur conscience. Le principe sacro-saint voulant que « celui qui entend doit trancher » à l’égard des faits contestés ne peut pas être sacrifié sur l’autel de l’accroissement de la cohérence et de l’efficacité dans la prise de décision. Il n’y a pas d’expression expresse ou implicite de l’intention du législateur à l’alinéa 159(1)h, ou ailleurs dans la Loi, en ce qui concerne les déterminations factuelles. Il est nécessairement implicite compte tenu de l’inclusion du pouvoir de publier des guides jurisprudentiels à l’alinéa 157(1)h que le président peut attirer l’attention des commissaires sur des facteurs d’évaluation particuliers, des principes juridiques et des faits. Ce faisant, le président doit toutefois préciser que les commissaires sont libres de prendre leurs propres décisions en fonction des faits propres à chaque cas. Le guide jurisprudenciel qui traite de questions de fait n’est pas problématique en soi. C’est le cas même lorsque le guide jurisprudenciel en question traite presque exclusivement de questions de fait. Le problème est posé par la déclaration d’attente selon laquelle le guide jurisprudenciel devrait être appliqué aux cas comportant des faits semblables, à moins de justifier la décision de s’en écarter.

Les guides jurisprudentiels contestés n’ont pas rehaussé injustement le fardeau imposé aux demandeurs d’asile. Certains des renseignements contenus dans la documentation sur la situation du pays et les réponses à des demandes d’information (RDI) cités dans les guides jurisprudentiels peuvent rendre plus difficile la tâche des demandeurs d’asile d’établir le bien-fondé de leur revendication devant la Section de la protection des réfugiés ou la SAR, mais cela ne crée aucune iniquité procédurale, car le législateur a donné au président le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels, et par déduction nécessaire, ce pouvoir inclut celui de citer des renseignements contenus dans le Cartable national de documentation (CND) ou les RDI de la Commission. En désignant un guide jurisprudenciel, le président donne un préavis raisonnable aux futurs demandeurs d’asile des problèmes supplémentaires et des renseignements qui pourraient devoir être abordés dans des arguments juridiques et des éléments de preuve. Dans la mesure où l’information contenue dans un guide jurisprudenciel fournirait une raison de douter de la véracité des allégations formulées dans l’affidavit ou le témoignage

types of exigent circumstances cannot reasonably be expected to have documentation or other evidence to corroborate their claims. However, in cases where claimants have had opportunities to gather corroboration for their claims, the strength of presumption of truthfulness varies directly with the extent to which such corroboration is provided. Any increase in the burden that claimants for refugee protection may face as a result of having to buttress their narrative to deal with facts referenced from the Board's NDP or RIR is not unfair. The same is true with respect to any increase in the burden that may result from any assessment factors or legal principles that may be identified in a jurisprudential guide.

It was not unreasonable for the Chairperson to conclude that public consultation was not required prior to the issuance of the jurisprudential guides. Paragraph 159(1)(h) explicitly addresses the extent of the consultation that is required before the Chairperson identifies a jurisprudential guide. Parliament did not consider that consultation with other persons or organizations was required. The Chairperson's interpretation of paragraph 159(1)(h) is reflected in the Board's *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*. In addition, the legislative history of paragraph 159(1)(h) provides some support for the Chairperson's interpretation of that provision.

Finally, the Nigeria decision was not impermissibly pre-selected to be the subject of a jurisprudential guide before it was finally decided. There is no evidence to suggest that the Chairperson made an actual or *de facto* decision to identify that decision as a jurisprudential guide at any time prior to the issuance of that decision.

The statement of expectation in the policy note that was issued with the Pakistan, India and China jurisprudential guides was declared to be unlawful and inoperative in respect of certain factual determinations made therein. Two questions were certified as to whether the Chairperson has the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the Act to issue jurisprudential guides that include factual determinations, and whether the jurisprudential guides issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fettered the discretion of the Board members to make their own factual findings, or improperly encroached upon their adjudicative independence.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 2(e).

sous serment d'un demandeur d'asile, la présomption de vérité ne s'appliquerait plus. La raison sous-jacente à cette présomption est qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les demandeurs d'asile ayant vécu certains types de situations d'urgence disposent de documents ou d'autres éléments de preuve pour corroborer leurs revendications. Toutefois, dans les cas où un demandeur d'asile a eu la possibilité de rassembler les éléments de preuve corroborant sa demande, la force de la présomption de vérité discutée dépend directement de la mesure dans laquelle une telle preuve corroborante est fournie. Tout alourdissement du fardeau imposé aux demandeurs d'asile en raison de la nécessité d'étayer leur exposé des faits pour refléter les faits présentés dans le CND ou les RDI de la Commission n'est pas injuste. Il en va de même en ce qui concerne tout alourdissement du fardeau pouvant résulter de facteurs d'évaluation ou de principes juridiques qui peuvent être énoncés dans un guide jurisprudential.

Il n'était pas déraisonnable pour le président de conclure qu'une consultation publique n'était pas nécessaire avant la publication des guides jurisprudentiels. L'alinéa 159(1)(h) traite explicitement de l'étendue de la consultation requise avant que le président ne désigne un guide jurisprudential. Le législateur n'a pas considéré qu'une autre consultation était nécessaire. L'interprétation par le président de l'alinéa 159(1)(h) est reflétée dans la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission. En outre, l'historique législatif de l'alinéa 159(1)(h) conforte quelque peu l'interprétation de la disposition donnée par le président.

Enfin, la décision concernant le Nigéria n'a pas été présélectionnée de manière inacceptable pour faire l'objet d'un guide jurisprudential avant qu'elle ne soit finalement prise. Rien n'indique que le président ait pris une décision véritable ou *de facto* de désigner cette décision en tant que guide jurisprudential à un moment quelconque avant la publication de cette décision.

La déclaration d'attente contenue dans la note de politique publiée avec les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, l'Inde et la Chine a été déclarée comme illégale et inopérante en ce qui concerne les déterminations factuelles qui y ont été établies. La question de savoir si le président a le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)(h) de la Loi, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles, et celle de savoir si les guides jurisprudentiels publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituaient une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Commission de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portaient indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle, ont été certifiées.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7. *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1.1, 51(1). *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 65. *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72, 74, 159(1)(g),(h), 162(2). *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(a).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *HD Mining International Ltd. v. Construction and Specialized Worker Union, Local 1611*, 2012 FCA 327, 442 N.R. 325; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385.

DISTINGUISHED:

Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, 137 D.L.R. (3d) 558; *Araya Atencio v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 571; *Feng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 18.

CONSIDERED:

Maldonado v. Minister of Employment and Immigration, [1980] 2 F.C. 302, (1979), 31 N.R. 34 (C.A.); *X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (I.R.B.); *X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (I.R.B.); *X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (I.R.B.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1988), 160 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration)* (November 14, 2017), IMM-3433-17 (F.C.); *Mujagic v. Kamps*, 2015 ONCA 360, 12 O.R. (3d) 715; *Ergen v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2016 BCSC 643; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146; *Barrantes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 518, 272 F.T.R. 164; *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1064.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7. *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 2e). *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 65. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72, 74, 159(1)(g),(h), 162(2). *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1.1, 51(1). *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 59.06(2)a).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards, 2005 CAF 176; *HD Mining International Ltd. c. Construction and Specialized Worker Union, section locale 1611*, 2012 CAF 327; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Araya Atencio c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 571; *Feng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 18.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (C.I.S.R.); *X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (C.I.S.R.); *X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (C.I.S.R.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (14 novembre 2017), IMM-3433-17 (C.F.); *Mujagic v. Kamps*, 2015 ONCA 360, 12 O.R. (3d) 715; *Ergen v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2016 BCSC 643; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146; *Barrantes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 518; *Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1064.

REFERRED TO:

X (Re), 2017 CanLII 43112 (I.R.B.); *Y.Z. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 892, [2016] 1 F.C.R. 575; *Stemijon Investments Ltd v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, 144 D.L.R. (4th) 1; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 195; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 762; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, 30 D.L.R. (4th) 481; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, 73 O.R. (2d) 676; *Koroz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 261 N.R. 71, 9 Imm. L.R. (3d) 12 (F.C.A.); *Higbogun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 445, 367 F.T.R. 114; *Zeng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1060; *Su v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 666; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315; *Yan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 146; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 877; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 148; *Han v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 858; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 454; *Chunza Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 832; *Tellez Picon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 129; *Ramos Aguilar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 431; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, Guideline 7: *Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*, Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2003.

Canada. Immigration and Refugee Board. Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, Guideline 9: *Proceedings Before the IRB Involving Sexual Orientation and Gender Identity and Expression*, Ottawa: Immigration and Refugee Board, 2017.

DÉCISIONS CITÉES :

X (Re), 2017 CanLII 43112 (C.I.S.R.); *Y.Z. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 892, [2016] 1 R.C.F. 575; *Stemijon Investments Ltd c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 195; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 762; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Sitba c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Koroz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1593 (QL) (C.A.); *Higbogun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 445; *Zeng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1060; *Su c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 666; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315; *Yan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 146; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 877; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 148; *Han c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 858; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 454; *Chunza Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 832; *Tellez Picon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 129; *Ramos Aguilar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 431; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Directives n° 7 : *Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*, Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2003.

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Directives n° 9 : *Procédures devant la CISR portant sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre*

Canada. Immigration and Refugee Board. Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to section 65(3) of the *Immigration Act*, Guideline 4: *Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*, Ottawa: Immigration and Refugee Board, 1996.

Canada. Immigration and Refugee Board. *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01, effective March 2003.

Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-86*, 34th Parl., 3rd Sess. Issue No. 11 (September 16, 1992).

APPLICATIONS for judicial review of a decision by the Chairperson of the Immigration and Refugee Board of Canada to designate one or more decisions as a jurisprudential guide pertaining to the assessment of refugee claims by nationals of Pakistan, China, India, and Nigeria. Applications allowed in part.

APPEARANCES

Lorne Waldman and *Steven Blakey* for applicant.

James Todd and *Margherita Braccio* for respondent.

Anshumala Juyal and *Darren McLeod* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Immigration and Refugee Board of Canada, Toronto, for intervener.

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

CRAMPTON C.J.:

I. Introduction

[1] As far as factual determinations are concerned, the principle that “s/he who hears must decide” is sacrosanct.

et l’expression de genre, Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié, 2017.

Canada. Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Directives données par le président en application du paragraphe 65(3) de la *Loi sur l’immigration*, Directives n° 4 : *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d’être persécutées en raison de leur sexe*, Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié, 1996.

Canada. Commission de l’immigration et du statut de réfugié. *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01, mars 2003.

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86*, 34^e lég., 3^e sess., fascicule n° 11 (16 septembre 1992).

DEMANDES de contrôle judiciaire d’une décision du président de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada de désigner une ou plusieurs décisions devant servir de guides jurisprudentiels relatifs à l’évaluation des demandes d’asile présentées par des ressortissants du Pakistan, de la Chine, de l’Inde et du Nigéria. Demandes accueillies en partie.

ONT COMPARU :

Lorne Waldman et *Steven Blakey*, pour la demanderesse.

James Todd et *Margherita Braccio*, pour le défendeur.

Anshumala Juyal et *Darren McLeod*, pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Waldman & Associates, Toronto, pour la demanderesse.

La sous-procureure générale du Canada, pour le défendeur.

Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada, Toronto, pour l’intervenante.

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

[1] En ce qui concerne les déterminations factuelles, le principe selon lequel « celui qui entend doit trancher »

It is a fundamental pillar of the rule of law. It cannot be sacrificed on the altar of achieving greater consistency and efficiency in administrative decision making.

[2] Decision makers on quasi-judicial bodies such as the Immigration and Refugee Board of Canada (the Board) must be able to exercise their adjudicative functions independently from improper influence. Such influence can include establishing an expectation that Board members will adopt factual conclusions set forth in a jurisprudential guide (JG) issued by the Chairperson of the Board unless they explain why such conclusions have not been followed. Important factors to consider in assessing whether a JG is likely to improperly influence members of the Board include the nature of the language establishing the expectation, whether it is made clear that each case must be adjudicated on the basis of its specific facts, the extent of monitoring of compliance, and whether a reasonable apprehension arises that adverse consequences would likely result if the JG were not followed.

[3] Among other things, the imposition of an expectation to adopt factual determinations in a JG would fetter Board members' discretion by reducing their freedom to reach different factual conclusions in the absence of providing a justification for why they have done so. It would also undermine their independence and their perceived impartiality. This is because it would give rise to a reasonable apprehension that the Board's members are not entirely free to reach their own factual conclusions, according to their own conscience, without influence from the Chairperson. In addition, it would increase the burden on the party who would otherwise simply have to demonstrate why a different factual conclusion should be reached, without having to also establish why a departure from the JG is justified.

[4] However, a Board JG that simply required or encouraged decision makers to take account of particular objectively reported facts, legal principles, or factors to consider in deciding issues of law or mixed fact and law would not pose these problems. That is to say, they would not unlawfully fetter Board members' discretion, improperly

est sacro-saint. C'est un pilier fondamental de la primauté du droit. Il ne peut être sacrifié sur l'autel de la réalisation d'une cohérence et d'une efficacité plus grande en ce qui a trait à la prise de décision administrative.

[2] Les décideurs au sein d'organismes quasi judiciaires, tels que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission) doivent pouvoir exécuter leurs fonctions décisionnelles indépendamment de toute influence induite. Une telle influence peut inclure l'établissement d'une attente voulant que les commissaires tirent des conclusions factuelles exposées dans un guide jurisprudentiel publié par le président de la Commission, sauf s'ils expliquent pourquoi de telles conclusions n'ont pas été suivies. Les facteurs importants à prendre en compte pour déterminer si un guide jurisprudentiel est susceptible d'influencer indûment les commissaires comprennent la nature du libellé établissant l'attente, l'indication claire que chaque affaire doit être jugée sur le fondement de ses faits précis, la portée de la surveillance de la conformité, et l'existence d'une crainte raisonnable que des conséquences défavorables risqueraient de découler du non-respect du guide jurisprudentiel.

[3] Entre autres, l'imposition de l'attente d'adopter des déterminations factuelles dans un guide jurisprudentiel entraverait le pouvoir discrétionnaire des commissaires en réduisant leur liberté de tirer des conclusions de fait différentes à défaut de fournir une justification exposant les raisons pour lesquelles ils s'en sont écartés. Cela compromettrait également leur indépendance et leur impartialité perçue. En effet, cela ferait naître une crainte raisonnable que les commissaires ne soient pas entièrement libres de tirer leurs propres conclusions de fait, selon leur conscience, sans l'influence du président. En outre, cela alourdirait le fardeau de la partie qui, autrement, aurait simplement à démontrer pourquoi une conclusion de fait différente devrait être tirée, sans avoir également à établir pourquoi un écart par rapport au guide jurisprudentiel est justifié.

[4] Toutefois, un guide jurisprudentiel de la Commission qui obligerait ou encouragerait simplement les décideurs à tenir compte de faits particuliers rapportés objectivement, de principes juridiques ou de facteurs à prendre en considération lors de la prise de décisions à l'égard des questions de droit ou des questions mixtes de fait et de droit

encroach upon their adjudicative independence, or reduce their perceived impartiality, so long as it is made clear that Board members remain free to reach their own conclusions.

[5] Similarly, a Board JG that merely requires or encourages decision makers to follow a general assessment framework or approach would not improperly fetter Board members' discretion or improperly encroach upon their adjudicative independence, so long as it is made clear that Board members remain free to reach their own conclusions.

[6] The four JGs at issue in this proceeding, pertaining to the assessment of refugee claims by nationals of Nigeria, Pakistan, China and India, were validly enacted pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). That provision authorizes the Chairperson to identify decisions of the Board as JGs, after consulting with the Board's Deputy Chairpersons, to assist members in carrying out their duties. Contrary to the position of the Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL), paragraph 159(1)(h) authorizes the Chairperson to issue JGs not just on issues of law and mixed fact and law, but also on issues of fact. Moreover, external consultation prior to the issuance of the JGs was not required.

[7] The Nigeria JG does not unlawfully fetter Board decision-makers' discretion or improperly encroach upon their adjudicative independence because it repeatedly refers to the need for each case to be adjudicated on the basis of its particular facts. For the same reason, it does not unfairly increase the burden faced by refugee applicants in establishing their claims. Contrary to CARL's submissions, the Nigeria JG was not improperly "pre-selected".

ne poseraient pas ces problèmes. Cela signifie qu'ils ne constitueraient pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires, ni un empiètement indu sur leur indépendance décisionnelle, ni ne réduiraient leur impartialité perçue, dans la mesure où il est clairement indiqué que les commissaires restent libres de tirer leurs propres conclusions.

[5] De même, les guides jurisprudentiels de la Commission qui obligent ou encouragent simplement les décideurs à suivre un cadre ou une approche d'évaluation générale ne constitueraient pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires ni un empiètement indu sur leur indépendance décisionnelle, dans la mesure où il est clairement indiqué que les commissaires restent libres de tirer leurs propres conclusions.

[6] Les quatre guides jurisprudentiels en cause dans la présente instance, relatifs à l'évaluation des demandes d'asile présentées par des ressortissants du Nigéria, du Pakistan, de la Chine et de l'Inde, ont été validement adoptés conformément à l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Cette disposition autorise le président à préciser les décisions de la Commission qui serviront de guides jurisprudentiels, après consultation des vice-présidents de la Commission et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions. Contrairement à la position de l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (ACAADR), l'alinéa 159(1)h) autorise le président à publier des guides jurisprudentiels non seulement sur des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit, mais également sur des questions de fait. De plus, une consultation externe préalable à la publication des guides jurisprudentiels n'était pas requise.

[7] Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'entrave pas illégalement le pouvoir discrétionnaire des décideurs de la Commission et n'empiète pas non plus indûment sur leur indépendance décisionnelle, car il fait constamment référence à la nécessité pour chaque affaire d'être jugée sur le fondement de ses faits particuliers. Pour la même raison, il n'alourdit pas injustement le fardeau imposé aux demandeurs d'asile lors de l'établissement du bien-fondé de leurs revendications. Contrairement aux observations de l'ACAADR, le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'a pas été [TRADUCTION] « présélectionné » indûment.

[8] With respect to the remaining impugned JGs, the factual matters they address can be grouped into three categories: First, facts that are specific to the particular claimant and that were adduced in his or her evidence; second, facts that are characterized as having been reported in the country documentation or Responses to Information Requests (RIRs); and third, facts that are presented as the Refugee Appeal Division (RAD)'s own findings, on issues that go beyond the evidence that was specific to the claimant or claimants in question. The only unlawful fettering of discretion or improper interference with Board members' adjudicative independence is with respect to the third category.

[9] This unlawful fettering or improper interference results from a statement made in each of the policy notes that accompanied the identification of the decisions in question as JGs. That statement states that members of the Board's Refugee Protection Division (RPD) and Refugee Appeal Division "are expected to apply Jurisprudential Guides in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so". A similar statement was made in the Board's *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* [Policy No. 2003-01] and in e-mails the Chairperson and the Deputy Chairperson (RPD) sent to the Board's members at the time three of the JGs were released.

[10] Alternative language that did not include a similar statement and that explicitly left RPD and RAD members completely free to reach their own conclusions on issues of fact would not unlawfully fetter their discretion or improperly interfere with their independence. This is so even if Board members were encouraged to explain why they have reached different factual conclusions in cases with similar facts.

[11] Although some aspects of the principles of natural justice may be displaced where legislation expressly or by necessary implication ousts their application,

[8] En ce qui concerne les autres guides jurisprudentiels contestés, les questions de fait qui y sont traitées peuvent être regroupées en trois catégories. Premièrement, les faits qui sont propres au demandeur en particulier et qui ont été présentés en preuve; deuxièmement, les faits caractérisés comme ayant été rapportés dans la documentation sur le pays ou dans les Réponses à des demandes d'information (RDI); et troisièmement, les faits présentés comme constituant les propres conclusions de la Section d'appel des réfugiés, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres au demandeur ou aux demandeurs en question. La seule entrave illégale au pouvoir discrétionnaire ou atteinte indue à l'indépendance décisionnelle des commissaires est relative à la troisième catégorie.

[9] Cette entrave illégale ou atteinte indue résulte d'une déclaration faite dans chacune des notes de politique accompagnant la désignation des décisions en question comme guide jurisprudentiel. Cette déclaration indique [TRADUCTION] « qu'on attend des commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de la Commission qu'ils appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s'en écarter, le cas échéant ». Une déclaration similaire a été faite dans la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* [Politique n° 2003-01] de la Commission et dans des courriels que le président et vice-président de la Section de la protection des réfugiés ont envoyé aux commissaires au moment de la publication de trois des guides jurisprudentiels.

[10] Un libellé différent qui n'inclurait pas de déclaration similaire et qui laisserait explicitement les commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés totalement libres de tirer leurs propres conclusions sur des questions de fait n'entraverait pas illégalement leur pouvoir discrétionnaire et ne porterait pas indûment atteinte à leur indépendance. Il en serait ainsi même si les commissaires étaient encouragés à expliquer pourquoi ils sont parvenus à des conclusions de fait différentes dans des affaires comportant des faits semblables.

[11] Bien que certains aspects des principes de justice naturelle puissent être écartés lorsque la législation en exempte expressément ou implicitement l'application,

paragraph 159(1)(h) does not contain such language in respect of factual determinations that Board members may make. Indeed, subsection 162(2) of the IRPA makes it clear that each division of the Board should operate in accordance with the principles of fairness and natural justice.

[12] However, in authorizing the Chairperson to issue JGs, Parliament implicitly gave the Chairperson the authority to draw Board members' attention to certain matters, and even to encourage them to consider such matters. These include factors to be taken into account in making decisions, relevant legal principles, and facts that are reported in objective sources, such as country documentation or RIRs.

[13] One unavoidable consequence of this is that the evidentiary burden faced by claimants in establishing their case may be easier or more difficult to meet than it would have been if such factors, principles, or facts did not need to be addressed. This impact on the burden faced by claimants is not unfair. It also does not improperly interfere with the presumption established by *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302, (1979), 31 N.R. 34 (C.A.) (*Maldonado*) and its progeny that a refugee claimant's sworn testimony is truthful.

[14] The rationale underlying this presumption of truthfulness is that claimants for refugee protection who have come from certain types of exigent circumstances cannot reasonably be expected to have documentation or other evidence to corroborate their claims. Such circumstances can include refugee camps, war-torn country conditions, and situations in which the claimant only had a brief window of opportunity in which to escape their persecutor(s) and cannot subsequently access documents or other evidence from Canada.

[15] However, in cases where a claimant for refugee protection appears to have had opportunities to gather corroboration for his/her claim, either before or after arriving in Canada, the strength of the presumption of truthfulness varies directly with the extent to which such corroboration is provided. Where the claimant simply gives a bald,

l'alinéa 159(1)(h) ne contient pas un tel libellé concernant les déterminations factuelles que les commissaires peuvent établir. En effet, le paragraphe 162(2) de la LIPR indique clairement que chacune des sections de la Commission doit fonctionner conformément aux principes d'équité et de justice naturelle.

[12] Cependant, en autorisant le président à publier des guides jurisprudentiels, le législateur l'a implicitement autorisé à attirer l'attention des commissaires sur certaines questions et même à les encourager à les examiner. Cela inclut les facteurs à prendre en compte dans la prise de décision, les principes juridiques pertinents et les faits rapportés dans des sources objectives, telles que la documentation sur la situation du pays ou les RDI.

[13] Une conséquence inévitable de cette situation est que le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs lors de l'établissement du bien-fondé de leur cause peut être plus ou moins rigoureux que s'il n'avait pas été nécessaire de traiter ces facteurs, principes ou faits. Cette incidence sur le fardeau imposé aux demandeurs n'est pas injuste. Cela ne nuit pas non plus indûment à la présomption établie dans la décision *Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.) (*Maldonado*) et les arrêts qui l'ont suivi, selon laquelle le témoignage sous serment du demandeur d'asile est véridique.

[14] La raison sous-jacente à cette présomption de vérité est qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les demandeurs d'asile ayant vécu certains types de situations d'urgence disposent de documents ou d'autres éléments de preuve pour corroborer leurs demandes. Ces circonstances peuvent inclure des camps de réfugiés, des situations de pays déchirés par la guerre et des situations dans lesquelles le demandeur d'asile ne dispose que d'un très court délai pour échapper à son ou ses persécuteurs et ne peut par la suite accéder à des documents ou à d'autres éléments de preuve depuis le Canada.

[15] Toutefois, dans les cas où un demandeur d'asile semble avoir eu la possibilité de rassembler les éléments de preuve corroborant sa demande avant ou après son arrivée au Canada, la force de la présomption de vérité dépend directement de la mesure dans laquelle une telle preuve corroborante est fournie. Lorsque le demandeur d'asile ne

unsupported assertion that strains credulity when considered together with objective information in the Board's National Documentation Package (NDP) or RIR documentation, the strength of the presumption of truthfulness is relatively weak and may be displaced by that objective information. Indeed, it may also be displaced by a failure to reasonably explain an omission to provide corroboration for such assertions.

[16] Maintaining the presumption of truthfulness in circumstances where a bald or thinly supported assertion strains credulity in the face of objective factual information referenced in a JG would weaken the integrity of Canada's immigration system and undermine public confidence in that system. The Court, and indeed the bar and interested organizations such as CARL, have an important role to play in maintaining and cultivating that public confidence.

II. Background

[17] These two applications each concern a decision by the Chairperson to designate one or more Board decisions as a JG. IMM-3433-17 concerns the decision to designate RAD decisions pertaining to Pakistan, China, and India, respectively, as JGs. IMM-3373-18 concerns a similar designation in respect of a RAD decision pertaining to Nigeria.

[18] CARL challenges the legality of the four JGs on the following grounds:

1. Paragraph 159(1)(h) does not authorize the Chairperson to issue a JG with respect to issues of fact;
2. The JGs unlawfully fetter Board members' discretion and improperly encroach upon their adjudicative independence;

formule qu'une simple allégation dénuée de fondement qui est difficile à croire lorsqu'elle est examinée en corrélation avec les renseignements objectifs contenus dans les documents du Cartable national de documentation (CND) ou des RDI de la Commission, la force de la présomption de vérité est relativement faible et cette présomption peut être écartée par ces renseignements objectifs. En fait, elle peut aussi être écartée par un défaut d'expliquer de manière raisonnable une omission de fournir des éléments de preuve qui corroborent de telles allégations.

[16] Le maintien de la présomption de vérité dans les circonstances où une allégation dénuée de fondement ou à peine soutenue tend à la crédulité face aux renseignements factuels objectifs cités dans un guide jurisprudentiel affaiblirait l'intégrité du système d'immigration canadien et saperait la confiance du public envers ce système. La Cour, et en fait le barreau et les organisations intéressées telles que l'ACAADR, ont un rôle important à jouer pour maintenir et cultiver cette confiance du public.

II. Contexte

[17] Ces deux demandes concernent chacune une décision du président de désigner une ou plusieurs décisions de la Commission qui serviront de guides jurisprudentiels. Le dossier IMM-3433-17 concerne la décision de désigner des décisions de la Section d'appel des réfugiés concernant le Pakistan, la Chine et l'Inde, respectivement, comme guides jurisprudentiels. Le dossier IMM-3373-18 concerne une désignation similaire relative à une décision de la Section d'appel des réfugiés concernant le Nigéria.

[18] L'ACAADR conteste la légalité des quatre guides jurisprudentiels pour les motifs suivants :

1. L'alinéa 159(1)(h) n'autorise pas le président à publier un guide jurisprudentiel concernant des questions de fait;
2. Les guides jurisprudentiels entravent illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires et empiètent indûment sur leur indépendance décisionnelle;

3. The JGs unfairly enhance the burden of proof on claimants for refugee protection; and
4. The JGs were issued without any external consultation.

[19] In addition, CARL challenges the legality of the Nigeria JG on the basis that the Chairperson improperly pre-selected the decision that became the JG.

[20] The JG with respect to Nigeria Jurisprudential Guide TB7-19851 was issued to address the issue of the availability of an internal flight alternative (IFA) within that country for refugee applicants who have come from there. For that reason, the JG only consisted of paragraphs 13–30 of the decision in question [*X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (I.R.B.)]. The JG concluded that an IFA was available to the refugee applicant in that case, in two particular cities. It added that “there are several additional cities in Nigeria where, depending on the individual facts, an IFA would likely be available to those fleeing non-state actors, such as the Appellant.” That JG was issued after the RAD’s Professional Development and Adjudicative Strategy Committee (the Committee) identified a high volume of claims and appeals from Nigeria in which the determinative issue was either credibility or the availability of an IFA. The Committee considered that it would be helpful to focus the analysis solely on the latter issue, to reduce both the length of hearings and the time spent writing or rendering oral reasons for decision.

[21] The JG with respect to Pakistan [Jurisprudential Guide TB7-01837] was identified with respect to the issues of whether (i) the treatment experienced by persons of Ahmadi ethnicity amounted to persecution, (ii) adequate state protection is available to such persons, and (iii) such persons have a viable IFA within that country [*X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (I.R.B.)]. That JG was issued after the Committee noticed that a number of RPD decisions had failed to properly analyse state protection and IFAs for Ahmadi claimants from Pakistan. The conclusions in the

3. Les guides jurisprudentiels rehaussent injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile;
4. Les guides jurisprudentiels ont été publiés sans aucune consultation externe.

[19] En outre, l’ACAADR conteste la légalité du guide jurisprudentiel sur le Nigéria au motif que le président avait indûment présélectionné la décision qui deviendrait le guide jurisprudentiel.

[20] Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria [guide jurisprudentiel TB7-19851] a été publié pour traiter de la question de l’existence d’une possibilité de refuge intérieur (PRI) dans ce pays pour les demandeurs d’asile qui viennent de là-bas. Pour cette raison, le guide jurisprudentiel ne comprenait que les paragraphes 13 à 30 de la décision en question [*X (Re)*, 2018 CanLII 52123 (C.I.S.R.)]. Le guide jurisprudentiel a conclu qu’une PRI existait pour le demandeur d’asile dans cette affaire, dans deux villes en particulier. Il a ajouté qu’il « y a plusieurs villes au Nigéria, où, selon les faits individuels, il existerait [vraisemblablement] une PRI pour les personnes qui, comme l’appelante, fuient des acteurs non étatiques. » Ce guide jurisprudentiel a été publié après que le Comité sur le perfectionnement professionnel et la stratégie décisionnelle (le Comité) de la Section d’appel des réfugiés a relevé un grand nombre de demandes et d’appels en provenance du Nigéria, dans lesquels la question déterminante était soit la crédibilité, soit l’existence d’une PRI. Le Comité a estimé qu’il serait utile de centrer l’analyse uniquement sur cette dernière question afin de réduire à la fois la durée des audiences et le temps passé à rédiger ou à exposer oralement les motifs de la décision.

[21] Le guide jurisprudentiel sur le Pakistan [guide jurisprudentiel TB7-01837] a été désigné pour déterminer si : (i) le traitement réservé à des personnes d’origine ethnique ahmadie constituait une persécution, (ii) une protection adéquate de l’État était offerte à de telles personnes, (iii) de telles personnes avaient une PRI viable dans ce pays [*X (Re)*, 2017 CanLII 46496 (C.I.S.R.)]. Ce guide jurisprudentiel a été publié après que le Comité ait constaté qu’un certain nombre de décisions de la Section de la protection des réfugiés n’avaient pas analysé correctement la

JG were favourable to the refugee claimant in that case in respect of both of those issues, as well as in relation to the issue of persecution.

[22] The JG with respect to India [Jurisprudential Guide MB6-01059/60] was issued with respect to the issue of whether Sikh refugee claimants from Punjab have a viable IFA [*X (Re)*, 2017 CanLII 43112 (I.R.B.)]. Once again, the Committee's objective in recommending the issuance of the JG was to reduce the time required for RPD hearings and to reduce the time required to draft RPD and RAD decisions. The JG concluded that the refugee claimants in question had a viable IFA in Delhi or Mumbai.

[23] The China JG [Jurisprudential Guide TB6-11632] was issued to promote consistency and to provide guidance to RPD and RAD members in respect of a matter that had given rise to a divergence in the jurisprudence of both the Board and this Court. In particular, it was issued to address the issue of whether persons alleging that they are wanted by Chinese authorities are likely to be able to exit that country from an airport using a genuine passport. As with the Nigeria JG, the China JG consisted of only certain paragraphs of the underlying decision, namely paragraphs 12–22 and 25–34 [*X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (I.R.B.)]. After reviewing a range of evidence pertaining to China's Golden Shield Project, and observing that the refugee claimant had provided "scant" evidence with regard to how he was able to exit China, the JG concluded that he could not have left that country using his genuine passport and with the assistance of a smuggler, as he had claimed.

[24] At the time the Pakistan, China, and India JGs were issued, the Chairperson characterized those countries as "major source countries" for the Board and noted

protection de l'État et les PRI pour les demandeurs ahmadis du Pakistan. Les conclusions du guide jurisprudentiel étaient favorables au demandeur d'asile dans cette affaire en ce qui concerne ces deux questions, ainsi qu'en ce qui concerne la question de la persécution.

[22] Le guide jurisprudentiel sur l'Inde [guide jurisprudentiel MB6-01059/60] a été publié relativement à la question de savoir si les demandeurs d'asile sikhs du Pendjab avaient une PRI viable [*X (Re)*, 2017 CanLII 43112 (C.I.S.R.)]. Une fois encore, l'objectif du Comité en recommandant la publication du guide jurisprudentiel était de réduire le temps requis pour les audiences de la Section de la protection des réfugiés et réduire le temps requis pour rédiger les décisions de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés. Le guide jurisprudentiel a conclu que les demandeurs d'asile en question avaient une PRI viable à Delhi ou à Mumbai.

[23] Le guide jurisprudentiel sur la Chine [guide jurisprudentiel TB6-11632] a été publié dans le but de promouvoir la cohérence et de fournir aux commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés une orientation sur une question qui avait donné lieu à des divergences dans la jurisprudence de la Commission et de cette Cour. Plus précisément, il a été publié pour traiter de la question de savoir si les personnes qui prétendent être recherchées par les autorités chinoises sont susceptibles de pouvoir quitter ce pays à partir d'un aéroport en utilisant un passeport authentique. À l'instar du guide jurisprudentiel sur le Nigéria, le guide jurisprudentiel sur la Chine ne comprenait que certains paragraphes de la décision sous-jacente, à savoir les paragraphes 12 à 22 et 25 à 34 [*X (Re)*, 2016 CanLII 105520 (C.I.S.R.)]. Après avoir examiné toute une série d'éléments de preuve relatifs au projet du Bouclier d'or de la Chine et constaté que le demandeur d'asile avait fourni des éléments de preuve « insuffisants » concernant la manière dont il avait pu quitter la Chine, il a été conclu dans le guide jurisprudentiel qu'il n'aurait pas pu quitter ce pays en utilisant son passeport authentique et avec l'aide d'un passeur, comme il l'avait prétendu.

[24] Au moment de la publication des guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l'Inde, le président a qualifié ces pays de « principaux pays sources » pour la

that the use of JGs was “essential if the IRB is to deal with the significant backlogs and growing intake we are facing today.” As noted above, the “high volume of claims” from Nigeria was also an important consideration underlying the identification of the JG in relation to that country.

[25] The JG pertaining to India was revoked as of November 30, 2018, as a result of developments in the Board’s country of origin information, in particular as it concerns the issue of the connectivity between police databases across India.

[26] The JG pertaining to China was revoked as of June 28, 2019, after the hearing of this Application, because it contained a finding of fact that was not supported by the Board’s National Documentation Package (NDP), in particular as it concerned facial recognition technology used on passengers departing from the airport in Beijing.

[27] The policy notes issued in respect of the two revoked JGs contained language stating that RPD and RAD members “are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so”. The same language appears in the policy notes that were issued with the JGs pertaining to the remaining two JGs, which remain in force.

III. Relevant Legislation

[28] The Chairperson’s authority to issue JGs is set forth in paragraph 159(1)(h) of the IRPA. That provision states as follows:

DUTIES OF CHAIRPERSON

Chairperson

159 (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

...

Commission et a souligné que l’utilisation des guides jurisprudentiels était [TRADUCTION] « essentielle si la Commission de l’immigration et du statut de réfugiés [CISR] doit traiter l’arriéré considérable et le nombre croissant de nouvelles demandes auxquels nous sommes confrontés aujourd’hui ». Comme il est indiqué ci-dessus, le « nombre élevé de demandes » provenant du Nigéria était également un facteur important sous-jacent à la désignation du guide jurisprudentiel sur ce pays.

[25] Le guide jurisprudentiel sur l’Inde a été révoqué le 30 novembre 2018 en raison des changements aux renseignements sur les pays d’origine de la Commission, notamment en ce qui concerne la question de savoir si les bases de données policières en Inde sont en vases clos.

[26] Le guide jurisprudentiel sur la Chine a été révoqué le 28 juin 2019 après l’audition de la présente demande, car il contenait une conclusion de fait qui n’était pas étayée par le CND de la Commission, plus précisément en ce qui concerne la technologie de reconnaissance faciale utilisée à l’égard des passagers partant depuis l’aéroport de Beijing.

[27] Les notes de politique publiées au sujet des deux guides jurisprudentiels révoqués contenaient un libellé indiquant qu’ [TRADUCTION] « on s’attend à ce que les (commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d’appel des réfugiés) appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s’en écarter, le cas échéant ». Le même libellé figure dans les notes de politique publiées avec les guides jurisprudentiels sur les deux guides jurisprudentiels restants, qui restent en vigueur.

III. Dispositions législatives pertinentes

[28] Le pouvoir du président de publier des guides jurisprudentiels est énoncé à l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR. Cette disposition est rédigée ainsi :

PRÉSIDENT DE LA COMMISSION

Fonctions

159 (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d’office des quatre sections; à ce titre :

[...]

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons, to assist members in carrying out their duties; and

h) après consultation des vice-présidents et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel.

IV. Preliminary Issues

[29] Prior to the hearing of these applications, three preliminary issues were raised. First, the respondent maintained that CARL has no standing to bring the applications. Second, the respondent maintained that CARL's challenge with respect to the two revoked JGs, pertaining to India and China, was now moot. Third, CARL sought disclosure of a draft of the Nigeria JG. During the hearing, CARL abandoned that request.

[30] For the record, I will note that CARL also abandoned its position that the JGs contravene section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III]. Accordingly, these abandoned issues will not be addressed in this decision.

A. *CARL's Standing*

[31] In October 2017, the respondent brought a motion to strike CARL as a party from the proceedings in IMM-3433-17, and to consequently strike the proceedings in their entirety. In support of its request, it took the position that CARL is not a proper party to bring an application in respect of the JGs because it is not directly affected by them and does not meet the test for public interest standing.

[32] The following month, Prothonotary Aalto rejected the respondent's motion.

[33] The respondent did not appeal that decision at that time because paragraph 72(2)(e) of the IRPA states that no

IV. Questions préliminaires

[29] Avant l'audition de ces demandes, trois questions préliminaires ont été soulevées. Premièrement, le défendeur a soutenu que l'ACAADR n'avait pas qualité pour présenter les demandes. Deuxièmement, le défendeur a soutenu que la contestation par l'ACAADR des deux guides jurisprudentiels révoqués, concernant l'Inde et la Chine, est désormais théorique. Troisièmement, l'ACAADR a demandé la divulgation d'un projet du guide jurisprudentiel sur le Nigéria. Au cours de l'audition, l'ACAADR a abandonné cette demande.

[30] Pour mémoire, je soulignerai que l'ACAADR a également abandonné sa thèse selon laquelle les guides jurisprudentiels contreviennent à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], et à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III]. Par conséquent, ces questions abandonnées ne seront pas abordées dans la présente décision.

A. *Qualité pour agir de l'ACAADR*

[31] En octobre 2017, le défendeur a présenté une requête en vue de radier l'ACAADR en tant que partie à l'instance dans le dossier IMM-3433-17 et, par conséquent, de radier la procédure dans son ensemble. À l'appui de sa demande, il a soutenu que l'ACAADR n'était pas une partie habilitée à présenter une demande à l'égard des guides jurisprudentiels, car elle n'était pas directement touchée par ceux-ci et ne satisfaisait pas au critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[32] Le mois suivant, le protonotaire Aalto a rejeté la requête du défendeur.

[33] Le défendeur n'a pas interjeté appel de cette décision à ce moment-là parce que l'alinéa 72(2)(e) de la LIPR

appeal lies from a decision of the Court with respect to either an application contemplated by that legislation or an interlocutory judgment. Although subsection 51(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) permits appeals of orders issued by prothonotaries, subsection 1.1(2) provides that in the event of any inconsistency between those Rules and an Act of Parliament or a regulation made under such an Act, that Act or regulation prevails to the extent of inconsistency.

[34] Notwithstanding the foregoing, the respondent continues to maintain that CARL has no standing to bring the two applications that are before the Court in this proceeding. In support of its position that an appeal of Prothonotary Aalto's decision remains available, it makes two arguments.

[35] First, it maintains that it is an open question as to whether paragraph 74(d) of the IRPA would permit an interlocutory order to be appealed if a question for appeal was certified in the ultimate judgment pertaining to the related Application. Paragraph 74(d) permits an appeal of a judgment of the Court "if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question."

[36] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181 (*Edwards*), at paragraph 10, the Federal Court of Appeal explicitly stated that an appeal of an interlocutory order is not possible even if a judge certifies a question. The respondent acknowledges that ruling, but interprets it as having been directed to the situation where a judge purports to certify a question in rendering the interlocutory order, as opposed to in rendering a final judgment on the related application. The respondent maintains that *Edwards* left open the possibility of an appeal of an interlocutory decision when a judge certifies a question in the latter type of decision.

[37] I disagree. After stating that an appeal would not be possible even if a judge had certified a question, the Court proceeded to address the very narrow range of situations in which an appeal may be made in respect of an interlocutory decision: *Edwards*, above, at paragraph 11. It is readily apparent from that discussion that the Court

dispose que le jugement sur la demande présentée aux termes de cette loi et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel. Bien que le paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) autorise les appels des ordonnances rendues par les protonotaires, le paragraphe 1.1(2) des Règles prévoit que les dispositions de toute loi fédérale ou de ses textes d'application l'emportent sur les dispositions incompatibles des présentes règles.

[34] Malgré ce qui précède, le défendeur continue de soutenir que l'ACAADR n'a pas qualité pour présenter les deux demandes dont la Cour est saisie dans la présente instance. À l'appui de sa thèse selon laquelle il est encore possible de faire appel de la décision du protonotaire Aalto, il avance deux arguments.

[35] Premièrement, elle soutient que la question de savoir si l'alinéa 74d) de la LIPR permettrait de porter en appel une ordonnance interlocutoire, si une question d'appel est certifiée dans le jugement définitif à l'égard de la demande connexe, demeure ouverte. L'alinéa 74d) de la LIPR autorise un appel du jugement de la Cour « si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ».

[36] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176 (*Edwards*), au paragraphe 10, la Cour d'appel fédérale a explicitement déclaré qu'un appel d'une ordonnance interlocutoire n'est pas possible même si un juge certifie une question. Le défendeur reconnaît cette décision, mais interprète celle-ci comme visant une situation où un juge prétend certifier une question en rendant l'ordonnance interlocutoire, plutôt qu'en rendant un jugement définitif à l'égard de la demande connexe. Le défendeur soutient que l'arrêt *Edwards* a laissé ouverte la possibilité d'interjeter appel d'une décision interlocutoire lorsqu'un juge certifie une question dans le dernier type de décision.

[37] Je ne suis pas d'accord. Après avoir déclaré qu'un appel ne serait pas possible, même si un juge avait certifié une question, la Cour a ensuite examiné l'éventail très restreint de situations dans lesquelles un appel pouvait être porté à l'encontre d'une décision interlocutoire : *Edwards*, précité, au paragraphe 11. Il ressort clairement de cette

was not intending to limit its preceding comments in the manner that the respondent now contends.

[38] In my view, the logic of section 74 of the IRPA indicates that the appeal contemplated in paragraph 74(d) is an appeal of the judgment issued in respect of the application referenced in paragraphs 74(a) and (c), and contemplated by paragraph 74(b). Section 74 does not appear to contemplate interlocutory matters whatsoever. It simply addresses the fixing of a date and place for the hearing of an application, the necessity for that date to be no sooner than 30 days and no later than 90 days after leave was granted (absent an agreement on an earlier date), the disposition of the application without delay and in a summary way, and finally, the circumstances in which an appeal of the judgment can be made. I am reinforced in this view by the French version of paragraph 74(d), which refers to “*le jugement consécutif au contrôle judiciaire*”. This makes it abundantly clear that the appeal contemplated by paragraph 74(d) is an appeal of the judgment on the application, and not an appeal of any interlocutory decision that may have been separately issued prior to the hearing of the application.

[39] I will simply add in passing that the Supreme Court of Canada has observed that once a question is certified in a judgment, “[t]he object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question”: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1988), 160 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 25 (emphasis added). The Court did not say that the appeal can also extend to any interlocutory rulings made prior to the issuance of a final judgment on an application.

[40] The second argument advanced by the respondent in support of its position that it can appeal Prothonotary Aalto’s decision to grant CARL standing is that a decision with respect to standing constitutes “a separate, divisible, judicial act” from a decision on the merits of an application made under the IRPA. However, after the hearing, the respondent advised the Court that it had discovered *HD Mining International Ltd. v. Construction and Specialized Workers Union, Local 1611*, 2012 FCA 327, 442 N.R. 325, at paragraphs 16–17. There, the Federal Court of Appeal explicitly rejected the argument that a

discussion que la Cour n’avait pas l’intention de limiter ses commentaires précédents de la manière que le défendeur soutient à présent.

[38] À mon avis, la logique de l’article 74 de la LIPR indique que l’appel visé à l’alinéa 74d) est un appel du jugement rendu à l’égard de la demande mentionnée aux alinéas 74a) et c) et visé à l’alinéa 74b). L’article 74 ne semble absolument pas viser des questions interlocutoires. L’article concerne simplement la fixation d’une date et d’un lieu pour l’audition d’une demande, la nécessité que cette date ne soit pas fixée à moins de 30 jours ni à plus de 90 jours de la date à laquelle la demande d’autorisation est accueillie (en l’absence d’accord préalable), le règlement de la demande à bref délai et selon la procédure sommaire, et enfin, les circonstances dans lesquelles un appel du jugement peut être interjeté. La version française de l’alinéa 74d), qui fait référence au « jugement consécutif au contrôle judiciaire », me conforte dans cette opinion. Cela montre clairement que l’appel visé à l’alinéa 74d) est un appel du jugement rendu à l’égard de la demande, et non un appel d’une décision interlocutoire qui aurait pu être rendue séparément avant l’audition de la demande.

[39] J’ajouterai simplement accessoirement que la Cour suprême du Canada a observé qu’une fois qu’une question est certifiée dans un jugement, « [l]’objet de l’appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée » : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 25 (non souligné dans l’original). La Cour n’a pas précisé que l’appel pouvait également s’appliquer aux décisions interlocutoires rendues avant le prononcé d’un jugement final à l’égard d’une demande.

[40] Le deuxième argument avancé par le défendeur pour appuyer sa thèse selon laquelle il peut interjeter appel de la décision du protonotaire Aalto d’accorder la qualité pour agir à l’ACAADR est le suivant : une décision relative à la qualité pour agir constitue « un acte judiciaire distinct et divisible » d’une décision sur le bien-fondé d’une demande présentée aux termes de la LIPR. Toutefois, après l’audition, le défendeur a informé la Cour qu’il avait découvert l’arrêt *HD Mining International Ltd. c. Construction and Specialized Workers Union, section locale 1611*, 2012 CAF 327, aux paragraphes 16

decision to grant standing is not a “matter arising” under the IRPA and is not therefore not subject to the bar on appeals set forth paragraph 72(2)(e) of that legislation. In rejecting that argument, the Court stated [at paragraph 16]:

The appellants submit that the question of standing is not a “matter arising” under IRPA. I disagree. To exclude preliminary procedural questions from the category of matters arising under IRPA would strip section 72 of IRPA of its purpose. Standing is a necessary precondition to any immigration matter brought before the Federal Court. The interests at stake in a particular dispute and the relation of the parties to those interests cannot be divorced from the matter itself. As such, I characterize the issue raised on appeal as a “matter arising” under IRPA.

[41] It follows that the respondent’s position that a decision on the issue of standing can be characterized as a “separate, divisible, judicial act”, distinct from the merits of an application brought under the IRPA, must be rejected.

[42] I pause to observe that even if the issue of standing could have been characterized as such a “separate, divisible, judicial act”, the time for appealing Prothonotary Aalto’s ruling has long passed and that ruling has become *res judicata*.

[43] Although Prothonotary Aalto’s decision related solely to the application in IMM-3433-17, I consider it to be appropriate to grant standing to CARL in IMM-3373-18 for essentially the same reasons provided by Prothonotary Aalto, and having regard to the fact that these two applications have been consolidated and raise many common issues.

B. Mootness

[44] The general test for mootness was stated in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

et 17. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a explicitement rejeté l’argument selon lequel une décision sur la qualité pour agir n’est pas « prise dans le cadre » de la LIPR et n’est donc pas soumise à l’interdiction des appels prévue à l’alinéa 72(2)e) de cette loi. En rejetant cet argument, la Cour a déclaré [au paragraphe 16] :

Les appelantes affirment qu’une décision sur la qualité pour agir n’est pas « prise dans le cadre de » la LIPR. Je ne suis pas d’accord. Exclure des questions procédurales préliminaires de la catégorie des mesures prises dans le cadre de la LIPR reviendrait à dépouiller l’article 72 de la LIPR de son objet. La qualité pour agir est une condition préalable nécessaire à la formulation de toute question concernant l’immigration devant la Cour fédérale. Les intérêts en jeu dans un litige déterminé et le rapport que les parties entretiennent avec les intérêts en question ne sauraient être dissociés de la question elle-même. La décision portée en appel constitue donc à mon avis une mesure « prise dans le cadre de » la LIPR.

[41] Il en résulte que la thèse du défendeur selon laquelle une décision sur la question de la qualité pour agir peut être considérée comme un « acte judiciaire distinct et divisible » d’une décision sur le bien-fondé d’une demande présentée en vertu de la LIPR, doit être rejetée.

[42] Je m’arrête un instant pour faire remarquer que, même si la question de la qualité pour agir avait pu être considérée comme un « acte judiciaire distinct et divisible », le délai pour faire appel de la décision du protonotaire Aalto est passé depuis longtemps et cette décision est devenue *res judicata*, c’est-à-dire sujette au principe de la chose jugée.

[43] Bien que la décision du protonotaire Aalto ne concerne que la demande présentée dans le dossier IMM-3433-17, j’estime qu’il est approprié de reconnaître la qualité pour agir à l’ACAADR dans le dossier IMM-3373-18 pour les mêmes raisons que celles fournies par le protonotaire Aalto, et compte tenu du fait que ces deux demandes ont été réunies et soulèvent de nombreuses questions communes.

B. Caractère théorique

[44] Le critère général de détermination du caractère théorique a été énoncé ainsi dans l’arrêt *Borowski c. Canada*

342, at page 353, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*) as follows:

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.

[45] Regarding the first stage of the analysis, the paragraph preceding the passage quoted above makes it clear that the tangible and concrete dispute in question is the dispute between the parties to the proceeding.

[46] With respect to the second stage of the analysis, the Court identified three principal factors to be considered. 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 358–363.

[47] In its written submissions, the respondent took the position that the JG pertaining to India should no longer be part of the application in IMM-3433-17 because that aspect of the application has become moot. However, the respondent did not further elaborate.

[48] Subsequent to the hearing of these applications, the Chairperson revoked the JG pertaining to China. In response to my request for submissions with respect to the mootness of that aspect of IMM-3433-17, CARL submitted that the issues it raised with respect to the China JG remain live because that JG has been applied to numerous cases in respect of which there are decisions pending before this Court or the RAD. CARL asserted that if the

(*Procureur général*), [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), à la page 353 :

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.

[45] En ce qui concerne la première étape de l’analyse, le paragraphe précédant le passage cité ci-dessus indique clairement que le différend concret et tangible en question est un différend entre les parties à l’instance.

[46] En ce qui concerne la deuxième étape de l’analyse, la Cour a relevé trois principaux facteurs à prendre en considération. Ces facteurs sont les suivants : i) l’existence continue d’un rapport contradictoire entre les parties; ii) la nécessité de promouvoir l’économie des ressources judiciaires; iii) la question de savoir si la procédure visant à statuer sur le fond de l’affaire pourrait être considérée comme un empiètement sur la fonction législative : *Borowski*, précité, aux pages 358 à 363.

[47] Dans ses observations écrites, le défendeur a soutenu que le guide jurisprudentiel sur l’Inde ne devrait plus faire partie de la demande présentée dans le dossier IMM-3433-17, car cet aspect de la demande est devenu théorique. Toutefois, le défendeur n’a pas donné plus de détails.

[48] Après l’audition de ces demandes, le président a révoqué le guide jurisprudentiel sur la Chine. En réponse à ma demande d’observations concernant le caractère théorique de cet aspect du dossier IMM-3433-17, l’ACAADR a fait valoir que les questions qu’elle avait soulevées au sujet du guide jurisprudentiel sur la Chine étaient toujours d’actualité parce que ce dernier avait été appliqué à de nombreuses affaires pour lesquelles il y a des décisions

Court does not rule now on the issue of the Chairperson's authority to issue JGs on purely factual issues, each individual applicant in the outstanding cases involving the China JG will be required to challenge that purported authority.

[49] In any event, CARL maintains that the fact that issues pertaining to the China JG have already been vigorously argued before the Court in this proceeding is a compelling reason for the Court to exercise its discretion to address those issues. In addition, it asserts that because the Court is still going to have to issue a decision in respect of the Nigeria and Pakistan JGs, judicial resources will not be spared by declining to address whether the China JG was lawfully issued. CARL added that the Court would not exceed its proper institutional role by ruling on the legality of the China JG. Finally, CARL stated that the issue of whether the Chairperson can issue a purely factual JG is likely to arise in the future, and therefore it is important for the Court to address this issue once and for all.

[50] For its part, the respondent once again simply asserted its position that the issues pertaining to the China JG have become moot. However, it conceded that the ongoing adversarial context between the parties as well as judicial economy may weigh in favour of the exercise of my discretion to deal with the issues pertaining to the China JG. The respondent added that "the existence of [several cases currently before the Court in which the China JG is potentially a relevant factor] may be germane in the context of the Court's consideration of" its discretion to entertain an otherwise moot matter.

[51] Turning to the intervener, its submissions were made solely in respect of the application in IMM-3433-17. This is because it did not seek leave in relation to

en attente devant la Cour ou la Section d'appel des réfugiés. L'ACAADR a affirmé que si la Cour ne se prononce pas maintenant sur la question du pouvoir du président de publier des guides jurisprudentiels concernant des questions purement factuelles, chaque demandeur dans les affaires en suspens concernant le guide jurisprudentiel sur la Chine sera tenu de contester ce prétendu pouvoir.

[49] Quoiqu'il en soit, l'ACAADR soutient que la fait que des questions relatives au guide jurisprudentiel sur la Chine ont déjà été vigoureusement débattues devant la Cour dans la présente procédure constitue un motif impérieux pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de trancher ces questions. En outre, elle affirme que, dans la mesure où la Cour devra tout de même rendre une décision concernant les guides jurisprudentiels sur le Nigéria et le Pakistan, les ressources judiciaires ne seront pas épargnées par le refus de décider si le guide jurisprudentiel sur la Chine a été publié légalement. L'ACAADR a ajouté que la Cour n'outrepasserait pas son propre rôle institutionnel en se prononçant sur la légalité du guide jurisprudentiel sur la Chine. Enfin, l'ACAADR a déclaré que la question de savoir si le président peut publier un guide jurisprudentiel purement factuel risque de se poser à l'avenir, et qu'il est donc important que la Cour se penche une fois pour toutes sur cette question.

[50] Pour sa part, le défendeur a simplement réaffirmé sa thèse selon laquelle les questions relatives au guide jurisprudentiel sur la Chine étaient devenues théoriques. Cependant, il a reconnu que le contexte d'un rapport contradictoire continu entre les parties et l'économie judiciaire pouvaient jouer en faveur de l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire pour traiter les questions relatives au guide jurisprudentiel sur la Chine. Le défendeur a ajouté que [TRADUCTION] « l'existence de [plusieurs affaires actuellement devant la Cour dans lesquelles le guide jurisprudentiel sur la Chine est potentiellement un facteur pertinent] peut être pertinente dans le contexte de la détermination par la Cour de la question de savoir s'il convient » d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner une question autrement théorique.

[51] S'agissant de l'intervenante, ses observations ont été présentées uniquement à l'égard de la demande présentée dans le dossier IMM-3433-17. Il en est ainsi car elle n'a

IMM-3373-18 (although it was granted certain participation rights at various pre-hearing stages by the case management Judge). In brief, the intervener submitted that the aspect of this proceeding that concerns the China JG has become moot since there is no longer any live controversy in respect of that JG that affects the rights of the parties. In addition, it stated that any legal issues raised by the China JG will be resolved in assessing the legality of the JGs pertaining to Nigeria and Pakistan. With respect to the second stage factors, it acknowledged an adversarial relationship continues to exist between the parties. However, it maintained that the two other stage two factors identified in *Borowski*, above, weigh in favour of not addressing the issues raised by the China JG.

[52] In my view, the aspect of this proceeding that concerns the China JG is not moot. This is because CARL continues to have a live interest in the “several cases currently before the Federal Court in which the China JG is potentially a relevant factor” (see paragraph 50, above). In granting standing to CARL, Prothonotary Aalto observed that “CARL has a genuine interest as its members must deal with and respond to the impugned [JGs] in representing clients in the immigration process”: *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration)*, Court Docket IMM-3433-17, November 14, 2017, at page 13. A similar observation was made by Justice Boswell in *Y.Z. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 892, [2016] 1 F.C.R. 575, at paragraph 41.

[53] Nothing turns on my conclusion in this regard, as I find that the factors to be considered in exercising my discretion to address the China JG weigh in favour of doing so, even if that aspect of this proceeding has become moot. In particular, I agree with both CARL and the respondent that the ongoing adversarial relationship between the parties and considerations of judicial economy weigh in favour of my addressing the issues that have been raised

pas demandé l’autorisation relative au dossier IMM-3373-18 (bien que certains droits de participation lui aient été accordés à diverses étapes préalables à l’audience par le juge chargé de la gestion de l’instance). En résumé, l’intervenante a fait valoir que l’aspect de la procédure concernant le guide jurisprudentiel sur la Chine est devenu théorique étant donné qu’il n’y a plus de litige actuel concernant ce guide jurisprudentiel qui nuit aux droits des parties. En outre, elle a déclaré que toutes les questions juridiques soulevées par le guide jurisprudentiel sur la Chine seraient résolues lors de l’évaluation de la légalité des guides jurisprudentiels sur le Nigéria et le Pakistan. En ce qui concerne les facteurs de la deuxième étape, elle a reconnu qu’un rapport contradictoire continue d’exister entre les parties. Cependant, elle a soutenu que les deux autres facteurs de la deuxième étape déterminés dans l’arrêt *Borowski*, précité, jouent en faveur de la non-résolution des questions soulevées par le guide jurisprudentiel sur la Chine.

[52] À mon avis, l’aspect de la procédure concernant le guide jurisprudentiel sur la Chine n’est pas théorique. En effet, l’ACAADR continue d’avoir un vif intérêt dans « plusieurs affaires actuellement devant la Cour dans lesquelles le guide jurisprudentiel sur la Chine est potentiellement un facteur pertinent » (voir le paragraphe 50 ci-dessus). Le protonotaire Aalto, en reconnaissant la qualité pour agir à l’ACAADR, a déclaré que : [TRADUCTION] « L’ACAADR a un véritable intérêt, car ses membres doivent composer avec les [guides jurisprudentiels] contestés et y répondre en représentant leurs clients dans le processus d’immigration » : *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, dossier de la Cour IMM-3433-17, 14 novembre 2017, au paragraphe 13. Le juge Boswell a fait une observation semblable dans la décision *Y.Z. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 892, [2016] 1 R.C.F. 575, au paragraphe 41.

[53] Rien n’influe sur ma conclusion à cet égard, car j’estime que les facteurs à prendre en compte pour exercer mon pouvoir discrétionnaire d’aborder le guide jurisprudentiel sur la Chine jouent en faveur de le faire, même si cet aspect de cette procédure est devenu théorique. Plus précisément, je suis d’accord avec l’ACAADR et avec le défendeur pour dire que le rapport contradictoire continu entre les parties et les considérations d’économie judiciaire

with respect to the China JG. Indeed, the public interest in resolving the ongoing uncertainty regarding those issues also weighs in favour of addressing them: *Borowski*, above, at page 361. I will simply add for the record that the final (stage two) factor to be considered in determining whether to exercise my discretion to address the China JG is not relevant. As the respondent acknowledged, “it cannot be said that the Court would be overstepping its proper role” by proceeding to address the issues that have been raised in respect of the China JG.

[54] I pause to add for the record that in reaching my decision to address those issues, I have not considered it necessary to consider the further affidavit of Elyse Korman, sworn on July 8, 2019, which was included with CARL’s submissions on mootness and which was disputed by the intervener. I also do not consider it necessary to consider, in dealing with the merits of these applications, the allegedly “new arguments” made in those submissions and disputed by the intervener.

V. Issues

[55] The issues in dispute in these applications are as follows:

1. Does the Chairperson have the authority to identify JGs on questions of fact?
2. Do the impugned JGs unlawfully fetter Board members’ discretion or improperly interfere with their adjudicative independence?
3. Do the impugned JGs unfairly enhance the burden of proof for applicants for refugee protection?
4. Was the Chairperson required to engage in external consultation before identifying the decisions in question as JGs?

jouent en faveur de ma résolution des questions soulevées au sujet du guide jurisprudentiel sur la Chine. En effet, l’intérêt du public à résoudre l’incertitude persistante concernant ces questions joue également en faveur de leur résolution : *Borowski*, précité, à la page 361. J’ajouterais simplement pour mémoire que le dernier facteur (de la deuxième étape) à prendre en compte pour déterminer s’il convient d’exercer mon pouvoir discrétionnaire pour aborder le guide jurisprudentiel sur la Chine n’est pas pertinent. Comme le défendeur l’a reconnu [TRADUCTION] « on ne peut pas dire que la Cour outrepasserait le rôle qui lui revient » en procédant à l’examen des questions soulevées au sujet du guide jurisprudentiel sur la Chine.

[54] Je m’arrête un instant afin d’ajouter pour mémoire que, pour prendre ma décision, j’ai jugé inutile de prendre en considération l’affidavit supplémentaire d’Elyse Korman, assermenté le 8 juillet 2019, qui figurait dans les observations de l’ACAADR sur le caractère théorique et qui était contesté par l’intervenante. Je ne pense pas non plus qu’il soit nécessaire de prendre en compte, dans le cadre de l’examen du bien-fondé de ces demandes, les prétendus [TRADUCTION] « nouveaux arguments » avancés dans ces observations et contestés par l’intervenante.

V. Questions en litige

[55] Les questions en litige dans ces demandes sont les suivantes :

1. Le président a-t-il le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels sur des questions de fait?
2. Les guides jurisprudentiels contestés entravent-ils illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?
3. Les guides jurisprudentiels contestés rehaussent-ils injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile?
4. Le président était-il obligé d’entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels?

5. Did the Chairperson improperly pre-select the Nigeria JG?

VI. Standard of Review

[56] The issue of whether the Chairperson has the authority to identify JGs on questions of fact is a question concerning the interpretation of the Chairperson’s “home statute”, namely, paragraph 159(1)(h) of the IRPA. Such questions are presumed to be reviewable on a standard of reasonableness, unless that presumption is rebutted: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (CHRC), at paragraphs 27–28. In my view, none of the circumstances in which that presumption may be rebutted apply in the present circumstances: *CRHC*, above, at paragraph 28. For greater certainty, this is not one of the “exceptional” circumstances in which “a contextual inquiry shows a clear legislative intent that the correctness standard be applied”. CARL did not suggest otherwise. Indeed, it maintained that the other provisions of the IRPA are of no assistance whatsoever in interpreting paragraph 159(1)(a) of that legislation. Although CARL nevertheless maintains that the issue at hand is one of the Chairperson’s authority or jurisdiction under paragraph 159(1)(h), this is not one of those “elusive” true questions of jurisdictional *vires*: *CHRC*, above, at paragraphs 34–35.

[57] With respect to the “fettering of discretion/improper interference with adjudicative independence” issue that CARL has raised, it is unnecessary to determine whether the standard of review is correctness or reasonableness. This is because the result will be the same under either of those standards, since the fettering of a decision maker’s discretion is *per se* unreasonable: *Stemijon Investments Ltd v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, at paragraphs 23–24; *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112, at paragraph 19. In my view, the same is true with respect to the improper interference with a quasi-judicial decision maker’s independence to make findings of fact.

5. Le président avait-il indûment présélectionné le guide jurisprudentiel sur le Nigéria?

VI. Norme de contrôle

[56] La question de savoir si le président a le pouvoir de désigner des guides jurisprudentiels portant sur des questions de fait est une question concernant l’interprétation de sa « loi constitutive », notamment l’alinéa 159(1)h de la LIPR. De telles questions sont présumées être susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable, à moins que cette présomption ne soit réfutée : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (CCDP), aux paragraphes 27 et 28. À mon avis, aucune des circonstances dans lesquelles cette présomption peut être réfutée ne s’applique dans les circonstances présentes : *CCDP*, précité, au paragraphe 28. Pour plus de certitude, il est entendu que ce n’est pas l’une des circonstances « exceptionnelles » dans lesquelles « une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l’intention que la norme de la décision correcte s’applique ». L’ACAADR n’a pas prétendu le contraire. En effet, elle a soutenu que les autres dispositions de la LIPR ne sont d’aucune utilité dans l’interprétation de l’alinéa 159(1)a de cette loi. Bien que l’ACAADR soutienne néanmoins que la question en litige est une question de pouvoir ou de compétence du président aux termes de l’alinéa 159(1)h, il ne s’agit pas de l’une de ces questions « insaisissables » touchant véritablement à la compétence : *CCDP*, précité, paragraphes 34 et 35.

[57] En ce qui concerne la question concernant [TRADUCTION] « l’entrave au pouvoir discrétionnaire ou l’atteinte indue à l’indépendance décisionnelle » soulevée par l’ACAADR, il n’est pas nécessaire d’établir si la norme de contrôle est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. En effet, le résultat sera le même selon l’une ou l’autre de ces normes, car l’entrave au pouvoir discrétionnaire d’un décideur est en soi déraisonnable : *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, aux paragraphes 23 à 24; et *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112, au paragraphe 19. À mon avis, il en va de même en ce qui concerne l’atteinte indue à l’indépendance

[58] The issue that CARL has raised with respect to the unfair enhancement of the burden of proof on refugee applicants was framed as an issue involving both procedural fairness and statutory interpretation. As discussed above, the Chairperson's interpretation of the IRPA is reviewable on a standard of reasonableness. Issues of procedural fairness are ordinarily reviewable on a standard of correctness: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43. In assessing such issues, the Court's focus is upon whether an impugned process was or is procedurally fair: see *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 90; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraph 54.

[59] The issue that CARL has raised with respect to public consultation was framed as an issue of procedural fairness, and therefore is also subject to review on a standard of correctness. However, in this particular case, this issue can be resolved by looking to the plain language of paragraph 159(1)(h). Accordingly, I consider that this issue is reviewable on a standard of reasonableness.

[60] The final issue raised by CARL, concerning whether the Chairperson improperly pre-selected the Nigeria JG, was cast as an issue of the Chairperson's interpretation of the IRPA. As noted above, such issues are reviewable on a standard of reasonableness, as it concerns the interpretation of the Chairperson's "home statute". Nothing turns on this, as I find that the evidence does not establish that the Chairperson *de facto* identified the Nigeria JG as a JG at any time before he formally did so, almost two months after the RAD issued the decision in question.

décisionnelle du décideur quasi judiciaire en vue de tirer des conclusions de fait.

[58] La question que l'ACAADR a soulevée au sujet du rehaussement injuste du fardeau de la preuve incombant aux demandeurs d'asile a été présentée comme une question touchant à la fois à l'équité procédurale et à l'interprétation des lois. Comme il a été indiqué ci-dessus, l'interprétation de la LIPR par le président est susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable. Les questions d'équité procédurale sont normalement susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43. Lors de l'évaluation de ces questions, la Cour s'intéresse principalement à la question de savoir si un processus litigieux était ou est équitable sur le plan procédural : voir les arrêts *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 90; et *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, au paragraphe 54.

[59] La question que l'ACAADR a soulevée au sujet de la consultation publique a été présentée comme une question d'équité procédurale et doit donc être examinée selon la norme de la décision correcte. Toutefois, dans ce cas particulier, la question peut être résolue en examinant le libellé simple de l'alinéa 159(1)(h). Par conséquent, j'estime que cette question est susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable.

[60] La dernière question soulevée par l'ACAADR, à savoir si le président avait indûment présélectionné le guide jurisprudentiel sur le Nigéria, avait été présentée comme une question d'interprétation de la LIPR par le président. Comme il a été indiqué ci-dessus, de telles questions sont susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable, car elles concernent l'interprétation que fait le président de la « loi constitutive ». Cela n'a aucune incidence, car j'estime que les éléments de preuve ne permettent pas d'établir que le président a *de facto* désigné le guide jurisprudentiel sur le Nigéria comme un guide jurisprudentiel à un moment ou à un autre avant de le faire officiellement, près de deux mois après le prononcé de la décision en question par la Section d'appel des réfugiés.

VII. Analysis

A. *Does the Chairperson have the authority to issue JGs on questions of fact?*

[61] CARL maintains that each of the four JGs at issue in this proceeding is null and void on the ground that they deal in whole or in part with questions of fact and the Chairperson is not authorized to issue a JG on a question of fact. For this reason, CARL submits that the identification of the four decisions in question as JGs was *ultra vires* the authority paragraph 159(1)(h) of the IRPA confers on the Chairperson. I disagree.

[62] In support of its position, CARL notes that the Chairperson's 2016 policy on the use of JGs states that "[a] decision may be identified as a [JG] on either a question of law or a question of mixed law and fact." CARL relies upon that statement as a strong indication of the manner in which the Chairperson interpreted his authority under paragraph 159(1)(h). CARL further notes that paragraph 159(1)(h) has not been amended since that statement was made, yet the Chairperson now takes the position that JGs can be issued in respect of questions of fact.

[63] I accept the position that the statement quoted immediately above provides *some* indication of the manner in which the Chairperson interpreted his authority under paragraph 159(1)(h). However, it is not the only such indication.

[64] Importantly, in his decision to identify the Pakistan, China and India JGs, the Chairperson explicitly stated that those JGs "are based on findings of fact or mixed law and fact" (emphasis added). Moreover, the policy note that was issued together with the China JG stated: "The key determination in this [JG] is one of fact that may be applicable to a large number of claims, in that it is a determination in relation to an aspect of the Chinese government's public security infrastructure and how it operates" (emphasis added).

VII. Analyse

A. *Le président a-t-il le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait?*

[61] L'ACAADR soutient que chacun des quatre guides jurisprudentiels en cause dans la présente instance est nul et non avenu au motif qu'ils traitent en tout ou en partie de questions de fait et que le président n'est pas autorisé à publier un guide jurisprudentiel sur une question de fait. Pour cette raison, l'ACAADR fait valoir que la désignation des quatre décisions en question comme guide jurisprudentiel était *ultra vires* par rapport au pouvoir conféré au président aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR. Je ne suis pas d'accord.

[62] À l'appui de sa thèse, l'ACAADR souligne qu'il est précisé dans la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de 2016 du président qu'une « décision qui sert de guide jurisprudentiel peut porter sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait ». L'ACAADR s'appuie sur cette déclaration comme une indication claire de la manière dont le président a interprété son pouvoir aux termes de l'alinéa 159(1)h). L'ACAADR note en outre que l'alinéa 159(1)h) n'a pas été modifié depuis que cette déclaration a été faite, mais le président affirme maintenant que les guides jurisprudentiels peuvent être publiés relativement à des questions de fait.

[63] J'admets la thèse selon laquelle la déclaration citée ci-dessus donne *une* indication de la manière dont le président a interprété son pouvoir aux termes de l'alinéa 159(1)h). Cependant, ce n'est pas la seule indication de ce type.

[64] Il est important de noter que dans sa décision de désigner les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l'Inde, le président a explicitement déclaré que ces guides jurisprudentiels [TRADUCTION] « sont fondés sur des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit » (non souligné dans l'original). De plus, dans la note de politique qui a été publiée avec le guide jurisprudentiel sur la Chine il est précisé : [TRADUCTION] « [L]a détermination clé de ce [guide jurisprudentiel] est une question de fait qui peut s'appliquer à un grand nombre de demandes, en ce sens qu'il s'agit d'une demande relative à l'infrastructure

[65] To the extent that the China JG is largely confined to facts, the Chairperson’s interpretation of paragraph 159(1)(h) can be implied and is entitled to be reviewed for its reasonableness: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraph 63. Put differently, it can be implied from the fact that the China JG primarily addresses factual issues, and from the statement immediately quoted above from the policy note, that the Chairperson interpreted paragraph 159(1)(h) as conferring upon him the authority to issue JGs on issues of fact. The fact that the Chairperson’s interpretation was implicit, as opposed to explicit, does not render it any less entitled to be reviewed for its reasonableness: *Agraira*, above, at paragraph 63.

[66] There are additional indications of the Chairperson’s implicit interpretation of paragraph 159(1)(h). Specifically, various references are made to issues of fact in several of the documents that are included in the record in this proceeding. For example, in an e-mail that was sent to Board members at the time the Pakistan, China and India JGs were identified, the Chairperson stated: “Decision-makers are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so.” A similar statement was included in the policy notes issued with the four JGs that are at issue in this proceeding. Likewise, the Board’s *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* states:

A member must **explain in his or her reasoning** why he or she is not adopting the reasoning that is set out in a jurisprudential guide when, based on the facts of the case, he or she would otherwise be expected to follow the jurisprudential guide. [Emphasis in original].

[67] In the same vein, the policy notes that announced the revocation of the India JG and two JGs pertaining to Costa Rica stated that those JGs had been initially identified because they offered a “sound analysis of the legal and

de sécurité publique du gouvernement chinois et à son fonctionnement » (non souligné dans l’original).

[65] Dans la mesure où le guide jurisprudentiel sur la Chine est largement confiné à des faits, l’interprétation de l’alinéa 159(1)h donnée par le président peut être implicite et est en droit d’être révisée quant à son caractère raisonnable : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), au paragraphe 63. Autrement dit, on peut déduire du fait que le guide jurisprudentiel sur la Chine porte essentiellement sur des questions factuelles, et de la déclaration citée ci-dessus dans la note de politique, que le président a interprété l’alinéa 159(1)h comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait. Le fait que l’interprétation du président soit implicite, plutôt qu’explicite, ne la rend pas moins susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable : *Agraira*, précité, au paragraphe 63.

[66] Il y a des indications supplémentaires de l’interprétation implicite de l’alinéa 159(1)h donnée par le président. Plus précisément, divers renvois sont effectués aux questions de fait dans plusieurs des documents inclus dans le dossier de la présente instance. Par exemple, dans un courriel envoyé aux commissaires au moment de la désignation des guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l’Inde, le président a déclaré qu’« on s’attend à ce que les décideurs appliquent les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifient leur décision de s’en écarter, le cas échéant ». Une déclaration semblable a été incluse dans les notes de politique publiées avec les quatre guides jurisprudentiels en cause dans la présente instance. De même, la *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission prévoit ce qui suit :

Un commissaire doit **expliquer pourquoi il ne souscrit pas au raisonnement** formulé dans un guide jurisprudentiel lorsque, compte tenu des circonstances de l’affaire, on s’attendrait à ce qu’il observe le guide jurisprudentiel. [En gras dans l’original.]

[67] Dans le même ordre d’idées, les notes de politique qui annonçaient la révocation du guide jurisprudentiel sur l’Inde et de deux guides jurisprudentiels sur le Costa Rica indiquaient que ces guides jurisprudentiels avaient été

factual issues raised.” The policy notes explained that those JGs had been withdrawn because of certain evidentiary/factual developments in the country documentation. The Revocation Notice that was issued in respect of the China JG provided a similar explanation. It stated that the JG was being revoked because it contained “a finding of fact which is not supported by the China National Documentation Package (NDP) in effect at the time of the decision” that was identified as the JG.

[68] In my view, the Chairperson’s implicit interpretation of paragraph 159(1)(h) is also reasonable because it accords with the plain words of that provision. Moreover, that interpretation is broadly consistent with the provision’s legislative history, its apparent purpose, and its statutory context.

[69] With respect to the plain wording of the provision, there is no limitation confining its scope to issues of law or mixed law and fact. Rather, an unlimited authority to identify decisions as JGs was provided “to assist members in carrying out their duties” and “after consulting with the Deputy Chairpersons.” Subject to the comments that I will make in the next section of these reasons below, it is not immediately apparent why JGs addressed to factual issues would not be as helpful as JGs addressed to issues of law or mixed fact and law in assisting Board members to carry out their duties.

[70] Regarding the legislative history and purpose of paragraph 159(1)(h), the explanatory notes in the *Clause by Clause Analysis* of Bill C-11, which repealed and replaced the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, stated: “The provision gives authority to the Chairperson to identify decisions that would serve as jurisprudential guides that would not be binding on members but would enhance consistency in decision-making.” Once again, I consider it to be consistent with this legislative history and stated purpose to interpret paragraph 159(1)(h) as providing the authority to

désignés à l’origine parce qu’ils offraient une « analyse judiciaire des questions de droit et de fait soulevées ». Les notes de politique expliquaient que ces guides jurisprudentiels avaient été retirés en raison de certaines évolutions en matière de preuve OU de fait dans la documentation sur le pays. L’avis de révocation qui a été publié à l’égard du guide jurisprudentiel sur la Chine a fourni une explication semblable. Il a été déclaré que le guide jurisprudentiel était révoqué parce qu’il contenait « une conclusion de fait qui n’est pas appuyée par le cartable national de documentation (CND) sur la Chine en vigueur au moment où la décision [désignée comme guide jurisprudentiel] [avait] été rendue ».

[68] À mon avis, l’interprétation implicite de l’alinéa 159(1)(h) donnée par le président est également raisonnable car elle est conforme aux termes mêmes de cette disposition. En outre, cette interprétation est largement compatible avec l’historique législatif de la disposition, son objet manifeste et son contexte législatif.

[69] En ce qui concerne le libellé clair de la disposition, il n’y a aucune limite qui confine son champ d’application aux questions de droit ou de droit et de fait. En revanche, un pouvoir illimité de désigner les décisions comme guide jurisprudentiel a été conféré « afin d’aider les commissaires dans l’exercice de leurs fonctions » et « après consultation des vice-présidents ». Sous réserve des commentaires que je ferai dans la section suivante des motifs ci-dessous, on ne comprend pas à première vue pourquoi les guides jurisprudentiels qui traitent de questions de fait ne seraient pas aussi utiles que ceux qui traitent de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit pour aider les commissaires dans l’exercice de leurs fonctions.

[70] En ce qui concerne l’historique et l’objet de l’alinéa 159(1)(h), les notes explicatives dans l’*analyse article par article* du projet de loi C-11, abrogeant et remplaçant la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, énonçaient : [TRADUCTION] « [l]a disposition confère au président le pouvoir de préciser les décisions qui serviraient de guides jurisprudentiels qui ne lieraient pas les commissaires, mais amélioreraient la cohérence du processus décisionnel ». Encore une fois, j’estime qu’il est conforme à l’historique législatif et à l’objectif poursuivi d’interpréter

issue JGs on issues of fact, in addition to on issues of law and of mixed fact and law. This interpretation is also consistent with the purpose identified by the Chairperson in his decision to identify the Pakistan, China and India JGs. That purpose was to facilitate “shorter more focused hearings in the RPD and focused reasons requiring less time to draft in both the RPD and the RAD.”

[71] In addition to the foregoing, I consider the statutory context to be more supportive of the Chairperson’s implied interpretation than it is of CARL’s interpretation of paragraph 159(1)(h). While CARL maintains that the other provisions of the IRPA are of no assistance in interpreting that provision, I consider the Chairperson’s interpretation to be consistent with the broad authority provided in paragraph 159(1)(g) and with the general objective set forth in subsection 162(2). The former provision provides the Chairperson with the authority to take “any action that may be necessary to ensure the members of the Board carry out their duties efficiently and without undue delay.” The latter requires each division of the Board to “deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” I will return to considerations of fairness and natural justice in the next section of these reasons below. For the present purposes, I consider that an ability to issue JGs in respect of factual issues would be consistent with the broad objective of dealing with all proceedings as informally and quickly as the circumstances permit, so long as this is not contrary to considerations of fairness and natural justice.

[72] I also consider the Chairperson’s interpretation of his authority under paragraph 159(1)(h) to be reasonable because it can be very difficult to distinguish between issues of fact and issues of mixed fact and law: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, 144 D.L.R. (4th) 1, at paragraphs 35–37; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221 (*Ellis-Don*), at paragraph 39. Moreover, findings on issues of mixed fact and law cannot be made without first making particular factual

l’alinéa 159(1)(h) comme conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait, ainsi que sur des questions de droit et des questions mixtes de droit et de fait. Cette interprétation est également conforme à l’objectif défini par le président dans sa décision de désigner les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l’Inde. Cet objectif visait à faciliter [TRADUCTION] « des auditions plus courtes et plus ciblées dans la Section de protection des réfugiés et des motifs ciblés nécessitant moins de temps de rédaction dans la Section de la protection des réfugiés et la Section d’appel des réfugiés ».

[71] En plus de ce qui précède, j’estime que le contexte législatif appuie davantage l’interprétation implicite du président que l’interprétation que fait l’ACAADR de l’alinéa 159(1)(h). Bien que l’ACAADR soutient que les autres dispositions de la LIPR ne sont d’aucune utilité dans l’interprétation de cette disposition, j’estime que l’interprétation du président est conforme au large pouvoir prévu à l’alinéa 159(1)(g) et à l’objectif général énoncé au paragraphe 162(2). L’alinéa 159(1)(g) confère au président le pouvoir de prendre « les mesures nécessaires pour que les commissaires remplissent leurs fonctions avec diligence et efficacité ». Le paragraphe 162(2) prévoit que chacune des sections de la Commission « fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». Je reviendrai sur les considérations d’équité et de justice naturelle dans la section suivante des présents motifs. Aux fins de la présente instance, j’estime qu’une capacité à publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait serait compatible avec l’objectif général qui consiste à fonctionner, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité.

[72] Je considère également que l’interprétation par le président de son autorité aux termes de l’alinéa 159(1)(h) est raisonnable, car il peut être très difficile de faire la distinction entre les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux paragraphes 35 à 37; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221 (*Ellis-Don*), au paragraphe 39. De plus, il est impossible de tirer des conclusions sur des questions mixtes de fait et de droit sans d’abord tirer

findings, to which legal tests are then applied. It would be cumbersome, to say the very least, to excise out of JGs all of the factual findings so that only the sentences or paragraphs in which conclusions on issues of mixed fact and law, or on issues of law alone, remained.

[73] CARL further submits that the term “jurisprudential guide” cannot be interpreted as contemplating a guide on issues of fact, because the term “jurisprudence” refers to legal principles, which are set out in the case law or court decisions. In this regard, CARL notes that certain dictionary definitions of the term “jurisprudence” refer, respectively, to “the study of law and the principles on which law is based” and to “the general or fundamental elements of a particular legal system as opposed to its practical and concrete details” (CARL’s emphasis removed). CARL therefore maintains that that term “jurisprudence” does not encompass factual findings. I do not find that submission to be persuasive.

[74] The cases upon which CARL relies to support its interpretation of the word “jurisprudence” are distinguishable from the situation at hand.

[75] Before addressing them, I consider it relevant to note that in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385 (*Thamotharem*), at paragraph 90, the Federal Court of Appeal held that the authority conferred by paragraph 159(1)(h) “is broad enough to include a guideline issued in respect of the exercise of members’ discretion in procedural, evidential or substantive matters” (emphasis added).

[76] Turning to the two cases relied upon by CARL, in *Mujagic v. Kamps*, 2015 ONCA 360, 125 O.R. (3d) 715, at paragraph 9, the Court simply determined that the words “facts arising or discovered after [an order] was made” in paragraph 59.06(2)(a) of Ontario’s *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, did not contemplate jurisprudential changes. In this context, the Court determined

des conclusions de fait, auxquelles des critères juridiques sont ensuite appliqués. Il serait pour le moins contraignant d’exclure des guides jurisprudentiels toutes les conclusions de fait de manière à ne conserver que les phrases ou paragraphes dans lesquels subsisteraient des conclusions sur des questions mixtes de fait et de droit, ou sur des questions de droit uniquement.

[73] L’ACAADR soutient en outre que l’expression « guide jurisprudentiel » ne peut être interprétée comme un guide sur des questions de fait, car le terme « jurisprudence » renvoie à des principes juridiques énoncés dans la jurisprudence. À cet égard, l’ACAADR souligne que certaines définitions du terme « jurisprudence » dans les dictionnaires renvoient respectivement à [TRADUCTION] « l’étude du droit et des principes sur lesquels il repose » et aux [TRADUCTION] « éléments généraux ou fondamentaux d’un système juridique particulier, par opposition à ses détails pratiques et concrets » (soulignement de l’ACAADR omis). L’ACAADR soutient donc que le terme « jurisprudence » n’englobe pas les conclusions de fait. Je ne trouve pas cette observation convaincante.

[74] Les affaires sur lesquelles l’ACAADR s’est fondée pour étayer son interprétation du mot « jurisprudence » diffèrent de la situation qui nous occupe.

[75] Avant de les aborder, j’estime qu’il est pertinent de noter que dans l’arrêt *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385 (*Thamotharem*), au paragraphe 90, la Cour d’appel fédérale a conclu que le pouvoir conféré au président à l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR « est suffisamment large pour comprendre des directives concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires relativement à la procédure, à la preuve et à des questions de fond » (non souligné dans l’original).

[76] En ce qui concerne les deux arrêts sur lesquels s’appuie l’ACAADR, dans l’arrêt *Mujagic v. Kamps*, 2015 ONCA 360, 125 O.R. (3d) 715, au paragraphe 9, la Cour a simplement décidé que les mots [TRADUCTION] « faits survenus ou découverts après [qu’une ordonnance] a été rendue » à l’alinéa 59.06(2)a des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, ne visaient pas les

that “[n]ew facts, like all facts, are found in evidence, not in the statute books or case law.”

[77] Likewise, in *Ergen v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2016 BCSC 643, at paragraphs 29–30, the Supreme Court of British Columbia rejected the argument that jurisprudence could be relied upon to establish a factual proposition. The Court explained that individual cases do not establish binding factual precedents. This is a far cry from the respondent’s more modest position that paragraph 159(1)(h) permits non-binding JGs to be issued for the purposes that were identified by the Chairperson. Those purposes were to facilitate “shorter more focused hearings in the RPD and focused reasons requiring less time to draft in both the RPD and the RAD”, as explained in the Chairperson’s decision to identify the Pakistan, China and India JGs.

[78] CARL submits that the ordinary meaning of the term “jurisprudence” does not contemplate cases that solely consist of factual determinations. In this regard, it maintains that the paragraphs of the decision in respect of which the China JG was identified are entirely confined to factual issues. In particular, those paragraphs contain a discussion of the documentary evidence that explains the details of China’s Golden Shield Project and factual findings by the RAD regarding its effectiveness. However, I note for the record that they also contain a discussion of several precedents, which the RAD distinguished based on factual differences between those cases and the case discussed in the JG.

[79] In my view, the ordinary meaning of the term “jurisprudence” contemplates decisions issued by a court in respect of factual issues, as well as issues of law and of mixed fact and law. That said, it is trite law that factual disputes must be determined on their merits in each case: *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 32; *Ha v.*

changements jurisprudentiels. Dans ce contexte, la Cour a déterminé que les [TRADUCTION] « faits nouveaux, comme tous les faits, sont tirés des éléments de preuve et non des recueils de lois ou de la jurisprudence. »

[77] De même, dans l’arrêt *Ergen v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2016 BCSC 643, aux paragraphes 29 à 30, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l’argument selon lequel on pouvait s’appuyer sur la jurisprudence pour établir une proposition factuelle. La Cour a expliqué que les cas individuels n’établissent pas des précédents factuels contraignants. Ceci est bien loin de la thèse plus modeste du défendeur selon laquelle l’alinéa 159(1)(h) autorise la publication des guides jurisprudentiels non contraignants aux fins déterminées par le président, soit de faciliter [TRADUCTION] « des audiences plus courtes et plus ciblées à la Section de la protection des réfugiés et des motifs ciblés nécessitant moins de temps de rédaction à la Section de la protection des réfugiés et la Section d’appel des réfugiés », comme il est expliqué dans la décision du président de désigner les guides jurisprudentiels sur le Pakistan, la Chine et l’Inde.

[78] L’ACAADR soutient que le sens ordinaire du terme « jurisprudence » n’englobe pas les affaires qui consistent uniquement en des déterminations factuelles. À cet égard, elle soutient que les paragraphes de la décision à l’égard desquels le guide jurisprudentiel sur la Chine a été désigné sont entièrement limités aux questions de fait. En particulier, ces paragraphes contiennent une discussion des preuves documentaires qui expliquent les détails du projet chinois du Bouclier d’Or et les conclusions de fait de la Section d’appel des réfugiés concernant son efficacité. Toutefois, je souligne pour mémoire qu’ils contiennent également une analyse de plusieurs précédents, que la Section d’appel des réfugiés a écartés en se fondant sur des différences factuelles entre ces affaires et l’affaire examinée dans le guide jurisprudentiel.

[79] À mon avis, le sens ordinaire du terme « jurisprudence » englobe les décisions rendues par une cour en ce qui concerne les questions factuelles, ainsi que les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. Cela dit, il est bien établi en droit que les différends factuels doivent être réglés selon le bien-fondé chaque affaire : *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61,

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 195, at paragraph 71; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 762, at paragraph 72.

[80] Subject to that proviso, I consider that decisions that entirely or largely consist of factual determinations are as much a part of a tribunal's "jurisprudence" as decisions that address issues of law or issues of mixed fact and law. In this regard, I consider it germane to note that the Court's Notice to the Parties and the Profession – Publication of Court Decisions was issued after the Court accepted the bar's position that virtually all of its final judgments are of potential precedential value and that it is up to the bar and other external stakeholders, rather than the Court, to determine whether a judgment is of precedential value. The position set forth in that Notice represented a change in position from that which was set forth in the Court's 2015 Notice to the Parties and the Profession – Publication of Decisions of Precedential Value. In the latter document, the Court stated, among other things, that the absence of a neutral citation number and the fact that a judgment is not published was "indicative of the presiding judicial officer's view that the decision has no precedential value" (emphasis added). Nevertheless, the document added: "However, this does not preclude a party from taking a different position regarding its precedential value."

[81] CARL further objects to the China JG on the ground that it cannot be properly challenged without knowing the entire record that was before the Board when it rendered the decision in respect of which the JG was issued. In my view, this objection is more appropriately addressed in connection with the issue that CARL has raised regarding the Chairperson's failure to consult with the public before issuing the China JG.

[82] CARL also maintains that it is improper to raise a factual finding to the level of a jurisprudential guide because

[2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 32; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 195, au paragraphe 71; et *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 762, au paragraphe 72.

[80] Sous réserve de ce qui précède, j'estime que les décisions qui consistent entièrement ou en grande partie en des déterminations factuelles font tout autant partie de la « jurisprudence » d'une Cour que les décisions qui traitent de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit. À cet égard, j'estime qu'il est pertinent de noter que l'Avis aux parties et à la communauté juridique – Publication des décisions de la Cour a été publié après que la Cour a admis la position du barreau selon laquelle la quasi-totalité de ses jugements définitifs ont potentiellement une valeur de précédent et qu'il appartient au barreau et aux autres intervenants externes, plutôt qu'à la Cour, de déterminer si un jugement a une valeur de précédent. La position énoncée dans cet avis représentait un changement de position par rapport à celle qui avait été énoncée dans l'Avis aux parties et à la communauté juridique de la Cour – Publication des décisions ayant une valeur de précédent de 2015. Dans ce dernier document, la Cour a notamment déclaré que l'absence d'un numéro de référence neutre et le fait qu'un jugement n'était pas publié étaient [TRADUCTION] « révélateurs de l'opinion du fonctionnaire judiciaire ayant présidé l'audience que la décision n'avait pas de valeur de précédent » (non souligné dans l'original). Néanmoins, il est aussi mentionné dans le document : « Toutefois, cela n'empêche pas une partie d'adopter une position différente en ce qui concerne sa valeur de précédent. »

[81] En outre, l'ACAADR s'oppose également au guide jurisprudenciel sur la Chine au motif qu'il ne peut être contesté de manière appropriée sans connaître tout le dossier dont la Commission était saisie au moment où elle a rendu la décision qui fut par la suite désigné comme guide jurisprudenciel. À mon avis, il est plus approprié de traiter de cette opposition dans le cadre de la question soulevée par l'ACAADR concernant le fait que le président n'a pas consulté le public avant de publier le guide jurisprudenciel sur la Chine.

[82] L'ACAADR soutient également qu'il est inapproprié d'élever une conclusion factuelle au rang de guide

country conditions are constantly changing. However, the evidence in this proceeding establishes that the Board monitors the documentary evidence that is relevant to a JG. According to the affidavit sworn by Mr. Gregory Kipling, Director General of Policy, Planning and Corporate Affairs at the Board: “New evidence that may impact the validity of a JG is considered by the Research Directorate and may result in the new document(s) being included in the NDP, rejected, or the JG being revoked by the Chairperson”. Indeed, this is why the JGs with respect to India and Costa Rica were withdrawn.

[83] I pause to observe that there is nothing preventing CARL or any other interested party from drawing factual developments, or factual shortcomings in a JG, to the attention of the Board at any time.

[84] Lastly, CARL maintains that a passage in *Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377 (*Kozak*), at paragraph 9, supports the proposition that a JG cannot be issued in respect of issues of fact. There, the Court observed:

... In addition, a jurisprudential guide is normally intended to be persuasive on questions of law, and mixed law and fact. In contrast, it was intended that lead cases would also establish persuasive findings of fact on country conditions. See further, *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, Policy No. 2003-01 (Ottawa: Immigration and Refugee Board, March 21, 2003).

[85] However, that passage is from the introductory section of the Court’s decision and simply appears to be paraphrasing an aspect of the Board’s 2003 policy statement. Taken in its proper context, I do not consider the passage quoted immediately above to have been intended to articulate the principle advanced by CARL. That is to say, it did not establish the principle that paragraph 159(1)(h) of the IRPA does not confer authority upon the Chairperson

jurisprudential, car les conditions qui existent dans un pays change constamment. Toutefois, les éléments de preuve de la présente instance établissent que la Commission surveille la preuve documentaire pertinente pour un guide jurisprudential. Selon l’affidavit assermenté par M. Gregory Kipling, directeur général de la Direction générale des politiques, planification et affaires ministérielles à la Commission : [TRADUCTION] « De nouveaux éléments de preuve susceptibles d’avoir une incidence sur la validité d’un guide jurisprudential sont examinés par la Direction des recherches et pourraient faire en sorte que les nouveaux documents soient inclus dans le CND, rejetés ou que le guide jurisprudential soit révoqué par le président. » En effet, c’est la raison pour laquelle les guides jurisprudentiels sur l’Inde et le Costa Rica ont été retirés.

[83] Je m’arrête un instant pour souligner que rien n’empêche l’ACAADR ou toute autre partie intéressée de porter, à tout moment, les développements factuels et les lacunes factuelles à l’attention de la Commission.

[84] Enfin, l’ACAADR soutient qu’un passage dans l’arrêt *Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377 (*Kozak*), au paragraphe 9, appuie la proposition selon laquelle un guide jurisprudential ne peut pas être publié à l’égard de questions de fait. Dans cet arrêt, la Cour a fait les observations suivantes :

[...] un guide jurisprudential a normalement pour but d’avoir un caractère persuasif quant à des questions de droit et à des questions mixtes de fait et de droit, alors que les causes types sont censées établir aussi des conclusions de fait persuasives sur les conditions existant dans un pays. Voir également le document intitulé *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels*, Politique n° 2003-01 (Ottawa : Commission de l’immigration et du statut de réfugié, 21 mars 2003).

[85] Cependant, ce passage provient de la section introductive de la décision de la Cour et semble simplement paraphraser un aspect de l’énoncé de politique de la Commission de 2003. Pris dans son contexte, je ne pense pas que le passage cité ci-dessus ait eu pour but d’énoncer le principe que soulève l’ACAADR. Plus précisément, ce passage n’a pas établi le principe selon lequel l’alinéa 159(1)(h) de la LIPR ne confère pas au président le

to issue any JGs whatsoever with respect to factual issues. My conclusion in this regard is reinforced by the Court's use of the word "normally", in the passage quoted above.

[86] In summary, I consider that it was not unreasonable for the Chairperson to implicitly interpret paragraph 159(1)(h) as conferring upon him the authority to issue JGs in respect of factual issues, in addition to issues of law and of mixed fact and law.

B. Do the impugned JGs unlawfully fetter the discretion of the Board's members, or improperly interfere with their independence?

[87] CARL submits that the four JGs at issue in these applications improperly encroach upon Board members' adjudicative independence because they impinge on the members' jurisdiction to make their own findings of fact. Stated differently, by effectively requiring Board members to either adopt the factual conclusions set forth in the JGs or to provide reasoned justifications for not doing so, the JGs unlawfully fetter their discretion or improperly interfere with their adjudicative independence.

[88] To the extent that any of the JGs in question do or did in fact effectively pressure Board members to either adopt factual conclusions or provide a reasoned justification for not doing so, I agree that this would constitute an improper encroachment on their adjudicative independence. However, as discussed below, the Nigeria JG does not suffer from these shortcomings and the other three impugned JGs do so only because of the statement of expectations described at paragraph 9 above.

(1) Adjudicative independence – legal principles

[89] The principle of adjudicative independence is one of the principles of natural justice: *Ellis-Don*, above, at paragraph 47. Among other things, it requires that individual adjudicators have complete liberty to hear and decide

pouvoir de publier un guide jurisprudentiel quelconque, portant entièrement ou principalement sur des questions de fait. Ma conclusion à cet égard est renforcée par l'utilisation du terme « normalement » par la Cour dans le passage précité.

[86] En résumé, j'estime qu'il n'était pas déraisonnable que le président interprète implicitement l'alinéa 159(1)h) comme lui conférant le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels pour des questions de fait, en plus des questions mixtes de fait et de droit.

B. Les guides jurisprudentiels contestés entravent-ils illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance?

[87] L'ACAADR soutient que les quatre guides jurisprudentiels en cause dans ces demandes empiètent indûment sur l'indépendance décisionnelle des commissaires, car ils empiètent sur la compétence des commissaires de tirer leurs propres conclusions de fait. Autrement dit, en obligeant effectivement les commissaires à adopter les conclusions de fait énoncées dans les guides jurisprudentiels ou à justifier leur décision de s'en écarter, le cas échéant, les guides jurisprudentiels entravent illégalement le pouvoir discrétionnaire des commissaires et empiètent indûment sur leur indépendance décisionnelle.

[88] Dans la mesure où l'un des guides jurisprudentiels en question exerce ou exerçait effectivement une pression sur les commissaires pour qu'ils adoptent des conclusions de fait ou justifient leur décision de s'en écarter, je conviens que cela constituerait une atteinte indue à leur indépendance décisionnelle. Toutefois, comme on le verra plus loin, le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'est pas touché par ces lacunes et les trois autres guides jurisprudentiels contestés le sont uniquement en raison de la déclaration d'attente énoncée au paragraphe 9 ci-dessus.

1) Indépendance décisionnelle – principes juridiques

[89] Le principe de l'indépendance décisionnelle est l'un des principes de justice naturelle : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 47. Entre autres choses, il exige que chaque arbitre ait toute liberté pour entendre et juger des affaires

cases before them, without interference with the way in which a case is conducted or the manner in which a final decision is made: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 69, 30 D.L.R. (4th) 481.

[90] This does not imply that judges and quasi-judicial decision makers cannot discuss their cases with colleagues. However, they cannot be compelled to participate in such discussions or to adopt the views expressed by their colleagues. They must maintain the complete freedom to decide their case according to their own conscience. In the course of doing so, they must make their own factual determinations, free from pressure or inducement from others, and must remain impartial, free from a reasonable apprehension of bias or attenuated impartiality: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pages 332–335, 73 O.R. (2d) 676 (*Consolidated-Bathurst*); *Ellis-Don*, above, at paragraphs 27–29.

[91] Like other principles of natural justice, the principle of adjudicative independence does not have a fixed content, applicable to judicial and quasi-judicial decision makers alike. It can be adapted to take into account the institutional constraints faced by quasi-judicial bodies such as the Board, including their need to deal with heavy caseloads in an efficient manner: *Consolidated-Bathurst*, above, at pages 323–324. However, there are limits on how far such adaptation can be taken.

[92] In my view, those limits are reached at the point where an administrative guideline or other tool goes beyond simply drawing attention to factual information or encouraging Board members to take it into account, and instead requires, induces, pressures, or coerces them to make or to follow particular factual findings.

[93] Put differently, in the administrative law context, it can be entirely appropriate to embrace tools such as guidelines to influence, *in a general way*, the manner in which decisions are reached. In this regard, a legitimate type of general influence can include identifying factors, sources of information, and even particular information that can be helpful to consider. Indeed, I consider it to be permissible to go further and encourage such information to be taken

qui lui sont soumises, sans ingérence dans la manière dont une affaire est menée ni dans la manière dont une décision finale est prise : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 69.

[90] Cela ne signifie pas que les juges et les décideurs quasi judiciaires ne peuvent pas discuter leurs affaires avec des collègues. Cependant, ils ne peuvent pas être obligés de participer à de telles discussions ou d'adopter les vues exprimées par leurs collègues. Ils doivent conserver la liberté absolue de juger leur affaire selon leur propre conscience. Ce faisant, ils doivent établir leurs propres déterminations factuelles, à l'abri de toute pression ou incitation de tiers, et doivent rester impartiaux, à l'abri d'une crainte raisonnable de partialité ou d'une impartialité atténuée : *Sitba c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282 (*Consolidated-Bathurst*), aux pages 332 à 335; *Ellis-Don*, précité, aux paragraphes 27 à 29.

[91] Comme d'autres principes de justice naturelle, le principe de l'indépendance décisionnelle n'a pas de contenu fixe, applicable aux décideurs judiciaires et quasi judiciaires. Il peut être adapté pour prendre en compte les contraintes institutionnelles auxquelles sont confrontés des organes quasi judiciaires tels que la Commission, y compris la nécessité de traiter efficacement un grand nombre d'affaires : *Consolidated-Bathurst*, précité, aux pages 323 à 324. Cependant, il existe des limites à la mesure dans laquelle une telle adaptation peut être réalisée.

[92] À mon avis, ces limites sont atteintes lorsqu'une directive administrative ou un autre outil ne se limite pas à attirer l'attention des commissaires sur des renseignements factuels et à les encourager à les prendre en compte, mais les oblige, les pousse, les contraint ou les force plutôt à suivre des conclusions de fait particulières.

[93] En d'autres termes, dans le contexte du droit administratif, il peut être tout à fait approprié d'utiliser des outils tels que des directives pour influencer *de manière générale* sur la façon dont les décisions sont prises. À cet égard, un type légitime d'influence générale peut inclure l'identification de facteurs, de sources de renseignements et même de renseignements particuliers qui pourront être utiles à prendre en compte. En effet, j'estime qu'il est permis d'aller plus

into account, so long as it is made clear that decision makers remain completely free to reach their own conclusions, based on the facts of each particular case.

[94] In my view, this would be consistent with the principle that administrative tools that do not encroach upon a Board member's freedom to make factual findings can be legitimately used to achieve a degree of coherence that would not otherwise be available: *Consolidated-Bathurst*, above, at page 340. Such tools include JGs.

[95] However, the line would be crossed when the language used in guidelines may be reasonably apprehended by decision makers or members of the general public to have the likely effect of either pressuring independent decision makers to make particular factual findings or attenuating their impartiality in this regard. The same is true where such language may be reasonably apprehended to make it more difficult for independent decision makers to make their own factual determinations. This is so even if it has been stated that the guidelines are not binding.

[96] I pause to observe that neither the respondent nor the intervener identified any binding authority where it was held that an administrative guideline or other tool can legitimately fetter or constrain a quasi-judicial decision maker's freedom to make findings of fact.

[97] The respondent and the intervener rely on *Thamotharem*, above, to argue that administrative guidelines can go further in influencing quasi-judicial decision makers than I have described above. That case concerned a Board guideline that established a standard practice for the Board to question a refugee claimant before the claimant's counsel questioned him or her. The guideline in question also stated that Board members "may vary the order of questioning in exceptional circumstances".

loin et d'encourager la prise en compte de tels renseignements, dans la mesure où il est clairement indiqué que les décideurs restent entièrement libres de tirer leurs propres conclusions, sur le fondement des faits propres à chaque affaire.

[94] À mon avis, cela serait conforme au principe selon lequel les outils administratifs qui n'empiètent pas sur la liberté d'un commissaire de tirer des conclusions factuelles peuvent être légitimement utilisés pour atteindre un degré de cohérence qui ne serait pas autrement accessible : *Consolidated-Bathurst*, précité, à la page 340. De tels outils comprennent les guides jurisprudentiels.

[95] Toutefois, la ligne de démarcation serait franchie lorsque le libellé des directives peut être raisonnablement perçu par les décideurs ou les membres du grand public comme ayant un effet probable de pression sur des décideurs indépendants afin qu'ils tirent des conclusions de fait précises ou d'atténuation de leur impartialité à cet égard. Il en va de même lorsque qu'un tel libellé peut être raisonnablement perçu comme faisant en sorte qu'il soit plus difficile pour les décideurs indépendants d'établir leurs propres déterminations factuelles. Il en est ainsi même s'il a été déclaré que les directives ne sont pas contraignantes.

[96] Je m'arrête un instant pour souligner que ni le défendeur ni l'intervenante n'a cité de décision faisant autorité où il a été jugé qu'une directive administrative ou un autre outil pouvait légitimement entraver ou restreindre la liberté du décideur quasi judiciaire de tirer des conclusions de fait.

[97] Le défendeur et l'intervenante s'appuient sur l'arrêt *Thamotharem*, précité, pour soutenir que les directives administratives peuvent aller plus loin en exerçant une influence sur les décideurs quasi judiciaires que je ne l'ai décrit ci-dessus. Cette affaire concernait une directive de la Commission établissant pour la Commission une pratique normalisée consistant à interroger un demandeur d'asile avant que son avocat ne l'interroge. La directive en question prévoyait également que les commissaires puissent « changer l'ordre des interrogatoires dans des circonstances exceptionnelles ».

[98] In concluding that the guideline did not constitute an unlawful fettering of Board members' discretion to conduct their hearings, Justice Evans stated the following [at paragraph 89] on behalf of a majority of the Court:

Adjudicative “independence” is not an all or nothing thing, but is a question of degree. The independence of judges, for example, is balanced against public accountability, through the Canadian Judicial Council, for misconduct. The independence of members of administrative agencies must be balanced against the institutional interest of the agency in the quality and consistency of the decisions, from which there are normally only limited rights of access to the courts, rendered by individual members in the agency's name.

[99] Before commencing his analysis of the fettering of discretion issue, Justice Evans also made the following general observation [at paragraph 60]:

The use of guidelines, and other “soft law” techniques, to achieve an acceptable level of consistency in administrative decisions is particularly important for tribunals exercising discretion, whether on procedural, evidential or substantive issues, in the performance of adjudicative functions. This is especially true for large tribunals, such as the Board, which sit in panels; in the case of the RPD, as already noted, a panel typically comprises a single member.

[100] Justice Evans' conclusion that the impugned guideline did not constitute an unlawful fettering of discretion was based on his finding that the evidence had not established:

... that a reasonable person would think that RPD members' independence was unduly constrained by Guideline 7, particularly in view of: the terms of the Guideline, the evidence of members' deviation from “standard practice”; and the need for the Board, the largest administrative agency in Canada, to attain an acceptable level of consistency at hearings, conducted mostly by single members.

Thamotharem, above, at paragraph 88.

[98] En concluant que la directive ne constituait pas une entrave irrégulière au pouvoir discrétionnaire des commissaires d'organiser leurs audiences, le juge Evans, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, a déclaré ce qui suit [au paragraphe 89] :

L'« indépendance » décisionnelle n'est pas un concept monolithique, mais une question de degré. Par exemple, l'indépendance des juges, en matière d'inconduite, est soumise par le Conseil canadien de la magistrature en fonction de leur responsabilité à l'égard du public. L'indépendance des membres d'organismes administratifs doit être soumise en fonction de l'intérêt qu'a l'organisme, comme institution, à veiller à la qualité et à la cohérence des décisions rendues en son nom par chacun de ses membres, décisions à l'égard desquelles, généralement, la possibilité de contestation judiciaire est limitée.

[99] Avant de commencer son analyse de la question de l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge Evans a également formulé l'observation générale suivante [au paragraphe 60] :

Le recours à des directives et à d'autres techniques n'ayant pas caractère obligatoire en vue d'assurer une cohérence raisonnable dans les décisions de nature administrative est particulièrement important pour l'exercice des fonctions décisionnelles des tribunaux auxquels la loi a conféré un pouvoir discrétionnaire sur des questions de procédure, de preuve ou de fond. Cette importance est d'autant plus marquée pour les tribunaux de grande envergure, comme la Commission, qui siègent en formations; dans le cas de la SPR, comme il a été précisé, le tribunal est généralement formé d'un seul commissaire.

[100] La conclusion du juge Evans selon laquelle la directive contestée ne constituait pas une entrave illicite à la discrétion reposait sur sa conclusion que la preuve en l'espèce ne démontrait pas :

[...] qu'une personne raisonnable estimerait l'indépendance des commissaires de la SPR indûment limitée par les Directives n° 7, particulièrement au regard des facteurs suivants : le libellé des directives; la preuve établissant que des commissaires dérogent à la pratique normalisée; l'importance pour la Commission, le plus grand tribunal administratif du Canada, d'obtenir un niveau acceptable de cohérence dans ses audiences, tenues le plus souvent par un seul commissaire.

Thamotharem, précité, au paragraphe 88.

[101] In reaching that conclusion, Justice Evans explicitly found that Guideline 7 [*Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division*] did not infringe the independence of Board members by imposing an expectation on them “to explain in their reasons why a case is exceptional and warrants a departure from the standard order of questioning”: *Thamotharem*, above, at paragraph 87.

[102] In my view, neither the passages reproduced above nor any other passages in *Thamotharem* stand for the proposition that the Chairperson may issue a JG or other “soft law” instrument that constrains the complete freedom of quasi-judicial decision makers to make their own factual determinations, free from pressure or inducement from others. The focus of the Court’s assessment of the fettering of discretion issue in that case was on the narrow procedural issue of whether the Board could establish a standard order of questioning that could only be varied in exceptional circumstances.

[103] In the course of dealing with that issue, Justice Evans explicitly recognized “that members of the RPD must perform their adjudicative functions without improper influence from others, including the Chairperson and other members of the Board.” He then distinguished this from administrative agencies’ need to be able to devise processes for ensuring an acceptable level of consistency and quality in their decisions: *Thamotharem*, above, at paragraph 83. After then referring to *Consolidated-Bathurst*, above, he reiterated that members of administrative agencies must be free from improper constraints on their ability to decide cases, including such constraints that may be so coercive as to raise a reasonable apprehension of improper influence: *Thamotharem*, above, at paragraph 85.

[104] I acknowledge that, in the course of reaching his decision, Justice Evans quoted the following passage

[101] Pour parvenir à cette conclusion, le juge Evans a explicitement conclu que les Directives n° 7 [*Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés*] ne constituent pas une atteinte à l’indépendance des commissaires en imposant une attente à ceux-ci voulant qu’ils « expliquent dans leurs motifs les raisons pour lesquelles un cas présente des circonstances exceptionnelles justifiant de ne pas appliquer l’ordre normalisé des interrogatoires » : *Thamotharem*, précité, au paragraphe 87.

[102] À mon avis, ni les passages reproduits ci-dessus ni aucun autre passage de l’arrêt *Thamotharem* ne permettent d’affirmer que le président peut publier un guide jurisprudentiel ou un autre instrument « à caractère non contraignant » qui limite la liberté absolue des décideurs quasi judiciaires d’établir leurs propres déterminations factuelles, à l’abri de toute pression ou incitation de tiers. L’évaluation par la Cour de la question de l’entrave à l’exercice du pouvoir discrétionnaire dans cette affaire était centrée sur la question de procédure précise de savoir si la Commission pouvait établir un ordre normalisé des interrogatoires qui ne pouvait être modifié que dans des circonstances exceptionnelles.

[103] En abordant cette question, le juge Evans a explicitement reconnu que « les commissaires de la SRP doivent s’acquitter de leurs fonctions décisionnelles sans subir l’influence indue de tiers, y compris du président et d’autres membres de la Commission ». Il a ensuite établi une distinction entre ceci et la nécessité pour les organismes administratifs d’avoir la possibilité de mettre au point des processus visant à assurer un degré de cohérence et de qualité satisfaisant dans leurs décisions : *Thamotharem*, précité, au paragraphe 83. Après avoir ensuite évoqué l’arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité, il a réitéré que les membres des organismes administratifs ne devaient pas être soumis à des contraintes indues quant à leur capacité de statuer sur les affaires, notamment celles qui peuvent être contraignantes au point de faire craindre raisonnablement que la capacité des membres de se prononcer sans contrainte indue est compromise : *Thamotharem*, précité, au paragraphe 85.

[104] Je reconnais que, pour rendre sa décision, le juge Evans a cité le passage suivant de l’arrêt *Maple Lodge*

from *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at page 6, 137 D.L.R. (3d) 558 (*Maple Lodge*), in support of the proposition that “guidelines may validly influence a decision maker’s conduct”:

... The fact that the Minister in his policy guidelines issued in the Notice to Importers employed the words: “If Canadian product is not offered at the market price, a permit will normally be issued; ...” does not fetter the exercise of [the Minister’s statutory] discretion.

[105] However, *Maple Lodge* concerned statements made in policy guidelines that were alleged to have constrained the Minister’s own statutory discretion. In my view, that type of situation is distinguishable from a situation where administrative guidelines may be reasonably apprehended to have the effect of constraining the ability of quasi-judicial administrative decision makers to make their own findings of fact, or making it more difficult for them to do so.

[106] I also acknowledge that, as in *Thamotharem*, it can be relevant to consider the evidence as to whether decision makers of the administrative agency in question have in fact considered themselves to be improperly influenced by an impugned guide or set of guidelines. However, this factor needs to be considered with other factors, including the language of the document, whether there are any actual or reasonably perceived sanctions or other adverse consequences for non-compliance, and how the document is likely to be reasonably apprehended by a member of the public.

[107] In recognition of the fact that my interpretation of *Thamotharem* is not free from doubt and concerns a serious question of general importance, I will certify a question for appeal on this issue, so that the Federal Court of Appeal will have an opportunity to address the question.

[108] Before concluding this discussion of general legal principles, it is necessary to address one further point. The intervener relies on *Ellis-Don*, above, at paragraph 49, to maintain that CARL cannot attack the validity of the impugned JGs based on a hypothetical breach of one or more of the principles of natural justice. However, in that case,

Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2, à la page 6 (*Maple Lodge*), pour appuyer la proposition selon laquelle « les directives peuvent néanmoins influencer valablement sur la conduite du décideur » :

[...] Le fait que le Ministre ait employé dans ses lignes directrices contenues dans l’avis aux importateurs les mots : « Si le produit canadien n’est pas offert au prix du marché, une licence est émise ... » n’entrave pas l’exercice d[’u] pouvoir discrétionnaire [conféré au Ministre par la loi].

[105] Toutefois, l’arrêt *Maple Lodge* concernait des déclarations contenues dans des directives qui auraient limité le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la loi. À mon avis, ce type de situation se distingue de celui où des directives administratives peuvent raisonnablement être perçues comme ayant pour effet de restreindre la capacité des décideurs administratifs quasi judiciaires de tirer leurs propres conclusions de fait ou de faire en sorte qu’il leur soit plus difficile de le faire.

[106] Je reconnais également que, comme dans l’arrêt *Thamotharem*, il peut être pertinent d’examiner les éléments de preuve permettant de déterminer si les décideurs de l’organisme administratif en question se considéraient comme ayant été indûment influencés par un guide ou un ensemble de directives contesté. Cependant, ce facteur doit être pris en compte avec d’autres facteurs, notamment le libellé du document, l’existence éventuelle de sanctions ou d’autres conséquences défavorables réelles ou raisonnablement perçues comme telles en cas de non-respect, et la manière dont le document est susceptible d’être raisonnablement perçu par un membre du public.

[107] Reconnaisant que mon interprétation de l’arrêt *Thamotharem* n’est pas exempte de doute et concerne une question grave de portée générale, je certifierai une question en vue d’un appel sur cette question, afin que la Cour d’appel fédérale ait la possibilité de la traiter.

[108] Avant de conclure la présente discussion des principes juridiques généraux, il est nécessaire d’aborder un autre point. L’intervenante se fonde sur le paragraphe 49 de l’arrêt *Ellis-Don*, précité, pour soutenir que l’ACAADR ne peut pas attaquer la validité des guides jurisprudentiels contestés en invoquant une violation hypothétique d’un

the Supreme Court of Canada simply rejected the proposition that an “apprehended” breach of the *audi alteram partem* rule was sufficient to trigger judicial review. In the course of doing so, it explicitly distinguished between an apprehended breach of that rule and an apprehended breach of the rule concerning adjudicative bias. It proceeded to state that “one has to look at the nature of the natural justice problem involved to determine the threshold for judicial review”: *Ellis-Don*, above, at paragraph 49.

[109] When the issue at hand is an apprehended breach of adjudicative independence or impartiality, it is not necessary to wait until an actual breach has occurred. This is because, “[i]f a requirement to establish actual bias had been adopted as a general principle, judicial review for bias would have been a rare event indeed”: *Ellis Don*, above at paragraph 48.

(2) Application of the applicable principles to the impugned JGs

[110] It appears to be common ground between the parties that Board members are independent decision makers. The intervenor did not suggest otherwise.

[111] There does not appear to be any dispute between the parties as to whether the Chairperson may issue JGs with respect to issues of law and issues of mixed fact and law, and then impose an expectation that findings on such issues will be applied in cases of similar facts, unless a reasoned justification is provided for not doing so. Accordingly, the discussion below will focus on the extent to which, if at all, the impugned JGs unlawfully fetter the discretion of Board members or improperly constrain their adjudicative independence with respect to their determination of the facts in cases assigned to them.

(a) *The Nigeria JG*

[112] As previously noted, the Nigeria JG consists of paragraphs 13–30 of RAD decision TB7-19851.

ou plusieurs des principes de justice naturelle. Cependant, dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a simplement rejeté la proposition selon laquelle une violation « présumée » de la règle *audi alteram partem* était suffisante pour déclencher un contrôle judiciaire. Ce faisant, elle a explicitement fait la distinction entre une violation présumée de cette règle et une violation présumée de la règle concernant la partialité décisionnelle. Elle a ensuite déclaré qu’« il faut examiner la nature du problème de justice naturelle en cause pour déterminer le seuil justifiant le contrôle judiciaire » : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 49.

[109] Lorsque la question en litige est une atteinte à l’indépendance ou à l’impartialité décisionnelle présumée, il n’est pas nécessaire d’attendre qu’une atteinte réelle ait lieu. Il en est ainsi parce que « [s]i l’on avait adopté comme principe général l’obligation de prouver l’existence d’une partialité réelle, le contrôle judiciaire pour motif de partialité aurait vraiment été un événement rare » : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 48.

2) Application des principes applicables aux guides jurisprudentiels contestés

[110] Il semble admis par les parties que les commissaires sont des décideurs indépendants. L’intervenante n’a pas prétendu le contraire.

[111] Il ne semble pas exister de désaccord entre les parties sur le point de savoir si le président peut publier des guides jurisprudentiels sur des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit, puis imposer une attente selon laquelle les conclusions sur ces questions seront appliquées aux cas comportant des faits semblables, à moins de justifier la décision de s’en écarter. Par conséquent, la discussion ci-dessous sera centrée sur la mesure dans laquelle les guides jurisprudentiels contestés, le cas échéant, entraveraient illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ou limiteraient indûment leur indépendance décisionnelle pour ce qui est de la détermination des faits dans les cas qui leur sont assignés.

a) *Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria*

[112] Comme il a été indiqué précédemment, le guide jurisprudentiel sur le Nigéria comprend les paragraphes 13

[113] That section of the decision begins with the statement that the determinative issue “is the finding that there exist viable IFAs for the Appellant to Ibadan and Port Harcourt”. It then further notes “that there are several additional cities in Nigeria where, depending on the individual facts, an IFA would likely be available to those fleeing non-state actors”: at paragraph 13 (emphasis added).

[114] The JG then provides a summary of the two-pronged IFA test. In the course of doing so, the decision states: “The finding of an IFA must be based on a distinct evaluation of the region for that purpose taking into account the Appellant’s personal circumstances”: at paragraph 15 (emphasis added).

[115] In the ensuing three paragraphs, the JG draws attention to certain findings that have been made by the RPD, the RAD and this Court with respect to the availability of an IFA in Nigeria. The JG proceeds to identify various large cities in south and central Nigeria “where persons fleeing non-state actors may be able to safely establish themselves, depending on their own particular circumstances”: at paragraph 19 (emphasis added). The JG reiterates that “each appeal is dependent on the appellant’s arguments, the individual facts and the assessment of the appellant’s personal risk”: at paragraph 19 (emphasis added).

[116] In the ensuing paragraph, the JG discusses various aspects of the jurisprudence with respect to the first prong of the two-prong IFA test. Once again, the JG repeats that the analysis “is necessarily fact specific” and requires a “consideration of a particular appellant’s specific circumstances and allegations”: at paragraphs 20–21 (emphasis added).

[117] In the balance of the JG, the decision discusses the country documentation with respect to transportation

à 30 de la décision TB7-19851 de la Section d’appel des réfugiés.

[113] Cette section de la décision commence par l’affirmation selon laquelle la question déterminante « est la conclusion selon laquelle des PRI s’offrent à l’appelante à Ibadan et à Port Harcourt en particulier ». Le guide jurisprudentiel souligne ensuite « qu’il y a plusieurs villes au Nigéria, où, selon les faits individuels, il existerait une PRI pour les personnes qui [...] fuient des acteurs non étatiques » : au paragraphe 13 (non souligné dans l’original).

[114] Le guide jurisprudentiel fournit ensuite un résumé du critère à deux volets pour évaluer une PRI. Ce faisant, la décision est rédigée ainsi : « Trouver une PRI repose sur l’évaluation particulière de la région visée dans la perspective d’une PRI en tenant compte de la situation personnelle de l’appelante » : au paragraphe 15 (non souligné dans l’original).

[115] Dans les trois paragraphes qui suivent, le guide jurisprudentiel attire l’attention sur certaines conclusions de la Section de la protection des réfugiés, de la Section d’appel des réfugiés et de la Cour concernant l’existence d’une PRI au Nigéria. Le guide jurisprudentiel poursuit en désignant plusieurs grandes villes dans le sud et le centre du Nigéria « où des personnes qui fuient des acteurs non étatiques peuvent s’établir en toute sécurité, en fonction de leur situation personnelle » : au paragraphe 19 (non souligné dans l’original). Le guide jurisprudentiel réitère que « chaque appel dépend des arguments de l’appelant, des faits individuels et de l’évaluation du risque personnel de l’appelant » : au paragraphe 19 (non souligné dans l’original).

[116] Dans le paragraphe suivant, le guide jurisprudentiel examine divers aspects de la jurisprudence en ce qui concerne le premier volet du critère à deux volets permettant d’évaluer une PRI. Encore une fois, le guide jurisprudentiel répète que l’analyse « porte sur des faits spécifiques » et nécessite de « tenir compte de la situation et des allégations d’un appelant en particulier » : aux paragraphes 20 et 21 (non souligné dans l’original).

[117] Dans la suite du guide jurisprudentiel, la décision porte sur la documentation sur la situation du pays

and travel, language, education and employment, accommodation, religion, “indigeneship”, and the availability of medical and mental health care. In connection with transportation and travel, the JG also notes that consideration must be given to Chairperson’s Guideline 4: *Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*.

[118] The JG concludes with the statement that “it is my view tha[t] an assessment in line with the framework set out above would be broadly applicable and determinative in a variety of Nigerian claims where the fear is of non-state actors, and as below, would have to be applied in any individual appellant’s particular circumstances”: at paragraph 30 (emphasis added).

[119] Considering the passages that I have underlined in the various quotes above, I am satisfied that the Nigeria JG does not unlawfully fetter the discretion of Board members or improperly constrain their freedom to decide cases that may come before them according to their own conscience. On the contrary, the JG makes it abundantly clear that each case must be decided on its particular facts. To the extent that Board members are expected to do anything in particular, it is simply to apply the established test for an IFA, to take account of the jurisprudence and the country documentation that is mentioned in the JG, and then to reach their own decisions based on the particular facts of the case.

(b) *The Pakistan JG*

[120] The Pakistan JG was identified in respect of the RAD’s decision in TB7-01837. In contrast to the Nigeria JG and the China JG, it was not explicitly confined to specific paragraphs of the decision. However, the policy note that accompanied the JG stated that its “scope” is with respect to whether “the treatment experienced by Ahmadis from Pakistan amounted to persecution and whether state protection and an [IFA] are available.” I will therefore confine the following discussion to those parts of TB7-01837. As I have previously noted, the RAD’s

concernant le transport et les déplacements, la langue, l’éducation et l’emploi, le logement, la religion, « l’identité autochtone » et la disponibilité des soins médicaux et des soins de santé mentale. En ce qui concerne les transports et les déplacements, il est aussi souligné dans le guide jurisprudentiel qu’il faut tenir compte des Directives numéro 4 du président : *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d’être persécutées en raison de leur sexe*.

[118] Le guide jurisprudentiel conclut en déclarant : « je suis d’avis qu’une évaluation conforme au cadre décrit ci-dessus serait largement applicable et déterminante dans une variété de demandes d’asile nigérianes où la crainte vient d’acteurs non étatiques, et, comme ci-dessous, qu’elle devrait être appliquée selon la situation particulière de chaque appelant » : au paragraphe 30 (non souligné dans l’original).

[119] Compte tenu des passages que j’ai soulignés dans les différentes citations ci-dessus, je conclus que le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n’entrave pas illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires ni ne restreint indûment leur liberté de statuer sur les affaires dont ils sont saisis selon leur conscience. Au contraire, le guide jurisprudentiel indique clairement que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits particuliers. Dans la mesure où on s’attend à ce que les commissaires fassent quelque chose de particulier, il s’agit simplement d’appliquer le critère établi pour évaluer une PRI, de tenir compte de la jurisprudence et de la documentation sur le pays mentionnées dans le guide jurisprudentiel, puis de prendre leurs propres décisions sur la base des faits particuliers de l’affaire.

b) *Le guide jurisprudentiel sur le Pakistan*

[120] Le guide jurisprudentiel sur le Pakistan a été désigné à l’égard de la décision de la Section d’appel des réfugiés dans le dossier TB7-01837. Contrairement au guide jurisprudentiel sur le Nigéria et au guide jurisprudentiel sur la Chine, il n’était pas explicitement confiné à des paragraphes précis de la décision. Toutefois, la note de politique accompagnant le guide jurisprudentiel indiquait que sa « portée » visait à savoir si « le traitement réservé aux Ahmadis au Pakistan équivaut à de la persécution et s’ils ont accès à une protection de l’État et à une (PRI) ».

conclusions on the three issues identified above were all favourable to the refugee claimant.

[121] I pause to observe in passing that the other parts of that decision, which cover its initial 25 paragraphs, are essentially confined to a discussion of the factual background, the RAD's role, and the RPD's finding with respect to the claimant's credibility and subjective fear. To the extent that those address the unique facts of the claimant's situation, they do not raise any issues for the purposes of the present proceeding.

[122] In the remaining 15 paragraphs of the JG, the RAD addresses the issues of persecution, state protection, and the availability of an IFA. In this regard, the RAD discusses: the specific evidence adduced by the appellant; various errors committed by the RAD in assessing that particular evidence; country documentation that was addressed by the RPD and that reported on abuses, discrimination and/or persecution of religious minorities, including Ahmadi Muslims, in Pakistan; the law with respect to the meaning of "persecution"; important evidence in the record that was not discussed; and the meaning of "freedom of religion".

[123] The RAD then discusses various facts reported in the country documentation that would support the conclusion that Ahmadi's are persecuted in Pakistan, including by agents of the state. The RAD adds: "Even if Ahmadis faced no threat of physical harm – and the evidence indicates that there is indeed such danger – there is considerable evidence to support the argument that they experience religious persecution": at paragraph 35.

[124] In the final six paragraphs of the JG, the RAD begins by stating that the RPD wrongly applied an overly narrow definition of persecution. It then explains why it considered that the claimant in question faced serious

Je limiterai donc la discussion suivante à ces parties de la décision TB7-01837. Comme je l'ai déjà indiqué, les conclusions de la Section d'appel des réfugiés sur les trois questions susmentionnées étaient toutes favorables à la demanderesse d'asile.

[121] Je m'arrête pour observer en passant que les autres parties de cette décision, qui couvrent ses 25 paragraphes initiaux, se limitent essentiellement à une discussion sur le contexte factuel, le rôle de la Section d'appel des réfugiés et la conclusion de la Section de la protection des réfugiés concernant la crédibilité et la crainte subjective du demandeur. Dans la mesure où ils traitent des faits uniques de la situation du demandeur, ils ne soulèvent aucune question aux fins de la présente instance.

[122] Dans les 15 paragraphes restants du guide jurisprudentiel, la Section d'appel des réfugiés traite des questions de persécution, de protection de l'État et d'existence d'une PRI. À cet égard, la Section d'appel des réfugiés aborde la preuve présentée par l'appellant; diverses erreurs commises par la SAR lors de l'évaluation de cette preuve particulière; la documentation sur le pays qui a été traitée par la Section de la protection des réfugiés et qui fait état de violence, de discrimination ou de persécution à l'égard des minorités religieuses, y compris les musulmans ahmadis, au Pakistan; le droit relatif à la signification du terme « persécution »; la preuve importante au dossier qui n'a pas été discutée; et le sens de la « liberté de religion ».

[123] La Section d'appel des réfugiés examine ensuite divers faits rapportés dans la documentation sur le pays qui pourraient appuyer la conclusion selon laquelle les Ahmadis sont persécutés au Pakistan, y compris par des agents de l'État. La Section d'appel des réfugiés ajoute : « Même si les ahmadis n'étaient pas menacés de préjudices corporels — et la preuve montre qu'un tel danger existe vraiment — beaucoup d'éléments de preuve ont été fournis à l'appui de l'argument selon lequel ils font l'objet de persécution fondée sur des croyances religieuses », au paragraphe 35.

[124] Dans les six derniers paragraphes du guide jurisprudentiel, la Section d'appel des réfugiés commence par indiquer que la Section de la protection des réfugiés a mal appliqué une définition trop restreinte de la persécution. Il

restrictions on the practice of her religion. It did so by reference to the specific evidence that she had adduced.

[125] The RAD then makes additional observations regarding the requirements of the law.

[126] Having regard to all of the foregoing, the RAD concludes: that the claimant faced a serious possibility of persecution in Pakistan due to her Ahmadi religion; that she could not expect adequate state protection, because the Pakistan state is one of the leading agents of persecution; and that she could not avail herself of an IFA because persecutory laws, measures, and practices exist in all areas of Pakistan.

[127] The factual issues discussed in the Pakistan JG can be grouped into three categories: (i) facts that are specific to the particular claimant and that she adduced in her evidence; (ii) facts that are characterized as having been reported in the country documentation; and (iii) facts that appear to be presented as the RAD's own findings on issues that go beyond the evidence that was specific to the claimant.

[128] The facts in the first category do not pose a potential problem for the purposes of the present proceeding, because they are unique to the refugee claimant in TB7-01837.

[129] The facts in the second category also do not pose a potential problem because, for the purposes of the JG, the implication is simply that those facts should be taken into account in future cases. The facts referred to are not presented as factual findings made by the RPD or the RAD, but rather as information in the country documentation that was relevant to consider and was inconsistent with a conclusion the RPD reached on a question of mixed fact and law—namely, whether the claimant in question faced a serious possibility of being persecuted. In my view, the Chairperson's communication of an expectation to follow

explique ensuite pourquoi il a considéré que la demanderesse en question était confrontée à de graves restrictions à la pratique de sa religion. Il l'a fait par renvoi à la preuve précise qu'elle a présentée.

[125] La Section d'appel des réfugiés formule ensuite des observations supplémentaires sur les exigences de la loi.

[126] Compte tenu de tout ce qui précède, la Section d'appel des réfugiés conclut que la demanderesse est exposée à une possibilité sérieuse d'être persécutée au Pakistan en raison de sa religion ahmadie, qu'elle ne pourrait pas s'attendre à bénéficier d'une protection de l'État adéquate puisque l'État du Pakistan est l'un des principaux agents de persécution et qu'elle ne pourrait pas se prévaloir d'une PRI puisque les lois, les mesures et les pratiques de persécution existent dans toutes les régions du Pakistan.

[127] Les questions de fait discutées dans le guide jurisprudentiel sur le Pakistan peuvent être regroupées en trois catégories : (i) les faits qui sont propres à la demanderesse et qui ont été présentés dans son témoignage; (ii) les faits caractérisés comme ayant été rapportés dans la documentation sur la situation du pays; (iii) les faits qui semblent être présentés comme constituant les propres conclusions de la Section d'appel des réfugiés sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres à la demanderesse.

[128] Les faits de la première catégorie ne posent pas de problème potentiel aux fins de la présente procédure, car ils sont propres à la demanderesse d'asile dans le dossier TB7-01837.

[129] Les faits de la deuxième catégorie ne posent pas non plus de problème potentiel, car, aux fins du guide jurisprudentiel, il s'ensuit simplement que ces faits devraient être pris en compte dans les affaires futures. Les faits auxquels il est fait référence ne sont pas présentés comme des conclusions de fait tirées par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés, mais plutôt comme des renseignements contenus dans la documentation sur la situation du pays qu'il était pertinent de prendre en compte et qui étaient incompatibles avec une conclusion à laquelle la Section d'appel des réfugiés est parvenue sur

the JG or to provide a reasoned justification for not doing so would simply have the likely effect of influencing Board members to consider and then come to grips with the information in question. Such influence would not materially constrain the complete freedom of Board members to decide a case according to their own conscience or their ability to make their own factual determinations, free from pressure or inducement from the Chairperson.

[130] I will turn now to the facts in the third category. As I have noted, those appear to be factual findings made by the RAD. For the most part, they are set forth in the following paragraph of the JG [at paragraph 33]:

Ahmadis are marginalized and excluded from the political system because, in order to register as a voter, they are required to sign a declaration about the finality of the prophet Muhammad, with which they cannot agree. Students applying for university must, if identifying themselves as Muslim, sign a similar declaration, which excludes Ahmadis. University teachers have called for the killing of Ahmadis, and students who objected to this were expelled. The Pakistani government proactively victimizes Ahmadis socially, economically, and educationally, to the point where livelihoods become difficult.

[131] In addition, the RAD appeared to adopt as its own finding the fact that Ahmadis do not enjoy freedom of religion in Pakistan.

[132] I have not included in this third category of factual findings the ultimate findings made by the RAD with respect to the serious possibility of persecution, the unavailability of adequate state protection, and the unavailability of an IFA, as these are all findings of mixed fact and law. As such, they are not within the scope of these applications, notwithstanding CARL's position that findings with respect to the availability or unavailability of an IFA are findings of fact rather than findings of mixed fact and law.

une question mixte de fait et de droit – à savoir, si la demanderesse en question était exposée à une possibilité sérieuse d'être persécutée. À mon avis, le fait que le président ait annoncé qu'il s'attendait à ce que le guide jurisprudentiel soit suivi ou qu'une justification de la décision de s'en écarter soit fournie aurait simplement pour effet probable d'inciter les commissaires à examiner les renseignements en question, et à décider ensuite quelle attitude adopter vis-à-vis de ces renseignements. Une telle influence ne restreindrait pas sensiblement la liberté absolue des commissaires de juger une affaire selon leur conscience ou leur capacité d'établir leurs propres déterminations factuelles, à l'abri de toute pression ou incitation du président.

[130] Je vais maintenant me pencher sur les faits de la troisième catégorie. Comme je l'ai déjà mentionné, il semble s'agir de conclusions de fait tirées par la Section d'appel des réfugiés. Ils sont principalement énoncés dans le paragraphe suivant [paragraphe 33] du guide jurisprudentiel :

Les ahmadis sont marginalisés et exclus du système politique, car, afin de s'inscrire à titre d'électeurs, ils doivent signer une déclaration sur la finalité du prophète Mahomet, à laquelle ils ne peuvent souscrire. Les étudiants qui s'inscrivent à l'université doivent, s'ils se présentent comme musulmans, signer une déclaration similaire, qui exclut les ahmadis. Des professeurs d'université ont réclamé l'assassinat d'ahmadis, et les étudiants qui s'y opposaient ont été expulsés. Le gouvernement pakistanais persécute de manière proactive les ahmadis sur les plans social, économique et éducatif, au point où leur subsistance devient difficile.

[131] En outre, la Section d'appel des réfugiés semble avoir adopté comme sa propre conclusion le fait que les ahmadis ne jouissent pas de la liberté de religion au Pakistan.

[132] Je n'ai pas inclus dans cette troisième catégorie de conclusions de fait les constatations finales formulées par la Section d'appel des réfugiés en ce qui concerne la possibilité sérieuse de persécution, l'indisponibilité d'une protection adéquate de l'État et l'absence de PRI, car ce sont toutes des conclusions mixtes de fait et de droit. Par conséquent, elles ne sont pas visées par ces demandes, nonobstant la position de l'ACAADR selon laquelle les conclusions relatives à l'existence ou à la non-existence d'une PRI sont des conclusions de fait plutôt que des conclusions mixtes de fait et de droit.

[133] In the context of the JG, the factual findings in the third category discussed above are problematic for the present purposes because of the statement that “RPD and RAD members are expected to apply JGs in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so”. Given that statement, Board members would be subject to an explicit expectation to adopt the above-mentioned findings, unless they were prepared to provide reasoned justifications for failing to do so. In cases with similar facts, it is reasonable to expect that some Board members who might be unable or unwilling to provide such justifications may very well feel pressured to adopt the factual findings in question because of the instruction that this is what Board members are expected to do. This is particularly so in light of the fact that the statement of expectation has been conveyed to the Board’s members repeatedly, including in its *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, an e-mail from the Chairperson dated 21 July 2017, and an e-mail of the same date from the Deputy Chairperson (RPD). In my view, the specific language of the expectation, together with the fact that it has been repeatedly communicated, give it a distinct mandatory aspect.

[134] Although there is no evidence that Board members would face sanctions or other adverse consequences for not applying any of the impugned JGs, common experience would suggest that at least some Board members would feel pressured by such repeated statements of expectation from their superiors regarding how they should conduct themselves. Indeed, internal Board documentation indicates that the acceptance rate for Ahmadi claimants from Pakistan increased from 93 percent to 98 percent after the issuance of the JG.

[135] I pause to observe that related documentation concerning the impact of the China JG and the India JG is more ambiguous, as it does not compare results between the pre-issuance and post-issuance period. However, it indicates that a substantial percentage of the Board’s members are following those JGs. In particular, out of a sample of 80 RPD decisions finalized after the China JG

[133] Dans le contexte du guide jurisprudentiel, les conclusions de fait dans la troisième catégorie discutée ci-dessus sont problématiques aux fins de la présente instance en raison de la déclaration suivante : « les commissaires de la SPR et de la SAR doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s’en écarter, le cas échéant ». Compte tenu de cette déclaration, les commissaires seraient assujettis à l’attente explicite qu’ils adoptent les conclusions susmentionnées, à moins qu’ils ne soient disposés à justifier leur décision de s’en écarter. Dans les cas comportant des faits semblables, il est raisonnable de s’attendre à ce que certains commissaires qui pourraient ne pas être en mesure de fournir de telles justifications puissent très bien se sentir obligés d’adopter les conclusions de fait en question en raison de la directive explicite voulant que ce soit ce que les commissaires sont censés faire. C’est d’autant plus vrai étant donné que la déclaration d’attente a été communiquée aux commissaires à plusieurs reprises, notamment dans la *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission, dans un courriel du président daté du 21 juillet 2017 et dans un courriel du même jour de la vice-présidente de la Section d’appel des réfugiés. À mon avis, le libellé précis de l’attente ainsi que le fait qu’elle a été communiquée à plusieurs reprises confèrent à celle-ci un caractère contraignant distinct.

[134] Bien qu’il n’y ait aucune preuve que les commissaires s’exposeraient à des sanctions ou à d’autres conséquences défavorables s’ils n’appliquaient aucun des guides jurisprudentiels contestés, l’expérience commune indique qu’au moins certains commissaires se sentiraient obligés par de telles déclarations répétées, provenant de leurs superviseurs, relatives à la conduite qui est attendue d’eux. En effet, la documentation interne de la Commission indique que le taux d’acceptation des demandeurs ahmadis du Pakistan est passé de 93 p. 100 à 98 p. 100 après la publication du guide jurisprudentiel.

[135] Je m’arrête un instant pour observer que la documentation connexe concernant l’incidence du guide jurisprudentiel sur la Chine et du guide jurisprudentiel sur l’Inde est plus ambiguë, car elle ne compare pas les résultats entre la période antérieure et la période postérieure à la publication. Cependant, cette documentation montre qu’un pourcentage important des commissaires suivent ces

was identified in July 2017, the JG was explicitly applied in 22 percent of relevant cases and implicitly applied in 39 percent of the cases. (The latter were decisions that made no mention of the JG, but used the Board's NDP to perform the same analysis of the claimant's exit from China.) In another study that examined how RAD and RPD members applied the China JG during that same period, in cases where the JG was explicitly cited, it was determined that the JG was applied in the course of rendering a negative decision in 68 percent of the cases. Insofar as the India JG is concerned, out of a sample of 80 RPD cases in which that JG was explicitly referenced in the period July 2017 to January 2018, the JG was applied in 51 percent of the cases to support a finding that an IFA was available.

[136] I acknowledge that these statistics also implicitly demonstrate that not all Board members are blindly following the JGs. However, that is not the point. The point is that it is reasonable to apprehend that at least some Board members are likely to feel pressured to adopt the factual determinations in the JGs.

[137] In any event, at least some members of the public would likely reasonably apprehend that the likely effect of the repeated instructions to RAD and RPD members would be that at least some of those members would feel pressured to adopt the factual determinations in the JG. Given the fact that the factual findings in this third category go to the core of the issues that would be at stake in cases with similar facts, this is particularly problematic.

[138] Indeed, to the extent that members of the public would likely reasonably apprehend the existence of at least some improper interference with some factual

guides jurisprudentiels. Plus précisément, sur un échantillon de 80 décisions de la SPR rendues après la désignation du guide jurisprudentiel sur la Chine en juillet 2017, le guide jurisprudentiel a été explicitement appliqué dans 22 p. 100 des cas pertinents et implicitement dans 39 p. 100 des cas. (Il s'agissait de décisions dans lesquelles le guide jurisprudentiel n'était pas mentionné, mais dans lesquelles le CND de la Commission était utilisé pour faire la même analyse de la sortie du demandeur de la Chine). Dans une autre étude portant sur la manière dont les commissaires de la Section d'appel des réfugiés et de la Section de la protection des réfugiés ont appliqué le guide jurisprudentiel sur la Chine pendant cette même période, dans les cas où le guide jurisprudentiel a été explicitement cité, il a été déterminé que le guide jurisprudentiel avait été appliqué lors du prononcé d'une décision défavorable dans 68 p. 100 des cas. En ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur l'Inde, sur un échantillon de 80 cas de la Section de la protection des réfugiés dans lesquels ce guide jurisprudentiel a été explicitement mentionné entre juillet 2017 et janvier 2018, le guide jurisprudentiel a été appliqué dans 51 p. 100 des cas pour appuyer la conclusion selon laquelle une PRI était disponible.

[136] Je reconnais que ces statistiques démontrent aussi implicitement que ce ne sont pas tous les commissaires qui suivent aveuglément les guides jurisprudentiels. Cependant, là n'est pas la question. Le fait est qu'il existe une crainte raisonnable qu'au moins certains commissaires risquent de se sentir obligés d'adopter les conclusions de fait énoncées dans les guides jurisprudentiels.

[137] Quoi qu'il en soit, au moins une partie du public pourrait raisonnablement croire que l'effet probable des directives répétées adressées aux commissaires de la Section d'appel des réfugiés et de la Section de la protection des réfugiés serait qu'au moins certains de ces commissaires se sentent obligés d'adopter les conclusions de fait du guide jurisprudentiel. Étant donné que les conclusions de fait dans cette troisième catégorie sont au cœur des questions qui seraient en jeu dans des cas comportant des faits semblables, c'est particulièrement problématique.

[138] En effet, dans la mesure où les membres du public pourraient raisonnablement croire en l'existence d'une quelconque ingérence indue dans certaines déterminations

determinations by the Board's members, this cannot be countenanced. Among other things, this would violate the sacrosanct principle that "he who hears must decide" (*Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146 (*Adams*), at paragraph 31) and undermine public confidence in the Board and the rule of law. Were it otherwise, the government of the day could simply appoint a Chairperson who holds particular views about matters that are likely to be the subject of important factual disputes, on the understanding that such person would take steps to impose those views on the Board's members, including by repeatedly communicating to them that they are expected to adopt such views. It is difficult to conceive of anything that would be more detrimental to the public's confidence in the Board.

[139] In contrast to the Nigeria JG, the Pakistan JG does not underscore or even mention that each case must be determined on the basis of its own particular facts. If a member of the RPD or the RAD were to look to the Board's general *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* for reassurance on this point, s/he would not find it. Indeed, while the Board's *Policy on the use of Chairperson's Guides* explicitly states that the Board's guidelines are not binding, the *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* does not state anywhere that JGs are not binding on the Board's members. Those members would have to look to distant sources, such as the legislative history discussed at paragraph 70 above, or the jurisprudence on this particular point, to learn or be reminded of that fact.

[140] Given the foregoing, I consider that at least some Board members in a future case with facts similar to those in the Pakistan JG would not feel completely free to decide the case according to his or her own conscience. On the contrary, some Board members are likely to feel pressure to adopt as his or her own findings the factual determinations the RAD appears to have made at paragraph 33 and in the first two sentences of paragraph 35 of the JG. As a result, their discretion to make factual findings would be unlawfully fettered and their adjudicative independence

factuelles établies par les commissaires, cela ne saurait être toléré. Le principe sacro-saint voulant que « celui qui entend doit décider » (*Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146 (*Adams*), au paragraphe 31) serait violé et la confiance du public envers la Commission et à l'égard de la primauté du droit serait sapée. S'il en était autrement, le gouvernement en place pourrait simplement nommer un président ayant des opinions particulières sur des questions susceptibles de faire l'objet de différends factuels importants, étant entendu que cette personne prendrait des mesures pour imposer ces opinions aux commissaires, notamment en leur communiquant à plusieurs reprises qu'ils sont censés adopter de telles opinions. Il est difficile de concevoir quelque chose qui serait plus préjudiciable à la confiance du public envers la Commission.

[139] Contrairement au guide jurisprudentiel sur le Nigéria, le guide jurisprudentiel sur le Pakistan ne souligne ni même mentionne que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses propres faits. Si un commissaire de la Section de la protection des réfugiés ou de la Section d'appel des réfugiés devait se tourner vers la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de portée générale de la Commission pour obtenir une confirmation sur ce point, il ne la trouverait pas. En effet, bien que la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* du président établie par la Commission indique explicitement que les directives de la Commission ne sont pas contraignantes, la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* n'indique nulle part que les guides jurisprudentiels ne lient pas les commissaires. Ces commissaires devraient se tourner vers des sources lointaines, telles que l'historique législatif abordé au paragraphe 70 ci-dessus, ou la jurisprudence sur ce point particulier, pour apprendre ce fait ou se faire rappeler de celui-ci.

[140] Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'au moins certains commissaires dans une affaire future comportant des faits semblables à ceux du guide jurisprudentiel sur le Pakistan ne se sentiraient pas tout à fait libres de trancher l'affaire selon leur propre conscience. Au contraire, certains commissaires risquent de se sentir obligés d'adopter les déterminations factuelles que la Section d'appel des réfugiés semble avoir établies au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 du guide jurisprudentiel. Par conséquent, leur pouvoir discrétionnaire de

would be improperly constrained or encroached upon. In brief, those Board members would not be entirely free to make determinations with respect to the facts in question, completely free and in accordance with his or her own conscience. Moreover, at least some members of the public would likely reasonably apprehend that some members of the Board would feel pressured in this way and would therefore not be entirely impartial.

[141] It bears underscoring that the problem with the third category of factual matters discussed above is not with the determinations made by the RAD in TB7-01837. Rather, it is with respect to the statement in the policy note that accompanied the Pakistan JG, which states that “RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so.” It is the imposition of this expectation and corresponding obligation to justify a decision to not follow the JG in cases with similar facts that gives rise to the improper pressure on Board members to adopt the factual determinations made by the RAD in TB7-01837 as their own. This is particularly so given the extent to which the communication of this expectation has been repeated, and the absence of any clear statement that each case must be decided based on its specific facts.

[142] As I have observed, it would be entirely legitimate for the Chairperson to encourage Board members to take the JG into account in cases with similar facts dealing with the issues of persecution, the availability of state protection, and the availability of an IFA for Ahmadis in Pakistan. I consider that it would also be legitimate for the Chairperson to encourage Board members to follow the JG, so long as it was also made very clear that they are completely free to depart from the JG based on the particular facts of the case before them. There would not be anything wrong with a Board member voluntarily applying the JG in such circumstances: *Koroz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 261 N.R. 71, 9 Imm. L.R. (3d) 12 (F.C.A.), at paragraphs 3 and 9.

tirer des conclusions de fait serait illicitement entravé et leur indépendance décisionnelle serait indûment restreinte ou atteinte. En résumé, ces commissaires ne seraient pas entièrement libres d'établir des déterminations concernant les faits en question, en étant totalement libres et en accord avec leur propre conscience. En outre, au moins une partie du public pourrait raisonnablement craindre que certains commissaires se sentent ainsi soumis à des pressions et ne soient donc pas totalement impartiaux.

[141] Il convient de souligner que le problème lié à la troisième catégorie de questions de fait évoquée ci-dessus n'est pas relatif aux déterminations établies par la Section d'appel des réfugiés dans la décision TB7-01837. Il est plutôt relatif à la déclaration dans la note de politique accompagnant le guide jurisprudentiel sur le Pakistan, selon laquelle « les commissaires de la SPR et de la SAR doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s'en écarter, le cas échéant ». Imposer cette attente et l'obligation correspondante de justifier une décision de ne pas suivre le guide jurisprudentiel dans des affaires comportant des faits semblables entraîne la pression indue exercée sur les commissaires d'adopter les déterminations factuelles établies par la Section d'appel des réfugiés dans la décision TB7-01837 comme étant les leurs. C'est d'autant plus vrai compte tenu de la mesure dans laquelle la communication de cette attente a été répétée et de l'absence de déclaration claire indiquant que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits précis.

[142] Comme je l'ai fait remarquer, il serait tout à fait légitime que le président encourage les commissaires à prendre en compte le guide jurisprudentiel dans les cas comportant des faits semblables traitant des questions de persécution, de la disponibilité d'une protection de l'État et de la disponibilité d'une PRI pour les Ahmadis au Pakistan. J'estime qu'il serait également légitime que le président encourage les commissaires à suivre le guide jurisprudentiel, à condition qu'il soit aussi clairement indiqué qu'ils sont totalement libres de s'écarter du guide jurisprudentiel sur la foi des faits particuliers de l'affaire dont ils sont saisis. Il n'y aurait rien d'anormal à ce qu'un commissaire applique volontairement le guide jurisprudentiel dans de telles circonstances : *Koroz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1593 (QL) (C.A.), au paragraphe 3 et 9.

[143] However, the tension between the expectation that the Chairperson has communicated and the complete freedom of Board members to make their own factual findings according to their conscience is too great for the principle of adjudicative independence to bear, even in the administrative law context. The sacrosanct principle of “s/he who hears must decide” on the facts in dispute cannot be sacrificed on the altar of achieving greater consistency and efficiency in decision making.

[144] I recognize that the conclusion I have reached above is different from the conclusion reached by Justice Harrington in *Barrantes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 518, 272 F.T.R. 164, at paragraphs 5–15. Although Justice Harrington expressed his unease with the language of the statement of expectation, he did not accept the applicant’s submission that the statement placed undue institutional pressure on the Board’s members and left the applicants with the impression that their hearing was not fully impartial. However, it does not appear that Justice Harrington’s attention was drawn to the jurisprudence from the Supreme Court of Canada that I have discussed at paragraphs 89–90 above.

[145] Two other cases relied upon by the intervener can also be distinguished. In the first, *Araya Atencio v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 571 (*Araya Atencio*), at paragraph 20, Justice Pinard stated: “This is not a situation where the Board failed to demonstrate its independence, but rather, an instance where the Board considered the guidelines and thereby ensured consistency in the decisions rendered by the Board for similarly situated asylum claimants” (citation omitted). This statement was confined to the issue of whether the specific board member in question had demonstrated his independence. It does not appear that the JG to which Justice Pinard referred was challenged, or that his attention was drawn to the jurisprudence that I have discussed at paragraphs 89–90 above.

[146] The second additional case relied upon by the intervener is *Feng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 18 (*Feng*), at paragraph 29. There, Justice Gleeson

[143] Cependant, le principe de l’indépendance décisionnelle, même dans le contexte du droit administratif, ne peut supporter une aussi grande tension entre l’attente que le président a communiquée et la liberté totale des commissaires de tirer leurs propres conclusions de fait selon leur conscience. Le principe sacro-saint voulant que « celui qui entend doit trancher » à l’égard des faits contestés ne peut pas être sacrifié sur l’autel de l’accroissement de la cohérence et de l’efficacité dans la prise de décision.

[144] Je reconnais que la conclusion que j’ai tirée ci-dessus est différente de la conclusion tirée par le juge Harrington dans la décision *Barrantes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 518, aux paragraphes 5 à 15. Bien que le juge Harrington ait exprimé son malaise concernant le libellé de la déclaration d’attente, il n’a pas accepté l’observation du demandeur selon laquelle cette déclaration exerçait une pression institutionnelle exagérée sur les commissaires et donnaient aux demandeurs l’impression que leur audition n’était pas entièrement impartiale. Cependant, il ne semble pas que l’attention du juge Harrington ait été attirée sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada que j’ai évoquée aux paragraphes 89 à 90 ci-dessus.

[145] Une distinction peut également être faite avec deux autres décisions invoquées par l’intervenante. Dans la première, soit la décision *Araya Atencio c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 571 (*Araya Atencio*), au paragraphe 20, le juge Pinard a déclaré ce qui suit : « Il ne s’agit pas d’un cas pour lequel la Commission n’a pas fait preuve d’indépendance, mais plutôt d’un cas pour lequel la Commission a examiné les lignes directrices et, par conséquent, s’est assurée que sa décision était compatible avec les autres décisions rendues pour des demandeurs dans une situation analogue » (renvoi omis). Cette déclaration se limitait à la question de savoir si le commissaire en question avait fait preuve d’indépendance. Il ne semble pas que le guide jurisprudentiel auquel le juge Pinard a fait référence ait été contesté ni que son attention ait été attirée sur la jurisprudence que j’ai évoquée aux paragraphes 89 à 90 ci-dessus.

[146] L’autre décision invoquée par l’intervenante est la décision *Feng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 18 (*Feng*), au paragraphe 29. Dans cette décision,

rejected the argument that the RAD had fettered its discretion by applying the China JG. He did so after concluding that the RAD had reached its own conclusion on the issue in dispute before turning to the JG and stating that it was supportive of the conclusion reached in the JG. Considering the foregoing, I do not consider this case to stand for the proposition that the China JG does not fetter Board members' discretion or improperly interfere with their independence, as I have found.

[147] I recognize that some aspects of the principles of natural justice may be displaced where legislation expressly or by necessary implication ousts their application: *Adams*, above. However, there is no express or implied expression of parliamentary intent in paragraph 159(1)(h), or elsewhere in the IRPA, in respect of factual determinations. In fact, subsection 162(2) of the IRPA explicitly requires each division of the Board to “deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” Having regard to that provision, and in the absence of the express or implied language discussed above, it cannot be said that the Chairperson has been authorized to issue JGs that effectively require Board members to either adopt conclusions on factual issues set forth therein or to provide a reasoned justification for not doing so.

[148] That said, I consider that it is necessarily implicit from the inclusion of the authority to issue JGs in paragraph 157(1)(h) that the Chairperson can draw to Board members' attention, and even encourage them to consider, particular assessment factors, legal principles, and facts reported in objective sources in reaching their decisions. However, in so doing, the Chairperson must make it clear that Board members are free to make their own decisions based on the particular facts in each case.

[149] The respondent submits that it is legitimate for the Chairperson to establish an expectation to follow JGs and to require Board members to provide a reasoned

le juge Gleeson a rejeté l'argument selon lequel la Section d'appel des réfugiés avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en appliquant le guide jurisprudentiel sur la Chine. Il l'a fait après avoir conclu que la SAR était parvenue à sa propre conclusion sur la question en litige avant de se tourner vers le guide jurisprudentiel et de déclarer qu'elle appuyait la conclusion tirée dans le guide jurisprudentiel. Compte tenu de ce qui précède, je n'estime pas que cette affaire appuie la proposition selon laquelle le guide jurisprudentiel sur la Chine n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire des commissaires ni ne porte atteinte indûment à leur indépendance, tel que je l'ai conclu.

[147] Je reconnais que certains aspects des principes de justice naturelle peuvent être écartés lorsque la législation, expressément ou par déduction nécessaire, les écarte : *Adams*, précité. Cependant, il n'y a pas d'expression expresse ou implicite de l'intention du législateur à l'alinéa 159(1)(h), ou ailleurs dans la LIPR, en ce qui concerne les déterminations factuelles. En fait, le paragraphe 162(2) de la LIPR exige explicitement que chacune des sections de la Commission « fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». Compte tenu de cette disposition et en l'absence du libellé explicite ou implicite évoqué ci-dessus, on ne peut pas dire que le président a été autorisé à publier des guides jurisprudentiels qui obligent effectivement les commissaires à adopter des conclusions sur les questions de fait qui y sont énoncées ou à fournir une justification de la décision de s'en écarter.

[148] Cela dit, j'estime qu'il est nécessairement implicite compte tenu de l'inclusion du pouvoir de publier des guides jurisprudentiels à l'alinéa 157(1)(h) que le président peut attirer l'attention des commissaires, et même les encourager à prendre en compte des facteurs d'évaluation particuliers, des principes juridiques et des faits rapportés dans des sources objectives lorsqu'ils prennent leurs décisions. Ce faisant, le président doit toutefois préciser que les commissaires sont libres de prendre leurs propres décisions en fonction des faits propres à chaque cas.

[149] Le défendeur soutient qu'il est légitime que le président établisse une attente de suivre les guides jurisprudentiels et oblige les commissaires à fournir une justification

justification where they do not do so because this Court has stated that administrative decision makers should do these things in appropriate situations: see for example *Higbogun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 445, 367 F.T.R. 114, at paragraph 57. As an example, the respondent points to this Court's jurisprudence with respect to Chairperson's Guideline 9: *Proceedings Before the IRB Involving Sexual Orientation and Gender Identity and Expression* (the SOGIE Guidelines). The respondent maintains that there should not be a double standard. In other words, it should not be improper to impose such an obligation in respect of guidelines or JGs that may make it more difficult for refugee claimants to advance their claim if it is entirely proper to impose such an obligation where the guidelines or JGs are intended to benefit refugee claimants.

[150] In my view, this submission misses the important point that it matters how JGs or a guideline issued by the Chairperson may influence a Board member. In the case of the SOGIE Guidelines, they simply provide guidance concerning various general themes. These include: how to better understand the unique challenges faced by individuals with diverse SOGIE in presenting evidence pertaining to SOGIE; the importance of avoiding stereotyping and inappropriate assumptions when making findings of fact; the manner in which language can have negative connotations; how to assess credibility in this unique context; and the various ways in which a refugee claimant may have a nexus to a recognized ground for refugee protection. While certain provisions of the SOGIE Guidelines require Board members to take certain matters into account in reaching their decision, they do not impose either an expectation that factual conclusions will be adopted or a requirement to provide a reasoned justification as to why such conclusions were not adopted. For the present purposes, that is a critical difference between the SOGIE Guidelines and what CARL alleges with respect to the impugned JGs.

[151] In summary, I find that the statement of expectations in the policy note that accompanied the issuance of

motivée s'ils ne le font pas, car la Cour a déclaré que les décideurs administratifs devraient agir de la sorte dans les cas appropriés : voir par exemple la décision *Higbogun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 445, au paragraphe 57. À titre d'exemple, le défendeur renvoie à la jurisprudence de notre Cour concernant les Directives n° 9 du président : *Procédures devant la CISR portant sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre* (les Directives OSIGEG). Le défendeur soutient qu'il ne devrait pas y avoir deux poids, deux mesures. En d'autres termes, il ne devrait pas être inapproprié d'imposer une telle obligation à l'égard des directives ou des guides jurisprudentiels qui peuvent compliquer la tâche des demandeurs d'asile pour faire valoir leur revendication s'il est tout à fait approprié d'imposer une telle obligation lorsque les directives ou les guides jurisprudentiels sont destinés à bénéficier aux demandeurs d'asile.

[150] À mon avis, cette observation passe à côté d'un élément important, l'importance de la façon dont les guides jurisprudentiels ou les directives publiés par le président peuvent influencer un commissaire. Dans le cas des Directives OSIGEG, une orientation relativement à divers thèmes généraux est simplement proposée. En voici quelques-uns : comment mieux comprendre les difficultés uniques auxquelles se heurtent les personnes ayant diverses OSIGEG lorsqu'il s'agit d'établir la preuve de leur OSIGEG; l'importance d'éviter les stéréotypes et les hypothèses inappropriées au moment d'établir les faits; la manière dont le langage peut avoir des connotations négatives; comment évaluer la crédibilité dans ce contexte unique; et les différentes manières dont un demandeur d'asile peut établir un lien avec un motif de protection des réfugiés reconnu. Bien que certaines dispositions des *Directives OSIGEG* obligent les commissaires à tenir compte de certaines affaires en prenant leur décision, elles n'imposent pas une attente voulant que les conclusions de fait soient adoptées ni une exigence de fournir une justification motivée expliquant pourquoi de telles conclusions n'ont pas été adoptées. Aux fins de la présente instance, il s'agit d'une différence essentielle entre les Directives OSIGEG et l'allégation de l'ACAADR en ce qui concerne les guides jurisprudentiels contestés.

[151] En résumé, j'estime que la déclaration d'attente contenue dans la note de politique accompagnant la

the Pakistan JG unlawfully fetters Board members' discretion and improperly interferes with their independence in respect of the factual determinations set forth at paragraph 33 and in the first two sentences of paragraph 35 of that JG. The considerations that support that finding include the mandatory aspect of the language in the statement, the extent to which similar statements have been repeatedly communicated to the Board's members, the absence of language that makes it clear that the Board's members are free to make their own findings based on the particular facts in each case, and the absence of any indication or reminder that the JG is not binding. I will simply add in passing that the fact that available data regarding the outcome of the Board's decisions following the issuance of the JG does little to alleviate my concerns regarding the extent to which it may be improperly interfering with Board members' adjudicative independence.

(c) *The India JG*

[152] The India JG was identified in respect of RAD decisions MB6-01059/MB6-01060, which dealt with the applications of two refugee claimants who were husband and wife. Like the Pakistan JG, it was not confined to specific paragraphs of the decision, and there is nothing outside the articulated "scope" of the JG that is relevant for the present purposes. The policy note that accompanied the JG identified that scope to be the availability of an IFA in India for claimants from the Punjab region of that country. This was identified to be the determinative issue in the appeal before the RAD and was therefore the sole focus of the RAD's analysis. As I have previously noted, the JG concluded that the refugee claimants in question had a viable IFA in Delhi or Mumbai, and the JG was revoked as of November 30, 2018.

[153] As with the Pakistan JG, the factual issues discussed in the India JG can be grouped into the following

publication du guide jurisprudentiel sur le Pakistan entrave illicitement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires et porte atteinte indûment à leur indépendance en ce qui concerne les déterminations factuelles énoncées au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 de ce guide jurisprudentiel. Les considérations qui appuient cette conclusion comprennent le caractère impératif du libellé de la déclaration, la mesure dans laquelle des déclarations similaires ont été communiquées à plusieurs reprises aux commissaires, l'absence de libellé indiquant clairement que les commissaires sont libres d'établir leurs propres déterminations factuelles sur la base des faits propres à chaque cas, et l'absence de toute indication ou de tout appel que le guide jurisprudentiel n'est pas contraignant. J'ajouterai simplement en passant que les données disponibles concernant le résultat des décisions de la Commission comme suite à la publication du guide jurisprudentiel contribuent très peu à dissiper mes inquiétudes quant à la mesure dans laquelle il pourrait entraver indûment l'indépendance décisionnelle des commissaires.

c) *Le guide jurisprudentiel sur l'Inde*

[152] Le guide jurisprudentiel sur l'Inde a été désigné à l'égard des décisions MB6-01059 et MB6-01060 de la Section d'appel des réfugiés, qui traitaient des demandes de deux demandeurs d'asile qui étaient mari et femme. À l'instar du guide jurisprudentiel sur Pakistan, le guide jurisprudentiel sur l'Inde n'était pas limité à des paragraphes précis de la décision et il n'y a rien en dehors de la « portée » définie du guide jurisprudentiel qui soit pertinent aux fins de la présente instance. Il est précisé dans la note de politique accompagnant le guide jurisprudentiel que cette portée correspondait la disponibilité d'une PRI en Inde pour les demandeurs de la région du Pendjab de ce pays. Cela a été défini comme la question déterminante dans l'appel devant la Section d'appel des réfugiés et était donc le seul élément central de l'analyse de la Section d'appel des réfugiés. Comme je l'ai indiqué précédemment, dans le guide jurisprudentiel, il a été conclu que les demandeurs d'asile en question avaient une PRI viable à Delhi ou à Mumbai, et le guide jurisprudentiel a été révoqué le 30 novembre 2018.

[153] Comme c'est le cas pour le guide jurisprudentiel sur le Pakistan, les questions de fait discutées dans le guide

three categories: (i) facts that are specific to the particular claimants and that they adduced in their evidence; (ii) facts that are characterized as having been reported in the country documentation; and (iii) facts that are presented as the RAD's own findings, on issues that go beyond the evidence that was specific to the claimants.

[154] The RAD's treatment of the facts falling into the first two categories do not pose a potential issue for the present purposes for essentially the same reasons I have discussed at paragraphs 128–129 above, in respect of the Pakistan JG. I will simply add for the record that in view of the fact that the RAD's decision was unfavourable to the refugee claimants, the factual findings that fell within the first category generally concerned the insufficiency of the specific evidence tendered by the claimants and the absence of evidence to support particular aspects of their claim or submissions. The factual matters that fell within the second category generally concerned information from the documentary evidence or RIRs that the RAD quoted or paraphrased.

[155] The factual matters falling within the third category pose a problem for the same reasons that I have provided at paragraphs 132–143 and 151 above, in respect of the Pakistan JG. This is because those matters appear to consist of factual findings that were made by the RAD.

[156] There were five such findings in the JG:

1. Sikhs do not generally face difficulties recolonizing to other areas of India: at paragraph 36.
2. In order for the Punjab police to track down suspects who move to other states in India, they must have the cooperation of the police in the other state.

jurisprudentiel sur l'Inde peuvent être regroupées dans les trois catégories suivantes : (i) les faits qui sont propres aux demandeurs et que ceux-ci ont présentés en preuve; (ii) les faits caractérisés comme ayant été rapportés dans la documentation sur la situation du pays; (iii) les faits qui sont présentés comme constituant les propres conclusions de la Section d'appel des réfugiés, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres aux demandeurs.

[154] Le traitement que fait la Section d'appel des réfugiés des faits entrant dans les deux premières catégories ne pose pas de problème potentiel aux fins de la présente instance, essentiellement pour les mêmes raisons que celles évoquées aux paragraphes 128 à 129 ci-dessus, en ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Pakistan. J'ajouterai simplement pour mémoire que, compte tenu du fait que la décision de la Section d'appel des réfugiés était défavorable aux demandeurs d'asile, les conclusions de fait relevant de la première catégorie concernaient généralement l'insuffisance des preuves présentées par les demandeurs et l'absence d'éléments de preuve pour appuyer des aspects particuliers de leur revendication ou de leurs observations. Les questions de fait relevant de la deuxième catégorie concernaient généralement des renseignements tirés des preuves documentaires ou des RDI que la Section d'appel des réfugiés avait citées ou paraphrasées.

[155] Les questions de fait relevant de la troisième catégorie posent un problème pour les mêmes raisons que celles que j'ai exposées aux paragraphes 132 à 143 et 151 ci-dessus, en ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Pakistan. Il en est ainsi parce que ces questions semblent consister en des conclusions de fait établies par la Section d'appel des réfugiés.

[156] Il y avait cinq conclusions de ce type dans le guide jurisprudentiel :

1. Les sikhs n'ont généralement pas de difficulté à déménager dans d'autres régions de l'Inde : au paragraphe 36.
2. Pour retrouver des suspects qui déménagent dans d'autres États, la police du Pendjab doit pouvoir compter sur la coopération de la police ou

- Police would likely only collaborate and track someone in extreme cases: at paragraph 36.
3. The tenant verification process will not lead the police in Delhi or Mumbai to communicate or cross-check information with the police in Punjab: at paragraph 36.
4. It is plain to see that the documentary evidence points to the fact that the police in Delhi or Mumbai would not contact the Punjab police in the course of the tenant registration process: at paragraph 40.
5. Sikhs throughout India face little discrimination: at paragraph 47.
- de l'autre État. La police ne tenterait de retrouver des personnes que dans des cas extrêmes : au paragraphe 36.
3. [L]e processus de vérification des locataires n'amènerait pas la police de Delhi ou de Mumbai à communiquer ou à contre-vérifier l'information avec le service policier du Pendjab : au paragraphe 36.
4. Il est évident que la preuve documentaire démontre que la police de Delhi ou de Mumbai ne communiquerait pas avec le service policier du Pendjab dans le cadre du processus d'enregistrement des locataires : au paragraphe 40.
5. Il y a peu de discrimination à l'égard des sikhs en Inde : au paragraphe 47.

[157] The forgoing factual findings all appeared to be well supported by the documentary evidence cited by the RAD. However, that is not the point. By imposing an expectation that these findings be followed unless a reasoned justification is provided, a Board member may very well have considered that his or her freedom to make different factual findings in cases involving similar facts was less than it would have been in the absence of the statement of expectation (see paragraphs 133–134 and 139–141 above). Moreover, as discussed at paragraph 138 above, a member of the public might very well also have reasonably apprehended that this would be the likely effect of the JG. This is particularly problematic given that the RAD's factual findings (listed at paragraph 156 above) went to the core of whether an IFA would be available in Delhi or Mumbai for persons of Sikh ethnicity from Punjab.

[157] Les conclusions factuelles susmentionnées semblaient toutes être bien étayées par la preuve documentaire citée par la Section d'appel des réfugiés. Cependant, là n'est pas la question. En imposant une attente voulant que ces conclusions soient suivies à moins qu'une justification motivée de s'en écarter ne soit fournie, un commissaire aurait très bien pu considérer que sa liberté de tirer des conclusions de fait différentes dans des affaires comportant des faits semblables était moins grande qu'elle ne l'aurait été en l'absence de la déclaration d'attente (voir les paragraphes 133 à 134 et 139 à 141 ci-dessus). En outre, comme il est indiqué au paragraphe 138 ci-dessus, un membre du public aurait très bien pu raisonnablement craindre que ce soit l'effet probable du guide jurisprudentiel. C'est particulièrement problématique étant donné que les conclusions factuelles de la Section d'appel des réfugiés (énumérées au paragraphe 156 ci-dessus) ont été déterminantes pour savoir si une PRI existerait à Delhi ou à Mumbai pour les personnes d'origine ethnique sikh du Pendjab.

[158] As with the Pakistan JG, I did not include the RAD's paramount finding with respect to the availability of an IFA in Delhi and Mumbai among the factual findings in the third category discussed immediately above because that finding is a determination on a question of mixed fact and law. It is therefore not within the scope of these Applications.

[158] Comme pour le guide jurisprudentiel sur le Pakistan, je n'ai pas inclus la principale conclusion de la Section d'appel des réfugiés relative à l'existence d'une PRI à Delhi et à Mumbai dans les conclusions de fait entrant dans la troisième catégorie qui précède, car cette conclusion est une détermination portant sur une question mixte de fait et de droit. Elle n'est donc pas visée par ces demandes.

(d) *The China JG*

[159] The China JG was identified in respect of RAD decision TB6-11632. The scope of the JG was confined to the “[a]nalysis of whether a person wanted by the authorities in China can exit that country via an airport using a genuine passport.” In this regard, the JG was limited to paragraphs 12–22 and 25–34 of the decision in TB6-11632. At the outset of the RAD’s discussion of this issue, it expressed its agreement with the RPD’s conclusion that the refugee claimant could not have left China using his genuine passport given his allegations that the Public Security Bureau (PSB) wanted to arrest him. In taking issue with the RPD’s conclusion in this point, the refugee claimant maintained before the RAD that it was reasonable to assume that the smuggler he had retained to assist him had the means of either avoiding detection or ensuring the consent of the necessary airport officials. That assumption was based on the fact that the smuggler’s business was based on assisting individuals to leave China.

[160] As noted at the outset of these reasons for judgment, the JG pertaining to China was revoked as of June 28, 2019, due to the fact that it contained a finding of fact which was not supported by the Board’s NDP. That fact concerned facial recognition technology used on passengers departing from the airport in Beijing.

[161] As with the Pakistan and India JGs, the factual matters addressed in the China JG can be grouped into the following three categories: (i) facts that are specific to the particular claimant and that he adduced in his evidence; (ii) facts that are characterized as having been reported in the country documentation; and (iii) facts that are presented as the RAD’s own findings on issues that go beyond the evidence that was specific to the claimant.

d) *Le guide jurisprudentiel sur la Chine*

[159] Le guide jurisprudentiel sur la Chine a été désigné à l’égard de la décision TB6-11632 de la Section d’appel des réfugiés. La portée du guide jurisprudentiel était confinée à l’« [a]nalyse de la question visant à établir si une personne recherchée par les autorités peut quitter la Chine à un aéroport en utilisant un passeport authentique ». À cet égard, le guide jurisprudentiel se limitait aux paragraphes 12 à 22 et 25 à 34 de la décision dans le dossier TB6-11632. Dès le début de l’examen de la question par la Section d’appel des réfugiés, cette dernière a souscrit à la conclusion de la Section de la protection des réfugiés selon laquelle le demandeur d’asile n’aurait pas réussi à quitter la Chine en utilisant son passeport authentique, compte tenu de ses allégations selon lesquelles le Bureau de la sécurité publique (BSP) voulait l’arrêter. En contestant la conclusion de la Section de la protection des réfugiés sur ce point, le demandeur d’asile a soutenu devant la Section d’appel des réfugiés qu’il était raisonnable de supposer que le passeur qu’il avait sollicité pour l’aider avait les moyens soit d’éviter la détection soit de garantir le consentement des agents dans les aéroports concernés. Cette hypothèse reposait sur le fait que l’entreprise du passeur était fondée sur sa capacité à faire sortir des personnes de la Chine.

[160] Comme il est indiqué au début des présents motifs, le guide jurisprudentiel sur la Chine a été révoqué le 28 juin 2019 en raison du fait qu’il contenait une conclusion de fait qui n’était pas étayée par le CND de la Commission. Ce fait concernait la technologie de surveillance de la reconnaissance faciale utilisée à l’égard des passagers partant d’un aéroport de Beijing.

[161] Comme c’est le cas pour les guides jurisprudentiels sur le Pakistan et l’Inde, les questions de fait traitées dans le guide jurisprudentiel sur la Chine peuvent être regroupées dans les trois catégories suivantes : (i) les faits qui sont propres au demandeur et qui ont été présentés dans son témoignage; (ii) les faits caractérisés comme ayant été rapportés dans la documentation sur la situation du pays; (iii) les faits qui sont présentés comme constituant les propres conclusions de la Section d’appel des réfugiés, sur des questions allant au-delà des éléments de preuve propres au demandeur.

[162] The RAD's treatment of the facts falling into the first two categories do not pose a potential issue for the present purposes for essentially the same reasons I have discussed at paragraphs 128–129 above, in respect of the Pakistan JG. For the record, I will note that the findings in the first category included the determination that the claimant's evidence with respect to how he was able to exit China on his own passport was "scant" and "not credible". In addition, the bulk of the discussion of factual matters consisted entirely of references to and quotes from the country documentation in the NDP, without further comment.

[163] Turning to the third category, it consisted of the following six factual findings made by the RAD:

1. The claimant could not have left China using his genuine passport given his allegation that the PSB wanted to arrest him: at paragraph 12.
2. Given the importance of the Golden Shield system in China, it is reasonable to expect that the use of the apparatus is also monitored and that there are redundant systems in place to prevent the system from being compromised by a single individual: at paragraph 28.
3. The objective evidence concerning the Golden Shield system and other border controls in place in China is compelling and convincing. While it might be possible for a smuggler to bypass some of the security controls, it is highly unlikely that the claimant could have bypassed all of the security controls in place: at paragraph 32.
4. While there is documentary evidence that indicates that corruption exists within the police in China and that authorities in China do not always apply regulations evenly, the preponderance of the documentary

[162] Le traitement que fait la Section d'appel des réfugiés des faits entrant dans les deux premières catégories ne pose pas de problème potentiel aux fins de la présente instance, essentiellement pour les mêmes raisons que celles évoquées aux paragraphes 128 à 129 ci-dessus, en ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur le Pakistan. Pour mémoire, je noterai que les conclusions de la première catégorie incluaient la détermination selon laquelle les éléments de preuve du demandeur concernant la façon dont il a réussi à quitter la Chine en utilisant son propre passeport étaient « insuffisants » et que cette preuve n'était « pas crédible ». En outre, l'essentiel de la discussion sur les questions factuelles consistait uniquement en des références et citations tirées de la documentation sur la situation du pays contenue dans le CND, sans autre commentaire.

[163] S'agissant de la troisième catégorie, elle comprenait les six conclusions de fait suivantes tirées par la Section d'appel des réfugiés :

1. Le demandeur n'aurait pas réussi à quitter la Chine en utilisant son passeport authentique, compte tenu de ses allégations selon lesquelles le BSP voulait l'arrêter : au paragraphe 12.
2. Compte tenu de l'importance du système du Bouclier d'or en Chine, il est raisonnable de s'attendre à ce que l'utilisation de cet appareil fasse aussi l'objet d'une surveillance et que des systèmes redondants soient en place pour empêcher que le système soit compromis par une seule personne : au paragraphe 28.
3. Les éléments de preuve objectifs concernant le Bouclier d'or et les autres contrôles mis en place aux frontières chinoises sont convaincants. Il est peut-être possible qu'un passeur contourne certains des contrôles de sécurité, mais il est hautement improbable que le demandeur ait pu contourner tous les contrôles de sécurité mis en place : au paragraphe 32.
4. Bien que, selon certains éléments de preuve documentaire, la corruption existe dans les services de police de la Chine et que les autorités chinoises n'appliquent pas toujours les règles de façon

evidence states that Chinese authorities at borders conduct thorough screenings: at paragraph 33.

5. It is highly improbable that the smuggler allegedly retained by the applicant would have prior knowledge of whom to bribe in order to facilitate the claimant's safe travel through each of the multiple checkpoints at an airport: at paragraph 34.
6. Given the claimant's allegation that he was wanted by Chinese authorities, and in light of the evidence of the vigorous pursuit of the PSB, it is reasonable to expect that the local authorities would have entered his information into the Golden Shield database to further their efforts to apprehend him: at paragraph 34.

[164] I acknowledge that this Court has found some of the findings set forth above to have been reasonable on several occasions: see for example *Zeng v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1060, at paragraph 32; *Su v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 666, at paragraph 17; *Cao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 315, at paragraph 19; *Yan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 146, at paragraphs 20–21; *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 877, at paragraphs 20–21; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 148, at paragraphs 37–39; *Han v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 858 (*Han*), at paragraphs 31–36. But that is not the point.

[165] For the purposes of the present applications, the foregoing factual findings by the RAD are problematic for the reasons set forth at paragraphs 132–143 and 151 above. This is especially so because the findings were in relation to issues that would be of significant importance to an assessment of whether a refugee applicant could leave China by air using a genuine passport.

[166] The China JG also contains a discussion of this Court's jurisprudence that is problematic for the reasons set

uniforme, la prépondérance de la preuve documentaire montre que les autorités aux frontières effectuent un contrôle rigoureux : au paragraphe 33.

5. [I]l est très improbable que le passeur prétendument sollicité par le demandeur ait su à l'avance quels agents il devait soudoyer pour permettre à son client de passer sans problème chacun des multiples points de contrôle d'un aéroport : au paragraphe 34.
6. À la lumière des allégations du demandeur selon lesquelles il était recherché par les autorités chinoises et à la lumière des éléments de preuve concernant la poursuite vigoureuse de la part du BSP, il est raisonnable de s'attendre à ce que les autorités locales aient entré les renseignements concernant le demandeur dans la base de données du Bouclier d'or afin de multiplier leurs efforts en vue de l'arrêter : au paragraphe 34.

[164] Je reconnais que notre Cour a conclu que certaines des conclusions énoncées ci-dessus étaient raisonnables à plusieurs reprises : voir par exemple les décisions *Zeng c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1060, au paragraphe 32; *Su c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 666, au paragraphe 17; *Cao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 315, au paragraphe 19; *Yan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 146, aux paragraphes 20 à 21; *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 877, aux paragraphes 20 à 21; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 148, aux paragraphes 37 à 39; *Han c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 858 (*Han*), aux paragraphes 31 à 36. Mais là n'est pas la question.

[165] Aux fins des présentes demandes, les conclusions de fait susmentionnées de la Section d'appel des réfugiés sont problématiques pour les raisons exposées aux paragraphes 132 à 141 et 151 ci-dessus. C'est particulièrement vrai parce que les conclusions étaient relatives aux questions qui auraient une grande importance pour déterminer si un demandeur d'asile pouvait quitter la Chine par avion en utilisant un passeport authentique.

[166] Le guide jurisprudentiel sur la Chine contient également une analyse de la jurisprudence de notre Cour qui

forth at paragraphs 133–141 and 151 above. Specifically, at paragraphs 31 and 32 of the JG, the RAD stated the following:

The RAD finds that, while the Federal Court, in *Yao*, found that it was possible for a wanted person to exit China safely using the services of a smuggler, there are a number of Federal Court decisions which support the RAD's finding in this regard. In particular, the RAD notes the [RAD's] decision of *X (Re)* ... addressing similar circumstances:

...

This finding is also supported by Federal Court decisions ..., in which the Federal Court has supported findings that traveling unimpeded through Chinese exit controls is inconsistent with being wanted by Chinese authorities.... [Citations omitted.]

[167] To the extent that the foregoing passage can be reasonably apprehended as reducing a Board member's complete freedom to follow the *Yao* case mentioned in the quote above, rather than following the other line of jurisprudence that was preferred in the JG, it is as problematic as the factual findings in the third category, discussed at paragraph 163 above.

[168] It bears underscoring that I do not consider a JG which deals with factual issues to be problematic, in and of itself. This is so even where, as with the China JG, the JG in question deals almost exclusively with factual issues. The problem is posed by the statement of expectation that the JG should be applied in cases with similar facts unless reasoned justifications are provided. This problem could be avoided by simply encouraging Board members to take a JG into consideration, or even to follow it, in cases with similar facts, so long as it is also clearly communicated that Board members are free to reach their own conclusions based on the particular facts in each case.

est problématique pour les raisons exposées aux paragraphes 133 à 141 et 151 ci-dessus. Plus précisément, aux paragraphes 31 et 32 du guide jurisprudentiel, la SAR a déclaré ce qui suit :

La SAR estime que, bien que la Cour fédérale ait conclu, dans la décision *Yao*, qu'il était possible pour une personne recherchée de quitter la Chine en toute sécurité avec l'aide d'un passeur, un certain nombre de décisions de la Cour fédérale appuient la conclusion de la SAR à cet égard. La SAR souligne particulièrement la décision *X (Re)* [...], dans laquelle elle a examiné des circonstances semblables :

[...]

Cette conclusion est étayée en outre par les décisions [de la Cour fédérale], dans lesquelles la Cour fédérale a soutenu des conclusions selon lesquelles une personne recherchée par les autorités chinoises ne pouvait pas traverser sans problème les contrôles à la sortie du pays [...] [Renvois omis.]

[167] Dans la mesure où le passage précédent peut raisonnablement être perçu comme réduisant la liberté totale d'un commissaire de suivre la décision *Yao* mentionnée dans la citation ci-dessus, plutôt que de suivre l'autre ligne de jurisprudence privilégiée par le guide jurisprudentiel, il est aussi problématique que les conclusions de fait dans la troisième catégorie, examinées au paragraphe 163 ci-dessus.

[168] Il vaut la peine de souligner que je n'estime pas qu'un guide jurisprudentiel qui traite de questions de fait soit problématique en soi. C'est le cas même lorsque, comme pour le guide jurisprudentiel sur la Chine, le guide jurisprudentiel en question traite presque exclusivement de questions de fait. Le problème est posé par la déclaration d'attente selon laquelle le guide jurisprudentiel devrait être appliqué aux cas comportant des faits semblables, à moins de justifier la décision de s'en écarter. Ce problème pourrait être évité en encourageant simplement les commissaires à prendre en compte un guide jurisprudentiel, voire à le suivre, dans des cas comportant des faits semblables, à condition qu'il soit clairement indiqué aux commissaires qu'ils sont libres de tirer leurs propres conclusions sur le fondement des faits propres à chaque cas.

[169] I would be remiss if I did not pause to acknowledge that in *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1064, I observed that the statement of expectation that was included in the policy note that accompanied the China JG was not unreasonable. However, that statement was made in the course of assessing whether the RAD had unreasonably concluded that the applicant would not have been able to exit China with her own passport if she had been wanted by Chinese authorities. The parties in that case did not raise the issue of whether the statement of expectation in the policy note constituted an unlawful fettering of discretion or an improper interference with adjudicative independence. The same appears to be true with respect to several other cases of this Court in which the use of the China JG by a member of the RPD or the RAD was effectively found to have been reasonable: *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 454, at paragraphs 22–24; *Han*, above.

[170] Considering the foregoing, the cases in which this Court has endorsed the use of the China JG are not particularly helpful or germane.

(e) *Summary*

[171] For the reasons that I have discussed, the Nigeria JG does not unlawfully fetter Board members' discretion to make their own factual findings, and it does not improperly interfere with Board members' independence or reduce their perceived impartiality.

[172] However, the factual findings made in paragraph 33 and in the first two sentences of paragraph 35 of the Pakistan JG do have this effect. The same is true with respect to factual findings that were made in the now revoked India and China JGs, and that are identified at paragraphs 156 and 163 above. In each case, those findings relate to matters that go beyond the evidence that was very specific to the claimant or claimants in question and therefore may well arise in other cases.

[169] Je m'en voudrais de ne pas m'arrêter pour reconnaître que, dans la décision *Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1064, j'avais relevé que la déclaration d'attente figurant dans la note de politique accompagnant le guide jurisprudentiel sur la Chine n'était pas déraisonnable. Toutefois, cette déclaration a été faite lors de l'évaluation de la question de savoir si la Section d'appel des réfugiés avait conclu de manière déraisonnable que la demanderesse n'aurait pas pu quitter la Chine en utilisant son propre passeport si elle était recherchée par les autorités chinoises. Les parties à cette affaire n'ont pas soulevé la question de savoir si la déclaration d'attente contenue dans la note de politique constituait une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ou une atteinte induë à l'indépendance décisionnelle. Il en va de même pour plusieurs autres affaires de la Cour dans lesquelles l'utilisation d'un guide jurisprudentiel sur la Chine par un commissaire de la Section de la protection des réfugiés ou de la Section d'appel des réfugiés a été jugée raisonnable : *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 454, aux paragraphes 22 à 24; *Han*, précité.

[170] Compte tenu de ce qui précède, les affaires dans lesquelles la Cour a approuvé l'utilisation du guide jurisprudentiel sur la Chine ne sont pas particulièrement utiles ni pertinentes.

e) *Résumé*

[171] Pour les raisons que j'ai évoquées, le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'entrave pas illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de tirer leurs propres conclusions de fait, et il ne porte pas indûment atteinte à l'indépendance des commissaires ni ne réduit leur impartialité présumée.

[172] Toutefois, les conclusions de fait formulées au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 du guide jurisprudentiel sur le Pakistan ont cet effet. Il en va de même pour les conclusions de fait formulées dans les guides jurisprudentiels sur l'Inde et la Chine, qui ont été révoqués, et qui sont mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus. Dans chaque cas, ces conclusions sont relatives à des questions qui vont au-delà des éléments de preuve spécifiques au demandeur ou aux demandeurs en question et qui pourraient donc bien se poser dans d'autres cas.

[173] The problem arises not because of the findings made by the RAD, but because of the statement of expectation that was made in the policy notes that accompanied the publication of each of the Pakistan JG, the India JG and the China JG, as well as in the Board’s *Policy on the Use of Jurisprudential Guides* and in e-mails dated July 21, 2017 from the Chairperson and the Deputy Chairperson (RPD).

[174] I recognize that the language used in the *Board’s Policy on the Use of Jurisprudential Guides* is somewhat different than the language in the policy notes, as it states that the Board’s members “are expected to follow the reasoning” (emphasis added) in a decision identified as a JG, in cases of similar facts, unless there is a reason not to do so. In the policy notes, the corresponding language is that “RPD and RAD members are expected to apply [JGs] in cases with similar facts or provide reasoned justifications for not doing so” (emphasis added). In my view, the actual and perceived effect would be essentially the same. It is reasonable to infer that someone who is expected to apply the reasoning in a JG would adopt the key factual findings in the JG. This is particularly so given that the statement of expectation has been repeatedly communicated to the Board’s members.

C. Do the impugned JGs unfairly enhance the burden of proof for claimants for refugee protection?

[175] CARL submits that the JGs unfairly enhance the burden of proof for claimants for refugee protection. It maintains that, instead of being required to establish how the claimant left China solely through his/her evidence, the claimant must also overcome the factual determinations in the JG. Relying on *Maldonado*, above, and its progeny, CARL asserts that this frustrates the presumption that a claimant’s sworn testimony is presumed to be credible and truthful. In the case of the China JG, it is said to do so by effectively instructing the Board’s members to adopt

[173] Le problème ne se pose pas en raison des conclusions de la Section d’appel des réfugiés, mais à cause de la déclaration d’attente formulée dans les notes de politique accompagnant la publication du guide jurisprudentiel sur le Pakistan, du guide jurisprudentiel sur l’Inde et du guide jurisprudentiel sur la Chine, ainsi que dans la *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission et dans les courriels du 21 juillet 2017 du président et de la vice-présidente (Section de la protection des réfugiés).

[174] Je reconnais que le libellé de la *Politique sur l’utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission diffère quelque peu du libellé des notes de politique, car il est dit qu’on s’attend des commissaires qu’ils « suivent le raisonnement » (non souligné dans l’original) exposé dans une décision qui sert de guide jurisprudentiel, dans des cas comportant des faits semblables, à moins qu’il n’existe une raison de ne pas le faire. Dans les notes de politique, le libellé correspondant est le suivant : « les commissaires de la SPR et de la SAR doivent appliquer les guides jurisprudentiels aux cas comportant des faits semblables ou justifier leur décision de s’en écarter, le cas échéant » (non souligné dans l’original). À mon avis, l’effet réel et l’effet présumé seraient essentiellement les mêmes. Il est raisonnable de déduire que celui qui est censé appliquer le raisonnement d’un guide jurisprudentiel adoptera les principales conclusions de fait figurant dans le guide jurisprudentiel. C’est particulièrement vrai étant donné que la déclaration d’attente a été communiquée aux commissaires à plusieurs reprises.

C. Les guides jurisprudentiels contestés rehaussent-ils injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile?

[175] L’ACAADR prétend que les guides jurisprudentiels rehaussent injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile. Elle soutient qu’au lieu de devoir établir comment le demandeur a quitté la Chine uniquement au moyen de sa preuve, le demandeur doit également surmonter les déterminations factuelles contenues dans le guide jurisprudentiel. En s’appuyant sur la décision *Maldonado*, précitée, et les arrêts qui l’ont suivie, l’ACAADR affirme que cela contrecarre la présomption selon laquelle le témoignage sous serment d’un demandeur

the presumption that it is implausible for an individual who claims to be wanted by Chinese authorities to leave that country by air using his/her own passport. CARL states that had Parliament desired to hold claimants to a heightened evidentiary standard, it would have explicitly provided for this in the IRPA. However, it did not do so.

[176] To the extent that CARL's submissions concern the factual determinations that were made in the India JG and the China JG, and are identified at paragraphs 156 and 163 above, I accept that CARL has a valid point. That point is that, as a practical matter, a refugee claimant may have to adduce more evidence than he/she would have had to adduce in the absence of the JG. This is likely to be the case in a hearing where the Board member has decided to adopt the factual determinations in the JG. However, for the reasons discussed beginning at paragraph 181 below, I am not persuaded by the position it has advanced with respect to *Maldonado*.

[177] My agreement with CARL is limited to the revoked China and India JGs because the Nigeria and Pakistan JGs do not operate so as to enhance the burden on refugee claimants. The Nigeria JG makes it very clear that each case must be decided on its own particular facts, while the Pakistan JG *assists* refugee claimants to make their claim, rather than making it more difficult for them to do so.

[178] To the extent that the problem with the (revoked) China and India JGs concerned the statement of expectation made in the policy notes that accompanied those JGs and in the Board's *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, I have already dealt with it above. Accordingly, it does not need to be addressed again in this additional context. This is because I have already found that the statement of expectation unlawfully fetters the discretion

est présumé crédible et véridique. Dans le cas du guide jurisprudentiel sur la Chine, il est dit que celui-ci agit de la sorte en enjoignant effectivement aux commissaires d'adopter la présomption selon laquelle il est improbable qu'une personne qui prétend être recherchée par les autorités chinoises quitte ce pays par avion en utilisant son propre passeport. L'ACAADR affirme que si le législateur avait voulu imposer aux demandeurs une norme de preuve plus rigoureuse, il l'aurait explicitement prévu dans la LIPR. Cependant, il ne l'a pas fait.

[176] Dans la mesure où les observations de l'ACAADR concernent les déterminations factuelles établies dans le guide jurisprudentiel sur l'Inde et le guide jurisprudentiel sur la Chine, et mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus, j'admets que l'ACAADR a un argument valable. Cet argument est que, d'un point de vue pratique, un demandeur d'asile peut être obligé de produire plus d'éléments de preuve qu'il aurait dû présenter en l'absence du guide jurisprudentiel. Ce sera probablement le cas lors d'une audition au cours de laquelle le commissaire a décidé d'adopter les déterminations factuelles contenues dans le guide jurisprudentiel. Cependant, pour les raisons abordées au paragraphe 181 ci-dessous, je ne suis pas convaincu par la thèse qu'elle a adoptée en ce qui concerne la décision *Maldonado*.

[177] Mon accord avec l'ACAADR se limite aux guides jurisprudentiels sur la Chine et l'Inde révoqués, car les guides jurisprudentiels sur le Nigéria et le Pakistan n'ont pas pour effet de rehausser le fardeau imposé aux demandeurs d'asile. Il est très clairement indiqué dans le guide jurisprudentiel sur le Nigéria que chaque affaire doit être tranchée en fonction de ses faits particuliers, alors que le guide jurisprudentiel sur le Pakistan *aide* les demandeurs d'asile à établir le bien-fondé de leur revendication, plutôt que de leur compliquer la tâche.

[178] Dans la mesure où le problème lié aux guides jurisprudentiels (révoqués) sur la Chine et l'Inde concerne la déclaration d'attente formulée dans les notes de politique accompagnant ces guides jurisprudentiels et dans la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission, je l'ai déjà réglé ci-dessus. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de revenir sur ce problème dans ce contexte supplémentaire. En effet, j'ai déjà conclu que la

of RPD and RAD members to make their factual findings completely free from influence and improperly interferes with their adjudicative independence.

[179] Apart from this problem, which solely concerns the factual findings that go beyond facts that are specific to a refugee claimant, the impugned JGs do not *unfairly* enhance the burden on claimants for refugee protection. I recognize that some of the information in the country documentation and RIRs cited in the JGs *may* make it more difficult for refugee claimants to make their case before the RPD or the RAD. Faced with particular facts from country documentation or other objective sources referenced in a JG, an applicant may very well consider it necessary to provide more evidence than s/he otherwise would have provided in support of his/her claim for refugee protection. However, that does not create any procedural *unfairness*, because Parliament gave the Chairperson the authority to issue JGs, and by necessary implication, that authority includes the authority to reference information in the Board's NDP or RIRs. It also includes the authority to draw attention to assessment factors or legal principles that may be either unfavourable or favourable to refugee claimants.

[180] Indeed, as I have noted, that authority also extends to encouraging Board members to take such factors or principles into consideration. If doing so happens to make it more difficult for refugee applicants to make their case before the RPD or the RAD, that is not procedurally unfair, particularly in the context of an inquisitorial process. Quite the contrary. By identifying a JG, the Chairperson provides fair notice to future claimants for refugee protection of the additional issues and information that may need to be addressed in legal submissions and evidence.

déclaration d'attente entrave illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs conclusions de fait totalement libres de toute influence, et porte indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle.

[179] Au-delà de ce problème, qui ne concerne que les faits qui sont propres à un demandeur d'asile, les guides jurisprudentiels contestés ne rehaussent pas *injustement* le fardeau imposé aux demandeurs d'asile. Je reconnais que certains des renseignements contenus dans la documentation sur la situation du pays et les RDI cités dans les guides jurisprudentiels *peuvent* rendre plus difficile la tâche des demandeurs d'asile d'établir le bien-fondé de leur revendication devant la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés. Confronté à des faits particuliers tirés de la documentation sur la situation du pays ou à d'autres sources objectives citées dans un guide jurisprudentiel, un demandeur peut très bien juger nécessaire de fournir davantage d'éléments de preuve que ceux qu'il aurait autrement fournis pour appuyer sa demande d'asile. Toutefois, cela ne crée aucune *iniquité* procédurale, car le législateur a donné au président le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels, et par déduction nécessaire, ce pouvoir inclut celui de citer des renseignements contenus dans le CND ou les RDI de la Commission. Cela inclut également le pouvoir d'attirer l'attention sur des facteurs d'évaluation ou des principes juridiques qui peuvent être défavorables ou favorables aux demandeurs d'asile.

[180] En effet, comme je l'ai souligné, ce pouvoir consiste également à encourager les commissaires à prendre en compte de tels facteurs ou principes. Si cela complique la tâche des demandeurs d'asile qui cherchent à établir le bien-fondé de leur revendication devant la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés, cela n'est pas inéquitable sur le plan procédural, en particulier dans le contexte d'une procédure d'enquête. Bien au contraire. En désignant un guide jurisprudentiel, le président donne un préavis raisonnable aux futurs demandeurs d'asile des problèmes supplémentaires et des renseignements qui pourraient devoir être abordés dans des arguments juridiques et des éléments de preuve.

[181] Insofar as *Maldonado* is concerned, that case simply stands for the principle that “[w]hen an applicant swears to the truth of certain allegations, this creates a presumption that those allegations are true unless there be reason to doubt their truthfulness”: *Maldonado*, above, at page 305 (emphasis added).

[182] It follows that where there is any reason to doubt the truthfulness of allegations made in a refugee claimant’s sworn affidavit or testimony, the presumption of truthfulness falls away. To the extent that information in a JG may provide such reason, the presumption of truthfulness would no longer apply.

[183] The rationale underlying this presumption of truthfulness is that claimants for refugee protection who have come from certain types of exigent circumstances cannot reasonably be expected to have documentation or other evidence to corroborate their claims: see, for example, *Chunza Garcia v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 832 (*Chunza Garcia*), at paragraph 17. Such circumstances can include refugee camps, conditions in war-torn countries or situations in which the claimant only had a brief window of opportunity in which to escape their persecutor(s) and cannot subsequently access documents or other evidence from Canada.

[184] However, in cases where a claimant for refugee protection appears to have had opportunities to gather corroboration for his/her claim, either before or after arriving in Canada, the strength of presumption of truthfulness discussed above varies directly with the extent to which such corroboration is provided. Where the claimant provides nothing other than a bald, unsupported assertion that strains credulity when considered together with objective information in the Board’s NDP or RIR documentation, the strength of the presumption of truthfulness is relatively weak and may be displaced by that information. Indeed, it may also be displaced by a failure to reasonably explain an omission to provide corroboration for such assertions: *Tellez Picon v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 129, at paragraph 12; *Ramos Aguilar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 431, at paragraphs 44–45; *Chunza Garcia*, above.

[181] En ce qui concerne la décision *Maldonado*, cette affaire étaye simplement le principe suivant : « [q]uand un requérant jure que certaines allégations sont vraies, cela crée une présomption qu’elles le sont, à moins qu’il n’existe des raisons d’en douter » : *Maldonado*, précitée, à la page 305 (non souligné dans l’original).

[182] Il en résulte que s’il a une raison quelconque de douter de la véracité des allégations formulées dans l’affidavit ou le témoignage sous serment d’un demandeur d’asile, la présomption de vérité disparaît. Dans la mesure où l’information contenue dans un guide jurisprudentiel fournirait une telle raison, la présomption de véracité ne s’appliquerait plus.

[183] La raison sous-jacente à cette présomption de vérité est qu’on ne peut raisonnablement s’attendre à ce que les demandeurs d’asile ayant vécu certains types de situations d’urgence disposent de documents ou d’autres éléments de preuve pour corroborer leurs revendications : voir, par exemple, la décision *Chunza Garcia c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 832 (*Chunza Garcia*), au paragraphe 17. Ces circonstances peuvent inclure des camps de réfugiés, la situation dans des pays déchirés par la guerre ou des situations dans lesquelles le demandeur d’asile ne dispose que d’un très court délai pour échapper à son ou ses persécuteurs et ne peut par la suite accéder à des documents ou à d’autres éléments de preuve depuis le Canada.

[184] Toutefois, dans les cas où un demandeur d’asile semble avoir eu la possibilité de rassembler les éléments de preuve corroborant sa demande avant ou après son arrivée au Canada, la force de la présomption de vérité discutée ci-dessus dépend directement de la mesure dans laquelle une telle preuve corroborante est fournie. Lorsque le demandeur d’asile ne fournit rien d’autre qu’une simple allégation dénuée de fondement qui est difficile à croire lorsqu’elle est examinée en corrélation avec les renseignements objectifs contenus dans les documents du CND ou des RDI de la Commission, la force de la présomption de véracité est relativement faible et cette présomption peut être écartée par ces renseignements. En fait, elle peut aussi être écartée par un défaut d’expliquer de manière raisonnable une omission de fournir des éléments de preuve qui corroborent de telles allégations : *Tellez Picon c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 129, au

[185] The respondent provided a hypothetical example during the hearing of these applications. In that example, the refugee applicant claimed to have escaped East Berlin by walking to West Berlin. However, the country documentation stated that there was a high concrete wall between the two parts of that city and that there were land mines on the eastern side of that wall, infrared sensors along the wall, and machine gun nests at various intervals. The documentation also reported that no one had escaped East Berlin for approximately three years. Having regard to those facts, it would strain credulity for the applicant to simply maintain that a smuggler helped him to travel between the two parts of the city. In the absence of additional evidence from the claimant explaining how the smuggler was able to overcome all of these obstacles, the presumption of truthfulness would fall away.

[186] I agree. Indeed, this appears to have been precisely what happened in TB6-11632, where the applicant appears to have advanced the thinly supported narrative that he used a smuggler to leave China using his own passport. I and other members of this Court have found the rejection of that narrative by the RPD or the RAD to have been reasonable on multiple occasions where the applicant was unable to reconcile his/her narrative with the country information referenced in the China JG: see e.g., *Jiang*, above, at paragraphs 20–26, and the cases referenced therein.

[187] In summary, I agree with CARL that the revoked India JG and the revoked China JG unfairly raise the burden of proof for claimants for refugee protection. However, my agreement is limited to the factual determinations that were identified at paragraphs 156 and 163 above. Stated differently, I agree that the JGs unfairly increase the burden faced by refugee applicants, because Board members are expected to adopt those factual determinations or to explain why they have not done so.

paragraphe 12; *Ramos Aguilar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 431, aux paragraphes 44 et 45; *Chunza Garcia*, précitée.

[185] Le défendeur a fourni un exemple hypothétique lors de l'audition de ces demandes. Dans cet exemple, le demandeur d'asile a affirmé s'être échappé de Berlin-Est pour se rendre à Berlin-Ouest. Cependant, la documentation sur la situation du pays indiquait qu'il y avait un haut mur de béton entre les deux parties de cette ville et qu'il y avait des mines terrestres du côté est de ce mur, des capteurs infrarouges le long du mur et des nids de mitrailleuses à divers intervalles. La documentation indiquait également que personne ne s'était échappé de Berlin-Est depuis environ trois ans. Compte tenu de ces faits, il serait très difficile pour le demandeur de prétendre simplement qu'un passeur l'avait aidé à se déplacer entre les deux parties de la ville. En l'absence de preuves supplémentaires du demandeur expliquant comment le passeur a pu surmonter tous ces obstacles, la présomption de véracité disparaîtrait.

[186] Je suis d'accord. En fait, cela semble avoir été précisément ce qui s'est passé dans la décision TB6-11632, dans laquelle le demandeur semble avoir présenté un exposé de faits à peine soutenu selon lequel il aurait utilisé un passeur pour quitter la Chine en utilisant son propre passeport. D'autres membres de notre Cour et moi-même avons conclu à plusieurs reprises que le rejet de cet exposé de faits par la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés était raisonnable lorsque le demandeur n'a pas été en mesure de concilier son exposé de faits avec les renseignements sur le pays mentionnés dans le guide jurisprudentiel sur la Chine : voir par exemple, la décision *Jiang*, précitée, aux paragraphes 20 à 26, et les affaires qui y sont mentionnées.

[187] En résumé, je suis d'accord avec l'ACAADR pour dire que le guide jurisprudentiel sur l'Inde révoqué et le guide jurisprudentiel sur la Chine révoqué rehaussent injustement le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d'asile. Cependant, mon accord se limite aux déterminations factuelles qui sont mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus. Autrement dit, je conviens que les guides jurisprudentiels alourdissent injustement le fardeau imposé aux demandeurs d'asile, parce qu'on s'attend à ce que les commissaires adoptent ces déterminations factuelles ou expliquent pourquoi ils ne l'ont pas fait.

[188] However, any increase in the burden that claimants for refugee protection may face as a result of having to buttress their narrative to deal with facts referenced from the Board's NDP or RIR is not unfair. I consider that the same is true with respect to any increase in the burden that may result from any assessment factors or legal principles that may be identified in a JG. By providing the Chairperson with the authority to issue JGs that would reasonably include such matters, Parliament can be taken by necessary implication to have recognized that such JGs might affect the ease or difficulty with which an individual could establish his or her claim for refugee protection.

[189] For the record, I will pause to observe that the applicant has also submitted that the impugned JGs create an unfair process because, by requiring Board members to follow the JG, they usurp the role of the member and violate the principle that s/he who hears the case must decide upon the facts in dispute. I consider that this argument is another way of stating that the impugned JGs unlawfully fetter the discretion of the Board's members to reach their own factual findings, or improperly interfere with their actual or perceived independence. As this issue was addressed in section VII.B of these reasons above, it is unnecessary to revisit it here.

D. Was the Chairperson required to engage in external consultation before identifying the decisions in question as JGs?

[190] CARL submits that the Chairperson did not have the authority to issue the impugned JGs without public consultation. It maintains that, in the absence of such public consultation, the issuance of the JGs was unfair, in part because refugee applicants and refugee organizations have no way of knowing what information that is not addressed in the JGs may have been before the Board. CARL adds that the failure to seek input from interested parties violated the notice requirement of natural justice. Finally, CARL asserts that where the issues addressed in a JG are

[188] Toutefois, tout alourdissement du fardeau imposé aux demandeurs d'asile en raison de la nécessité d'étayer leur exposé des faits pour refléter les faits présentés dans le CND ou les RDI de la Commission n'est pas injuste. J'estime qu'il en va de même en ce qui concerne tout alourdissement du fardeau pouvant résulter de facteurs d'évaluation ou de principes juridiques qui peuvent être énoncés dans un guide jurisprudentiel. En conférant au président le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels qui incluraient raisonnablement de telles questions, le législateur peut, par voie de conséquence nécessaire, être considéré comme ayant reconnu que de tels guides jurisprudentiels pourraient influencer sur la facilité ou la difficulté avec laquelle une personne pourrait établir le bien-fondé de sa demande d'asile.

[189] Pour mémoire, je m'arrête un instant pour observer que le demandeur a également soutenu que les guides jurisprudentiels contestés créent un processus inéquitable, car en obligeant les commissaires à suivre le guide jurisprudentiel, ils usurpent le rôle du commissaire et violent le principe selon lequel celui qui entend l'affaire doit la trancher ayant égard aux faits contestés. J'estime que cet argument est un autre moyen d'affirmer que les guides jurisprudentiels contestés entravent illicitement le pouvoir discrétionnaire des commissaires de tirer leurs propres conclusions de fait, ou empiètent indûment sur leur indépendance réelle ou présumée. Comme cette question a été traitée dans la section VII.B de présents motifs ci-dessus, il est inutile de la réexaminer ici.

D. Le président était-il obligé d'entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les décisions en question comme des guides jurisprudentiels?

[190] L'ACAADR prétend que le président n'avait pas le pouvoir de publier les guides jurisprudentiels contestés sans consultation publique. Elle soutient qu'en l'absence d'une telle consultation publique, la publication des guides jurisprudentiels était injuste, en partie parce que les demandeurs d'asile et les organisations de défense des réfugiés n'ont aucun moyen de savoir quels renseignements non traités dans les guides jurisprudentiels ont pu être communiqués à la Commission. L'ACAADR ajoute que l'omission de solliciter les commentaires des parties intéressées a

largely factual, as is the case with the China JG, it is especially important that there be a broad consultative process to ensure the JG reflects the fullest possible record.

[191] I disagree.

[192] The simple response to CARL's submissions is that paragraph 159(1)(h) explicitly addresses the extent of the consultation that is required before the Chairperson identifies a JG. In this regard, it provides that the Chairperson may "identify decisions of the Board as [JGs], after consulting with the Deputy Chairpersons, to assist members in carrying out their duties" (emphasis added). It is reasonable to interpret these words as implicitly indicating that Parliament did not consider that any other consultation was required. Stated differently, having addressed its mind to the extent of consultation required before a JG could be identified, it is not unreasonable to conclude that Parliament, by necessary implication, considered that consultation with other persons or organizations was not required. This is sufficient to overcome any procedural fairness right to advance notice that refugee applicants, the refugee bar or other interested parties may have had prior to the enactment of paragraph 159(1)(h) in its current form: *Adams*, above.

[193] For greater certainty, the Chairperson's interpretation of paragraph 159(1)(h) in the manner described above is reflected in section 7 of the Board's *Policy on the Use of Jurisprudential Guides*, which explicitly states: "External consultation shall take place only in exceptional situations, which shall be determined at the discretion of the Chairperson."

[194] I will simply add that the legislative history of paragraph 159(1)(h) provides some support for the Chairperson's interpretation of that provision. In brief, at the time the predecessor provisions of that paragraph, subsections 65(3) and (4) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985,

enfreint l'exigence de préavis de la justice naturelle. Enfin, l'ACAADR affirme que, lorsque les questions abordées dans un guide jurisprudentiel sont essentiellement factuelles, comme dans le cas du guide jurisprudentiel sur la Chine, il est particulièrement important de mettre en place un vaste processus de consultation pour garantir que le guide jurisprudentiel reflète le compte rendu le plus complet possible.

[191] Je ne suis pas d'accord.

[192] La réponse simple aux observations de l'ACAADR est que l'alinéa 159(1)(h) traite explicitement de l'étendue de la consultation requise avant que le président ne désigne un guide jurisprudentiel. À cet égard, il prévoit que le président « après consultation des vice-présidents et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, [...] précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel » (non souligné dans l'original). Il est raisonnable d'interpréter ces mots comme indiquant implicitement que le législateur n'a pas considéré qu'une autre consultation était nécessaire. Autrement dit, après avoir pris conscience de l'étendue de la consultation requise avant qu'un guide jurisprudentiel puisse être désigné, il n'est pas déraisonnable de conclure que le législateur avait implicitement considéré qu'il n'était pas nécessaire de consulter d'autres personnes ou organisations. Cela suffit pour surmonter tout droit à l'équité procédurale de demander un préavis que les demandeurs d'asile, les avocats spécialisés en droit des réfugiés ou d'autres parties intéressées ont pu avoir avant l'adoption de l'alinéa 159(1)(h) dans sa forme actuelle : *Adams*, précité.

[193] Il est entendu que l'interprétation par le président de l'alinéa 159(1)(h) de la manière décrite ci-dessus est reflétée à l'article 7 de la *Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels* de la Commission dans laquelle il est explicitement indiqué : « Des consultations externes n'ont lieu que dans des circonstances exceptionnelles, établies au gré du président. »

[194] J'ajouterai simplement que l'historique législatif de l'alinéa 159(1)(h) conforte quelque peu l'interprétation de la disposition donnée par le président. En résumé, en 1992, à l'époque pendant laquelle les dispositions qui ont précédé cet alinéa, les paragraphes 65(3) et (4) de la

c. I-2, were being debated in 1992, Ms. Barbara Jackman recommended to the relevant legislative committee on behalf of the Law Union of Ontario that those subsections be amended to include a requirement for consultation with the bar prior to the issuance of guidelines: House of Commons, Legislative Committee on Bill C-86, *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, Minutes of Proceedings and Evidence*, 34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 11 (16 September 1992), at 11:42 (Ms. Barbara Jackman). That recommendation was not adopted.

[195] I acknowledge that section 65 of the *Immigration Act* simply provided for the issuance of guidelines, as opposed to JGs. It appears that the issue of public consultation with respect to the issuance of JGs did not get raised at the time the authority to issue JGs was included in paragraph 159(1)(h). As a result, the only legislative history is that which predated the inclusion of the authority to identify JGs in paragraph 159(1)(h). In my view, that legislative history has limited significance for the present purposes. But it cannot be ignored.

[196] In summary, I do not agree with the submissions that CARL has made regarding public consultation. It was not unreasonable for the Chairperson to conclude that such consultation was not required prior to the issuance of the JGs. Indeed, a plain reading of paragraph 159(1)(h) would suggest that such consultation was not in fact required.

E. *Did the Chairperson improperly pre-select the Nigeria JG?*

[197] CARL submits that the decision in respect of which the Nigeria JG was identified (TB7-19851) was impermissibly pre-selected to be the subject of a JG before it was finally decided, so that the final decision could be engineered to serve as a JG.

[198] CARL maintains that the pre-selection of decisions to serve as a JG is impermissible for two principle reasons.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, faisaient l'objet d'un débat, M^{me} Barbara Jackman, au nom du Law Union of Ontario, a recommandé au comité législatif compétent que ces paragraphes soient modifiés pour inclure l'obligation de consulter le barreau avant la publication des directives : Comité législatif sur le projet de loi C-86, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, Procès-verbaux et témoignages*, 34^e lég., 3^e sess., fascicule n^o 11 (16 septembre 1992) à 11 h 42 (M^{me} Barbara Jackman). Cette recommandation n'a pas été adoptée.

[195] Je reconnais que l'article 65 de la *Loi sur l'immigration* prévoyait simplement la publication de directives, par opposition aux guides jurisprudentiels. Il semble que la question de la consultation publique en ce qui concerne la publication des guides jurisprudentiels n'a pas été soulevée au moment où le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels a été inclus à l'alinéa 159(1)h). Par conséquent, le seul historique législatif est celui qui était antérieur à l'inclusion de ce pouvoir à l'alinéa 159(1)h). À mon avis, cet historique législatif a une signification limitée aux fins de la présente instance. Mais on ne peut en faire abstraction.

[196] En résumé, je ne suis pas d'accord avec les observations de l'ACAADR concernant la consultation publique. Il n'était pas déraisonnable pour le président de conclure qu'une telle consultation n'était pas nécessaire avant la publication des guides jurisprudentiels. En effet, la simple lecture de l'alinéa 159(1)h) donnerait à penser qu'une telle consultation n'était pas en fait nécessaire.

E. *Le président avait-il indûment présélectionné le guide jurisprudentiel sur le Nigéria?*

[197] L'ACAADR prétend que la décision à l'égard de laquelle le guide jurisprudentiel sur le Nigéria avait été désigné (TB7-19851) avait été présélectionnée de manière inadmissible pour faire l'objet d'un guide jurisprudentiel avant d'être finalement prise, de sorte que la décision définitive puisse être conçue pour servir de guides jurisprudentiels.

[198] L'ACAADR soutient que la présélection des décisions pour servir de guides jurisprudentiels est inadmissible

First, it is impermissible under paragraph 159(1)(h), which provides the Chairperson with the authority to “identify decisions of the Board as [JGs], after consulting with the Deputy Chairpersons”. CARL asserts that this authority is clearly retrospective, as it speaks to “decisions of the Board”, rather than pending cases that have not been finalized. Second, CARL maintains that by pre-selecting TB7-19851 to become a JG before it was completed, the Board compromised the independence of the refugee determination process.

[199] In support of its submissions, CARL relies upon the following:

1. An e-mail dated 9 May 2018, from Lauren Gamble, the RAD member who drafted the decision in TB7-19851, to the Acting Deputy Chairperson (RAD), the Assistant Deputy Chairperson (RAD), and a legal counsel at the Board. In that e-mail, Member Gamble stated: “Upon further consultation, I have made some changes to the draft that you have previously reviewed (the one that could be designated as a JG going forward)... Thank you all for your input and feedback, it is much appreciated.”
2. An e-mail dated 10 May 2018, from the Acting Deputy Chairperson (RAD) to the Chairperson, which attached a draft of the policy note that ultimately was issued together with the JG. That e-mail stated the following:

First draft for your comments. The faded parts are standard language taken from the existing JG policy notes, not sure if we still want all that. The darker font is what Valerie drafted in reference to the new JG.

pour deux raisons principales. Premièrement, elle est inadmissible aux termes de l’alinéa 159(1)h, qui confère au président le pouvoir, « après consultation des vice-présidents, [...] [de] précise[r] les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel ». L’ACAADR affirme que ce pouvoir est clairement rétrospectif, dans la mesure où il est question de « décisions de la Commission », plutôt que d’affaires en suspens qui n’ont pas encore été tranchées. Deuxièmement, l’ACAADR soutient qu’en présélectionnant la décision TB7-19851 pour qu’elle devienne un guide jurisprudentiel avant qu’elle ne soit complétée, la Commission a compromis l’indépendance du processus de détermination du statut de réfugié.

[199] Pour appuyer ses observations, l’ACAADR se fonde sur ce qui suit :

1. Un courriel daté du 9 mai 2018, envoyé par Lauren Gamble, commissaire de la Section d’appel des réfugiés qui a rédigé la décision dans le dossier TB7-19851, à la vice-présidente par intérim (Section d’appel des réfugiés), à la vice-présidente adjointe (Section d’appel des réfugiés) et à un conseiller juridique de la Commission. Dans ce courriel électronique, la commissaire Gamble a déclaré : [TRADUCTION] « À la suite de nouvelles consultations, j’ai apporté quelques modifications du projet que vous avez déjà examiné (celui qui pourrait être désigné comme guide jurisprudentiel à l’avenir) [...] Merci à tous pour votre contribution et vos commentaires, c’est très apprécié. »
2. Un courriel daté du 10 mai 2018, adressé au président par la vice-présidente par intérim (Section d’appel des réfugiés), qui accompagnait le projet de note de politique qui a finalement été publié avec le guide jurisprudentiel. Ce courriel faisait état de ce qui suit :

[TRADUCTION]

Premier projet de décision aux fins de commentaires. Les parties effacées sont un libellé standard tiré des notes de politique du guide jurisprudentiel existantes, je ne sais pas si nous voulons toujours tout cela. La police plus foncée correspond à ce que Valérie a rédigé en référence au nouveau guide jurisprudentiel.

Lori's comments on Lauren's general sections were ok, [REDACTED] Lauren will have the final draft for us tomorrow. [Let me know] if you want to see the latest draft with Lori's comments this evening.

3. An e-mail dated 15 September 2017, from Ms. Suzanne Legace to several Board members, which states as follows:

Further to a meeting yesterday with RAD ADC, this is to inform you that a RAD decision has been identified as a jurisprudential guide (JG) for Turkey. As soon as I have the rationale from the RAD ADC, I will start working on the policy note. The decision will be finalized next week.

Please note that

- EXCOM and DC RPD are aware.
- RAD and RPD decisions will have to be translated and sanitized.
- A comms strategy will be required.
- NDP will have to be amended.
- RAD and RPD members will have to be notified.
- Deadline is asap, but no later than end of October.

As soon as I have more details, I will get in touch with you.

Also, there will likely be two other RAD decisions that will be identified as JGs this fall.

4. A portion of paragraph 13 of the Nigeria JG, where Member Gamble observed that in addition to viable

Les commentaires de Lori sur les sections générales de Lauren étaient bons [CAVIARDÉ] Lauren nous remettra le projet définitif demain. [Faites-moi savoir] si vous voulez voir le projet le plus récent avec les commentaires de Lori ce soir.

3. Un courriel daté du 15 septembre 2017, adressé par Mme Suzanne Legace à plusieurs commissaires, qui contenait ce qui suit :

[TRADUCTION]

Par suite d'une réunion tenue hier avec la vice-présidente adjointe de la SAR, ceci a pour but de vous informer qu'une décision de la SAR a été désignée comme guide jurisprudentiel (guide jurisprudentiel) pour la Turquie. Dès que j'aurai la justification de la vice-présidente adjointe de la SAR, je commencerai à travailler sur la note de politique. La décision sera mise au point la semaine prochaine.

Veillez noter que :

- Le Comité de direction et le vice-président de la SPR sont au courant.
- Les décisions de la SAR et de la SPR devront être traduites et épurées.
- Une stratégie de communication sera nécessaire.
- Le CND devra être modifié.
- Les membres de la SAR et de la SPR devront être informés.
- La date limite est le plus vite possible, mais fixée au plus tard à la fin du mois d'octobre.

Dès que j'aurai plus de détails, je communiquerai avec vous.

En outre, deux autres décisions de la SAR seront probablement désignées en tant que guide jurisprudentiel cet automne.

4. Une partie du paragraphe 13 du guide jurisprudentiel sur le Nigéria, dans laquelle la commissaire

IFAs in Ibadan and Port Harcourt for the refugee claimant, “I would further note that there are several additional cities in Nigeria where, depending on the individual facts, an IFA would likely be available to those fleeing non-state actors, such as the [claimant]”.

5. A passage in a document entitled *Identification of Decision TB7-19851 as a Jurisprudential Guide*, dated June 15, 2018, which explains that the decision “addresses the issue of IFA in Nigeria, which is of particular importance to the Board given the current high volume of Nigerian claims.”

[200] CARL’s purpose in referring to the document mentioned at point 3 above was simply to rely on that document as evidence that the Board was operating under the assumption that pre-selection is permissible. I will pause to note that the decision referred to therein ultimately was not identified as a JG by the Chairperson.

[201] In my view, the other documents mentioned immediately above do not support CARL’s claim that TB7-19851 was impermissibly pre-selected. I also do not agree with CARL’s submission that the independence of the refugee determination process was compromised by the involvement of other members of the Board in reviewing and providing comments on one or more drafts of Member Gamble’s decision.

[202] There is no evidence that the Chairperson made a final or even a tentative decision to identify TB7-18951 as a JG prior to July 6, 2018, when the decision was in fact so identified. This was approximately two months after Member Gamble issued the decision, on May 17, 2018. Therefore, even if I were to accept CARL’s position that paragraph 159(1)(h) does not authorize the Chairperson to prospectively identify as a JG a decision that has not yet been completed, CARL has not established that the more limited authority to identify past decisions as JGs was exceeded. Consequently, it is unnecessary for me to

Gamble a fait observer qu’en plus des PRI viables qui s’offrent à la demanderesse d’asile à Ibadan et à Port Harcourt, « j’ajouterais qu’il y a plusieurs villes au Nigéria, où, selon les faits individuels, il existerait une PRI pour les personnes qui, comme la [demanderesse], fuient des acteurs non étatiques ».

5. Un passage d’un document intitulé *Désignation de la décision TB7-19851 en tant que guide jurisprudentiel*, daté du 15 juin 2018, qui explique que la décision [TRADUCTION] « traite de la question de la PRI au Nigéria, qui revêt une importance particulière pour le Conseil en raison du volume actuel élevé des demandes d’asile nigérianes ».

[200] En faisant référence au document mentionné au point 3 ci-dessus, l’ACAADR avait simplement pour objectif de se fonder sur ce document pour prouver que la Commission agissait en partant du principe que la présélection était admissible. Je m’arrête pour noter que la décision qui y est mentionnée n’a finalement pas été désignée comme guide jurisprudentiel par le président.

[201] À mon avis, les autres documents mentionnés ci-dessus ne corroborent pas l’affirmation de l’ACAADR selon laquelle le document TB7-19851 avait été présélectionné de manière illicite. Je ne suis pas d’accord non plus avec l’observation de l’ACAADR selon laquelle l’indépendance du processus de détermination du statut de réfugié aurait été compromise par la participation d’autres commissaires à la révision d’un ou de plusieurs projets de décision de la commissaire Gamble, et à la formulation de commentaires à cet égard.

[202] Aucune preuve n’indique que le président ait pris une décision définitive, voire provisoire, visant à désigner la décision TB7-18951 en tant que guide jurisprudentiel avant le 6 juillet 2018, au moment où la décision avait été ainsi désignée. C’était environ deux mois après que la commissaire Gamble a rendu sa décision, le 17 mai 2018. Par conséquent, même si j’admettais la thèse de l’ACAADR selon laquelle l’alinéa 159(1)(h) n’autorisait pas le président à désigner de manière prospective en tant que guide jurisprudentiel une décision qui n’était pas encore complétée, l’ACAADR n’a pas établi que le pouvoir plus restreint de

consider whether it would be reasonable to interpret paragraph 159(1)(h) as conferring that authority.

[203] Notwithstanding the foregoing, CARL objects to the involvement of *other* senior managers and legal counsel of the Board in reviewing and providing comments on the decision in TB7-19851 prior to its finalization by Member Gamble. In this regard, it relies on *Ellis Don*, above, and *Kozak*, above. In my view, *Ellis-Don* permits what appears to have been done in this case, while *Kozak* is distinguishable.

[204] *Ellis-Don* concerned a case in which a draft decision that was favourable to the appellant was changed to a decision that was unfavourable to the appellant following an internal meeting of the Ontario Labour Relations Board (OLRB). It appears that the meeting was convened to discuss the policy implications of the draft decision. After the issuance of the final decision, the appellant applied for judicial review of the OLRB's decision on the ground that the rules of natural justice had been breached.

[205] In the course of dismissing the appeal, the Supreme Court of Canada noted that the decision in *Consolidated-Bathurst*, above, had “recognized the legitimacy of institutional consultations to ensure consistency between decisions of different adjudicators or panels within an administrative body”: *Ellis-Don*, above, at paragraph 28. The Court then proceeded to summarize the basic principles to be followed to ensure that there is no improper interference with a quasi-judicial decision maker's independence or impartiality, and to ensure that the *audi alteram partem* rule is respected. With respect to independence and impartiality, the Court distilled the following three principles from its prior decision in *Consolidated-Bathurst*:

1. The internal consultation cannot be imposed by a superior level of authority within the administrative hierarchy, but must be requested by the adjudicators themselves.

désigner des décisions antérieures comme guides jurisprudentiels a été outrepassé. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que je décide s'il serait raisonnable d'interpréter l'alinéa 159(1)(h) comme conférant ce pouvoir.

[203] Nonobstant ce qui précède, l'ACAADR s'oppose à la participation d'*autres* cadres supérieurs et avocats de la Commission à la révision de la décision TB7-19851 et à la formulation de commentaires sur celle-ci avant sa mise au point par la commissaire Gamble. À cet égard, elle s'appuie sur l'arrêt *Ellis-Don*, précité, et l'arrêt *Kozak*, précité. À mon avis, l'arrêt *Ellis-Don* autorise ce qui semble avoir été fait en l'espèce, tandis qu'une distinction s'impose quant à l'arrêt *Kozak*.

[204] L'arrêt *Ellis-Don* concernait une affaire dans laquelle un projet de décision favorable à l'appelante avait été remplacé par une décision défavorable à l'appelante à la suite d'une réunion interne de la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO). Il semble que la réunion avait été convoquée pour discuter des implications politiques du projet de décision. Après le prononcé de la décision définitive, l'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CRTO au motif que les règles de justice naturelle avaient été violées.

[205] En rejetant l'appel, la Cour suprême du Canada a souligné que la décision rendue dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité, avait « reconnu la légitimité des consultations institutionnelles en tant que moyen d'assurer la cohérence des décisions rendues par différents arbitres ou différentes formations au sein d'un organisme administratif » : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 28. La Cour a ensuite résumé les principes de base à suivre pour éviter toute atteinte induue à l'indépendance ou à l'impartialité d'un décideur quasi judiciaire, et pour garantir que la règle *audi alteram partem* est respectée. En ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité, la Cour a dégagé les trois principes suivants de sa décision antérieure dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst* :

1. La procédure de consultation interne ne peut pas être imposée par un niveau d'autorité supérieur dans la hiérarchie administrative, mais doit être demandée par les arbitres eux-mêmes.

- | | |
|--|---|
| <p>2. Consultation has to be limited to questions of policy and law, and must proceed on the basis of the facts as stated by the members who actually heard the evidence.</p> <p>3. Even on questions of law and policy, administrative decision makers must be free to take whatever decision they consider appropriate according to their conscience and understanding of the facts and the law. They cannot be compelled to adopt the views expressed by other members of their tribunal.</p> | <p>2. La consultation doit se limiter aux questions de principe et de droit; et doit reposer sur les faits énoncés par les membres qui ont réellement entendu les témoignages.</p> <p>3. Même relativement aux questions de droit et de principe, les décideurs administratifs doivent demeurer libres de prendre la décision qu'ils jugent juste selon leur conscience et selon leur compréhension des faits et du droit. Ils ne peuvent pas être forcés d'adopter les opinions exprimées par d'autres membres de leur tribunal.</p> |
|--|---|

Ellis-Don, above, at paragraph 29.

Ellis-Don, précité, au paragraphe 29.

[206] With respect to *audi alteram partem*, the Court stated that the mere fact that issues already litigated between the parties might be discussed again internally would not amount to a breach of that rule. However, if any new issue is raised during such discussions, the parties to the legal dispute must be notified and provided an opportunity to respond in an effective manner: *Ellis-Don*, above, at paragraph 32.

[206] En ce qui concerne la règle *audi alteram partem*, la Cour a déclaré que le simple fait que des questions ayant déjà été débattues par les parties soient discutées de nouveau à l'interne la Commission ne constituait pas une violation de cette règle. Cependant, il faut que « les parties soient avisées de toute nouvelle question soulevée pendant la discussion et qu'elles aient la possibilité de répondre de manière efficace » : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 32.

[207] The Court added that if the foregoing rules were complied with, the presumption of regularity of administrative procedures would apply, even if the draft decision that was the subject of discussions was modified as a result of those discussions: *Ellis-Don*, above, at paragraph 33.

[207] La Cour a ajouté que, dans la mesure où ces règles étaient respectées, la présomption de régularité des procédures administratives s'appliquait, même si le projet de décision faisant l'objet des discussions a été modifié à la suite de ces discussions : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 33.

[208] There is no evidence to suggest that the internal Board exchanges that took place in relation to the Nigeria JG breached any of the foregoing principles. In particular, there is no evidence to suggest that anyone within the Board imposed on Member Gamble the exchanges that took place regarding one or more drafts of her decision.

[208] Aucun élément de preuve n'indique que les échanges internes de la Commission en lien avec le guide jurisprudentiel sur le Nigéria constituaient une violation de l'un des principes susmentionnés. Plus précisément, rien n'indique que quiconque au sein de la Commission ait imposé à la commissaire Gamble les échanges qui ont eu lieu au sujet d'un ou plusieurs projets de sa décision.

[209] There is also no evidence to suggest that the exchanges went beyond issues of policy and law, or that they did not proceed on the basis of the facts as determined by Member Gamble. While some changes were made to the draft as a result of the exchanges, there is no evidence to suggest that any of those changes concerned Member Gamble's factual determinations. For greater certainty, if,

[209] Il n'y a pas non plus de preuve selon laquelle les échanges sont allés au-delà des questions de principe et de droit ou qu'ils ne se sont pas déroulés sur le fondement des faits tels qu'ils ont été déterminés par la commissaire Gamble. Bien que certains changements aient été apportés au projet à la suite des échanges, rien ne permet de penser que l'un quelconque de ces changements ait

as a result of those exchanges, Member Gamble voluntarily added a general observation to her decision to note that its *framework of analysis* could apply to other types of claims from Nigeria, depending on the particular facts of the case, this would not violate any of the principles confirmed in *Ellis-Don*. The same would be true if Member Gamble added language to note that an IFA (which is a question of mixed fact and law) might be available in other cities.

[210] There is no evidence to suggest that Member Gamble may have been prevailed upon to include such general observations in her decision, including those that appear at paragraphs 13 and 16 of her decision. Indeed, I disagree with CARL's characterization of the impugned language in paragraph 13 as "gratuitous". That language explicitly noted that the availability of an IFA in additional cities would likely be available to those fleeing non-state actors, "such as the Appellant", depending on the individual facts (emphasis added).

[211] In addition to the foregoing, there is no evidence to indicate that Member Gamble may not have remained free at all times to make her own determinations with respect to the issues of policy and law, including issues of mixed fact and law.

[212] Finally, there is no evidence to suggest that any new issues were raised in the exchanges.

[213] Accordingly, the presumption of regularity of the Board's administrative procedures applies: *Ellis-Don*, above, at paragraph 33.

[214] Turning to *Kozak*, above, CARL relies on that case to support its submission that the exchanges that took place with respect to one or more drafts of decision TB7-19851 compromised the independence of the Board's refugee determination process. However, that case is distinguishable. In that case, the Federal Court of Appeal concluded that the manner in which a particular "lead case" was developed and ultimately adjudicated gave rise to a reasonable

concerné les déterminations factuelles de la commissaire Gamble. Il est entendu que si, à la suite de ces échanges, la commissaire Gamble avait volontairement ajouté une observation générale à sa décision, soulignant que son *cadre d'analyse* pourrait s'appliquer à d'autres types de revendications du Nigéria, selon les faits de l'affaire, cela ne contreviendrait à aucun des principes confirmés dans l'arrêt *Ellis-Don*. Il en serait de même si la commissaire Gamble avait ajouté un libellé précisant qu'une PRI (qui correspond à une question mixte de fait et de droit) pourrait exister dans d'autres villes.

[210] Rien n'indique que la commissaire Gamble aurait pu être contrainte à inclure de telles observations générales dans sa décision, y compris celles qui figurent aux paragraphes 13 et 16 de sa décision. En effet, je ne suis pas d'accord avec la caractérisation par l'ACAADR du libellé contesté dans le paragraphe 13 comme étant [TRADUCTION] « gratuit ». Ce libellé indiquait explicitement qu'il existerait une PRI dans d'autres villes pour les personnes qui, [TRADUCTION] « comme l'appelante », fuient des acteurs non étatiques, selon les faits individuels (non souligné dans l'original).

[211] En plus de ce qui précède, rien n'indique que la commissaire Gamble n'aurait pas toujours été libre d'établir ses propres déterminations en ce qui concerne les questions de politique et de droit, y compris les questions mixtes de fait et de droit.

[212] Enfin, il n'y a pas d'éléments de preuve qui indique que de nouvelles questions ont été soulevées dans les échanges.

[213] Par conséquent, la présomption de régularité des procédures administratives de la Commission s'applique : *Ellis-Don*, précité, au paragraphe 33.

[214] En ce qui concerne l'arrêt *Kozak*, précité, l'ACAADR s'appuie sur cette affaire pour étayer son observation selon laquelle les échanges qui ont eu lieu au sujet d'un ou de plusieurs projets de la décision TB7-19851 ont compromis l'indépendance du processus de détermination du statut de réfugié de la Commission. Cependant, cette affaire se distingue de la présente. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale avait conclu que la façon dont

apprehension of bias or attenuated impartiality. However, that conclusion was based on the Court's finding that one of the two panel members who heard the case:

... may have been predisposed towards denying the appellants' claims since he had played a leading role in an exercise that may seem to have been partly motivated by a desire by [Citizenship and Immigration Canada] and the Board to produce an authoritative, if non-binding legal and factual "precedent", particularly on the adequacy of state protection, which would be used to reduce the percentage of positive decisions in claims for refugee status by Hungarian Roma.

Kozak, above, at paragraph 65

[215] With the foregoing in mind, the Court observed: "The panel may reasonably be seen to have been insufficiently independent from Board management and thus tainted by the Board's motivation for the leading case strategy", *Kozak*, above, at paragraph 65.

[216] In contrast to the situation reflected in the foregoing quotes, there is no evidence that the Chairperson or others at the Board had any predisposition to reduce or alter in any way the rate of acceptance of refugee claims by persons of Nigerian origin. On the contrary, their objectives were entirely legitimate.

[217] According to Mr. Kipling's uncontested affidavit, prior to the identification of TB7-19851 as a JG, the Board's Professional Development and Adjudicative Strategy Committee considered it necessary to find a way to deal more efficiently with the high volume of claims from that country, by focusing on the availability of an IFA. Among other things, it was considered that this would reduce the need to address issues related to credibility, and thereby reduce the length of hearing time as well as the time spent writing or rendering oral reasons.

une « cause type » particulière avait été créée et finalement jugée a fait naître une crainte raisonnable de partialité ou d'impartialité atténuée. Cette conclusion s'appuyait toutefois sur la conclusion de la Cour selon laquelle l'un des deux membres de la formation qui a entendu l'affaire :

[...] aurait pu être prédisposé à rejeter la demande des appelants étant donné qu'il avait joué un rôle de premier plan dans un exercice qui peut sembler avoir été justifié en partie par le désir de [Citoyenneté et Immigration Canada] et de la Commission de produire un « précédent » juridique et factuel faisant autorité — sans avoir peut-être de force obligatoire —, en particulier en ce qui concerne le caractère adéquat de la protection de l'État, qui serait utilisé pour réduire la proportion de décisions rendues en faveur de Roms hongrois demandant l'asile.

Kozak, précité, au paragraphe 65.

[215] Compte tenu de ce qui précède, la Cour a observé ce qui suit : « On peut raisonnablement considérer que la formation n'était pas suffisamment indépendante de la direction de la Commission et était, de ce fait, influencée par les raisons pour lesquelles cette dernière avait élaboré la stratégie relative aux causes types », *Kozak*, précité, au paragraphe 65.

[216] Contrairement à la situation exposée dans les citations qui précèdent, aucune preuve n'indique que le président ou d'autres commissaires aient été prédisposés à réduire ou à modifier de quelque manière que ce soit le taux d'acceptation des demandes d'asile présentées par des personnes d'origine nigériane. Au contraire, leurs objectifs étaient tout à fait légitimes.

[217] Selon l'affidavit non contesté de M. Kipling, avant la désignation de la décision TB7-19851 comme guide jurisprudentiel, le Comité de perfectionnement professionnel et de stratégie décisionnelle de la Commission a jugé nécessaire de trouver un moyen de traiter plus efficacement le grand nombre de demandes provenant de ce pays, en se concentrant sur l'existence d'une PRI. Entre autres choses, il a été estimé que cela réduirait la nécessité de traiter les questions liées à la crédibilité et réduirait ainsi la durée de l'audition ainsi que le temps passé à rédiger ou à exposer oralement les motifs.

[218] Accordingly, the Committee searched for and considered several finalized RAD decisions addressing the availability of IFAs in Nigeria. However, it was unable to find a decision that was likely to have broad application within the RPD and the RAD. In the course of that process, one e-mail exchange that is included in the record before this Court reflects that one of the Board's members voluntarily offered two decisions as candidates for an IFA. This was consistent with the practice of other Board members, who have volunteered to write decisions as potential candidates for JGs for a variety of reasons. Indeed, in the e-mail that the Chairperson sent to the Board's members on June 21, 2017, in relation to the other three JGs that are at issue in this proceeding, he actively encouraged the Board's members to assist in identifying good candidates for a JG. He also strongly encouraged the Board's members to circulate drafts of their candidate decisions for comment by other members. In this regard, he added that the process of circulating and commenting is "entirely voluntary." Some corroboration for this is provided in an e-mail from the Acting Deputy Chairperson (RAD) to the Chairperson, dated May 12, 2017, identifying the decision that ultimately was identified as the Pakistan JG as being the one that the RAD decision maker intended to put forth as a JG.

[219] Mr. Kipling's affidavit also states:

[W]hen an issue of importance is considered, the deciding member is fully independent in assessing the appeal and determining the outcome. Neither the Committee nor management has any interest in the outcome or involvement in determining the merits of the decision before the assigned member.

[220] CARL has not adduced any evidence to suggest otherwise. For greater certainty, the language in the e-mail dated 9 May 2018 and mentioned at paragraph 199 above suggests that Member Gamble voluntarily made some changes to her prior draft, based on the input and feedback that she received.

[218] En conséquence, le Comité a recherché et examiné plusieurs décisions réglées de la Section d'appel des réfugiés concernant l'existence des PRI au Nigéria. Cependant, il n'a pas été en mesure de trouver une décision susceptible d'avoir une large application au sein de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés. Au cours de ce processus, un échange de courriels inclus dans le dossier de la Cour indique que l'un des commissaires a proposé volontairement deux décisions à prendre en considération aux fins de PRI. Cela était conforme à la pratique d'autres commissaires, qui se sont portés volontaires pour rédiger leurs décisions aux fins de prise en considération potentielle pour servir de guides jurisprudentiels pour diverses raisons. En effet, dans le courriel que le président a envoyé aux commissaires le 21 juin 2017 au sujet des trois autres guides jurisprudentiels en cause dans la présente procédure, il a activement encouragé les commissaires à aider à identifier de bonnes décisions à prendre en considération pour potentiellement servir de guides jurisprudentiels. Il a également vivement encouragé les commissaires à distribuer à d'autres commissaires les projets de leurs décisions à prendre en considération aux fins de commentaires. À cet égard, il a ajouté que le processus de distribution et de commentaires est [TRADUCTION] « entièrement volontaire ». Une corroboration à cela est fournie dans un courriel du 12 mai 2017 adressé au président par la vice-présidente par intérim (Section d'appel des réfugiés), désignant la décision qui a finalement été désignée comme guide jurisprudentiel sur le Pakistan comme étant celle que le décideur de la Section d'appel des réfugiés a proposée pour servir de guides jurisprudentiels.

[219] L'affidavit de M. Kipling indique également ce qui suit :

[TRADUCTION] [Quand] une question d'importance est examinée, le commissaire qui décide est totalement indépendant dans l'évaluation de l'appel et dans la détermination de son issue. Ni le comité ni la direction n'est intéressé par le résultat ou la participation à la détermination du bien-fondé de la décision devant le commissaire assigné.

[220] L'ACAADR n'a présenté aucune preuve du contraire. Il est entendu que le courrier électronique daté du 9 mai 2018 et mentionné au paragraphe 199 ci-dessus indique que la commissaire Gamble a volontairement apporté certaines modifications à son projet précédent, sur le fondement des commentaires reçus.

[221] In summary, the RAD's TB7-19851 decision was not impermissibly pre-selected to be the subject of a JG before it was finally decided. There is no evidence to suggest that the Chairperson made an actual or *de facto* decision to identify that decision as a JG at any time prior to the issuance of that decision on May 17, 2018.

[222] The exchanges that took place between some members of the Board's management and Member Gamble were entirely legitimate and did not give rise to a reasonable apprehension that Member Gamble might not be impartial or that the Board's management had improperly interfered with her independence.

VIII. Conclusion

[223] For the reasons that I have provided, paragraph 159(1)(h) of the IRPA authorizes the Chairperson to issue a JG with respect to issues of fact, as well as with respect to issues of law and issues of mixed fact and law. No public consultation was required in respect of the Chairperson's identification of the four JGs challenged in this proceeding.

[224] The Nigeria JG does not unlawfully fetter Board members' discretion or improperly encroach upon their adjudicative independence because it repeatedly refers to the need for each case to be adjudicated on the basis of its particular facts. For the same reason, that JG does not unfairly increase the burden faced by refugee applicants in establishing their claims. Contrary to CARL's submissions, the Nigeria JG was not improperly "pre-selected".

[225] Of the remaining three JGs in question, only the Pakistan JG remains in force. As a result of the statement of expectation made in the policy note that was issued with that JG, the discretion of RPD and RAD members is unlawfully fettered and their adjudicative independence is improperly encroached upon. This is because the statement reduces the freedom of those decision makers to make their own factual determinations in cases with

[221] En résumé, la décision TB7-19851 de la Section d'appel des réfugiés n'a pas été présélectionnée de manière inacceptable pour faire l'objet d'un guide jurisprudentiel avant qu'elle ne soit finalement prise. Rien n'indique que le président ait pris une décision véritable ou *de facto* de désigner cette décision en tant que guide jurisprudentiel à un moment quelconque avant la publication de cette décision le 17 mai 2018.

[222] Les échanges qui ont eu lieu entre certains membres de la direction de la Commission et la commissaire Gamble étaient tout à fait légitimes et n'ont pas fait naître une crainte raisonnable que cette dernière ne soit pas impartiale ou que la direction de la Commission ait indûment porté atteinte à son indépendance.

VIII. Conclusion

[223] Pour les raisons que j'ai indiquées, l'alinéa 159(1)h) de la LIPR autorise le président à publier un guide jurisprudentiel portant sur les questions de fait, ainsi que les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. Aucune consultation publique n'était requise en ce qui concerne la désignation par le président des quatre guides jurisprudentiels contestés dans la présente instance.

[224] Le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'entrave pas illicitement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires et n'empiète pas indûment sur leur indépendance décisionnelle, car il fait constamment référence à la nécessité pour chaque affaire d'être jugée sur le fondement de ses faits particuliers. Pour la même raison, ce guide jurisprudentiel n'augmente pas injustement le fardeau imposé aux demandeurs d'asile lors de l'établissement de leurs revendications. Contrairement à ce que l'ACAADR a déclaré, le guide jurisprudentiel sur le Nigéria n'a pas été [TRADUCTION] « présélectionné » indûment.

[225] Des trois guides jurisprudentiels restants en question, seul le guide jurisprudentiel sur le Pakistan reste en vigueur. En raison de l'attente exprimée dans la note de politique publiée avec ce guide jurisprudentiel, le pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés est entravé illicitement et leur indépendance décisionnelle est indûment atteinte. En effet, la déclaration réduit la liberté

similar facts, unless they provide reasoned justifications for not applying the JG. Those factual determinations concern matters addressed in paragraph 33 and the first two sentences of paragraph 35 of the JG. Those matters go beyond the specific factual evidence adduced by the refugee claimant in RAD case TB5-01837 and may well arise in future cases. The statement of expectations is unlawful and therefore inoperative in respect of those matters.

[226] As for cases involving the Pakistan JG that may currently be before the RAD or the Court, each case will have to be assessed individually to ascertain whether the RPD or the RAD, as the case may be, reached its own conclusion without any improper influence from the statement of expectation as it relates to paragraph 33 and the first two sentences of paragraph 35 of the JG: *Araya Atencio*, above; *Feng*, above.

[227] Going forward, the obvious solution to this is to remove the statement of expectations from the policy note that was issued with the Pakistan JG, at least in respect of the factual determinations made in the JG at paragraph 33 and in the first two sentences of paragraph 35.

[228] The conclusions summarized in the three immediately preceding paragraphs above also apply to the revoked India and China JGs. The factual determinations in question are those identified at paragraphs 156 and 163 above. Of course, no action is required with respect to the statement of expectations that was made in their respective accompanying policy note, as those JGs have been revoked.

[229] Regarding CARL's submission that the impugned JGs unfairly enhance the burden of proof on claimants

de ces décideurs d'établir leurs propres déterminations factuelles dans des affaires comportant des faits semblables, à moins qu'ils ne justifient leur décision de ne pas appliquer le guide jurisprudentiel. Ces déterminations factuelles concernent des questions traitées au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 du guide jurisprudentiel. Ces questions vont au-delà de la preuve factuelle précise présentée par le demandeur d'asile dans l'affaire TB5-01837 de la Section d'appel des réfugiés, et pourraient bien se présenter dans des affaires futures. La déclaration d'attente est illicite et donc inopérante à l'égard de ces affaires.

[226] En ce qui concerne les affaires visant le guide jurisprudentiel sur le Pakistan qui peuvent actuellement être soumises à la Section d'appel des réfugiés ou à la Cour, chaque affaire devra être évaluée individuellement pour déterminer si la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés, selon le cas, est parvenue à sa propre conclusion sans aucune influence indue de la déclaration d'attente dans la mesure où elle se rapporte au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 du guide jurisprudentiel : *Araya Atencio*, précitée; *Feng*, précitée.

[227] À l'avenir, la solution évidente à ce problème consiste à supprimer la déclaration d'attente de la note de politique publiée avec le guide jurisprudentiel sur le Pakistan, du moins en ce qui concerne les déterminations factuelles établies dans le guide jurisprudentiel au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35.

[228] Les conclusions résumées dans les trois paragraphes précédents immédiats ci-dessus s'appliquent également aux guides jurisprudentiels sur l'Inde et la Chine révoqués. Les déterminations factuelles en question sont celles mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus. Bien entendu, aucune action n'est requise en ce qui concerne la déclaration d'attente formulée dans la note de politique qui l'accompagne, ces guides jurisprudentiels ayant été révoqués.

[229] En ce qui concerne l'observation de l'ACAADR selon laquelle les guides jurisprudentiels contestés rehaussent

for refugee protection, I have concluded that this is not so with respect to the Nigeria JG and the Pakistan JG. With respect to the China JG and the India JG, I agree with CARL, but only to a limited degree. Specifically, I consider that the statement of expectations that accompanied the issuance of those JGs unfairly enhanced the burden of proof for refugee claimants only in respect of the factual determinations identified at paragraphs 156 and 163 above. Once again, no action is required on the part of the Board, as those JGs are no longer in force. With respect to cases that are currently before the RAD or this Court, each case will need to be assessed individually to ascertain whether the RPD or the RAD, as the case may be, reached its own conclusion, without any improper influence from statement of expectations as it relates to the factual determinations identified at paragraphs 156 and 163 above.

[230] Given the foregoing, I do not consider it to be appropriate to grant the relief that CARL has requested, namely, declarations that the RAD's decisions TB7-01837, TB7-19851, TB6-11632 and MB6-01059/MB6-01060 were not lawfully enacted and are of no force or effect.

[231] Instead, I will grant the more limited relief of declaring the statement of expectation in the policy note that was issued with the Pakistan JG to be unlawful and inoperative in respect of the factual determinations made in paragraph 33 and the first two sentences of paragraph 35 of the JG.

[232] I will also declare the statement of expectation made in the policy notes that accompanied the India JG and the China JG, respectively, to have been unlawful and inoperative as it related to the factual determinations identified at paragraphs 156 and 163 above.

injustement le fardeau de la preuve des demandeurs d'asile, j'ai conclu qu'il en était autrement relativement au guide jurisprudentiel sur le Nigéria et au guide jurisprudentiel sur le Pakistan. En ce qui concerne le guide jurisprudentiel sur la Chine et le guide jurisprudentiel sur l'Inde, je suis d'accord avec l'ACAADR, mais seulement dans une certaine mesure. Plus précisément, j'estime que la déclaration d'attente qui accompagnait la publication de ces guides jurisprudentiels rehaussait injustement le fardeau de la preuve des demandeurs d'asile uniquement en ce qui concerne les déterminations factuelles mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus. Encore une fois, aucune action n'est requise de la part de la Commission, car ces guides jurisprudentiels ne sont plus en vigueur. En ce qui concerne les affaires dont la Section d'appel des réfugiés et la Cour sont actuellement saisies, chaque affaire devra être évaluée individuellement pour déterminer si la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés, selon le cas, est parvenue à sa propre conclusion sans aucune influence indue de la déclaration d'attente dans la mesure où elle se rapporte aux déterminations factuelles mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus.

[230] Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'il n'est pas approprié d'accorder le redressement demandé par l'ACAADR, à savoir des déclarations selon lesquelles les décisions TB7-01837, TB7-19851, TB6-11632 et MB6-01059/MB6-01060 de la Section d'appel des réfugiés n'ont pas été rendues légalement et sont inopérantes.

[231] J'accorderai plutôt un redressement plus limité consistant à déclarer la déclaration d'attente contenue dans la note de politique publiée avec le guide jurisprudentiel sur le Pakistan comme illégale et inopérante en ce qui concerne les déterminations factuelles établies au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 du guide jurisprudentiel.

[232] Je vais également déclarer que l'attente formulée dans les notes de politique accompagnant le guide jurisprudentiel sur l'Inde et le guide jurisprudentiel sur la Chine, respectivement, était illégale et inopérante dans la mesure où elle se rapportait aux déterminations factuelles mentionnées aux paragraphes 156 et 163 ci-dessus.

IX. Questions for Certification

[233] At the end of the hearing of these applications, the respondent proposed four questions for certification and CARL proposed three. After I expressed a reluctance to certify four questions in light of past comments made by the Federal Court of Appeal (see for example *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28–29), each of the parties withdrew one of their questions. In so doing, the respondent conceded that its withdrawn question was not potentially a serious question of general importance, as required by paragraph 74(d) of the IRPA.

[234] The three remaining questions proposed by the respondent are as follows:

1. Does the Board's use of JGs issued pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA fetter Board Members' independence?
2. Does the Chairperson of the Board have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA to issue JGs on questions of fact?
3. Does paragraph 159(1)(h) of the IRPA require the Chairperson to conduct consultations with external stakeholders prior to issuing a JG?

[235] The first of the three questions identified above was similar to the question that CARL withdrew. The two remaining questions suggested by CARL are as follows:

1. Does the Chairperson have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the IRPA to issue JGs that include factual determinations?
2. Can the Chairperson select a claim as a JG prior to the decision being rendered?

IX. Questions à certifier

[233] À la fin de l'audition de ces demandes, le défendeur a proposé quatre questions à certifier et l'ACAADR en a proposé trois. Après avoir exprimé ma réticence à certifier quatre questions compte tenu les commentaires antérieurs de la Cour d'appel fédérale (voir par exemple l'arrêt *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28 à 29), chacune des parties a retiré l'une de ses questions. Ce faisant, le défendeur a reconnu que sa question retirée n'était pas potentiellement une question grave de portée générale, comme l'exige l'alinéa 74d) de la LIPR.

[234] Les trois questions restantes proposées par le défendeur sont les suivantes :

1. L'utilisation par la Commission des guides jurisprudentiels publiés aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR entrave-t-elle l'indépendance des commissaires?
2. Le président de la Commission a-t-il le pouvoir aux termes de l'alinéa 159(1)h) de publier des guides jurisprudentiels sur des questions de fait?
3. L'alinéa 159(1)h) de la LIPR exige-t-il que le président mène des consultations auprès des intervenants externes avant de publier un guide jurisprudentiel?

[235] La première des trois questions indiquées ci-dessus était semblable à celle que l'ACAADR a retirée. Les deux questions restantes posées par l'ACAADR sont les suivantes :

1. Le président a-t-il le pouvoir aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR de publier des guides jurisprudentiels qui comprennent des déterminations factuelles?
2. Le président peut-il sélectionner une revendication en tant que guide jurisprudentiel avant que la décision ne soit rendue?

[236] As formulated by the respondent, its first question is more of a very broad reference question than a question that arises from the issues in these applications. Such questions are not eligible for certification: *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46. CARL's submissions with respect to the fettering of discretion issue concerns the factual assertions and determinations made in the impugned JGs, taken together with the statement of expectation set forth in the policy notes that accompanied the issuance of the JGs. CARL maintained that this statement effectively instructs a member to adopt the factual determinations in the JGs. In my view, this is a serious question of general importance that arises on the facts of these applications. Accordingly, I will certify a question on that issue.

[237] Turning to the second question proposed by the respondent, I consider that it would be more appropriate to certify the corresponding question proposed by CARL. (See the first of the two questions proposed by CARL above.) This is because important parts of three of the four JGs challenged in these applications focused on questions of law (e.g., the test for an IFA) and questions of mixed fact and law (e.g., the availability of an IFA). Only the China JG solely focused on a question of fact.

[238] Regarding the third question proposed by the respondent, I do not consider this to rise to the level of being a serious question of general importance. This is because it is implicit from the plain language of paragraph 159(1)(h) of the IRPA that consultations with external stakeholders are not required prior to when the Chairperson identifies a JG.

[239] With respect to the two questions posed by CARL, I have already addressed its first question. This leaves its second question. I consider that to be a reference question because it does not arise from the facts of this case. This question was raised in respect of the Nigeria JG. The

[236] Telle que formulée par le défendeur, sa première question est davantage une question de référence très large qu'une question qui découle des questions soulevées dans ces demandes. De telles questions ne sont pas admissibles à la certification : *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, au paragraphe 46. Les observations de l'ACAADR sur la question concernant l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire concernent les allégations de fait et les déterminations factuelles établies dans les guides jurisprudentiels contestés, ainsi que la déclaration d'attente énoncée dans les notes de politique accompagnant la publication des guides jurisprudentiels. L'ACAADR a soutenu que cette déclaration ordonnait effectivement à un membre d'adopter les déterminations factuelles énoncées dans les guides jurisprudentiels. À mon avis, il s'agit d'une question grave de portée générale qui découle des faits de cette affaire. En conséquence, je certifierai une question sur cet enjeu.

[237] En ce qui concerne la deuxième question proposée par le défendeur, j'estime qu'il serait plus approprié de certifier la question correspondante proposée par l'ACAADR. (Voir la première des deux questions proposées par l'ACAADR ci-dessus). Il en est ainsi parce que les parties importantes de trois des quatre guides jurisprudentiels contestés dans ces demandes étaient axées sur des questions de droit (p. ex. le critère relatif à une PRI) et sur des questions mixtes de fait et de droit (p. ex. la disponibilité d'une PRI). Seul le guide jurisprudentiel sur la Chine était centré uniquement sur une question de fait.

[238] En ce qui concerne la troisième question proposée par le défendeur, j'estime qu'elle n'est pas considérée comme une question grave de portée générale. En effet, il ressort implicitement du libellé clair de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR qu'il n'est pas nécessaire de consulter les intervenants externes avant que le président désigne un guide jurisprudentiel.

[239] En ce qui concerne les deux questions posées par l'ACAADR, j'ai déjà traité sa première question. Il reste sa deuxième question. J'estime qu'il s'agit d'une question susceptible d'un renvoi, car elle ne découle pas des faits de l'affaire. Cette question a été soulevée à propos du guide

uncontested evidence is that that JG was formally identified as a JG approximately two months after the RAD issued its decision in TB7-19851. No evidence was adduced to demonstrate that the Chairperson informally or *de facto* identified that decision as a JG prior to its issuance.

[240] Considering the foregoing, I will certify the following two questions:

1. Does the Chairperson of the Immigration and Refugee Board have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to issue jurisprudential guides that include factual determinations?
2. Do the Jurisprudential Guides that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fetter the discretion of members of the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division to make their own factual findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?

Judgment in IMM-3433-17 & IMM-3373-18

THIS COURT'S JUDGMENT is that these applications are granted in part:

1. The Chairperson of the Immigration and Refugee Board [the Board] has the authority under paragraph 159(1)(h) of the IRPA to issue jurisprudential guides (JGs) that include factual determinations.
2. The Chairperson was not required to engage in consultation with external stakeholders prior to identifying the JGs pertaining to Nigeria, Pakistan, India, and China.

jurisprudential sur le Nigéria. La preuve non contestée atteste que ce guide jurisprudential a été officiellement désigné comme un guide jurisprudential environ deux mois après que la Section d'appel des réfugiés a rendu sa décision dans le dossier TB7-19851. Aucune preuve n'a été présentée pour démontrer que le président, de manière informelle ou *de facto*, avait désigné cette décision comme un guide jurisprudential avant son prononcé.

[240] Par conséquent, je certifierai les questions suivantes :

1. Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?
2. Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?

Jugement dans les dossiers IMM-3433-17 et IMM-3373-18

LA COUR accueille les présentes demandes en partie :

1. Aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la LIPR, le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a le pouvoir de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles.
2. Le président n'était pas obligé d'entreprendre des consultations auprès des intervenants externes avant de désigner les guides jurisprudentiels sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine.

3. The JG that was identified with respect to Nigeria does not unlawfully fetter the discretion of members of the Board's Refugee Protection Division (RPD) or its Refugee Appeal Division (RAD) to make their own factual determinations. Nor does it improperly encroach upon the adjudicative independence of RPD or RAD members or unfairly increase the burden faced by refugee applicants in establishing their claims. That JG was not improperly pre-selected.
4. The statement of expectation included in the policy note that was issued together with Chairperson's identification of the RAD's decision in TB7-01837 as a JG pertaining to Pakistan was unlawful and inoperative as it relates to the factual determinations set forth in paragraph 33 and in the first two sentences of paragraph 35 of that JG. The remainder of the policy note, together with the text of the JG itself, do not unlawfully fetter the discretion of the Board's members, improperly encroach upon their adjudicative independence, or unfairly increase the burden faced by refugee applicants in establishing their claims.
5. The statement of expectation made in the policy notes that were issued together with Chairperson's identification of the RAD's decisions in MB6-01059/MB6-01060 and TB6-11632 as JGs pertaining to India and China, respectively, was unlawful and inoperative as it related to the factual determinations identified at paragraphs 156 and 163 of the attached reasons for judgment. The remainder of those policy notes, together with the text of the JGs themselves, did not unlawfully fetter the discretion of the Board's members, improperly encroach upon their adjudicative independence, or unfairly increase the burden faced by refugee applicants in establishing their claims.
3. Le guide jurisprudentiel désigné à l'égard du Nigéria ne constitue pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés de la Commission ou sa Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait. Cela n'empiète pas non plus indûment sur l'indépendance décisionnelle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés ou de la Section d'appel des réfugiés ni n'alourdit injustement le fardeau imposé aux demandeurs du statut de réfugié lors de l'établissement du bien-fondé de leurs revendications. Ce guide jurisprudentiel n'a pas été présélectionné indûment.
4. La déclaration d'attente incluse dans la note de politique qui a été publiée conjointement avec la désignation par le président de la décision de la Section d'appel des réfugiés dans la décision TB7-01837 en tant que guide jurisprudentiel sur le Pakistan était illégale et inopérante en ce qui concerne les conclusions de fait énoncées au paragraphe 33 et dans les deux premières phrases du paragraphe 35 de ce guide jurisprudentiel. Le reste de la note de politique, ainsi que le texte du guide jurisprudentiel lui-même, ne constitue pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires ni un empiètement indu sur leur indépendance décisionnelle ni n'alourdit injustement le fardeau des demandeurs du statut de réfugié lors de l'établissement du bien-fondé de leurs revendications.
5. La déclaration d'attente formulée dans les notes de politique qui ont été publiées conjointement avec la désignation par le président des décisions de la Section d'appel des réfugiés dans les décisions MB6-01059/MB6-01060 et TB6-11632 comme guide jurisprudentiel sur l'Inde et la Chine, respectivement, était illégale et inopérante en ce qui concerne les conclusions de fait mentionnées aux paragraphes 156 et 163 des motifs de jugement ci-joints. Le reste de ces notes de politique, ainsi que le texte des guides jurisprudentiels eux-mêmes, ne constituait pas une entrave illicite à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires ni un empiètement indu sur leur indépendance décisionnelle.

- ni n'alourdissait injustement le fardeau des demandeurs du statut de réfugié lors de l'établissement du bien-fondé de leurs revendications.
6. The following two questions are certified as serious questions of general importance, as contemplated by paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27:
6. Les deux questions suivantes sont certifiées comme questions graves de portée générale au sens l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27 :
- (i) Does the Chairperson of the Immigration and Refugee Board have the authority pursuant to paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to issue jurisprudential guides that include factual determinations?
- (i) Le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-il le pouvoir, aux termes de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, de publier des guides jurisprudentiels comprenant des déterminations factuelles?
- (ii) Do the Jurisprudential Guides that the Chairperson issued with respect to Nigeria, Pakistan, India, and China unlawfully fetter the discretion of members of the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division to make their own factual findings, or improperly encroach upon their adjudicative independence?
- (ii) Les guides jurisprudentiels que le président a publiés sur le Nigéria, le Pakistan, l'Inde et la Chine constituent-ils une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire des membres de la Section de la protection des réfugiés et de la Section d'appel des réfugiés de tirer leurs propres conclusions de fait, ou portent-ils indûment atteinte à leur indépendance décisionnelle?

APPENDIX 1 — Relevant Legislation

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

72 ...

Application

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

...

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

ANNEXE 1 – Lois applicables

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

72 [...]

Application

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation :

[...]

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

...

[...]

DUTIES OF CHAIRPERSON**PRÉSIDENCE DE LA COMMISSION****Chairperson****Fonctions**

159 (1) The Chairperson is, by virtue of holding that office, a member of each Division of the Board and is the chief executive officer of the Board. In that capacity, the Chairperson

159 (1) Le président est le premier dirigeant de la Commission ainsi que membre d'office des quatre sections; à ce titre :

...

[...]

(h) may issue guidelines in writing to members of the Board and identify decisions of the Board as jurisprudential guides, after consulting with the Deputy Chairpersons, to assist members in carrying out their duties; and

h) après consultation des vice-présidents et en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions, il donne des directives écrites aux commissaires et précise les décisions de la Commission qui serviront de guide jurisprudentiel.

*Federal Court Rules, SOR/98-106**Règles des Cours fédérales, DORS/98-106*

APPLICATION

CHAMP D'APPLICATION

Application**Application**

1.1 (1) These Rules apply to all proceedings in the Federal Court of Appeal and the Federal Court unless otherwise provided by or under an Act of Parliament.

1.1 (1) Sauf disposition contraire d'une loi fédérale ou de ses textes d'application, les présentes règles s'appliquent à toutes les instances devant la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale.

Inconsistency with Act**Dispositions incompatibles**

(2) In the event of any inconsistency between these Rules and an Act of Parliament or a regulation made under such an Act, that Act or regulation prevails to the extent of the inconsistency.

(2) Les dispositions de toute loi fédérale ou de ses textes d'application l'emportent sur les dispositions incompatibles des présentes règles.

...

[...]

APPEALS OF PROTHONOTARIES' ORDERS

APPEL DES ORDONNANCES DU PROTONOTAIRE

Appeal**Appel**

51 (1) An order of a prothonotary may be appealed by a motion to a judge of the Federal Court.

51 (1) L'ordonnance du protonotaire peut être portée en appel par voie de requête présentée à un juge de la Cour fédérale.

19-A-35, 19-A-36, 19-A-37,
19-A-38, 19-A-39, 19-A-40,
19-A-41, 19-A-42, 19-A-44,
19-A-45, 19-A-46, 19-A-47
2019 FCA 224

19-A-35, 19-A-36, 19-A-37,
19-A-38, 19-A-39, 19-A-40,
19-A-41, 19-A-42, 19-A-44,
19-A-45, 19-A-46, 19-A-47
2019 CAF 224

Raincoast Conservation Foundation, Living Oceans Society, Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation, Squamish Nation, Coldwater Indian Band, Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature, Tsleil-Waututh Nation, Stz'uminus First Nation, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwoose, City of Vancouver, Shxw'ówhámél First Nation, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, Rebecca Wolf Gage and Upper Nicola Band (*Applicants*)

Raincoast Conservation Foundation, Living Oceans Society, Chef Ron Ignace et Chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc, Nation Squamish, Bande indienne Coldwater, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature, Tsleil-Waututh Nation, Stz'uminus First Nation, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwoose, Ville de Vancouver, Shxw'ówhámél First Nation, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, Rebecca Wolf Gage et Bande Upper Nicola (*demandeurs*)

v.

c.

The Attorney General of Canada, Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation (*Respondents*)

Le procureur général du Canada, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation (*défendeurs*)

and

et

Attorney General of Alberta (*Intervener*)

Le procureur général de l'Alberta (*intervenant*)

INDEXED AS: RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : RAINCOAST CONSERVATION FOUNDATION c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa, September 4, 2019.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa, 4 septembre 2019.

Energy — Twelve consolidated motions for leave to commence judicial review of Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby Governor in Council approving Trans Mountain Pipeline expansion project for second time — Applicants alleging in particular that Governor in Council's decision approving project substantively unreasonable; that Crown failed to adequately consult with indigenous peoples, First Nations — While express text of National Energy Board Act not indicating when to grant leave after Governor in Council deciding matter, Court must decide whether leave warranted in accordance with Act, s. 55(1) — Under various legislative schemes, party must show "fairly arguable case" that warrants

Énergie — Il s'agissait de douze requêtes regroupées en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois — Les demandeurs ont allégué plus particulièrement que la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et que la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations — Le libellé de la Loi sur l'Office national de l'Énergie ne dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation, mais une fois que le gouverneur en conseil a pris

full review of administrative decision — Federal Court of Appeal previously striking down Governor in Council's first approval of project in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)* — While Court not requiring that all work, consultation be redone, Court requiring targeted work, further meaningful consultation to be performed to address specific flaws found in first approval of project — Main issue whether motions for leave satisfying leave requirements because establishing "fairly arguable" case — Specifically, whether Governor in Council's decision approving project substantively unreasonable; whether Crown failing to adequately consult with indigenous peoples, First Nations — Central issues applicants raising grouped into four categories: alleged conflict of interest and bias; environmental issues and substantive reasonableness; issues relating to consultation with Indigenous peoples and First Nations; remaining miscellaneous issues — Submission that decision of Governor in Council vitiated by bias, conflict of interest not passing "fairly arguable case" test; no evidence supporting submission — Arguments on environmental issues also could not meet threshold of "fairly arguable" case — In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about environmental effects of project either made or could have been made but were not — Most of environmental points applicants now raising not fairly arguable because falling into one of these categories; barred by doctrines against relitigation — Applicants also failing to show that such arguments could practically change outcome since Governor in Council would still conclude project, on balance, in public interest — As to issues on adequacy of consultation with Indigenous people/First Nations, two sets of arguments not passing "fairly arguable" standard: (1) those involving applicants' dissatisfaction, disagreement with outcome of consultation process, asserted right to exercise veto over project; (2) those on adequacy of consultation previously raised, decided in *Tsleil-Waututh Nation* or that could have been raised but were not — Doctrines against relitigation now applying to bar these points — However, some issues advanced concerning adequacy of consultation in fact meeting "fairly arguable" standard for leave; in particular, argument that Canada's duty to consult in Phase III of consultation process, as Court had previously ordered when project first approved, carried out inadequately given poor quality, hurried nature of further consultation — Finally, to extent remaining miscellaneous issues existed and not fitting into four categories of issues set, none of them meeting "fairly arguable" standard — Six motions allowed.

sa décision, la Cour doit décider si l'autorisation est justifiée en application de l'art. 55(1) de la Loi — Divers régimes légaux indiquent qu'une partie doit invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient le contrôle intégral de la décision administrative — La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)* — Elle n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations soient repris à neuf, mais elle a exigé la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires pour pallier les lacunes précises relevées dans l'approbation initiale du projet — Il s'agissait principalement de savoir si les requêtes en autorisation satisfaisaient aux critères d'une autorisation parce qu'elles établissaient l'existence d'une « cause raisonnablement défendable » — Plus particulièrement, il s'agissait de savoir si la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations — Les principales questions que soulevaient les requêtes des demandeurs ont été regroupées sous quatre rubriques : conflits d'intérêts et partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses — L'argument selon lequel la décision du gouverneur en conseil était viciée en raison de la partialité et de l'existence de conflits d'intérêts n'était pas « raisonnablement défendable »; aucune preuve n'est venue appuyer cet argument — Les arguments sur les préoccupations environnementales ne satisfaisaient pas non plus au critère des arguments « raisonnablement défendables » — Dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d'arguments sur l'incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l'être, mais ils ne l'ont pas été — La plupart des préoccupations environnementales que soulevaient les demandeurs en l'espèce n'étaient pas raisonnablement défendables, car elles appartenaient à l'une ou l'autre de ces catégories et elles étaient irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause — En outre, les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer que ces arguments mèneraient pratiquement à une issue différente, puisque le gouverneur en conseil arriverait quand même à la conclusion que le projet était, tout compte fait, dans l'intérêt public — En ce qui concerne les questions se rapportant aux consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations, deux arguments sur la qualité des consultations n'étaient pas « raisonnablement défendables » : 1) ceux qui portaient sur l'insatisfaction des demandeurs à l'égard de l'issue des consultations et leur opposition à cette issue, et le droit invoqué d'opposer un veto au projet; 2) ceux portant sur la qualité des consultations, qui avaient été soulevés et tranchés dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation* ou qui auraient pu être soulevés et qui ne l'ont pas été — Les doctrines empêchant la remise en cause sont venues parler à ces arguments — Cependant, certaines questions soulevées sur la qualité des consultations ont satisfait à la norme de la

These were 12 consolidated motions for leave to commence applications for judicial review of an Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time. Before consolidation, 12 sets of parties wanted to challenge the approval by starting applications for judicial review. In their motions, the applicants alleged in particular that the Governor in Council's decision approving the project was substantively unreasonable and that the Crown failed to adequately consult with indigenous peoples and First Nations.

The express text of the *National Energy Board Act* does not indicate when to grant leave. Under the Act, during the process of project approvals, recourse to the judicial system is forbidden. After the Governor in Council has decided the matter, recourse is potentially available but is not automatic nor as of right. The Court must decide whether leave is warranted in accordance with subsection 55(1) of the Act. Leave requirements to this Court can be found under various legislative schemes, some of which suggest that a party seeking leave must show a "fairly arguable case" that warrants a full review of the administrative decision. This "fairly arguable" standard was described in *Lukacs v. Swoop Inc.* (F.C.A.). When applying the "fairly arguable" standard under section 55 of the Act, three ideas must be kept in mind, including the fulfillment of the gatekeeping function; the role of deference; and practicality matters. In applying this standard, the Federal Court of Appeal struck down the Governor in Council's first approval of the project in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*. In so doing, the Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council's approval to be redone but only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address specific flaws that led to the quashing of the first approval.

cause « raisonnablement défendable » à laquelle l'autorisation est subordonnée; plus particulièrement, l'argument selon lequel l'obligation du Canada de consulter à la phase III du processus de consultation, ainsi que la Cour l'avait ordonné lorsque le projet a été approuvé la première fois, avait été exécutée de façon inadéquate en raison de la piètre qualité de ces consultations et de la hâte avec laquelle elles ont été tenues — Enfin, dans la mesure où il existait des questions diverses et où celles-ci n'entraient pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune d'entre elles n'était « raisonnablement défendable » — Six requêtes ont été accueillies.

Il s'agissait de 12 requêtes regroupées en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois. Avant ce regroupement, 12 groupes de parties souhaitaient contester la décision portant approbation au moyen de demandes de contrôle judiciaire. Dans leurs requêtes, les demandeurs ont allégué plus particulièrement que la décision du gouverneur en conseil d'approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et que la Couronne avait manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations.

Le libellé de la *Loi sur l'Office national de l'Énergie* ne dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation. Aux termes de la Loi, il est interdit d'ester en justice pendant le déroulement du processus d'approbation des projets. Une fois que le gouverneur en conseil a pris sa décision, il est éventuellement possible d'intenter un recours, mais ce recours n'est pas présenté d'office ni de plein droit. La Cour doit décider si l'autorisation est justifiée en application du paragraphe 55(1) de la Loi. Les dispositions qui obligent une partie à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la Cour sont prévues dans différents régimes légaux, dont certains indiquent qu'une partie sollicitant l'autorisation doit invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient le contrôle intégral de la décision administrative. La norme de la « cause raisonnablement défendable » a été décrite dans l'arrêt *Lukács c. Swoop Inc.* (C.A.F.). Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la « cause raisonnablement défendable » à une affaire intéressant l'article 55 de la Loi, il importe de garder à l'esprit trois notions, à savoir la fonction de gardien judiciaire, le rôle de la déférence et l'importance de l'aspect pratique. Dans l'application de cette norme, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*. Elle n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à l'approbation par le gouverneur en conseil soient repris à neuf. Elle a exigé seulement la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l'annulation de l'approbation initiale.

The main issue was whether the motions for leave to start applications for judicial review satisfied the leave requirements because they established a “fairly arguable” case. Specifically, it had to be determined whether the Governor in Council’s decision approving the project was substantively unreasonable and whether the Crown failed to adequately consult with indigenous peoples and First Nations.

Held, six of the twelve motions should be allowed.

The central issues raised in the applicants’ motions were grouped into four categories: alleged conflict of interest and bias, environmental issues and substantive reasonableness, issues relating to the consultation with Indigenous peoples and First Nations, and remaining miscellaneous issues.

Various applicants submitted that the decision of the Governor in Council was vitiated by bias and a conflict of interest because after the first approval decision, the Government of Canada, through a corporate vehicle, acquired the respondent Trans Mountain and now owns the project. However, this submission did not pass the “fairly arguable case” test. It suffered from a fatal flaw being that the Governor in Council, the decision maker in this case, is not the Government of Canada and does not own the project. More fundamentally, section 54 of the Act requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest. In the evidentiary record before the Court, there was no evidence to support this submission.

The applicants’ arguments on the environmental issues also could not meet the threshold of a “fairly arguable case”. In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about the environmental effects of the project either were made or could have been made but were not. Most of the environmental points the applicants now raised were not fairly arguable because they fell into one of these categories and were barred by the doctrines against relitigation. Moreover, in attempting to meet the standard of “fairly arguable”, the applicants had to show that their arguments could practically change the outcome and on this they failed. The Governor in Council found that compelling public interest considerations clearly outweighed the adverse environmental effects. The decisive and emphatic nature of the Governor in Council’s reasons set out in the Order in Council led inexorably to the conclusion that if the matters raised by the applicants at issue were placed in a further new report given to the Governor in Council, the Governor

Il s’agissait principalement de savoir si les requêtes en autorisation de présenter des demandes de contrôle judiciaire satisfaisaient aux critères d’une autorisation parce qu’elles établissaient l’existence d’une « cause raisonnablement défendable ». Plus particulièrement, il s’agissait de savoir si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations.

Jugement : Six des douze requêtes doivent être accueillies.

Les principales questions que soulevaient les requêtes des demandeurs ont été regroupées sous quatre rubriques : conflits d’intérêts et partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses.

Divers demandeurs ont prétendu que la décision du gouverneur en conseil était viciée en raison de la partialité et de l’existence de conflits d’intérêts parce que, après l’approbation initiale, le gouvernement du Canada, par le truchement d’une société, a acheté la défenderesse Trans Mountain, de sorte que le projet lui appartient maintenant. Toutefois, cet argument n’était pas « raisonnablement défendable ». Il était entaché d’un vice fatal, à savoir que le gouverneur en conseil, l’organe décisionnel en l’espèce, n’est pas le gouvernement du Canada et il n’est pas propriétaire du projet. Il existait une raison encore plus fondamentale : l’article 54 de la Loi oblige le gouverneur en conseil à décider d’approuver ou non un projet, sans égard à l’identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s’acquitter de cette responsabilité selon l’identité du propriétaire du projet. La Loi l’emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d’intérêts. Dans le dossier dont la Cour était saisie, les arguments portant sur la partialité et les conflits d’intérêts n’étaient pas étayés par la preuve.

Les arguments des demandeurs sur les préoccupations environnementales ne satisfaisaient pas non plus au critère des arguments « raisonnablement défendables ». Dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d’arguments sur l’incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l’être, mais ils ne l’ont pas été. La plupart des préoccupations environnementales que soulevaient les demandeurs en l’espèce n’étaient pas raisonnablement défendables, car elles appartenaient à l’une ou l’autre de ces catégories et elles étaient irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause. En outre, pour que leurs arguments soient « raisonnablement défendables », les demandeurs devaient démontrer qu’ils mèneraient pratiquement à une issue différente, et ils ont échoué à cet égard. Le gouverneur en conseil était d’avis que les importantes considérations d’intérêt public l’emportaient haut la main sur le risque de préjudice écologique. Les motifs dont était assorti le décret du gouverneur en conseil, décisifs et

in Council would still conclude the project was, on balance, in the public interest and would still approve it.

Regarding the issues relating to the adequacy of the consultation with Indigenous peoples and First Nations, two sets of arguments on this issue did not pass the “fairly arguable” standard. These arguments involved the applicants’ dissatisfaction and disagreement with the outcome of the consultation process and an asserted right to exercise a veto over the project as well as those points concerning, in particular, the adequacy of consultation that were previously raised and decided in *Tsleil-Waututh Nation* or that could have been raised but were not. The doctrines against relitigation now applied to bar these points. Nevertheless, some issues advanced concerning the adequacy of consultation did meet the “fairly arguable” standard for leave. In particular, the Court in *Tsleil-Waututh Nation* found that Canada had not discharged its duty to consult in Phase III of the consultation process. As a result, the Court quashed the approval of the project and required more work to be done in Phase III of the consultation process. In the following months, further consultation took place to that end. Many of the Indigenous and First Nation applicants now alleged that the poor quality and hurried nature of this further consultation rendered it inadequate. Whether the further consultation process was adequate was unclear and a future panel of the Court would have to decide on its adequacy.

Finally, regarding the remaining miscellaneous issues, to the extent that they existed and did not fit into the four categories previously stated, none of them met the “fairly arguable” standard.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 110.
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 52(11), 53(8), 54, 55.
 Order in Council P.C. 2018-1177.
 Order in Council P.C. 2019-378.

catégoriques, menaient inexorablement à la conclusion que, si les questions soulevées par les demandeurs figuraient dans un autre rapport qui serait présenté au gouverneur en conseil, ce dernier arriverait quand même à la conclusion que le projet était, tout compte fait, dans l’intérêt public et l’approuverait.

En ce qui concerne les questions se rapportant aux consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations, deux arguments sur la qualité des consultations n’étaient pas « raisonnablement défendables ». Certains demandeurs ont soulevé leur insatisfaction à l’égard de l’issue des consultations et leur opposition à cette issue et ont invoqué le droit d’opposer un veto au projet, et nombre de questions portant, plus particulièrement, sur la qualité des consultations, qui avaient été soulevées et tranchées dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, ou qui auraient pu être soulevées, mais ne l’ont pas été. Les doctrines empêchant la remise en cause sont venues parer à ces arguments. Quoi qu’il en soit, certaines questions soulevées sur la qualité des consultations ont satisfait à la norme de la cause « raisonnablement défendable » à laquelle l’autorisation est subordonnée. Plus particulièrement, la Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* était d’avis que le Canada ne s’était pas acquitté de son obligation de consulter à la phase III du processus de consultation. Par conséquent, la Cour a infirmé la décision portant approbation du projet et a exigé des travaux supplémentaires dans le cadre de la phase III du processus de consultation. Au cours des mois qui ont suivi, d’autres consultations ont eu lieu à cette fin. Nombre des demandeurs autochtones et des Premières Nations ont prétendu que la piètre qualité des consultations supplémentaires et la hâte avec laquelle elles ont été tenues rendaient celles-ci inadéquates. La question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates n’appelait pas une réponse claire, et une formation de juges de la Cour devrait être appelée à se prononcer sur cette question.

Enfin, en ce qui concerne les questions diverses, dans la mesure où de telles questions existaient et où elles n’entraient pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune d’entre elles n’était « raisonnablement défendable ».

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
 Décret C.P. 2018-1177.
 Décret C.P. 2019-378.
 Décret C.P. 2019-0820.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, art. 52.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, ch. 29.

Order in Council P.C. 2019-0820.
Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7,
 art. 52(11), 53(8), 54, 55.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 110.

CASES CITED

FOLLOWED:

Gitxaala Nation v. Canada, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. xvi; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, [2018] 3 C.N.L.R. 205, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019).

APPLIED:

Lukács v. Swoop Inc., 2019 FCA 145.

CONSIDERED:

Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511.

REFERRED TO:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [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; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658; *Bigstone Cree Nation v. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 FCA 89, 16 C.E.L.R. (4th) 1; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, affd 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS SUIVIES :

Nation Gitxaala c. Canada, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. xvi; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 38379 (2 mai 2019).

DÉCISION APPLIQUÉE :

Lukács c. Swoop Inc., 2019 CAF 145.

DÉCISION EXAMINÉE :

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts), 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

DÉCISIONS CITÉES :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; *Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89; *Première Nation Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 38; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, conf. par 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143.

AUTHORS CITED

Canada Gazette, Part I, Vol. 153, No. 25, 22 June 2019.

TWELVE CONSOLIDATED MOTIONS for leave to commence applications for judicial review of an Order in Council (P.C. 2019-0820) dated June 18, 2019, whereby the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time. Six motions allowed.

WRITTEN REPRESENTATIONS

Dyna Tuytel and *Margot Venton* for applicants Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.

Sarah D. Hansen and *Megan Young* for applicants Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation.

F. Matthew Kirchner and *Michelle Bradley* for applicant Squamish Nation.

F. Matthew Kirchner and *Emma K. Hume* for applicant Coldwater Indian Band.

Chris Tollefson and *Anthony Ho* for applicant Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature.

Scott A. Smith, *Paul Seaman* and *Keith Brown* for applicant Tsleil-Waututh Nation.

Melinda J. Skeels and *Natalia Sudeyko* for applicant Stz'uminus First Nation.

Joelle Walker and *Erin Reimer* for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweawkwoose.

K. Michael Stephens, *Rebecca J. Robb* and *Matthew M.S. Palmer* for applicant City of Vancouver.

Joelle Walker and *Ryley Mennie* for applicant Shxw'ōwhámel First Nation.

Patrick Canning and *Erin Gray* for applicants Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, and Rebecca Wolf Gage.

Crystal Reeves for applicant Upper Nicola Band.

Jan Brongers for respondent Attorney General of Canada.

DOCTRINE CITÉE

Gazette du Canada, Partie I, vol. 153, n° 25, 22 juin 2019.

DOUZE REQUÊTE REGROUPÉES en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire d'un décret (C.P. 2019-0820) daté du 18 juin 2019, par lequel le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois. Six requêtes accueillies.

OBSERVATIONS ÉCRITES

Dyna Tuytel et *Margot Venton*, pour les demanderesse, Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.

Sarah D. Hansen et *Megan Young*, pour les demandeurs, chef Ron Ignace et chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

F. Matthew Kirchner et *Michelle Bradley*, pour la demanderesse, Nation Squamish.

F. Matthew Kirchner et *Emma K. Hume*, pour la demanderesse, Bande indienne Coldwater.

Chris Tollefson et *Anthony Ho*, pour la demanderesse, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature.

Scott A. Smith, *Paul Seaman* et *Keith Brown*, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.

Melinda J. Skeels et *Natalia Sudeyko*, pour la demanderesse, Stz'uminus First Nation.

Joelle Walker et *Erin Reimer*, pour les demandeurs, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweawkwoose.

K. Michael Stephens, *Rebecca J. Robb* et *Matthew M.S. Palmer*, pour la demanderesse, Ville de Vancouver.

Joelle Walker et *Ryley Mennie*, pour la demanderesse, Shxw'ōwhámel First Nation.

Patrick Canning et *Erin Gray*, pour les demandeurs, *Olivier Adkin-Kaya*, *Nina Tran*, *Lena Andres* et *Rebecca Wolf Gage*.

Crystal Reeves, pour la demanderesse, Bande Upper Nicola.

Jan Brongers, pour le défendeur, le procureur général du Canada.

Maureen Killoran, QC, Olivia C. Dixon and Sean Sutherland for respondent Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.

Doreen Mueller, Stephanie Latimer, Jodie Hierlmeier and Jade Vo for intervener Attorney General of Alberta.

SOLICITORS OF RECORD

Ecojustice, Calgary, for applicants Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society.

Miller Thomson LLP, Vancouver, for applicants Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, for applicants Squamish Nation, Stz'uminus First Nation, Coldwater Indian Band, and Stz'uminus First Nation.

Pacific Centre for Environmental Law and Litigation Law Corporation, Victoria, for applicant Federation of British Columbia Naturalists carrying on business as BC Nature.

Gowling WLG (Canada) LLP, Vancouver, for applicant Tsleil-Waututh Nation.

Miller Titerle Law Corporation, Vancouver, for applicants Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:Y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten and Yakweakwioose.

Hunter Litigation Chambers, Vancouver, for applicant City of Vancouver.

Miller Titerle Law Corporation, Vancouver, for applicant Shxw'ōwhámél First Nation.

British Columbia Arbutus Law Group LLP, Victoria, for applicants Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres, and Rebecca Wolf Gage.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, for applicant Upper Nicola Band.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Calgary, for respondent Trans Mountain Pipeline ULC and Trans Mountain Corporation.

Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton, for intervener Attorney General of Alberta.

Maureen Killoran, c.r., Olivia C. Dixon et Sean Sutherland, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.

Doreen Mueller, Stephanie Latimer, Jodie Hierlmeier et Jade Vo, pour l'intervenant, le procureur général de l'Alberta.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ecojustice, Calgary, pour les demanderesse, Raincoast Conservation Foundation et Living Oceans Society.

Miller Thomson LLP, Vancouver, pour les demandeurs, chef Ron Ignace et chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les autres membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc.

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, pour les demanderesse, Nation Squamish, Stz'uminus First Nation, Bande indienne Coldwater et Stz'uminus First Nation.

Pacific Centre for Environmental Law and Litigation Law Corporation, Victoria, pour la demanderesse, Federation of British Columbia Naturalists faisant affaire sous la raison sociale BC Nature.

Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l., Vancouver, pour la demanderesse, Tsleil-Waututh Nation.

Miller Titerle Law Corporation, Vancouver, pour les demandeurs, Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:Y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten et Yakweakwioose.

Hunter Litigation Chambers, Vancouver, pour la demanderesse, Ville de Vancouver.

Miller Titerle Law Corporation, Vancouver, pour la demanderesse, Shxw'ōwhámél First Nation.

British Columbia Arbutus Law Group LLP, Victoria, pour les demandeurs, Olivier Adkin-Kaya, Nina Tran, Lena Andres et Rebecca Wolf Gage.

Mandell Pinder LLP, Vancouver, pour la demanderesse, Bande Upper Nicola.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Calgary, pour les défenderesses, Trans Mountain Pipeline ULC et Trans Mountain Corporation.

Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton, pour l'intervenant, le procureur général de l'Alberta.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] STRATAS J.A. : By Order in Council P.C. 2019-0820 dated June 18, 2019, the Governor in Council approved the Trans Mountain Pipeline expansion project for the second time: (2019) *C. Gaz.* I, Vol. 153, No. 25 [June 22, 2019]. Twelve sets of parties would like to challenge the approval by starting applications for judicial review. But before they can do that, they have to get leave from this Court: *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 [repealed S.C. 2019, c. 28, s. 44], section 55.

[2] As a result, 12 motions for leave to start applications for judicial review have been brought. A single judge of this Court decides whether leave should be granted: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c).

[3] By order of this Court, the motions have been consolidated. These reasons shall be placed in the lead file, file 19-A-35, and a copy shall be placed in each of the other files.

[4] For the following reasons, six of the motions for leave will be allowed and six will be dismissed. Assuming six applications for judicial review are started, they will be made ready for hearing in the shortest possible time.

A. The giving of reasons in this case

[5] The settled practice of this Court is not to give reasons when releasing its decisions on leave motions.

[6] The Chief Justice of this Court has recognized that in the unique circumstances of this case, this practice might have to be relaxed. He has issued a direction explaining this. The direction reads as follows:

The Court's standing practice is not to issue reasons in disposing of leave applications. However this is an exceptional case as the respondents, who have a direct interest in the project, took no position for or against the leave applications in all cases but one, thereby leaving the matter to the discretion of the Court. Taking no position on a motion is a

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendue par

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Par voie de décret (C.P. 2019-0820 daté du 18 juin 2019), le gouverneur en conseil a approuvé le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain pour la seconde fois ((2019), *Gaz. C. I.*, vol. 153, n° 25 [22 juin 2019]). Douze groupes de parties souhaitent contester la décision portant approbation du projet au moyen d'un contrôle judiciaire. Or, ces parties doivent au préalable en demander l'autorisation à notre Cour (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 [abrogé par L.C. 2019, ch. 28, art. 44], article 55 (Loi)).

[2] Par conséquent, elles ont présenté 12 requêtes en autorisation de déposer des demandes de contrôle judiciaire. La décision d'accorder ou non une telle autorisation relève d'un juge de la Cour siégeant seul (Loi, alinéa 55(2)c)).

[3] Les requêtes ont été réunies par suite d'une ordonnance rendue par la Cour. L'original des présents motifs sera déposé au dossier principal, soit 19-A-35, et une copie sera versée aux autres dossiers.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueille six des requêtes en autorisation et je rejette les six autres. Si six demandes de contrôle judiciaire sont effectivement déposées, l'instruction des instances en vue de la tenue de l'audience sera accélérée le plus possible.

A. La publication de motifs en l'espèce

[5] La pratique établie au sein de la Cour consiste à ne pas assortir de motifs ses décisions portant sur des requêtes en autorisation.

[6] Le juge en chef de la Cour a reconnu que, dans les circonstances particulières de la présente espèce, il se peut que cette pratique doive être assouplie. Il a émis une directive à ce sujet, dont je reproduis ici le texte :

[TRADUCTION] La pratique normale de la Cour est de ne pas assortir de motifs ses décisions portant sur les demandes d'autorisation. Or, il s'agit en l'espèce d'une situation exceptionnelle, car les défendeurs, qui ont un intérêt direct en lien avec le projet, n'ont pas pris position, ni pour ni contre les demandes d'autorisation dans tous les dossiers,

common practice when dealing with procedural matters; it is not when issues of general importance are in play.

Being left without a contrary view, the Court on its own motion notified two interested parties pursuant to Rule 110 of the *Federal Courts Rules*, the Attorneys General of British Columbia and Alberta. Alberta responded by moving to intervene and, following submissions, was granted intervenor status. Alberta asks that the 12 applications be dismissed.

Should the judge seized with the motions for leave decide against the applicants, the issuance of reasons explaining why may be necessary, as an exception to the Court's practice. This is because the applicants, having been told by Canada, which holds the constitutional obligation to discharge the duty to consult, that it takes no position, would be entitled to know why the Court has decided against the applicants.

The matter is left to the discretion of the presiding judge.

[7] In response to this, I have exercised my discretion to issue reasons in support of the orders dismissing the leave motions.

B. The involvement of the Attorney General of Alberta in the leave motions

[8] The respondents took no position on 11 of the 12 leave motions because they considered the threshold for leave to be quite low. As described by the Chief Justice in his direction, the Court issued a notice under rule 110 [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106]. In response, the Attorney General of Alberta brought a motion to intervene to oppose the leave motions. After considering the parties' submissions on the motion to intervene, the Court decided to add the Attorney General of Alberta as an intervenor.

C. The criteria for granting leave

[9] The express text of the *National Energy Board Act* does not tell us when to grant leave. However, we can

à l'exception d'un seul. Ils laissent ainsi la Cour trancher à sa discrétion. C'est une pratique courante pour les parties de ne pas prendre position relativement à une requête en matière de procédure, mais ce ne l'est pas lorsque des questions d'importance générale sont soulevées.

Sans le bénéfice d'arguments contraires, la Cour, de son propre chef, a porté l'instance à l'attention de deux personnes susceptibles d'être intéressées, soit les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, en vertu de l'article 110 des *Règles des Cours fédérales*. L'Alberta a déposé une requête en intervention, qui a été accueillie après examen des prétentions. L'Alberta demande le rejet des douze demandes.

Si le juge saisi des requêtes en autorisation déboute les demandeurs, il pourrait se révéler nécessaire de publier des motifs expliquant sa décision, contrairement à la pratique de la Cour. En effet, les demandeurs, informés par le Canada – qui est tenu par la Constitution de s'acquitter de son obligation de consulter – qu'il ne prend pas position, mériteraient de savoir pourquoi la Cour n'a pas tranché en leur faveur.

La question est laissée à la discrétion du juge des requêtes.

[7] Par suite de cette directive, j'ai décidé d'assortir de motifs les ordonnances portant rejet des requêtes en autorisation.

B. La participation du procureur général de l'Alberta dans l'instruction des requêtes en autorisation

[8] Les défendeurs n'ont pas pris position à l'égard de 11 des 12 requêtes en autorisation, car le critère applicable en la matière n'est à leur avis pas très exigeant. Comme l'indique le juge en chef dans la directive qu'il a émise, la Cour a signifié un avis en vertu de la règle 110 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106]. Par suite de cet avis, le procureur général de l'Alberta a présenté une requête en intervention dans le but de faire valoir son opposition aux requêtes en autorisation. Après examen des prétentions des parties relatives à la requête en intervention, la Cour a décidé d'accorder au procureur général de l'Alberta l'autorisation d'intervenir.

C. Les critères applicables en matière d'autorisation

[9] Le libellé de la Loi ne nous dit pas expressément quand il y a lieu d'accorder l'autorisation. Toutefois, il est

deduce this from related sections of the Act and Parliament's purpose in requiring that leave be sought: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[10] The portion of the *National Energy Board Act* concerning project approvals is a complete code. It provides for the National Energy Board studying and assessing the project, the Board providing a report to the Governor in Council, and the Governor in Council considering the report and deciding one way or the other: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraphs 119–127, leave to appeal to S.C.C. refused, 37201 (9 February 2017) [[2017] 1 S.C.R. xvi]; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. 3, [2018] 3 C.N.L.R. 205, at paragraphs 173–203, leave to appeal to S.C.C. refused, 38379 (2 May 2019) (the case in which this Court set aside the Governor in Council's first approval of the project). To prevent delay to a project that may benefit the public considerably, the Act imposes deadlines during the approval process.

[11] As this process unfolds, recourse to the judicial system is forbidden; only at the end of the process, after the Governor in Council has decided the matter, is recourse potentially available: *National Energy Board Act*, subsections 52(11), 53(8) and 55(1); *Gitxaala Nation*, at paragraphs 119–127; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 170–202. But this is neither automatic nor as of right; the Court must decide whether it is warranted: see *National Energy Board Act*, subsection 55(1), which requires a party first to seek leave from the Court. Leave must be sought quickly so that projects approved by the Governor in Council will not be unnecessarily held up: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(a). Leave must be decided upon “without delay and in a summary way”: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c). And a single judge with written materials decides—not the more time-consuming panel of three considering both written materials and oral submissions at a hearing: *National Energy Board Act*, paragraph 55(2)(c).

possible de le déduire des dispositions connexes de cette loi et de l'intention du législateur, qui dispose que le contrôle judiciaire est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559).

[10] La partie de la Loi qui porte sur l'approbation des projets constitue un code complet. Ce code prévoit l'examen et l'évaluation par l'Office national de l'énergie (Office), la présentation d'un rapport par ce dernier au gouverneur en conseil ainsi que l'examen du rapport par le gouverneur en conseil, qui décide alors d'approuver ou non le projet (*Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, aux paragraphes 119 à 127, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 37201 (9 février 2017) [[2017] 1 R.C.S. xvi]); *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153, [2019] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 173 à 203, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 38379 (2 mai 2019) (l'arrêt par lequel notre Cour a annulé la décision initiale du gouverneur en conseil d'approuver le projet). Pour éviter qu'un projet susceptible de présenter un important intérêt public traîne en longueur, la Loi prescrit les délais du processus d'approbation.

[11] Pendant le déroulement de ce processus, il est interdit d'ester en justice. À la fin du processus seulement, une fois que le gouverneur en conseil a pris sa décision, est-il éventuellement possible d'intenter un recours (Loi, paragraphes 52(11), 53(8) et 55(1); *Nation Gitxaala*, aux paragraphes 119 à 127; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 170 à 202). Or, ce recours n'est pas présenté d'office ni de plein droit; la Cour doit décider s'il est justifié (voir la Loi, au paragraphe 55(1), qui oblige la partie à demander pour ce faire l'autorisation de la Cour). Cette autorisation doit être demandée sans tarder, de sorte que les projets approuvés par le gouverneur en conseil ne soient pas inutilement retardés (Loi, alinéa 55(2)(a)). Il est statué sur cette demande « à bref délai et selon la procédure sommaire » (Loi, alinéa 55(2)(c)). Un juge siégeant seul tranche la demande sur dossier; la procédure plus longue exigeant une formation de trois juges, qui statuent à la lumière du dossier et de prétentions orales présentées à l'audience, n'est pas prévue (Loi, alinéa 55(2)(c)).

[12] Parliament's purpose is plain: a project is not to be hamstrung by multiple, unnecessary, long forays through the judicial system. Any recourse to the judicial system must be necessary and as short as possible.

[13] Thus, the leave requirement is not just a cursory checkpoint on the road to judicial review. It is more like a thorough customs inspection at the border.

[14] Leave requirements to this Court can be found under various legislative schemes. Under a couple of these, it has been suggested that a party seeking leave must show a "fairly arguable case" that warrants "a full review of the administrative decision, [with all] the [available] procedural rights, investigative techniques and, if applicable and necessary, [all the] evidence-gathering techniques [that are] available": see, e.g., *Lukács v. Swoop Inc.*, 2019 FCA 145, at paragraph 19 and cases cited.

[15] The standard of a "fairly arguable case" described in *Lukács* is a good place to begin. But given this legislative scheme and Parliament's purpose, more definitional guidance on the "fairly arguable" standard is needed.

[16] When applying the "fairly arguable" standard under section 55 of the *National Energy Board Act*, three ideas must be kept front of mind:

- (a) *Fulfilment of the gatekeeping function.* The "fairly arguable" standard must be applied in a way that fulfils the important gatekeeping function of the leave requirement in this legislative regime. Thus, the arguments an applicant wishes to advance in a judicial review and the evidence it offers in support must be scrutinized meaningfully and rigorously to ensure they meet the "fairly arguable" standard. Leave must be denied to those without evidence who offer

[12] L'intention du législateur est on ne peut plus claire : un projet ne doit pas être freiné par de multiples recours judiciaires inutiles et interminables. Il faut que tout appel aux tribunaux soit nécessaire et le plus bref possible.

[13] Ainsi, dans la voie qui mène au contrôle judiciaire, l'obligation d'obtenir l'autorisation ne tient pas de la vérification sommaire effectuée en bordure de la route; elle ressortit davantage à une inspection en règle effectuée à la frontière.

[14] Les dispositions qui obligent une partie à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour sont prévues dans différents régimes légaux. Par exemple, on peut dire qu'une partie sollicitant l'autorisation de se pourvoir devrait invoquer des arguments « raisonnablement défendables » qui justifient « le contrôle intégral de la décision administrative, qui respecte tous les droits procéduraux [applicables] et fait appel aux techniques d'enquête et, le cas échéant, [à toutes les] techniques de collecte de la preuve pertinentes » (voir, p. ex. *Lukács c. Swoop Inc.*, 2019 CAF 145, au paragraphe 19 et la jurisprudence qui y est mentionnée).

[15] La norme de la « cause raisonnablement défendable » qui est décrite dans l'arrêt *Lukács* constitue un bon point de départ. Cependant, vu le régime légal applicable et l'intention du législateur, il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par une « cause raisonnablement défendable ».

[16] Lorsqu'il s'agit d'appliquer la norme de la « cause raisonnablement défendable » à une affaire intéressant l'article 55 de la Loi, il importe de garder à l'esprit les trois notions suivantes :

- a) *La fonction de gardien judiciaire.* La norme de la cause « raisonnablement défendable » doit être appliquée de manière à ce que soit acquittée la fonction importante que représente au sein du régime légal l'obligation d'obtenir l'autorisation. Par conséquent, il faut passer au crible les prétentions qu'un demandeur souhaite faire valoir dans le cadre d'un contrôle judiciaire et la preuve qui les étaye pour décider si elles satisfont à cette norme. Il faut refuser

arguments that must have evidence and to those whose arguments face fatal legal bars.

- (b) *The role of deference.* Sometimes, in law, the Court must give decision makers a margin of appreciation, leeway or deference when reviewing their decisions. These can drastically affect what is “fairly arguable”: they can take an argument that is tenable in theory and make it hopeless in reality.
- (c) *Practicality matters.* Granting leave to an argument that, if accepted with others, will not overturn the decision under review is a waste of time and resources and frustrates Parliament’s purpose. This is common sense but it is also the law: reviewing courts will not overturn and send back a decision for redetermination if it is clear the same decision will be made: see, e.g., *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175. Arguments pointing out minor flaws in the decision are less likely to pass this hurdle than arguments striking at the root of the decision.

D. Analysis

(1) Introduction

[17] The most central issues in the leave motions before this Court are the alleged substantive unreasonableness of the Governor in Council’s decision to approve the project and the Crown’s failure to adequately consult with Indigenous peoples and First Nations. Given the meaning of the “fairly arguable case” standard, we must explore the extent to which margin of appreciation, deference or leeway

l’autorisation aux parties qui font valoir des arguments sans les étayer et à celles dont les arguments sont irrecevables en droit.

- b) *Le rôle de la déférence.* Parfois, la Cour est tenue en droit de donner une marge d’appréciation ou une certaine latitude aux décideurs ou de faire preuve à leur égard de déférence lorsqu’elle contrôle leurs décisions. Ces principes jouent considérablement sur ce qui constitue un argument « raisonnablement défendable » : ils peuvent rendre insoutenable en réalité un argument qui semblait soutenable en théorie.
- c) *L’importance de l’aspect pratique.* Accorder à une partie l’autorisation de demander le contrôle judiciaire sur la foi d’un argument qui, s’il est admis avec d’autres, ne permettra pas d’infirmier la décision faisant l’objet du contrôle constitue une perte de temps et de ressources et méconnaît l’intention du législateur. Si cela tombe sous le sens, c’est également conforme au droit. Les cours saisies du contrôle judiciaire ne doivent pas infirmer une décision et la renvoyer au décideur pour qu’il tranche à nouveau s’il est évident que l’affaire se soldera par la même décision (voir, p. ex., *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45). Les arguments qui soulèvent des lacunes mineures dans une décision sont moins susceptibles de satisfaire à cet élément que ceux qui attaquent le fondement même d’une décision.

D. Analyse

1) Introduction

[17] Les principales questions que soulèvent les requêtes en autorisation dont la Cour est saisie sont celles de savoir, d’une part, si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et, d’autre part, si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations. Vu ce qu’il faut entendre par la norme

factor into the analysis of these issues. We must also investigate whether any fatal legal bars and objections stand in the way of the applications.

- (a) The deference to be afforded to the Governor in Council’s decision to approve the project

[18] In reviewing the reasonableness of the Governor in Council’s approval decision, the Court must give the Governor in Council the “widest margin of appreciation” over the matter: *Gitxaala Nation*, at paragraph 155; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 206. The level of deference is high.

[19] The Governor in Council’s approval decision is a “discretionary [one] ... based on the widest considerations of policy and public interest assessed on the basis of polycentric, subjective or indistinct criteria and shaped by its view of economics, cultural considerations, environmental considerations, and the broader public interest”: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 140–144 and 154; see also *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 206–223. Only the Governor in Council—not this Court—is equipped to evaluate such considerations with precision: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 142–143, citing *League for Human Rights of B’Nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraphs 76–77. Thus, only arguments that can possibly get past a high level of deference can qualify as “fairly arguable”.

- (b) The leeway that must be given on the adequacy of consultation with First Nations and Indigenous peoples

[20] Adequate consultation consists of “reasonable efforts to inform and consult”, not all possible efforts: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraph 62. There must be “meaningful two-way dialogue” and “serious consideration” about both “the specific and real concerns” of Indigenous peoples and possible measures to accommodate those concerns: *Haida Nation*, at paragraph 62; *R. v.*

de la « cause raisonnablement défendable », il importe de déterminer à quel point la marge d’appréciation, la latitude et la déférence jouent dans l’analyse de ces questions. Il faut également voir si les demandes sont irrecevables ou autrement empêchées.

- a) La déférence que commande la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet

[18] Dans son analyse visant à déterminer si la décision du gouverneur en conseil était raisonnable, la Cour doit accorder à ce dernier « la marge d’appréciation la plus large possible » (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 155; *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 206). La déférence est élevée.

[19] La décision du gouverneur en conseil est « discrétionnaire [et est] fondée sur des considérations de politique et d’intérêt public très larges apprécié[e]s en fonction de critères polycentriques, subjectifs ou vagues et [est] influencée par ses opinions sur les considérations d’ordre économique, culturel et environnemental et par l’intérêt public général » (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 140 à 144 et 154; voir également *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 206 à 223). Seul le gouverneur en conseil est outillé pour évaluer de telles considérations avec précision. Notre Cour ne l’est pas (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 142 et 143, renvoyant à l’arrêt *Ligue des droits de la personne de B’Nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, aux paragraphes 76 et 77). Par conséquent, seuls les arguments qui sont susceptibles de survivre à une déférence élevée peuvent être qualifiés de « raisonnablement défendables ».

- b) La latitude à accorder quand il s’agit de décider si les consultations des Premières Nations et des peuples autochtones étaient adéquates

[20] Les consultations sont adéquates si « les efforts raisonnables ont été déployés pour informer et consulter »; point n’est besoin de faire tous les efforts possibles (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, au paragraphe 62). Il faut un « véritable dialogue » et une « prise en compte sérieuse » des « préoccupations réelles et précises » des peuples autochtones et des mesures possibles pour y répondre (*Nation*

Gladstone, [1996] 2 S.C.R. 723, (1996), 137 D.L.R. (4th) 648, at paragraph 170; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658, at paragraph 110; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 562–563.

[21] Compliance with the duty to consult is not measured by a standard of perfection: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 182–184; *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraphs 226, 508–509 and 762. Some leeway must be afforded because of the inevitability of “omissions, misunderstanding, accidents and mistakes” and “difficult judgment calls” in “numerous, complex and dynamic” issues involving many parties: *Gitxaala Nation*, at paragraph 182.

[22] The duty to consult does not require the consent or non-opposition of First Nations and Indigenous peoples before projects like this can proceed: *Gitxaala Nation*, at paragraphs 179–180; *Bigstone Cree Nation v. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 FCA 89, 16 C.E.L.R. (4th) 1, at paragraph 49; *Squamish First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 216, 436 D.L.R. (4th) 596, at paragraph 37. Dissatisfaction, disappointment or disagreement with the outcome reached after consultation is not enough to trigger a breach of the duty: *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at paragraph 83; *Bigstone*, at paragraph 70. Under the duty to consult, First Nations and Indigenous peoples do not have a right to veto a project.

[23] Thus, arguments that consultation was inadequate can only meet the “fairly arguable” standard if the alleged inadequacies go beyond the leeway given to the decision maker. The arguments must be focused on the process, quality and conduct of consultation.

(c) Fatal legal bars and objections

[24] An established body of law bars relitigation—namely the doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (issue estoppel); *Toronto*

haïda, au paragraphe 62; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 170; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, au paragraphe 110; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 562 et 563).

[21] Lorsqu’il s’agit de s’acquitter de l’obligation de consulter, la perfection n’est pas requise (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 182 à 184; *Tsleil-Waututh Nation*, aux paragraphes 226, 508 à 509 et 762). Une certaine latitude doit être accordée au décideur, en raison « des omissions, des malentendus, des accidents et des erreurs » inévitables et des « questions de jugement difficiles » faisant intervenir des éléments « nombreux, complexes, dynamiques » intéressant de nombreuses parties (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 182).

[22] L’obligation de consulter ne requiert pas le consentement — ou l’absence d’opposition — des Premières Nations et des peuples autochtones à des projets comme celui dont il est question en l’espèce comme condition à leur réalisation (*Nation Gitxaala*, aux paragraphes 179 et 180; *Bigstone Cree Nation c. Nova Gas Transmission Ltd.*, 2018 CAF 89, au paragraphe 49; *Première Nation Squamish c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 216, au paragraphe 37). L’insatisfaction ou la déception à l’égard de l’issue des consultations ou l’opposition à cette dernière ne permettent pas d’alléguer le manquement à l’obligation (*Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, au paragraphe 83; *Bigstone*, au paragraphe 70). L’obligation de consulter ne donne pas aux Premières Nations et peuples autochtones un droit de veto à l’égard d’un projet.

[23] Par conséquent, les arguments quant aux consultations inadéquates ne sont « raisonnablement défendables » que si les prétendues lacunes excèdent la latitude à laquelle le décideur a droit. Ils doivent porter sur le processus, la qualité et la tenue des consultations.

c) Irrecevabilité et autres empêchements

[24] Des notions de droit établies font obstacle à la remise en cause, soit les doctrines de *res judicata*, de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et de l’abus de procédure (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001

(*City*) v. *C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (abuse of process). With some wrinkles, these doctrines bar arguments from being advanced in a later, second proceeding when they were raised and decided in a first proceeding or could have been raised in that first proceeding.

[25] This bar is potentially live in these motions. In *Tsleil-Waututh Nation*, this Court struck down the Governor in Council's first approval of this project. In so doing, this Court did not require all the work and consultation leading up to the Governor in Council's approval to be redone. The Court decided that much of the earlier work satisfied the law. It only required targeted work and further meaningful consultation to be performed to address the specific flaws that led to the quashing of the first approval. The Governor in Council has now approved the project again and the applicants seek leave to start a new round of judicial reviews. Due to the doctrines barring relitigation, the applicants cannot now raise issues that were raised and decided (or that could have been raised) in *Tsleil-Waututh Nation*—and there were many, as the 254 pages and 776 paragraphs in it show.

[26] As a practical matter, this means that any judicial review of the Governor in Council's latest approval decision must be limited to: (1) measuring the targeted work and further consultation required by *Tsleil-Waututh Nation* against the applicable law and the specific flaws identified in *Tsleil-Waututh Nation*; and (2) assessing any legally relevant events that postdate *Tsleil-Waututh Nation* and affect the project's approval. Due to the doctrines barring relitigation, issues raised in a judicial review application that go beyond these things cannot meet the "fairly arguable" standard.

[27] The Court has discretion to relax the doctrines barring relitigation in appropriate circumstances: see *Danyluk*, at paragraph 33. But the applicants—especially in their responses to the submissions of the Attorney General of

CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (préclusion découlant d'une question déjà tranchée); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (abus de procédure)). À quelques exceptions près, ces doctrines interdisent aux parties de faire valoir des arguments dans une instance ultérieure qui avaient déjà été présentés et débattus dans une instance précédente ou auraient pu l'être.

[25] Il se peut que pareil empêchement s'applique aux présentes requêtes. Dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, la Cour a infirmé la décision initiale du gouverneur en conseil portant approbation du projet. La Cour n'a pas exigé que tous les travaux et les consultations ayant mené à la décision du gouverneur en conseil soient repris à neuf. Selon elle, une grande partie des travaux précédents étaient conformes à la loi. Elle exigeait seulement, pour pallier les lacunes précises qui avaient mené à l'annulation de la décision initiale, la reprise de certains travaux et la tenue de véritables consultations supplémentaires. Le gouverneur en conseil a depuis approuvé à nouveau le projet, et les demandeurs cherchent à obtenir l'autorisation d'intenter une nouvelle série de contrôles judiciaires. Vu les doctrines qui font obstacle à la remise en cause, les demandeurs ne peuvent aujourd'hui soulever des questions qui avaient été soulevées et tranchées (ou auraient pu l'être) dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Comme en témoignent les 254 pages et 776 paragraphes que comportent les motifs de cet arrêt, les questions étaient nombreuses.

[26] Ce qui veut dire, en pratique, que tout contrôle judiciaire de la seconde décision du gouverneur en conseil doit se limiter 1) à comparer les travaux indiqués et les consultations supplémentaires exigés par la Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* au droit applicable et aux lacunes précisées dans cet arrêt et 2) à évaluer les faits pertinents sur le plan juridique qui se sont produits depuis le prononcé de cet arrêt et sont susceptibles d'influer sur l'approbation du projet. Vu les doctrines qui empêchent la remise en cause, les questions soulevées dans le cadre d'un contrôle judiciaire qui vont au-delà de ces deux démarches ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[27] La Cour est habilitée, à sa discrétion, à assouplir l'application des doctrines empêchant la remise en cause, lorsque la situation s'y prête (*Danyluk*, au paragraphe 33). Or, les demandeurs, tout particulièrement dans leurs

Alberta on relitigation—have not presented any case, let alone an arguable case, that this Court should do so.

[28] In this case, the doctrines barring relitigation are most important. Were the doctrines ignored, a never-ending series of court challenges could ensue. For example, in file 19-A-46, parties who did not participate in *Tsleil-Waututh Nation* have applied for leave to raise Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] issues that could have been raised in *Tsleil-Waututh Nation* but were not. Without strict enforcement of the doctrines barring relitigation, this sort of thing could happen again and again, keeping the project tangled in litigation, subverting the purpose of this legislative scheme.

[29] Related to the bars against relitigation is the binding effect of prior decided cases. The law set out by this Court in *Tsleil-Waututh Nation* and *Gitxaala Nation*—both heavily based on governing authority from the Supreme Court of Canada—bind this Court and will determine large swathes of these leave applications. Thus, this is not the wider sort of case where the legal principles are unknown and have to be developed. Rather, this is the narrower sort of case where the Court must assess whether known legal principles have been followed. There is more scope for “fairly arguable” issues in the former sort of case than the latter.

(2) Evaluating the issues raised by the applicants in the leave motions

[30] To reiterate, the most central issues in the leave motions are the alleged substantive unreasonableness of the Governor in Council’s decision to approve the project and the Crown’s alleged failure to adequately consult with Indigenous peoples and First Nations. These issues can be subdivided for the purpose of evaluation and combined with other, narrower, issues raised by the applicants. It is useful to group them into four categories: alleged conflict of interest and bias, environmental issues and substantive reasonableness, issues relating to the consultation with

répliques aux observations du procureur général de l’Alberta sur la remise en cause — n’ont guère présenté d’arguments raisonnablement défendables qui justifieraient l’intervention de la Cour en ce sens.

[28] En l’espèce, les doctrines empêchant la remise en cause jouent un rôle primordial. En faire fi résulterait en une série d’interminables de recours judiciaires. Par exemple, dans le dossier 19-A-46, les parties — qui n’ont pas participé à l’affaire *Tsleil-Waututh Nation* — ont demandé l’autorisation d’ester pour plaider des questions relatives à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] qui auraient pu être soulevées dans l’instance précédente, mais ne l’ont pas été. À défaut d’une application stricte des doctrines, cette situation est susceptible de se produire à maintes reprises. Le projet risque alors d’être paralysé au sein du système judiciaire, ce qui n’est pas conforme à l’objet du régime légal.

[29] Les doctrines empêchant la remise en cause ont pour parallèle l’effet contraignant de la jurisprudence. Les règles de droit énoncées par notre Cour dans les arrêts *Tsleil-Waututh Nation* et *Nation Gitxaala* — tous deux fondés en grande partie sur la jurisprudence issue de la Cour suprême du Canada — lient notre Cour et permettent de trancher nombre des présentes demandes. Nous sommes saisis, non pas d’une affaire de vaste portée où les principes de droit applicables sont à établir, mais d’une affaire de portée plus restreinte qui appelle la Cour à décider si les principes de droit connus ont été respectés. Le premier type d’instance laisse davantage de champ aux questions « raisonnablement défendables » que le second.

2) Évaluation des questions soulevées dans les requêtes en autorisation

[30] Répétons que les principales questions que soulèvent les requêtes en autorisation sont celles de savoir, d’une part, si la décision du gouverneur en conseil d’approuver le projet était fondamentalement déraisonnable et, d’autre part, si la Couronne a manqué à son obligation de consulter adéquatement les peuples autochtones et les Premières Nations. Ces questions peuvent être divisées aux fins d’analyse et combinées à d’autres questions de portée plus limitée soulevées par les demandeurs. Il est utile de les regrouper sous quatre rubriques : conflits d’intérêts et

Indigenous peoples and First Nations, and remaining, miscellaneous issues.

(a) Alleged conflict of interest and bias

[31] Various applicants submit that the decision of the Governor in Council is vitiated by bias and a conflict of interest. They submit that the bias and conflict of interest arises from the fact that, soon after the first approval decision, the Government of Canada, through a corporate vehicle, acquired the respondent Trans Mountain and now, practically speaking, owns the project.

[32] This submission does not pass the “fairly arguable case” test.

[33] At the outset, it suffers from a fatal flaw. The Governor in Council is not the Government of Canada. The Governor in Council, the decision maker here, does not own the project.

[34] More fundamentally, section 54 of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to decide whether to approve a project regardless of who owns it. The Act does not disqualify the Governor in Council from discharging this responsibility based on ownership of the project. The Act prevails over any common law notions of bias and conflict of interest: *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781.

[35] This case would be different if the Governor in Council blindly approved the project because the Government of Canada now owns it instead of looking at legally relevant criteria. But to make that sort of point “fairly arguable”, there must be at least a shred of evidence to support it. In the evidentiary record before the Court, there is none. Without evidence, suggestions of bias or conflict of interest are just idle speculations or bald allegations and cannot possibly satisfy the test of a “fairly arguable case”: *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301, at paragraph 34 and cases cited therein; *JP Morgan Asset Management*

partialité; préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable; consultation des peuples autochtones et des Premières Nations; autres questions diverses.

a) Conflits d'intérêts et partialité

[31] Divers demandeurs prétendent que la décision du gouverneur en conseil est viciée en raison de la partialité et de l'existence de conflits d'intérêts. Selon eux, ces vices résultent de l'achat, peu de temps après la décision initiale, de la défenderesse Trans Mountain, par le gouvernement du Canada par le truchement d'une société, de sorte que le projet lui appartient pratiquement.

[32] Cet argument n'est pas « raisonnablement défendable ».

[33] Au départ, cet argument est entaché d'un vice fatal. Le gouverneur en conseil n'est pas le gouvernement du Canada. Le gouverneur en conseil, l'organe décisionnel en l'espèce, n'est pas propriétaire du projet.

[34] Il existe une raison encore plus fondamentale : l'article 54 de la Loi oblige le gouverneur en conseil à décider d'approuver ou non un projet, sans égard à l'identité du propriétaire. La Loi ne déshabilite pas le gouverneur en conseil à s'acquitter de cette responsabilité selon l'identité du propriétaire du projet. La Loi l'emporte sur les principes de common law relatifs à la partialité et aux conflits d'intérêts (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781).

[35] L'affaire serait différente si le gouverneur en conseil avait aveuglément approuvé le projet parce que le gouvernement du Canada en est maintenant propriétaire au lieu d'examiner les critères juridiques pertinents. Toutefois, pour que ce genre d'argument soit « raisonnablement défendable », il doit être un tant soit peu étayé. Dans le dossier dont la Cour est saisie, pareille preuve brille par son absence. Dans ce cas, les arguments portant sur la partialité et les conflits d'intérêts ne sont rien d'autre que des conjectures et de simples prétentions non étayées qui ne sauraient être « raisonnablement défendables » (voir l'arrêt *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*,

(Canada) Inc. v. Canada (National Revenue), 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 45 and cases cited therein.

[36] Some applicants have noted public statements on the part of certain federal politicians in support of the project as proof of disqualifying bias. This issue is not “fairly arguable”. In law, statements of this sort do not trigger disqualifying bias: see, e.g., *Gitxaala Nation*, at paragraphs 195–200; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, at paragraphs 189–200, affd 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223, at paragraphs 107–110.

(b) Environmental issues and substantive reasonableness

[37] The applicants’ arguments on the environmental issues cannot meet the threshold of a “fairly arguable case”.

[38] In *Tsleil-Waututh Nation*, many arguments about the environmental effects of the project either were made or could have been made but were not. Most of the environmental points the applicants now raise are not fairly arguable because they fall into one of these categories. They are barred by the doctrines against relitigation.

[39] A couple of examples will suffice to illustrate this. Some applicants submit that the Governor in Council had no jurisdiction to make a decision without ensuring the requirements of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 were met. This point is not fairly arguable because this Court specifically rejected it in *Tsleil-Waututh Nation*, at paragraph 464.

[40] Some applicants allege flaws in the Board’s examination of environmental matters under the *Species at Risk*

2010 CAF 184, au paragraphe 34 et la jurisprudence qui y est mentionnée ainsi que *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 45 et la jurisprudence qui y est mentionnée).

[36] Certains demandeurs avancent comme preuve de partialité fatale des déclarations publiques en faveur du projet prononcées par des politiciens fédéraux. Cette question n’est pas « raisonnablement défendable ». En droit, de telles déclarations ne révèlent pas une partialité fatale (voir, p. ex., *Nation Gitxaala*, aux paragraphes 195 à 200; *Prophet River First Nation v. British Columbia (Minister of Environment)*, 2015 BCSC 1682, [2016] 1 C.N.L.R. 207, aux paragraphes 189 à 200, conf. par 2017 BCCA 58, 94 B.C.L.R. (5th) 232; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Energy and Mines)*, 2014 BCSC 924, 76 Admin. L.R. (5th) 223, aux paragraphes 107 à 110).

b) Préoccupations environnementales et décision fondamentalement déraisonnable

[37] Les arguments des demandeurs sur les préoccupations environnementales ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[38] Dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre d’arguments sur l’incidence environnementale du projet ont été présentés ou auraient pu l’être. La plupart des préoccupations environnementales que soulèvent les demandeurs en l’espèce ne sont pas raisonnablement défendables, car elles appartiennent à l’une ou l’autre de ces catégories. Elles sont irrecevables par application des doctrines empêchant la remise en cause.

[39] Il suffit de deux exemples pour illustrer mon propos. Selon certains demandeurs, le gouverneur en conseil n’était pas habilité à prendre une décision sans vérifier que les critères précisés dans la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, avaient été respectés. Cet argument n’est pas raisonnablement défendable parce que notre Cour l’a expressément rejeté dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, au paragraphe 464.

[40] Des demandeurs affirment que l’examen par l’Office des questions environnementales qu’exige la *Loi*

Act and the Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52. Other applicants raise other matters, such as the project's greenhouse gas emissions, the need for the project, the economics of the project, and the risk of oil spills. These too are not fairly arguable because they were raised and decided or could have been raised in *Tsleil-Waututh Nation*.

[41] Recall what this Court decided in *Tsleil-Waututh Nation* (at paragraph 201): this Court found a “[material] deficien[cy]” in the National Energy Board’s work such that its report to the Governor in Council was not an admissible “report” under section 54. This meant that the Governor in Council lacked a necessary legal prerequisite to decide under section 54. The “[material] deficien[cy]” in that case was major and glaring: the National Energy Board failed to examine the issue of project-related marine shipping as part of the project.

[42] Since this Court’s decision in *Tsleil-Waututh Nation*, the National Energy Board addressed this material deficiency by providing a comprehensive, detail-laden, 678-page report to the Governor in Council that considered the issue of project-related marine shipping and related issues and suggested measures for mitigating effects. The Governor in Council considered the new report, as is evident from the Order in Council it issued.

[43] Many of the applicants submit that the new report is so flawed that the Governor in Council still lacks the necessary legal prerequisite of a “report” under section 54. This submission cannot possibly succeed based on the degree of examination and study of the issue of project-related marine shipping and related environmental issues in the new report.

[44] Under section 54, the Governor in Council had to consider whether the project should be approved and, if necessary, on what conditions. Based on the evidence the applicants have filed and the applicable law, it is impossible for the applicants to overcome the considerable deference the Court must afford to the Governor in Council as it considers the new report, in all its detail and technicality, and as it makes this sort of public interest decision: see

sur les espèces en péril et la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, ch. 19, art. 52, était lacunaire. D'autres soulèvent des questions différentes, comme les gaz à effet de serre qui seront émis par le projet, l'importance du projet, les retombées économiques du projet et le risque de déversement. Ces questions ne sont pas non plus raisonnablement défendables, car elles ont été soulevées et tranchées, ou auraient pu l'être, dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*.

[41] Rappelons la décision de la Cour dans cette affaire, au paragraphe 201 : les travaux de l'Office comportaient des « lacunes importantes » de sorte que le rapport qu'il avait présenté au gouverneur en conseil ne constituait pas un « rapport » prévu à l'article 54. Ainsi, le gouverneur en conseil était privé d'un prérequis légal impératif pour prendre la décision que prévoyait l'article 54. Les « lacunes importantes » dans cette affaire étaient fondamentales et criantes : l'Office n'avait pas examiné l'effet du transport maritime lié au projet.

[42] Depuis l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, l'Office a corrigé ces lacunes importantes en fournissant au gouverneur en conseil un rapport exhaustif et détaillé comportant 678 pages qui examine la question du transport maritime lié au projet et des questions connexes et propose des mesures pour atténuer les risques. Le gouverneur en conseil a pris connaissance du nouveau rapport, comme il ressort du décret qu'il a pris.

[43] Plusieurs demandeurs affirment que le nouveau rapport est si lacunaire que le gouverneur en conseil est toujours privé du prérequis légal que constitue le « rapport » prévu à l'article 54. Cet argument ne saurait être retenu, vu l'ampleur de l'étude du transport maritime lié au projet et des questions environnementales connexes dont le nouveau rapport fait état.

[44] Aux termes de l'article 54, le gouverneur en conseil était tenu de décider s'il y avait lieu d'approuver ou non le projet et de déterminer éventuellement des conditions. Vu la preuve produite par les demandeurs et le droit applicable, il est impossible pour l'argument de ces derniers de survivre à la déférence considérable dont la Cour doit faire preuve à l'égard du gouverneur en conseil, qui est appelé à examiner le nouveau rapport des plus détaillé et technique

paragraphs 16(b) and 18–19, above. Its decision involved a weighing and balancing of the project’s benefits against its detriments, drawing upon broad considerations of economics, science, the environment, the public interest, and other considerations of a policy nature, all of which lie outside of the ken of this Court: *Gitxaala Nation*, at paragraph 148, citing *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11, at paragraph 25. The law forces this Court to afford significant deference—according to the cases, the “widest margin of appreciation” [*Gitxaala Nation*, at paragraph 155]—to the Governor in Council and the outcome it has reached based on this weighing and balancing. The applicants’ case for substantive unreasonableness on environmental issues and the issues arising under environmental legislation is no stronger than that which this Court dismissed in *Gitxaala Nation* and *Tsleil-Waututh Nation*.

[45] As well, in attempting to meet the standard of “fairly arguable”, the applicants have to show that their arguments could practically change the outcome: see paragraph 16(c), above. On this, they fail. The Governor in Council found that compelling public interest considerations clearly outweighed the adverse environmental effects. The decisive and emphatic nature of the Governor in Council’s reasons set out in the Order in Council leads inexorably to the conclusion that if the matters raised by the applicants, Raincoast Conservation, Living Oceans Society, Federation of B.C. Naturalists and the City of Vancouver, were placed in a further new report given to the Governor in Council, the Governor in Council would still conclude the project is, on balance, in the public interest and would still approve it.

- (c) Issues relating to the adequacy of the consultation with Indigenous peoples and First Nations

[46] At the outset, there are two sets of arguments relating to the adequacy of consultation that do not pass the “fairly arguable” standard.

[47] First, some of the applicants’ arguments reflect their dissatisfaction and disagreement with the outcome of the

et à prendre ce genre de décision dans l’intérêt public (voir les paragraphes 16b) et 18 à 19 des présents motifs). Sa décision commandait une mise en balance des avantages et des inconvénients du projet effectuée à la lumière des considérations générales que sont les retombées économiques, les données scientifiques, l’environnement, l’intérêt public et de celles qui ressortissent aux politiques, dont aucune n’est du ressort de la Cour (*Nation Gitxaala*, au paragraphe 148, renvoyant à *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143, au paragraphe 25). Le droit oblige la Cour à accorder une déférence considérable — suivant la jurisprudence, la « marge d’appréciation la plus large possible » [*Nation Gitxaala*, au paragraphe 155] — au gouverneur en conseil et à sa décision, qui résulte de cette mise en balance. L’argument des demandeurs, selon lequel la décision est fondamentalement déraisonnable sur le plan des préoccupations environnementales et des questions relatives à la législation en matière de protection de l’environnement, n’est pas plus convaincant que celui que la Cour a rejeté dans les arrêts *Nation Gitxaala* et *Tsleil-Waututh Nation*.

[45] En outre, pour que leurs arguments soient « raisonnablement défendables », les demandeurs doivent démontrer qu’ils mèneraient pratiquement à une issue différente (voir le paragraphe 16c) des présents motifs). Ils échouent à cet égard. Le gouverneur en conseil était d’avis que les importantes considérations d’intérêt public l’emportaient haut la main sur le risque de préjudice écologique. Les motifs dont est assorti le décret, décisifs et catégoriques, mènent inexorablement à la conclusion que, si les questions soulevées par Raincoast Conservation, Living Oceans Society, Federation of B.C. Naturalists et la Ville de Vancouver, demandeurs en l’espèce, figuraient dans un autre rapport qui serait présenté au gouverneur en conseil, ce dernier arriverait quand même à la conclusion que le projet est, tout compte fait, dans l’intérêt public et l’approuverait.

- c) Consultations inadéquates des peuples autochtones et des Premières Nations

[46] Précisons tout d’abord que deux arguments sur la qualité des consultations ne sont pas « raisonnablement défendables ».

[47] Premièrement, certains demandeurs soulèvent leur insatisfaction à l’égard de l’issue des consultations et leur

consultation process and effectively assert a right to consent or to exercise a veto over the project—the very things that numerous authorities tell us are not encompassed by the duty to consult.

[48] Second, in *Tsleil-Waututh Nation*, many points concerning the adequacy of consultation were raised and decided and many others could have been raised but were not. The doctrines against relitigation now apply to bar these points. This renders some of the points the applicants now raise inadmissible under the “fairly arguable” standard. A good example is shown by the Stz’uminus First Nation and the Shxw’ōwhámél First Nation. They raise consultation concerns that could have been raised and addressed in *Tsleil-Waututh Nation*. They did not appear in *Tsleil-Waututh Nation* to advance their concerns and are now barred from doing so. On this, the comments made in paragraph 28 above are apposite, as are the submissions of the Attorney General of Alberta at paragraphs 48–50 of his written submissions. These applicants will not be granted leave to start an application for judicial review.

[49] However, some issues advanced by the other Indigenous and First Nation applicants concerning the adequacy of consultation do meet the “fairly arguable” standard.

[50] The Court in *Tsleil-Waututh Nation* found (at paragraph 6) that Canada had not discharged its duty to consult in one part of the consultation process—Phase III. In particular, at paragraphs 557–563, this Court summarized a number of consultation flaws: a failure to engage in a meaningful two-way dialogue and, related to this, an unduly limited mandate given to Crown representatives who were engaged in consultation; an improper reluctance to depart from the findings of the National Energy Board and conditions on the project recommended by it; and an erroneous view on the part of the Governor in Council that it could not impose additional conditions on the project.

[51] As a result, this Court in *Tsleil-Waututh Nation* quashed the approval of the project and required more

opposition à cette issue et invoquent essentiellement le droit de consentir ou non au projet ou un droit de veto à cet égard, ce que l’obligation de consulter n’englobe pas selon une abondante jurisprudence.

[48] Deuxièmement, dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation*, nombre de questions portant sur la qualité des consultations avaient été soulevées et tranchées et beaucoup d’autres auraient pu l’être. Les doctrines empêchant la remise en cause viennent parer à ces arguments. Certains arguments soulevés par les demandeurs sont irrecevables, car ils ne sont pas « raisonnablement défendables ». L’argument de la Stz’uminus First Nation et de la Shxw’ōwhámél First Nation constitue un bon exemple. Ces demanderesse soulèvent des préoccupations relatives aux consultations qui auraient pu être examinées dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Elles n’ont pas comparu dans l’affaire *Tsleil-Waututh Nation* pour exprimer leurs préoccupations et sont donc irrecevables en leurs demandes. À ce sujet, les remarques qui figurent au paragraphe 28 des présents motifs sont pertinentes, ainsi que les paragraphes 48 à 50 des observations écrites du procureur général de l’Alberta. Par conséquent, ces demanderesse ne seront pas autorisées à demander le contrôle judiciaire.

[49] En revanche, certaines questions soulevées par d’autres demandeurs autochtones et des Premières Nations sur la qualité des consultations sont « raisonnablement défendables ».

[50] La Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* est d’avis (voir le paragraphe 6) que le Canada ne s’est pas acquitté de son obligation de consulter à la phase III du processus de consultation. Tout particulièrement, aux paragraphes 557 à 563, la Cour résume les lacunes qui vicient les consultations : l’absence d’un véritable dialogue et, corollairement, le mandat trop restrictif donné aux représentants de la Couronne responsables de mener les consultations; la réticence induite à s’écarter des conclusions de l’Office et des conditions dont il avait recommandé que soit assorti le projet ainsi que la croyance erronée de la part du gouverneur en conseil qui estimait qu’il n’était pas habilité à assortir le projet de conditions supplémentaires.

[51] Par conséquent, la Cour dans l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation* a infirmé la décision portant approbation du projet

work to be done in Phase III of the consultation process. In the following months, further consultation took place to that end.

[52] Many of the Indigenous and First Nation applicants now allege that the poor quality and hurried nature of this further consultation rendered it inadequate. In order to appreciate this issue, some background needs to be set out.

[53] After *Tsleil-Waututh Nation* sent the matter back to the Governor in Council for redetermination, the Governor in Council issued an order under the *National Energy Board Act* requiring the Board, within 155 days, to reconsider its recommendation concerning the project and all terms and conditions set out in the Board's first report relevant to project-related marine shipping and related issues: Order in Council P.C. 2018-1177 (September 20, 2018). The Board delivered its reconsideration report on February 22, 2019.

[54] In *Tsleil-Waututh Nation* (at paragraph 771), this Court required that the further consultation process be completed before the Governor in Council decided on the approval of the project. But once the Governor in Council received the Board's reconsideration report, subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* kicked in and required the Governor in Council to decide on the project within three months. Under subsection 54(3) the Governor in Council could extend this deadline. It did so, by one month, in order to allow more time for the further consultation process: Order in Council P.C. 2019-378 (April 17, 2019). At the time, some of the Indigenous and First Nation applicants complained that the extension was insufficient to complete the further consultation process. None of them brought an application for judicial review challenging the small size of the extension. And assuming the law permitted them to bring such an application at the time, it is now too late.

[55] Whether the further consultation process was adequate is unclear. Because a future panel of this Court will have to decide on its adequacy, only a few general comments will now follow.

et a exigé des travaux supplémentaires dans le cadre de la phase III du processus de consultation. Au cours des mois qui ont suivi, d'autres consultations ont eu lieu.

[52] Nombre des demandeurs autochtones et des Premières Nations prétendent dorénavant que la piètre qualité des consultations supplémentaires et la hâte avec laquelle elles ont été tenues rendent celles-ci inadéquates. Pour être en mesure d'évaluer cette question, il importe de la mettre en contexte.

[53] Après que la Cour, s'étant prononcée dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*, eut renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil, ce dernier a pris un décret en vertu de la Loi obligeant l'Office à réexaminer sa recommandation à propos du projet ainsi que toutes les conditions proposées dans son premier rapport au sujet du transport maritime lié au projet et des questions connexes dans un délai de 155 jours (décret C.P. 2018-1177 (20 septembre 2018)). L'Office a présenté son second rapport le 22 février 2019.

[54] La Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* (au paragraphe 771) demandait que les consultations supplémentaires soient terminées avant que le gouverneur en conseil prenne sa décision quant à l'approbation du projet. Or, dès lors que le gouverneur en conseil a reçu le second rapport de l'Office, le délai de trois mois que prévoit le paragraphe 54(3) de la Loi pour la décision a commencé à courir. Le gouverneur en conseil est habilité par cette disposition à proroger ce délai, ce qu'il a fait, accordant un mois de plus pour les consultations (décret C.P. 2019-378 (17 avril 2019)). À l'époque, certains demandeurs autochtones et des Premières Nations ont dit que la prorogation ne permettrait pas de terminer les consultations supplémentaires. Aucun n'a demandé le contrôle judiciaire du décret en raison de l'insuffisance du délai supplémentaire accordé. S'ils avaient même pu, en droit, présenter une telle demande, elle est maintenant prescrite.

[55] La question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates n'appelle pas une réponse claire. Comme une formation de juges de la Cour sera appelée à se prononcer sur cette question, je n'émetts que quelques commentaires d'ordre général à ce sujet.

[56] Given the fundamental nature of the interests of Indigenous peoples and First Nations, the applicants say the Governor in Council's decision that the further consultation was adequate should be strictly reviewed.

[57] In their evidence, consisting of many thousands of detailed pages, the Indigenous and First Nations applicants point with considerable particularity and detail to issues they say were important to them. They say the Government of Canada ignored these issues in the original process of consultation and ignored them again in the further consultation process. They add that little or nothing was done in the process of further consultation from the time *Tsleil-Waututh Nation* was released until the National Energy Board delivered its report—a period slightly less than six months. In their view, the time left for the further consultation process, roughly four months, was insufficient to address the shortcomings identified by this Court in *Tsleil-Waututh Nation*. Even during these four months, some of the applicants allege inactivity by the Government of Canada.

[58] The applicants do acknowledge that the Government of Canada introduced some new initiatives to assist consultation and added some conditions on the project approval that was ultimately given. But to them this is just window-dressing, box-ticking and nice-sounding words, not the hard work of taking on board their concerns, exploring possible solutions, and collaborating to get to a better place.

[59] The respondents, including the Attorney General of Canada representing the Government of Canada, took no position for or against the leave motions brought by the Indigenous and First Nation applicants. The respondents did state that if leave were granted and applications for judicial review were brought they would support the Governor in Council's decision and oppose the applicants. But on the leave motions they offered no submissions or evidence to assist the Court.

[60] The Attorney General of Alberta did intervene to oppose the granting of leave. But while his legal submissions

[56] Vu les intérêts fondamentaux des peuples autochtones et des Premières Nations en la matière, les demandeurs affirment que la décision du gouverneur en conseil suivant laquelle les consultations supplémentaires étaient adéquates appelle un contrôle strict.

[57] Les demandeurs autochtones et des Premières Nations soulignent expressément et de manière très détaillée dans leur dossier de preuve, qui fait plusieurs milliers de pages, les questions qui, selon leurs dires, leur importent. Ils affirment que le gouvernement du Canada a fait fi de ces questions dans la tenue des consultations initiales, et a fait de même lors du déroulement des consultations ultérieures. Ils ajoutent qu'aucune mesure ou presque n'a été prise pendant les consultations ultérieures de la date du prononcé de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* jusqu'à celle du rapport de l'Office, soit en un peu moins de six mois. Selon eux, le délai prévu pour les consultations ultérieures, environ quatre mois, était trop court pour permettre de pallier les lacunes relevées par la Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Certains demandeurs affirment que le gouvernement du Canada n'a rien fait, même durant ces quatre mois.

[58] Les demandeurs reconnaissent que le gouvernement du Canada a mis en œuvre de nouvelles initiatives pour faciliter les consultations et a assorti de nouvelles conditions le projet qui a ultimement été approuvé. Or, à leur avis, c'est de la poudre aux yeux, des gestes vides de sens et des palabres, et non pas la dure besogne qui consiste à écouter leurs préoccupations, à explorer les solutions possibles et à collaborer pour arriver à une meilleure issue.

[59] Les défendeurs, dont le procureur général du Canada qui représente le gouvernement du Canada, n'ont pas pris position à l'égard des requêtes en autorisation présentées par les demandeurs autochtones et des Premières Nations. Les défendeurs ont toutefois précisé que, si l'autorisation était accordée et que des demandes de contrôle judiciaire étaient déposées, ils défendraient la décision du gouverneur en conseil et feraient valoir leur opposition aux demandeurs. Toutefois, à propos des requêtes en autorisation comme telles, ils n'offrent aucune observation ni preuve susceptible d'aider la Cour.

[60] Le procureur général de l'Alberta est intervenu pour s'opposer aux requêtes. Ses observations juridiques

were helpful, he was not involved in the further consultation process and so he could not provide evidence on it.

[61] The recitals in the Governor in Council's Order in Council are all the Court has against the applicants' position in these leave motions. They assert that by the time of the decision, the Governor in Council believed that the further consultation with Indigenous peoples and First Nations was adequate. The recitals also set out many new consultative steps and initiatives pursued to remedy the flaws identified in *Tsleil-Waututh Nation* and plenty of general activity such as 46 ministerial meetings with 65 Indigenous groups.

[62] Down the road, the respondents might be able to present strong evidence supporting the adequacy of the further consultation and show that the Governor in Council reasonably, i.e., acceptably and defensibly, believed that the further consultation was adequate. The respondents might have submissions about the extent to which the Court should defer to the Governor in Council's assessment of the adequacy of consultation and the leeway the Court must give where issues of compliance with the duty to consult arise.

[63] At this time, however, the respondents have withheld their evidence and legal submissions on these points. So the analysis cannot progress further.

[64] Therefore, this Court must conclude that the issue of adequacy of the further consultation arising from the circumstances described in paragraphs 50–62, above, meets the “fairly arguable” standard for leave.

[65] I would state this issue in the form of a question: from August 30, 2018 (the date of the decision in *Tsleil-Waututh Nation*) to June 18, 2019 (the date of the Governor in Council's decision) was the consultation with Indigenous peoples and First Nations adequate in law to address the shortcomings in the earlier consultation process that were summarized at paragraphs 557–563 of *Tsleil-Waututh*

étaient certes utiles, mais comme il n'avait pas participé aux consultations ultérieures, il ne pouvait témoigner à cet égard.

[61] La Cour ne dispose que des attendus qui figurent dans le décret comme arguments qui militent en défaveur des thèses des demandeurs dans les requêtes en autorisation. Selon les attendus, au moment de la décision, le gouverneur en conseil estimait que les consultations supplémentaires des peuples autochtones et des Premières Nations étaient adéquates. Ils énumèrent les nombreuses nouvelles étapes et initiatives de consultation visant à pallier les lacunes relevées dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* et nombre d'activités générales, comme les 46 réunions ministérielles tenues avec 65 groupes autochtones.

[62] À une date ultérieure, il se peut que les défendeurs présentent une preuve solide qui démontre que les consultations supplémentaires étaient adéquates et que le gouverneur en conseil estimait raisonnablement — c'est-à-dire de façon acceptable et défendable — qu'elles l'étaient. Les défendeurs pourraient alors présenter des observations sur la déférence dont la Cour doit faire preuve à l'égard du gouverneur en conseil qui a évalué la qualité des consultations et sur la latitude qu'il convient de lui accorder lorsqu'il s'agit de décider si l'obligation de consulter a été respectée.

[63] Or, à ce moment-ci, les défendeurs n'ont pas présenté de preuve et d'observations juridiques sur ces questions. L'analyse est donc freinée.

[64] Par conséquent, la Cour doit conclure que la question de savoir si les consultations supplémentaires étaient adéquates, que soulèvent les circonstances décrites aux paragraphes 50 à 62 des présents motifs, satisfait à la norme de la cause « raisonnablement défendable » à laquelle l'autorisation est subordonnée.

[65] J'énoncerais ainsi la question : du 30 août 2018 (la date du prononcé de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*) au 18 juin 2019 (la date de la décision du gouverneur en conseil), les consultations des peuples autochtones et des Premières Nations étaient-elles adéquates en droit de telle sorte qu'elles permettent de pallier les lacunes des consultations initiales qui sont résumées aux paragraphes 557 à

Nation? The answer to this question should include submissions on the standard of review, margin of appreciation or leeway that applies in law.

[66] The respondents should not be foreclosed from raising any bars or defences to any applications for judicial review. Therefore, a second question should be stated: do any defences or bars to the application for judicial review apply?

[67] Finally, depending on the answers to the foregoing questions, the issue of remedy may arise. As the administrative law principle set out in paragraph 16(c) above illustrates, sometimes the decision, despite its defects, should not be quashed and the matter should not be sent back for redetermination. As well, other considerations may affect the entitlement to a remedy, the type of remedy, or the terms of a remedy. Therefore, a third question should be stated: if the answers to the above questions are negative, should a remedy be granted and, if so, what remedy and on what terms?

[68] The parties are free to structure their submissions as they see fit, as long as they answer all of these questions in some way—and only these questions.

(d) Remaining miscellaneous issues

[69] To the extent that miscellaneous issues exist that do not neatly fit into the four categories above, none of them meet the “fairly arguable” standard. On these, the Court substantially adopts the submissions of the Attorney General of Alberta.

[70] In particular, in the case of file 19-A-46, there is no evidence supporting the applicants’ Charter claims. The applicants’ arguments are also barred by the doctrines against relitigation: see paragraph 28, above. On the issue of procedural fairness, this Court substantially adopts the submissions of the Attorney General of Alberta, and finds no arguable case. Here too, *Tsleil-Waututh Nation* provides a full answer. The legal principles of that case are not in

563 des motifs de l’arrêt *Tsleil-Waututh Nation*? La réponse à cette question devrait inclure des observations à propos de la norme de contrôle, marge d’appréciation ou latitude qui s’applique en droit.

[66] Les défendeurs doivent avoir tout loisir d’opposer quelque empêchement ou moyen de défense que ce soit aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, une seconde question s’impose : y a-t-il des moyens de défense ou des empêchements qui peuvent être opposés aux demandes de contrôle judiciaire?

[67] Enfin, selon les réponses qu’appelleront les questions précédentes, il se peut que les réparations soient soulevées. Comme l’illustre le principe de droit administratif expliqué au paragraphe 16c) des présents motifs, parfois il n’y a pas lieu d’infirmar la décision, malgré ses lacunes, et de renvoyer l’affaire au décideur. En outre, d’autres considérations sont susceptibles d’influer sur le droit à une réparation, le type de réparation ou les conditions dont elle est assortie. Par conséquent, une troisième question doit être énoncée : si les questions précédentes appellent des réponses négatives, y a-t-il lieu d’accorder une réparation (laquelle et à quelles conditions)?

[68] Les parties peuvent structurer leurs observations à leur guise, dès lors qu’elles répondent à toutes ces questions, mais uniquement à ces questions, d’une manière ou d’une autre.

d) Questions diverses

[69] S’il existe des questions diverses qui n’entrent pas dans le champ des quatre rubriques énumérées précédemment, aucune de ces questions n’est « raisonnablement défendable ». À cet égard, la Cour fait siennes en grande partie les observations du procureur général de l’Alberta.

[70] Tout particulièrement, dans le dossier 19-A-46, rien n’étaye les prétentions des demandeurs fondées sur la Charte. Les doctrines qui empêchent la remise en cause font également obstacle à leurs arguments (voir le paragraphe 28 des présents motifs). En ce qui concerne l’équité procédurale, la Cour fait siennes en grande partie les observations du procureur général de l’Alberta et estime que l’argument n’est pas défendable. Dans ce cas

question and, when applied to the facts, foreclose the finding of a fairly arguable issue here.

E. Conclusion

[71] It follows that the Indigenous and First Nation applicants, other than the Stz'uminus First Nation and the Shxw'ōwhámél First Nation, will be given leave to start applications for judicial review addressing the two questions, above. These applicants are (in alphabetical order):

- Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá:y Village, Soowahlie, Squiala First Nation, Tzeachten, Yakweakwoose;
- Chief Ron Ignace and Chief Rosanne Casimir, on their own behalf and on behalf of all other members of the Stk'emlupsemc Te Secwepemc of the Secwepemc Nation;
- Coldwater Indian Band;
- Squamish Nation;
- Tsleil-Waututh Nation; and
- Upper Nicola Band.

[72] All of the other leave motions will be dismissed.

F. The upcoming proceedings

[73] Given the issue on which leave will be permitted, the upcoming proceedings will be narrower and more focused than those in *Tsleil-Waututh Nation* concerning the first project approval.

[74] There is a substantial public interest in having the upcoming proceedings decided very quickly one way or the other.

également, les motifs de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation* fournissent un guide complet. Les principes juridiques de cet arrêt ne sont pas remis en question et, quand on les applique aux faits, il est impossible de conclure à l'existence d'une question raisonnablement défendable.

E. Conclusion

[71] Il s'ensuit que les demandeurs autochtones et des Premières Nations, outre la Stz'uminus First Nation et la Shxw'ōwhámél First Nation, seront autorisées à déposer des demandes de contrôle judiciaire portant sur les deux questions précédentes. Ces demandeurs sont les suivants, en ordre alphabétique :

- Aitchelitz, Skowkale, Shxwhá :y Village, Soowahlie, Première Nation Squiala, Tzeachten, Yakweakwoose;
- Chef Ron Ignace et chef Rosanne Casimir, pour leur propre compte et au nom de tous les membres de Stk'emlupsemc Te Secwepemc de la Nation Secwepemc;
- Bande indienne Coldwater;
- Nation Squamish;
- Tsleil-Waututh Nation;
- Bande Upper Nicola.

[72] Les autres requêtes en autorisation sont rejetées.

F. Déroulement des instances

[73] Vu le motif qui justifie d'accorder l'autorisation, les instances qui s'ensuivront auront une portée plus étroite que c'était le cas dans l'affaire *Tsleil-Waututh Nation*, qui portait sur l'approbation initiale du projet.

[74] Un important intérêt public commande que les instances soient tranchées très rapidement, dans un sens ou dans l'autre.

[75] The parties are directed to file their notices of application for judicial review within seven days and, in the case of the Attorney General of Alberta, to file a notice of motion to intervene within seven days if he intends to try to participate in the applications.

[76] The parties are directed to contact the Judicial Administrator in the next three days to advise of their availability for a conference call with the Court in the next week to discuss a highly expedited schedule for the applications for judicial review. The Court queries whether the period for submitting evidence and cross-examinations could be extremely short: the evidentiary focus will be exclusively or almost exclusively on the further consultation process and the findings of fact and law in *Tsleil-Waututh Nation* will already be before the Court. Conceivably, the applicants' affidavits on these leave motions could be filed in chief in the applications, the respondents could be permitted a short time to file their responding affidavits, and the applicants could be permitted a short time after that to file reply affidavits. The applicants have also done much of the work necessary for their memoranda of fact and law and so the timelines for the filing of memoranda of fact and law might also be able to be shortened substantially.

G. Proposed disposition

[77] Orders will issue in accordance with these reasons. The terms of the orders for the successful applicants are the same. The terms of the orders for the unsuccessful applicants are the same except for the costs award in file 19-A-46.

[78] On the issue of costs, the respondents did not take a position in 11 of 12 motions and so no costs will be awarded for or against them in those motions. The exception is the motion in file 19-A-46. There, only the respondent, Trans Mountain Pipeline ULC, asked for its costs and it is entitled to them. The remaining respondents in that motion did not ask for costs and, thus, will not get them.

[75] Les parties doivent déposer leurs avis de demande de contrôle judiciaire dans les sept jours qui suivent, et le procureur général de l'Alberta, s'il entend solliciter la participation aux instances, doit déposer un avis de requête en intervention dans les sept jours qui suivent.

[76] Les parties doivent communiquer avec l'administrateur judiciaire dans les trois jours qui suivent pour donner leurs disponibilités en vue de la tenue d'une conférence téléphonique avec la Cour, qui se tiendra au cours de la semaine qui vient, pour discuter de l'instruction très accélérée des instances. La Cour cherche à savoir si les délais prévus pour la production de la preuve et les contre-interrogatoires pourraient être extrêmement courts. La preuve portera exclusivement ou presque sur les consultations supplémentaires, et la Cour dispose déjà des conclusions de fait et de droit issues de l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation*. Il est possible que les affidavits des demandeurs déposés dans le cadre des requêtes en autorisation puissent être déposés en preuve principale dans le cadre des demandes; les défendeurs pourraient disposer d'un court délai pour déposer leurs affidavits en réplique, et les demandeurs auraient ensuite un court délai pour déposer leurs affidavits en réponse. Les demandeurs ont déjà fait le gros du travail en vue de la préparation de leur mémoire des faits et du droit, de sorte que le délai de dépôt de ces documents pourrait également être considérablement raccourci.

G. Dispositif proposé

[77] Des ordonnances seront rendues conformément aux présents motifs. Le libellé des ordonnances destinées aux demandeurs ayant eu gain de cause est identique. Le libellé des ordonnances destinées aux demandeurs déboutés est identique, à l'exception du passage qui concerne l'adjudication des dépens dans le dossier 19-A-46.

[78] À propos des dépens, les défendeurs n'ont pas pris position à l'égard de 11 des 12 requêtes. Ainsi, la Cour ne rend aucune ordonnance quant aux dépens dans le cadre de ces requêtes, sauf pour le dossier 19-A-46. Dans ce cas, seule Trans Mountain Pipeline ULC parmi les défendeurs a demandé qu'on lui adjuge les dépens, et elle y a droit. Les autres défendeurs nommés dans ce dossier n'ont pas demandé les dépens; la Cour ne leur accorde rien.

[79] The order granting the Attorney General of Alberta leave to intervene did not protect him from an award of costs nor did it potentially entitle him to costs. In the result, his position was upheld in some motions and not upheld in others. However, his intervention was very helpful to the Court. So costs will not be ordered for or against the Attorney General of Alberta.

[80] Therefore, in the motion in file 19-A-46, costs will be awarded to the respondent, Trans Mountain Pipeline ULC. In all other motions, costs will not be awarded.

[79] L'ordonnance ayant autorisé le procureur général de l'Alberta à intervenir ne l'empêchait pas d'être condamné aux dépens et ne le privait pas du droit de les demander. Ses arguments ont été retenus dans certaines requêtes, mais il a succombé dans d'autres. Toutefois, son intervention s'est révélée très utile à la Cour. La Cour n'adjudge pas les dépens au procureur général de l'Alberta, et il n'y est pas condamné.

[80] Par conséquent, dans le dossier 19-A-46, les dépens sont adjugés à la défenderesse, Trans Mountain Pipeline ULC. Aucune ordonnance quant aux dépens n'est rendue dans les autres dossiers.

A-410-17
2019 FCA 51

A-410-17
2019 CAF 51

Alexey Lavrinenko (*Appellant*)

Alexey Lavrinenko (*appellant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: LAVRINENKO v. CANADA

RÉPERTORIÉ : LAVRINENKO c. CANADA

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Laskin J.J.A.—Toronto, October 4, 2018; Ottawa, March 27, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Laskin, J.C.A.—Toronto, 4 octobre 2018; Ottawa, 27 mars 2019.

Income Tax — Income Calculation — Canada Child Tax Benefit — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision dismissing appellant's appeal of determination made by Minister of National Revenue (Minister) that appellant not shared-custody parent for purpose of determining his eligibility for Canada Child Tax Benefit (CCTB), GST/HST Credit under Income Tax Act (Act) — Appellant sharing custody of son — Under Act, shared-custody parents each entitled to one-half of CCTB, GST/HST Credit — T.C.C. concluding appellant residing with son somewhat less than 40 percent of time, not qualifying him as shared-custody parent — Appellant submitting that because satisfying test for “shared custody” under Federal Child Support Guidelines (Guidelines), also qualifying as shared-custody parent for purposes of CCTB — Issue interpretation of phrase “on an equal or near equal basis” under paragraph (b) of definition of “shared-custody parent” in Act, s. 122.6 — Parliament only specifying that parents having to reside on equal or near equal basis in paragraph (b) of definition — Word “equal” having to be based on something measurable, comparable — No decisions wherein T.C.C. finding person residing with child less than 40 percent of time shared-custody parent — Question herein how close to equal “near equal” having to be — Word “near” meaning “almost”, therefore “near equal” meaning “almost equal” — Text not supporting wide variance from equal — As to context, purpose, CCTB, Guidelines serving different purposes, applying to different payments — Guidelines in existence before CCTB provisions amended to add definition of “shared-custody parent” — Presumption that Parliament intending “shared-custody parent” in Act not have same interpretation as “shared custody” in Guidelines — Meaning of “shared-custody parent”, “an equal or near equal basis” determined without reference to Guidelines — “Near equal” supporting minor deviations from sharing custody on equal basis — Parliament intending that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal — No fixed range qualifying as “near equal” — Percentage of time not capable of being rounded off to 50 percent not

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Prestation fiscale canadienne pour enfants — Appel d'un jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a rejeté l'appel de l'appellant contre une décision prise par le ministre du Revenu national (le ministre) selon laquelle l'appellant n'était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la TPS/TVH, pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu (Loi) — L'appellant avait la garde partagée de son fils — Aux termes de la Loi, les particuliers qui sont des parents ayant la garde partagée d'un enfant ont chacun droit à la moitié de la PFCE et du crédit pour la TPS/TVH — La C.C.I. a conclu que l'appellant résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps, ce qui ne lui permettrait pas d'être visé par la définition de parent ayant la garde partagée — L'appellant a fait valoir que, comme il satisfaisait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants (les Lignes directrices), il devait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE — La question en litige concernait l'interprétation de l'al. b) de la définition de « parent ayant la garde partagée » à l'art. 122.6 de la Loi, plus particulièrement l'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité » — À l'alinéa b) de la définition, le législateur précise uniquement que les parents doivent résider avec la personne à charge sur une base d'égalité ou de quasi-égalité — Le terme « égalité » doit reposer sur des facteurs mesurables et comparables — La C.C.I. n'a jamais statué qu'une personne ayant résidé avec son enfant moins de 40 p. 100 du temps était un parent ayant la garde partagée — La question en l'espèce consistait à déterminer à quel point la « quasi-égalité » est proche de l'égalité — Le terme « quasi » signifie « presque » et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité » — Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l'égalité — En ce qui concerne le contexte et l'objet, la PFCE et les Lignes directrices ont des objets différents et visent des versements

qualifying as near equal — Appellant not satisfying requirement that he resided on equal or near equal basis with son — Appeal dismissed.

Construction of Statues — Income Tax Act, s. 122.6 “shared-custody parent” — Canada Child Tax Benefit — Tax Court of Canada (T.C.C.) decision dismissing appellant’s appeal of determination made by Minister of National Revenue (Minister) that appellant not shared-custody parent for purpose of determining his eligibility for Canada Child Tax Benefit (CCTB), GST/HST Credit under Act — T.C.C. concluding appellant residing with son somewhat less than 40 percent of time, not qualifying him as shared-custody parent — Appellant submitting that because satisfying test for “shared custody” under Federal Child Support Guidelines (Guidelines), also qualifying as shared-custody parent for purposes of CCTB — Issue interpretation of phrase “on an equal or near equal basis” under paragraph (b) of definition of “shared-custody parent” in Act, s. 122.6 — Phrase “on an equal or near equal basis” having to be interpreted based on textual, contextual, purposive analysis — Word “near” meaning “almost”, therefore “near equal” meaning “almost equal” — Text not supporting wide variance from equal — As to context, purpose, CCTB, Guidelines serving different purposes, applying to different payments — Presumption that Parliament intending “shared-custody parent” in Act not have same interpretation as “shared custody” in Guidelines — Parliament intending that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal — Percentage of time not capable of being rounded off to 50 percent not qualifying as near equal.

différents — Les Lignes directrices ont été adoptées avant l’ajout, dans les dispositions sur la PFCE, de la définition du terme « parent ayant la garde partagée » — Il faut présumer que le législateur n’entendait pas que le terme « parent ayant la garde partagée » défini dans la Loi soit interprété comme l’expression « garde partagée » dans les Lignes directrices — Le terme « parent ayant la garde partagée » et l’expression « une base d’égalité ou de quasi-égalité » doivent être définis sans égard aux Lignes directrices — Le mot « quasi-égalité » ne signifie qu’un écart mineur par rapport à une garde partagée sur une base d’égalité — Le législateur entendait que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal — Il n’a pas précisé quelle fourchette équivaldrait à une « quasi-égalité » — Toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité — L’appelant ne satisfaisait pas au critère selon lequel il devait résider avec son fils sur une base d’égalité ou de quasi-égalité — Appel rejeté.

Interprétation des lois — Expression « parents ayant la garde partagée » à l’art. 122.6 de la Loi de l’impôt sur le revenu — Prestation fiscale canadienne pour enfants — La Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) a rejeté l’appel de l’appelant contre une décision prise par le ministre du Revenu national (le ministre), qui a conclu que l’appelant n’était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la TPS/TVH, pour l’application de la Loi — La C.C.I. a conclu que l’appelant résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps, ce qui ne lui permettrait pas d’être visé par la définition de parent ayant la garde partagée — L’appelant a fait valoir que, comme il satisfaisait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants (les Lignes directrices), il devait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE — La question en litige concernait l’interprétation de l’al. b) de la définition de « parent ayant la garde partagée » à l’art. 122.6 de la Loi, plus particulièrement l’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité » — L’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité » doit être interprétée à la lumière d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique — Le terme « quasi » signifie « presque » et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité » — Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l’égalité — En ce qui concerne le contexte et l’objet, la PFCE et les Lignes directrices ont des objets différents et visent des versements différents — Il faut présumer que le législateur n’entendait pas que le terme « parent ayant la garde partagée » défini dans la Loi soit interprété comme l’expression « garde partagée » dans les Lignes directrices — Le législateur entendait que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal — Toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité.

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision dismissing the appellant's appeal of a determination made by the Minister of National Revenue (Minister). The Minister determined that the appellant was not a shared-custody parent for the purpose of determining his eligibility for the Canada Child Tax Benefit (CCTB) and the GST/HST Credit under the *Income Tax Act* (Act).

The appellant and his ex-spouse shared custody of their son. Under the Act, individuals who are shared-custody parents of a child are each entitled to one-half of the CCTB and the GST/HST Credit. The T.C.C. concluded that the appellant resided with his son somewhat less than 40 percent of the time for the period in issue and that a 60 percent/40 percent split did not qualify him as a shared-custody parent. The appellant submitted, *inter alia*, that the *Federal Child Support Guidelines* (Guidelines), which recognize shared custody arrangements, formed part of the relevant context and because he satisfies the test for "shared custody" under the Guidelines, he should also qualify as a "shared-custody parent" for the purposes of the CCTB.

At issue was the interpretation of paragraph (b) of the definition of "shared-custody parent" in section 122.6 of the Act, and in particular the phrase "on an equal or near equal basis".

Held, the appeal should be dismissed.

In paragraph (b) of the definition of "shared-custody parent", Parliament only specified that the parents must reside on an equal or near equal basis. The word "equal" suggests that Parliament intended that whether a parent resides with a child on an equal or near equal basis must be based on something that is capable of being measured and compared. There are no decisions of the T.C.C. where a person who resided with his or her child less than 40 percent of the time was found to be a shared-custody parent. The phrase "on an equal or near equal basis" is to be interpreted based on a textual, contextual and purposive analysis. The question to be determined in this case was how close to equal is "near equal". Based on the text, the word "near" would mean "almost" and, therefore, "near equal" would mean "almost equal". The text would not support a wide variance from equal. As to context and purpose, the meaning of "shared-custody parent" and, in particular, the meaning of "an equal or near equal basis" was to be determined without reference to the Guidelines. The CCTB and the Guidelines serve different purposes and apply to different payments. The Guidelines were in existence before the CCTB provisions were amended to add the definition of "shared-custody

Il s'agissait d'un appel d'un jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a rejeté l'appel de l'appelant contre une décision prise par le ministre du Revenu national (le ministre). Le ministre a conclu que l'appelant n'était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la TPS/TVH, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi).

L'appelant et son ex-épouse se partageaient la garde de leur fils. Aux termes de la Loi, les particuliers qui sont des parents ayant la garde partagée d'un enfant ont chacun droit à la moitié de la PFCE et du crédit pour la TPS/TVH. La C.C.I. a conclu que l'appelant résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps pendant la période en question et qu'une répartition de la garde selon un rapport de 60 p. 100/40 p. 100 ne lui permettrait pas d'être visé par la définition de parent ayant la garde partagée. L'appelant a fait valoir notamment que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (les Lignes directrices), lesquelles reconnaissent les arrangements en matière de garde partagée, faisaient partie du contexte pertinent et, comme il satisfaisait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins des Lignes directrices, il devait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE.

La question en litige concernait l'interprétation de l'alinéa b) de la définition de « parent ayant la garde partagée » à l'article 122.6 de la Loi, plus particulièrement l'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité ».

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

À l'alinéa b) de la définition de « parent ayant la garde partagée », le législateur précise uniquement que les parents doivent résider avec la personne à charge sur une base d'égalité ou de quasi-égalité. Comme le législateur a choisi le terme « égalité », il faut croire qu'il entendait que des facteurs mesurables et comparables servent à déterminer si un parent réside avec l'enfant sur une base d'égalité ou de quasi-égalité. La C.C.I. n'a jamais statué qu'une personne ayant résidé avec son enfant moins de 40 p. 100 du temps était un parent ayant la garde partagée. L'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité » doit être interprétée à la lumière d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique. La question en l'espèce consistait à déterminer à quel point la « quasi-égalité » est proche de l'égalité. Sur le plan textuel, le terme « quasi » signifie « presque » et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité ». Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l'égalité. En ce qui concerne le contexte et l'objet, le sens du terme « parent ayant la garde partagée » et, plus précisément, de l'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité » devait être défini sans égard aux Lignes directrices. La PFCE et les Lignes directrices ont des objets

parent”. It was to be presumed that Parliament intended that “shared-custody parent” in section 122.6 of the Act not have the same interpretation as “shared custody” in the Guidelines. Therefore, the meaning of “shared-custody parent” and of “an equal or near equal basis” for the purposes of the Act was determined without reference to the Guidelines. Amendments made to the CCTB in 2010 were intended to implement the Canada Revenue Agency’s (CRA) existing “shared eligibility policy”. This would indicate that “near equal” was only intended to support minor deviations from sharing custody on an equal basis. The purpose of the CCTB is to provide a payment to qualifying parents. Since the amount of the benefit paid to each shared-custody parent will be one-half of the CCTB, this supports a finding that any deviation from residing on an equal basis must be a minor deviation in order to qualify as “near equal”. Parliament intended that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal. Parliament did not intend for the parties to maintain detailed records of every hour that a child resides with each parent. Parliament chose not to fix the range that would qualify as “near equal”. However, any percentage of time that cannot be rounded off to 50 percent would not qualify as near equal. Any rounding of percentages should not be restricted to rounding to the nearest percentage point but rather to the nearest whole number that is a multiple of 10 and another whole number. This would allow some flexibility for the imprecise data that may be available and still reflect the intention of Parliament that the child reside on an equal or near equal basis with each parent. On this basis, even accepting the appellant’s submission that he resided with his child 41 percent of the time (which would be rounded to 40 percent), he did not satisfy the requirement that he resided on an equal or near equal basis with his son.

différents et visent des versements différents. Les Lignes directrices ont été adoptées avant l’ajout, dans les dispositions sur la PFCE, de la définition du terme « parent ayant la garde partagée ». Il faut présumer que le législateur n’entendait pas que le terme « parent ayant la garde partagée » défini à l’article 122.6 de la Loi soit interprété comme l’expression « garde partagée » à laquelle renvoient les Lignes directrices. Par conséquent, le terme « parent ayant la garde partagée » et l’expression « une base d’égalité ou de quasi-égalité » qui figurent dans la Loi devaient être définis sans égard aux Lignes directrices. Les modifications apportées à la PFCE en 2010 étaient censées traduire la politique existante de l’Agence du Revenu du Canada (ARC) sur « le partage de l’admissibilité ». Il semblerait que le mot « quasi-égalité » n’était censé signifier qu’un écart mineur par rapport à une garde partagée sur une base d’égalité. La PFCE a pour objet le versement d’une allocation aux parents admissibles. Comme les fonds versés à chaque parent ayant la garde partagée équivalent à la moitié de la PFCE, on peut également conclure que tout écart par rapport à l’égalité doit être mineur pour équivaloir à la « quasi-égalité ». Le législateur entendait que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal. Le législateur n’entendait pas que les parties tiennent des registres détaillant chaque heure que l’enfant a passée avec chaque parent. Il a choisi de ne pas préciser quelle fourchette équivaldrait à une « quasi-égalité ». Toutefois, toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité. Tout pourcentage devrait être arrondi non pas au point de pourcentage le plus près, mais au nombre entier le plus près qui est un multiple de 10 et d’un autre chiffre entier. Cette formule permettrait une certaine souplesse en cas d’imprécision des données et traduit l’intention du législateur voulant que l’enfant réside sur une base d’égalité ou de quasi-égalité avec chaque parent. Ainsi, même si on ajoutait foi aux affirmations de l’appelant selon lesquelles il a résidé avec son enfant 41 p. 100 du temps (pourcentage qui serait arrondi à 40 p. 100), il ne satisfaisait pas au critère de la base d’égalité ou de quasi-égalité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1, ss. 122.5 (3),(4),(6), 122.6 “eligible individual”, “shared-custody parent”, 122.61 (1).
Sustaining Canada’s Economic Recovery Act, S.C. 2010, c. 25.
Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 18.28.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175.
Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 122.5(3), (4), (6), 122.6 « parent ayant la garde partagée », « particulier admissible », 122.61(1).
Loi de soutien de la reprise économique au Canada, L.C. 2010, ch. 25.
Loi sur la Cour canadienne de l’impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.28.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

White v. The Queen, 2010 TCC 394, 2010 D.T.C. 1274; *Van Boekel v. The Queen*, 2013 TCC 132, 2013 D.C.T. 1120; *Brady v. The Queen*, 2012 TCC 240, 2012 D.T.C. 1204; *Morrissey v. The Queen*, 2016 TCC 178, 2016 D.T.C. 1152, revd 2019 FCA 56, 2019 D.T.C. 5039.

REFERRED TO:

Campbell v. The Queen, 2010 TCC 67, 2010 D.T.C. 1072; *Mourtzis v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2801, 94 D.T.C. 1362 (T.C.C.); *Fortin v. The Queen*, 2014 TCC 209, 2014 D.T.C. 1164; *Levin v. The Queen*, 2015 TCC 117, 2015 D.T.C. 1121.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "near", "near equal".
Canada. Department of Finance. *Budget 2010: Leading the Way on Jobs and Growth*, 2010.
Canada Revenue Agency. T4114 Canada Child Benefits (including related federal, provincial, and territorial programs).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2017 TCC 230, 2017 D.T.C. 1144) dismissing the appellant's appeal of a determination made by the Minister of National Revenue that he was not a shared-custody parent for the purpose of determining his eligibility for the Canada Child Tax Benefit and the GST/HST Credit under the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Alexey Lavrinenko on his own behalf.
Dominique Gallant for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

White c. La Reine, 2010 CCI 394; *Van Boekel c. La Reine*, 2013 CCI 132; *Brady c. La Reine*, 2012 CCI 240; *Morrissey c. La Reine*, 2016 CCI 178, inf. par 2019 CAF 56.

DÉCISIONS CITÉES :

Campbell c. La Reine, 2010 CCI 67; *Mourtzis c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 902 (QL); *Fortin c. La Reine*, 2014 CCI 209; *Levin c. La Reine*, 2015 CCI 117.

DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. T4114 Prestations canadiennes pour enfants (incluant les programmes fédéraux, provinciaux et territoriaux semblables).
Canada. Ministère des Finances. *Le Budget de 2010 : Tracer la voie de la croissance et de l'emploi*, 2010.
Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des matières et lexique anglais-français, 5^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2015, « quasi », « quasi-égalité ».

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2017 CCI 230), qui a rejeté l'appel de l'appelant contre une décision prise par le ministre du Revenu national, qui a conclu qu'il n'était pas un parent ayant la garde partagée aux fins de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants et au crédit pour la TPS/TVH, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Alexey Lavrinenko pour son propre compte.
Dominique Gallant, pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] WEBB J.A.: This is an appeal from the judgment of Justice Paris (2017 TCC 230, 2017 D.T.C. 1144) that dismissed Mr. Lavrinenko's appeal to the Tax Court of Canada. He was appealing a determination made by the Minister of National Revenue (Minister) that he was not a shared-custody parent for the relevant period for the purpose of determining his eligibility for the Canada Child Tax Benefit (CCTB) and the GST/HST Credit under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act). The determination was that Mr. Lavrinenko and his ex-spouse did not reside with their son on an equal or near equal basis during this period.

[2] For the reasons that follow I would dismiss this appeal.

I. Background

[3] Mr. Lavrinenko and his ex-spouse are divorced. They shared custody of their son. An order of the Ontario Superior Court of Justice Family Court Branch (Family Court Order) dated June 29, 2011, set out the arrangements with respect to the custody of their son and, in particular, provided various times during the year when the child would reside with one parent or the other.

[4] Under the Act, subject to certain conditions that are not in issue in this appeal, individuals who are shared-custody parents of a child are each entitled to one half of the CCTB and the GST/HST Credit. The relevant period for the determination of whether Mr. Lavrinenko and his ex-spouse were shared-custody parents is from December 2012 to June 2016. The Minister determined that they were not shared-custody parents of their son during this period and, as a result, Mr. Lavrinenko was not entitled to one half of the CCTB or the GST/HST Credit.

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

[1] LE JUGE WEBB : La Cour est saisie de l'appel d'un jugement rendu par le juge Paris (2017 CCI 230), par lequel il rejetait l'appel de M. Lavrinenko à la Cour canadienne de l'impôt. Ce dernier interjetait appel de la décision prise par le ministre du Revenu national (le ministre), selon laquelle il n'était pas un parent ayant la garde partagée pour la période pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer son admissibilité à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et au crédit pour la taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH), pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi). Il avait été décidé que M. Lavrinenko et son ex-épouse ne résidaient pas avec leur fils sur une base d'égalité ou de quasi-égalité durant cette période.

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel.

I. Énoncé des faits

[3] M. Lavrinenko et son ex-épouse sont divorcés. Ils se partageaient la garde de leur fils. Une ordonnance de la Cour de la famille de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (ordonnance de la Cour de la famille) datée du 29 juin 2011 fixait les arrangements relatifs à la garde de leur fils et précisait les périodes de l'année pendant lesquelles l'enfant résiderait avec l'un ou l'autre de ses parents.

[4] Aux termes de la Loi, sous réserve de certaines conditions qui ne sont pas en litige dans le présent appel, les particuliers qui sont des parents ayant la garde partagée d'un enfant ont chacun droit à la moitié de la PFCE et du crédit pour la TPS/TVH. La période pertinente quand il s'agit de décider si M. Lavrinenko et son ex-épouse étaient des parents ayant la garde partagée va de décembre 2012 à juin 2016. Le ministre a conclu que, durant cette période, ils n'étaient pas des parents ayant la garde partagée et donc que M. Lavrinenko n'avait pas droit à la moitié de la PFCE ou du crédit pour la TPS/TVH.

II. Decision of the Tax Court

[5] Justice Paris reviewed the evidence that was before him and concluded that Mr. Lavrinenko resided with his son somewhat less than 40 percent of the time for the period in issue. Justice Paris also concluded that a 60 percent/40 percent split would not qualify Mr. Lavrinenko as a shared-custody parent and, therefore, dismissed his appeal.

III. Issue and Standard of Review

[6] The main issue in this appeal is the interpretation of paragraph (b) of the definition of “shared-custody parent” in section 122.6 of the Act. The definition of “shared custody parent” in section 122.6 is used to determine the eligibility for both the CCTB and the GST/HST Credit. Paragraph (b) of section 122.6 of the Act provides that the child must reside with the parents on an equal or near equal basis. The interpretation of this provision is a question of statutory interpretation and, therefore, the applicable standard of review is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[7] Mr. Lavrinenko is also disputing the determination that he resided less than 40 percent of the time with his son. The standard of review for any finding of fact is palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*).

IV. Analysis

[8] Mr. Lavrinenko submits that he and his ex-spouse followed the Family Court Order during the period in issue in this appeal. Mr. Lavrinenko does not agree with the interpretation of the Family Court Order as found by Justice Paris and, according to Mr. Lavrinenko, when the Family Court Order is interpreted correctly the amount of time that he resided with his son increased to almost 41 percent. For the purposes of this appeal, it is not necessary to resolve this particular issue since even accepting Mr. Lavrinenko’s submission that the child resided with him 41 percent of the time would not, in my view, result in Mr. Lavrinenko being a shared-custody parent.

II. Décision de la Cour canadienne de l’impôt

[5] Le juge Paris a examiné la preuve dont il disposait et a conclu que M. Lavrinenko résidait avec son fils un peu moins de 40 p. 100 du temps pendant la période en question. Il estimait également qu’une répartition de la garde selon un rapport de 60 p. 100/40 p. 100 ne permettrait pas à M. Lavrinenko d’être visé par la définition de parent ayant la garde partagée. Il a rejeté l’appel.

III. Question en litige et norme de contrôle

[6] La principale question en litige dans le présent appel concerne l’interprétation de l’alinéa b) de la définition de parent ayant la garde partagée à l’article 122.6 de la Loi. Cette définition sert à déterminer l’admissibilité à la PFCE et au crédit pour la TPS/TVH. L’alinéa b) de la définition prévue à l’article 122.6 de la Loi prévoit que l’enfant doit résider avec chacun de ses parents sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. L’interprétation de cette disposition soulève une question d’interprétation législative et commande par conséquent un contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[7] M. Lavrinenko conteste également la constatation selon laquelle il résidait avec son fils moins de 40 p. 100 du temps. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de l’erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*).

IV. Analyse

[8] M. Lavrinenko soutient que son ex-épouse et lui ont respecté l’ordonnance de la Cour de la famille durant la période visée par le présent appel. Il rejette l’interprétation qu’a faite le juge Paris de cette ordonnance et, selon lui, si on interprète cette dernière correctement, le temps pendant lequel il a résidé avec son fils s’établissait à presque 41 p. 100. Pour les besoins du présent appel, il n’est pas nécessaire de trancher cette question. Même si j’ajoutais foi aux prétentions de M. Lavrinenko selon lesquelles l’enfant a résidé avec lui 41 p. 100 du temps, il ne répondrait quand même pas, à mon avis, à la définition de parent ayant la garde partagée.

A. Relevant Provisions of the Act

[9] Under the Act, the CCTB (which after the period under appeal was renamed as the Canada Child Benefit) is treated as an overpayment of an eligible individual's liability under the Act and such amount is paid to the eligible individual as a refund of this overpayment. Under subsection 122.61(1) of the Act, the overpayment amount is calculated on a monthly basis.

[10] Certain amendments were made to the CCTB provisions by [*Sustaining Canada's Economic Recovery Act*] S.C. 2010, c. 25. The amendments were effective July 2011. These amendments will be referred to herein as the 2010 Amendments.

[11] Prior to the 2010 Amendments, an eligible individual was an individual who resided with a qualified dependant and who was "the parent of the qualified dependant who primarily fulfils the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant" (section 122.6 of the Act, definition of "eligible individual", as it read prior to the 2010 Amendments). Therefore, only one parent could qualify for the CCTB for any particular month even if the parents shared custody and the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant on an equal basis (*Campbell v. The Queen*, 2010 TCC 67, 2010 D.T.C. 1072).

[12] Similarly the GST/HST Credit is treated as a deemed payment on account of tax payable under the Act (subsection 122.5(3)), although only determined for the particular months identified in subsection 122.5(4) of the Act. Prior to the 2010 Amendments, a child could only be the qualified dependant for one parent for any particular specified month (subsection 122.5(6) of the Act, as it read prior to the 2010 Amendments).

[13] The Canada Revenue Agency (CRA), prior to the 2010 Amendments, had adopted a policy for joint custody arrangements. This policy is set out in *White v. The Queen*, 2010 TCC 394, 2010 D.T.C. 1274 [at paragraph 18]:

A. Dispositions pertinentes de la Loi

[9] Aux termes de la Loi, la PFCE (qui après la période visée par l'appel a été rebaptisée l'Allocation canadienne pour enfants) est traitée comme un paiement en trop au titre des sommes dont la personne admissible est redevable sous le régime de la Loi. La prestation lui est versée en guise de remboursement du paiement en trop. Selon le paragraphe 122.61(1) de la Loi, le montant du paiement en trop est calculé chaque mois.

[10] Des modifications ont été apportées aux dispositions relatives à la PFCE dans la mesure législative [*Loi de soutien de la reprise économique au Canada*] L.C. 2010, ch. 25 et sont entrées en vigueur en juillet 2011. Dans les présents motifs, elles sont appelées les modifications de 2010.

[11] Avant les modifications de 2010, un particulier admissible est la personne qui résidait avec une personne à charge admissible et qui est « la personne — père ou mère de la personne à charge — qui assume principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation de cette dernière » (définition d'un « particulier admissible » à l'article 122.6 de la Loi tel qu'il était libellé avant les modifications de 2010). Ainsi, un seul parent pouvait recevoir la PFCE pour un mois déterminé, même si les parents se partageaient, à parts égales, la garde de la personne à charge admissible et la responsabilité pour le soin et l'éducation de cette dernière (*Campbell c. La Reine*, 2010 CCI 67).

[12] De même, le crédit pour la TPS/TVH est traité comme une somme réputée versée au titre de l'impôt sous le régime de la Loi (paragraphe 122.5(3)), même si ce n'est que pour les mois déterminés au paragraphe 122.5(4) de la Loi. Avant les modifications de 2010, un enfant était la personne à charge admissible d'un seul parent pour un mois déterminé (paragraphe 122.5(6) de la Loi, tel qu'il était libellé avant les modifications de 2010).

[13] L'Agence du revenu du Canada (ARC), avant les modifications de 2010, avait adopté une politique pour les arrangements de garde conjointe. Cette politique est énoncée dans la décision *White c. La Reine*, 2010 CCI 394 [au paragraphe 18]:

The Appellant also filed a CRA document entitled “Shared Eligibility” (2008-11-12) (See Exhibit A-1). In the document the following comment is found:

1. What is shared eligibility?

Shared eligibility exists where a child lives more or less equally with two separate individuals (whether 4 days with one, and 3 days with the other, on a one week on, one week off basis or some other similar rotation), and each individual is primarily responsible for the child’s care and upbringing when the child resides with them. The Canada Child Tax Benefit (CCTB) legislation only allows eligibility to one “eligible individual” in a month. To address this problem, the Canada Revenue Agency (CRA) developed a shared eligibility policy that would recognize [sic] that there could be two eligible individuals for the same child. It was therefore decided to allow eligibility for the child (or children) to each individual on a 6-month on, 6-month off rotation, both for the CCTB and for the child component of the goods and services/harmonized sales tax (GST/HST) credit.

[14] The 2010 Amendments incorporated formal recognition for certain joint or shared custody arrangements into the CCTB provisions of the Act. The definition of “eligible individual” in section 122.6 was amended to provide that a parent of a qualified dependant would be an eligible individual if that parent:

Definitions

122.6 ...

...

eligible individual ...

...

(b) ...

(i) is the parent who primarily fulfils the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant and who is not a shared-custody parent in respect of the qualified dependant, or

L’appelant a aussi présenté en preuve un document de l’ARC intitulé « Admissibilité partagée » (12-11-2008) (Voir pièce A-1). On y retrouve les observations suivantes :

1. Qu’est-ce que l’admissibilité partagée?

L’admissibilité partagée arrive lorsqu’un enfant habite avec deux personnes différentes pour des périodes plus ou moins égales (que ce soit 4 jours avec l’une et 3 jours avec l’autre, une semaine chez l’une et une semaine chez l’autre ou toute autre rotation semblable) et chaque personne est principalement responsable des soins et de l’éducation de l’enfant durant le temps où l’enfant habite avec elle. La loi relative à la prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) accorde l’admissibilité à un « particulier admissible » seulement au cours d’un mois. Pour aborder cette difficulté, l’Agence du revenu du Canada (ARC) a élaboré une politique d’admissibilité partagée qui reconnaît qu’il peut y avoir deux particuliers admissibles pour le même enfant. Par conséquent, il a été décidé de permettre l’admissibilité pour l’enfant (ou les enfants) à chaque personne par rotation de six mois, tant pour la PFCE que pour la partie enfant du crédit pour la taxe sur les produits et services / taxe de vente harmonisée (TPS/TVH).

[14] Les modifications de 2010 ont permis de reconnaître de manière formelle certains arrangements de garde conjointe ou partagée dans les dispositions de la Loi portant sur la PCFE. La définition de « particulier admissible » à l’article 122.6 a été modifiée afin de préciser que le parent d’une personne à charge admissible est un particulier admissible si cette personne :

Définitions

122.6 [...]

[...]

particulier admissible [...]

[...]

b) [...]

(i) assume principalement la responsabilité pour le soin et l’éducation de la personne à charge et [...] n’est pas un parent ayant la garde partagée à l’égard de celle-ci,

(ii) is a shared-custody parent in respect of the qualified dependant,

(ii) est un parent ayant la garde partagée à l'égard de la personne à charge;

[15] The definition of shared-custody parent was also added to section 122.6 of the Act, which read as follows for the period in issue in this appeal:

[15] La définition de parent ayant la garde partagée a également été ajoutée à l'article 122.6 de la Loi, qui est ainsi libellé pour la période en cause dans le présent appel :

Definitions

Définitions

122.6 ...

122.6 [...]

...

[...]

shared-custody parent in respect of a qualified dependant at a particular time means, where the presumption referred to in paragraph (f) of the definition *eligible individual* does not apply in respect of the qualified dependant, an individual who is one of the two parents of the qualified dependant who

parent ayant la garde partagée S'entend, à l'égard d'une personne à charge admissible à un moment donné, dans le cas où la présomption énoncée à l'alinéa f) de la définition de *particulier admissible* ne s'applique pas à celle-ci, du particulier qui est l'un des deux parents de la personne à charge qui, à la fois :

(a) are not at that time cohabitating spouses or common-law partners of each other,

a) ne sont pas, à ce moment, des époux ou conjoints de fait visés l'un par rapport à l'autre;

(b) reside with the qualified dependant on an equal or near equal basis, and

b) résident avec la personne à charge sur une base d'égalité ou de quasi-égalité;

(c) primarily fulfil the responsibility for the care and upbringing of the qualified dependant when residing with the qualified dependant, as determined in consideration of prescribed factors. (*parent ayant la garde partagée*)

c) lorsqu'ils résident avec la personne à charge, assument principalement la responsabilité pour le soin et l'éducation de celle-ci, ainsi qu'il est déterminé d'après des critères prévus par règlement. (*shared-custody parent*)

[16] The only part of the definition of “shared-custody parent” that is in dispute in this case is paragraph (b) and in particular the phrase “on an equal or near equal basis”. This part of the definition is used to determine eligibility for the CCTB and the GST/HST Credit. For ease of reference, the analysis will only refer to the eligibility for the CCTB. There was a minor amendment in 2015 to change the spelling of dependent to dependant in the opening part of the definition of “shared-custody parent”.

[16] La seule partie de la définition de « parent ayant la garde partagée » qui est en litige dans la présente affaire concerne l'alinéa b) et plus précisément l'expression « sur une base d'égalité ou de quasi-égalité ». Cette partie de la définition sert à déterminer l'admissibilité à la PFCE et au crédit pour la TPS/TVH. Par souci de commodité, l'analyse concerne seulement l'admissibilité à la PFCE. Mentionnons que, dans la version anglaise de cette définition, le mot « *dependent* » a été remplacé par le mot « *dependant* » dans la phrase liminaire en 2015.

B. Prior Decisions of the Tax Court

B. Décisions antérieures de la Cour de l'impôt

[17] There have been a number of decisions of the Tax Court that have addressed the interpretation of “an equal or near equal basis” for the purposes of the definition of “shared-custody parent”. Most of these decisions

[17] Plusieurs décisions de la Cour de l'impôt ont interprété l'expression « une base d'égalité ou de quasi-égalité » pour l'application de la définition de « parent ayant la garde partagée ». La plupart de ces décisions ont

were made under the informal procedure. While section 18.28 of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, provides that such decisions have no precedential value, they may still be considered (*Mourtzis v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2801 (T.C.C.), at paragraph 19).

[18] In paragraph (b) of the definition of “shared-custody parent”, Parliament only specified that the parents must reside on an equal or near equal basis. No range of percentages is specified, nor is there any indication of the basis upon which the determination is to be made that a person resides on an equal or near equal basis. The cases decided by the Tax Court have focused on the amount of time that the parents resided with the child, which is a logical way to determine whether the parents are residing with a child on an equal or near equal basis. No other way to determine this issue has been identified or suggested. As well, since Parliament has chosen the word “equal” it suggests that Parliament intended that whether a parent resides with a child on an equal or near equal basis must be based on something that is capable of being measured and compared. It seems appropriate, therefore, to continue to use time as the means by which to resolve this issue.

[19] In deciding this issue on the basis of the amount of time that each parent resides with the child, the decisions range from:

(a) ““near equal”” not encompassing “a very wide variation from equal residence” (*Van Boekel v. The Queen*, 2013 TCC 132, 2013 D.T.C. 1120, at paragraph 21) to

(b) not believing “that Parliament intended that the line be drawn so strictly at only a 50/50 split, or some very slight variation akin to that” (*Brady v. The Queen*, 2012 TCC 240, 2012 D.T.C. 1204, at paragraph 27 where a 45 percent/55 percent split in the time the child resided with each parent resulted in each parent being a shared-custody parent) to

été rendues sous le régime de la procédure informelle. Si l’article 18.28 de la *Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, prévoit que ces décisions n’ont pas valeur de jurisprudence, elles peuvent quand même être prises en considération (*Mourtzis c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 902 (QL), au paragraphe 19).

[18] À l’alinéa b) de la définition de « parent ayant la garde partagée », le législateur précise uniquement que les parents doivent résider avec la personne à charge sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. Aucune fourchette de pourcentages n’est précisée, ni le fondement sur lequel doit reposer la conclusion qu’une personne réside avec la personne à charge sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. La Cour canadienne de l’impôt a statué dans plusieurs affaires en tenant compte du temps pendant lequel chaque parent résidait avec l’enfant, ce qui constitue un moyen logique de déterminer si les parents résidaient avec l’enfant sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. Aucune autre manière de trancher cette question n’a été indiquée ni évoquée. De plus, comme le législateur a choisi le terme « égalité », il faut croire qu’il entendait que des facteurs mesurables et comparables servent à déterminer si un parent réside avec l’enfant sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. Par conséquent, il y a lieu de continuer à utiliser le temps comme facteur lorsqu’il s’agit de trancher cette question.

[19] Dans les décisions rendues sur le fondement du temps pendant lequel chaque parent résidait avec l’enfant, les conclusions des juges ont été les suivantes :

a) l’expression « “quasi-égalité” » n’englobe pas « une variation très marquée par rapport à une période de résidence égale » (*Van Boekel c. La Reine*, 2013 CCI 132, au paragraphe 21);

b) la Cour ne croit pas « que le législateur veuille que la ligne de démarcation soit tracée strictement à 50/50, ou d’une façon s’en rapprochant énormément » (*Brady c. La Reine*, 2012 CCI 240, au paragraphe 27, où on a conclu qu’une répartition selon un rapport de 45 p. 100/55 p. 100 du temps pendant lequel l’enfant a résidé avec chaque parent faisait de chacun de ces derniers un parent ayant la garde partagée);

(c) a proportion that was “somewhere between a 59.38%/40.62% split and a 57.14%/42.86% split” not being “significantly different from the 57%/43% split in the *Fortin* [*Fortin v. The Queen*, 2014 TCC 209, 2014 D.T.C. 1164] and *Levin* [*Levin v. The Queen*, 2015 TCC 117, 2015 D.T.C. 1121] cases and ... relatively close to the 55%/45% split in the *Brady* case” resulting in each parent being a shared custody parent (*Morrissey v. The Queen*, 2016 TCC 178, 2016 D.T.C. 1152, at paragraph 67). This decision has been appealed to this Court and the appeal has been allowed (2019 FCA 56, 2019 D.T.C. 5039).

[20] There are no decisions of the Tax Court where a person who resided with his or her child less than 40 per cent of the time was found to be a shared-custody parent.

C. Approach to be followed in interpreting “equal or near equal basis”

[21] In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10, the Supreme Court of Canada set out the approach to be used in interpreting provisions such as the one in issue in this appeal:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[22] Therefore, “on an equal or near equal basis” is to be interpreted based on a textual, contextual and purposive analysis. The meaning of equal is obvious, so

c) un rapport compris « entre une répartition de 59,38 %/40,62 % et une répartition de 57,14 %/42,86 % [...] ne diffère pas sensiblement de la répartition de 57 %/43 % dans les affaires *Fortin* [*Fortin c. La Reine*, 2014 CCI 209] et *Levin* [*Levin c. La Reine*, 2015 CCI 117] et [...] est relativement proche de la répartition de 55 %/45 % dans l’affaire *Brady* », ce qui permet de conclure que chaque parent est un parent ayant la garde partagée (*Morrissey c. La Reine*, 2016 CCI 178, au paragraphe 67). Cette décision a fait l’objet d’un appel devant notre Cour et l’appel a été accueilli (2019 CAF 56).

[20] La Cour canadienne de l’impôt n’a jamais statué qu’une personne ayant résidé avec son enfant moins de 40 p. 100 du temps était un parent ayant la garde partagée.

C. Interprétation de l’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité »

[21] 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 parle de la démarche qui convient pour l’interprétation de dispositions comme celle en litige 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 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, l’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité » doit être interprétée à la lumière d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique. La

the question in this case is how close to equal is “near equal”?

D. Textual Interpretation

[23] In my view, based on the text, the word “near” would mean “almost” (*Black’s Law Dictionary*, 8th ed.) and therefore “near equal” would mean “almost equal”. The text would not support a wide variance from equal.

E. Context and Purpose

[24] Mr. Lavrinenko referred to the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, (the Guidelines) that recognize shared custody arrangements. He submitted, in effect, that the Guidelines formed part of the relevant context and since, in his view, he satisfies the test for “shared custody” under the Guidelines, he should also qualify as a “shared-custody parent” for the purposes of the CCTB. For the reasons that follow, the meaning of “shared-custody parent” and, in particular, the meaning of “an equal or near equal basis” for the purposes of the Act is, in my view, to be determined without reference to the Guidelines.

[25] Paragraph 9 of the Guidelines addresses shared custody arrangements:

Shared custody

9. Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

- (a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;
- (b) the increased costs of shared custody arrangements; and

signification du terme « égalité » est évidente; la question en l’espèce consiste donc à déterminer à quel point la « quasi-égalité » est proche de l’égalité.

D. Interprétation textuelle

[23] À mon avis, sur le plan textuel, le terme « quasi » signifie « presque » (*Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des matières et lexique anglais-français*, 5^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2015) et, par conséquent, « quasi-égalité » signifie « presque égalité ». Ces mots ne dénoteraient pas un large écart par rapport à l’égalité.

E. Contexte et intention

[24] M. Lavrinenko fait référence aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (les Lignes directrices), lesquelles reconnaissent les arrangements en matière de garde partagée. Il affirme, en effet, que les Lignes directrices font partie du contexte pertinent et, à son avis, comme il satisfait au critère relatif à la « garde partagée » pour les besoins de ces dernières, il devrait également être un « parent ayant la garde partagée » pour les besoins de la PFCE. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le sens du terme « parent ayant la garde partagée » et, plus précisément, de l’expression « sur une base d’égalité ou de quasi-égalité » dans la Loi doit être défini sans égard aux Lignes directrices.

[25] Le paragraphe 9 des Lignes directrices porte sur les arrangements en matière de garde partagée :

Garde partagée

9. Si un époux exerce son droit d’accès auprès d’un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d’une année, le montant de l’ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu:

- a) des montants figurant dans les tables applicables à l’égard de chaque époux;
- b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

(c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

[26] While both the CCTB and the Guidelines deal with the payment of money for the maintenance of children, they serve different purposes and apply to different payments. The Guidelines provide for the payments that are to be made by one parent to the other parent while the CCTB provides for a payment from the federal government to qualified parents. There are different conditions that are applicable in determining whether an arrangement will be treated as a shared-custody arrangement for the purposes of determining (1) the amount of child support that is to be paid by one parent to the other parent; and (2) the possible equal sharing of the CCTB paid by the federal government.

[27] The Guidelines provide a specific amount of time (not less than 40 percent) and provide that this is determined based on the exercise of a right of access to or physical custody of a child. The CCTB provides that the parents must reside with the child on an equal or near equal basis. Not only is the percentage different but also the basis for the calculation is different (the exercise of a right to access to or physical custody of a child versus reside with the child). While the exercise of a right of access may well result in the parent residing with the child, it would not necessarily follow that every time a right of access is exercised the parent resides with the child.

[28] The Guidelines were in existence before the CCTB provisions were amended to add the definition of “shared-custody parent”. The heading for paragraph 9 of the Guidelines refers to “shared custody” but this expression does not appear in the text of paragraph 9. Since Parliament chose a different expression to define in the Act (“shared-custody parent”) and did not adopt the language of paragraph 9 of the Guidelines as part of the definition of “shared-custody parent”, it is to be presumed that Parliament intended that “shared-custody parent” in section 122.6 of the Act not have the same interpretation as “shared custody” in paragraph 9 of the Guidelines. Therefore, the meaning of “shared-custody parent” and, in particular, the meaning of “an equal or near equal basis” for the purposes of the Act is to be determined without reference to the Guidelines.

c) des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

[26] Si la PFCE et les Lignes directrices concernent toutes deux le versement de fonds destinés à subvenir aux besoins de l’enfant, elles ont des objets différents et visent des versements différents. Les Lignes directrices prévoient les sommes versées à un parent par l’autre, alors que la PFCE est versée par le Trésor fédéral aux parents admissibles. Différentes conditions s’appliquent selon qu’il s’agit de décider si un arrangement constitue une garde partagée pour 1) déterminer le montant de la pension alimentaire qui doit être versée par un parent à l’autre ou 2) décider si la PFCE versée par le Trésor fédéral peut être divisée en deux parts égales.

[27] Les Lignes directrices prévoient une proportion de temps (pas moins de 40 p. 100 du temps), calculée en fonction de l’exercice du droit d’accès à l’enfant ou de la garde physique de ce dernier. En revanche, aux termes de la PFCE, les parents doivent résider avec l’enfant sur une base d’égalité ou de quasi-égalité. Le pourcentage est différent, tout comme les valeurs servant au calcul (l’exercice du droit d’accès à l’enfant ou la garde physique de l’enfant dans un cas et l’obligation de résider avec l’enfant dans l’autre). Si l’exercice d’un droit d’accès peut très bien se traduire par une situation où le parent réside avec l’enfant, ce n’est pas toujours le cas.

[28] Les Lignes directrices ont été adoptées avant l’ajout, dans les dispositions sur la PFCE, de la définition du terme « parent ayant la garde partagée ». L’entête de l’article 9 des Lignes directrices fait référence à une « garde partagée », mais ce terme ne figure pas dans le libellé de l’article même. Comme le législateur définit un terme différent dans la Loi (« parent ayant la garde partagée ») et ne reprend pas le libellé de l’article 9 des Lignes directrices dans cette définition, il faut présumer qu’il n’entend pas que le terme défini à l’article 122.6 de la Loi soit interprété à l’avenant. Par conséquent, le terme « parent ayant la garde partagée » et, en particulier, l’expression « une base d’égalité ou de quasi-égalité » qui figurent dans la Loi doivent être définis sans égard aux Lignes directrices.

[29] As noted above, the definition of “shared-custody parent” was added by the 2010 Amendments. The 2010 federal budget [Budget 2010: Leading the Way on Jobs and Growth] included a reference to this change and the 2010 Budget Supplementary Information [in Annex 5: Tax Measures] stated that:

[2010 BSI:] Benefits Entitlement — Shared Custody

Under existing rules, only one eligible individual can receive the Canada Child Tax Benefit and Universal Child Care Benefit in respect of a qualified dependant each month. Similarly, the child component of the Goods and Services Tax/Harmonized Sales Tax Credit (GST/HST credit) is payable in respect of a qualified dependant to only one eligible individual each quarter.

To improve the allocation of child benefits between parents who share custody of a child, Budget 2010 proposes to allow two eligible individuals to receive Canada Child Tax Benefit and Universal Child Care Benefit amounts in a particular month, and two eligible individuals to receive GST/HST credit amounts in respect of a particular quarter, in respect of a child if the recipients would be eligible to receive amounts under the Canada Revenue Agency’s existing shared eligibility policy. This policy applies when a child lives more or less equally with two individuals who live separately. The Canada Child Tax Benefit and Universal Child Care Benefit payments will be equivalent to each eligible individual receiving one half of the annual entitlement that they would receive if they were the sole eligible individual, paid in monthly instalments over the year. The child component of the GST/HST credit will similarly be equivalent to each eligible individual receiving one half of the annual entitlement that they would receive if they were the sole eligible individual, paid in quarterly instalments over the year.

Corresponding amendments will be made to the *Universal Child Care Benefit Act*.

This measure will apply to benefits payable commencing July 2011. [Emphasis added.]

[29] Comme il est indiqué plus haut, la définition du terme « parent ayant la garde partagée » a été ajoutée par les modifications de 2010. Le Budget fédéral de 2010 [*Le Budget de 2010: Tracer la voie de la croissance et de l’emploi*] mentionne ce changement, et les Renseignements supplémentaires [à l’Annexe 5: Mesures fiscales] du Budget de 2010 précisent :

[Renseignements supplémentaires du Budget 2010:] Droit aux prestations — Garde partagée

Conformément aux règles en vigueur, un seul particulier admissible peut recevoir chaque mois la Prestation fiscale canadienne pour enfants (PFCE) et la Prestation universelle pour la garde d’enfants (PUGE) visant une personne à charge admissible. De même, la composante relative aux enfants du crédit pour la taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (crédit pour la TPS/TVH) à l’égard d’une personne à charge admissible n’est versée chaque trimestre qu’à un seul particulier admissible.

Afin d’améliorer la répartition des prestations pour enfants entre les parents qui ont la garde partagée d’un enfant, le budget de 2010 propose d’autoriser deux particuliers admissibles à recevoir la PFCE et la PUGE pour un mois donné ainsi que d’autoriser deux particuliers admissibles à recevoir le crédit pour TPS/TVH pour un trimestre donné à l’égard d’un enfant dans la mesure où ces deux particuliers auraient droit de recevoir ces montants aux termes de la politique actuelle de l’Agence du revenu du Canada sur le partage de l’admissibilité. Cette politique s’applique lorsque la garde d’un enfant est partagée plus ou moins également entre deux personnes qui habitent séparément. Les paiements au titre de la PFCE et de la PUGE qui seront versés à chaque particulier admissible correspondront à la moitié des prestations annuelles qu’un particulier admissible aurait reçues s’il avait été le seul particulier admissible; ils prendront la forme de mensualités étalées le long de l’année. Pareillement, les paiements au titre de la composante relative aux enfants du crédit pour la TPS/TVH, qui seront versés à chaque particulier admissible correspondront à la moitié des paiements qu’un particulier admissible aurait reçus s’il avait été le seul particulier admissible; ils prendront la forme de montants trimestriels étalés le long de l’année.

Des modifications correspondantes seront apportées à la *Loi sur la prestation universelle pour la garde d’enfants*.

Cette mesure s’appliquera aux prestations payables à compter de juillet 2011. [Non souligné dans l’original.]

[30] This document indicates that the purpose of the amendments was to reflect the existing policy of the CRA. As noted above, this policy provided that:

Shared eligibility exists where a child lives more or less equally with two separate individuals (whether 4 days with one, and 3 days with the other, on a one week on, one week off basis or some other similar rotation), and each individual is primarily responsible for the child's care and upbringing when the child resides with them.

[31] The only example given is one where a child resides with one parent for 4 days in one week and with the other parent for the other 3 days of that week, on a one week on, one week off basis. This alternating basis between the first week and the second week would mean that for a full two-week cycle, the child would live with each parent for 7 days, which would be on an equal basis. This policy did not provide for any significant deviation from an equal basis. Since the Budget Supplementary Information stated that the amendments to the CCTB provisions were intended to implement CRA's existing "shared eligibility policy", this would indicate that "near equal" was only intended to support minor deviations from sharing custody on an equal basis.

[32] In *Brady*, Justice Campbell referred to the Canada Child Benefits Guide, T4114(E) (the Guide), which was revised by the CRA after the amendments were made to the CCTB provisions in 2010. In this Guide, the CRA indicates that:

A child may live with two different individuals in separate residences on a more or less equal basis. For example:

- the child lives with one parent four days a week and the other parent three days a week
- the child lives with one parent one week and the other parent the following week
- any other regular cycle of alternation.

[30] Selon ce document, les modifications traduisaient la politique existante de l'ARC. Comme il est dit plus haut, cette politique prévoit ce qui suit :

L'admissibilité partagée arrive lorsqu'un enfant habite avec deux personnes différentes pour des périodes plus ou moins égales (que ce soit 4 jours avec l'une et 3 jours avec l'autre, une semaine chez l'une et une semaine chez l'autre ou toute autre rotation semblable) et chaque personne est principalement responsable des soins et de l'éducation de l'enfant durant le temps où l'enfant habite avec elle.

[31] Le seul exemple que donne la politique est celui d'un enfant qui habite avec un parent pendant quatre jours et avec l'autre pendant les trois autres jours de la même semaine, en semaine alternée. Cette rotation entre la première semaine et la deuxième semaine signifierait que pour un cycle complet de deux semaines, l'enfant habiterait chez chaque parent durant sept jours, ce qui constituerait une base d'égalité. La politique n'admet aucun écart significatif par rapport à cette base d'égalité. Comme les Renseignements supplémentaires du Budget indiquent que les modifications aux dispositions sur la PFCE avaient pour objet de traduire la « politique actuelle de l'Agence du revenu du Canada sur le partage de l'admissibilité », il semble que le mot « quasi-égalité » n'est censé signifier qu'un écart mineur par rapport à une garde partagée sur une base d'égalité.

[32] Dans l'affaire *Brady*, le juge Campbell fait référence au Guide révisé des prestations pour enfants, T4114(F) (le Guide), lequel a été révisé par l'ARC après les modifications apportées aux dispositions sur la PFCE en 2010. Dans ce Guide, l'ARC indique ce qui suit :

Un enfant peut habiter avec deux personnes différentes dans des résidences séparées pour des périodes plus ou moins égales, par exemple :

- l'enfant habite avec un parent quatre jours par semaine et avec l'autre parent trois jours par semaine;
- l'enfant habite avec un parent une semaine et avec l'autre parent la semaine suivante;
- tout autre cycle régulier de rotation de garde.

[33] Since the Guide is published by the CRA, it is not binding on this Court. It is, however, noteworthy to compare the first example in this Guide to the example provided by the CRA in its “shared eligibility policy” that existed prior to the amendments made in 2010. These two examples are:

Example in the “shared eligibility policy”	Example in the Guide
[child lives] 4 days with one [parent], and 3 days with the other [parent], on a one week on, one week off basis	the child lives with one parent four days a week and the other parent three days a week

[34] In the “shared eligibility policy”, the only example provided was one that would result in the child living on an equal basis with each parent since the child would be living with each parent for 7 days over the full 2 week cycle. However, in the example provided in the Guide, the second part of the example from the “shared eligibility policy” (which stipulates that the shared custody arrangement would operate “on a one week on, one week off basis”) is omitted. By omitting the alternating part of the arrangement, the example in the Guide suggests that the four days per week with one parent will continue throughout the year. This would reduce the time that a parent would be required to reside with his or her child to around 43 percent. There is no explanation for why the example was changed from the one cited in the “shared eligibility policy” to the one listed in the Guide. Since, based on the Budget Supplementary Information, the amendments made to the CCTB provisions in 2010 were intended to implement the existing policy, the example provided in the Guide should have been the same as the one set out in the shared eligibility policy.

[35] I also agree with the comments of Justice Campbell in *Brady* that the third situation identified in the Guide (any other regular cycle of alternation) is too broad.

[33] Le Guide est publié par l’ARC; il ne lie pas la Cour. Toutefois, il est utile de comparer le premier exemple de ce Guide à celui fourni par l’ARC dans sa « politique sur le partage de l’admissibilité » qui existait avant les modifications de 2010. Les voici :

Exemple donné dans la « politique sur le partage de l’admissibilité »	Exemple donné dans le Guide
[l’enfant habite] 4 jours avec [l’un des parents] et 3 jours avec l’autre [parent], une semaine chez l’une [...] et une semaine chez l’autre	l’enfant habite avec un parent quatre jours par semaine et avec l’autre parent trois jours par semaine

[34] Le seul exemple que donne la « politique sur le partage de l’admissibilité » a pour résultat que l’enfant habite sur une base d’égalité avec chaque parent, puisque l’enfant habite avec chaque parent durant sept jours sur un cycle complet de deux semaines. Toutefois, l’exemple tiré du Guide omet la seconde partie de l’exemple tiré de la « politique sur le partage de l’admissibilité » (selon lequel l’arrangement de garde partagée s’exécute « une semaine chez l’une [...] et une semaine chez l’autre »). Parce qu’il omet l’élément d’alternance qui caractérise cet arrangement, l’exemple tiré du Guide laisse croire que l’enfant habitera quatre jours par semaine avec un parent, durant toute l’année. Dans un tel scénario, la proportion de temps pendant laquelle le parent doit résider avec son enfant pour l’application de la PFCE s’établirait à environ 43 p. 100. Rien n’explique pourquoi l’exemple donné dans le Guide est différent de celui donné dans la « politique sur le partage de l’admissibilité ». Puisque, selon les Renseignements supplémentaires du Budget, les modifications apportées aux dispositions sur la PFCE en 2010 avaient pour objet de traduire la politique existante, l’exemple donné dans le Guide aurait dû être le même que celui de la politique sur le partage l’admissibilité.

[35] Je suis également d’accord avec le juge Campbell dans la décision *Brady* pour dire que le troisième exemple indiqué dans le Guide (tout autre cycle régulier de rotation de garde) est trop vague.

[36] The purpose of the CCTB is to provide a payment to qualifying parents. The CCTB is either paid entirely to one parent or is shared equally between two parents. It is not allocated between the parents based on the percentage of time that each parent resides with the child. Since the amount of the benefit paid to each shared-custody parent will be one half of the CCTB, this would also support a finding that any deviation from residing on an equal basis must be a minor deviation in order to qualify as “near equal”. This is also consistent with the stated intention in the 2010 Budget Supplementary Information that the amendments would implement the “shared eligibility policy” of the CRA, which, based on the example provided, did not indicate that any significant deviation from sharing custody on an equal basis would result in a sharing of the CCTB.

F. *Conclusion on the Interpretation of “near equal”*

[37] In my view, based on the text, context and purpose, Parliament intended that “near equal” be interpreted as essentially or almost equal. Parents should be considered to reside with their child on an equal or near equal basis if the Tax Court is satisfied, when comparing the amount of time that a child resides with each parent, that each parent resides 50 percent (or almost 50 percent) of the time with the child.

[38] In determining whether a child is residing with a parent on a near equal basis, it is important to remember what is being measured. In my view, Parliament did not intend for the parties to maintain detailed records of every hour that a child resides with each parent. In several of the decisions of the Tax Court, the percentage of time that each parent resides with the child is calculated to the nearest hundredth of a percentage point. For example in *Morrissey* [at paragraph 67] the finding was that the proportion of time was “somewhere between a 59.38%/40.62% split and a 57.14%/42.86% split”. Mr. Lavrinenko, in his submissions, stated that the percentage of time that he resided with his son was 40.87 percent.

[36] La PFCE a pour objet le versement d’une allocation aux parents admissibles. La PFCE est soit versée entièrement à l’un des parents, soit partagée en parts égales entre eux. Elle n’est pas partagée en fonction de la proportion de temps pendant lequel chaque parent réside avec l’enfant. Comme les fonds versés à chaque parent ayant la garde partagée équivalent à la moitié de la PFCE, on peut également conclure que tout écart par rapport à l’égalité doit être mineur pour équivaloir à la « quasi-égalité ». Cette conclusion est également conforme à l’objet énoncé dans les Renseignements supplémentaires du Budget 2010, selon lequel les modifications permettent de mettre en œuvre la « politique sur le partage de l’admissibilité » de l’ARC. Cette politique, à en juger par l’exemple fourni, n’indique pas qu’un écart significatif par rapport à une garde partagée sur une base d’égalité emporte le partage de la PFCE.

F. *Conclusion sur l’interprétation du terme « quasi-égalité »*

[37] À mon avis, selon une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, le législateur entend que le terme « quasi-égalité » signifie ce qui est essentiellement ou presque égal. Il faudrait conclure que les parents résident avec leur enfant sur une base d’égalité ou de quasi-égalité si la Cour canadienne de l’impôt est convaincue, en comparant le temps pendant lequel l’enfant réside avec l’un et l’autre parent, que cette proportion s’établit à 50 p. 100 ou presque.

[38] Pour décider si un enfant réside avec un parent sur une base de quasi-égalité, il importe de ne pas perdre de vue le sujet de la mesure. À mon avis, le législateur n’entend pas que les parties tiennent des registres détaillant chaque heure que l’enfant a passée avec chaque parent. Dans plusieurs des décisions rendues par la Cour canadienne de l’impôt, ce rapport est calculé au centième de point de pourcentage près. Par exemple, dans l’affaire *Morrissey* [au paragraphe 67], le juge a conclu que cette proportion était « comprise entre une répartition de 59,38 %/40,62 % et une répartition de 57,14 %/42,86 % ». M. Lavrinenko, dans ses observations, fait valoir une proportion de temps pendant lequel il a résidé avec son fils s’établissant à 40,87 p. 100.

[39] It does not seem to me that Parliament, in addressing whether the parents reside with the child on an equal or near equal basis, had intended that the parents or the Tax Court measure the actual amount of time so precisely and calculate it to the nearest hundredth of a percentage point. This could also lead to a situation where one parent could intentionally delay taking the child to the other parent to attempt to reduce the time that the child is with the other parent to produce a precisely calculated amount of time that would result in the other parent not being a shared-custody parent. This could not have been the intent of this provision.

[40] It is not always possible to accurately quantify the number of hours that the child resides with each parent and therefore arrive at a precise determination of the percentage of time that the child resides with each parent accurate to the nearest hundredth of a percentage point. The accuracy of the result of any mathematical computation is entirely dependent on the accuracy of the numbers used to produce that result. Parents who are sharing the custody of a child should be focused on the best interests of the child and not in documenting each hour that the child is residing with them. This condition for the CCTB should not add any additional stress by requiring parents to maintain detailed records of the exact time that the child spends with each parent. As well, there are a number of issues that could contribute to the imprecise calculation such as whether the time that a child spends in school or at summer camp should be allocated to one or both parents, and if so, how it should be allocated.

[41] Parliament chose to not fix the range that would qualify as “near equal”. However, in my view, any percentage of time that cannot be rounded off to 50 percent would not qualify as near equal. In deciding how to round off an amount of time, it is important to consider the accuracy of the amounts used to determine the percentage of time that a child resides with each parent.

[42] As noted above, it is not always possible to accurately quantify the number of hours that the child resides with each parent and, therefore, arrive at a precise determination of the percentage of time that the child resides

[39] Je ne crois pas que le législateur entende, lorsqu’il s’agit de savoir si les parents résident avec l’enfant sur une base d’égalité ou de quasi-égalité, que ceux-ci ou la Cour canadienne de l’impôt comptabilisent le temps au centième de point de pourcentage près. Une telle approche risque également de mener à une situation où un parent tarde intentionnellement à ramener l’enfant à l’autre parent dans le but de réduire le temps que passe l’enfant avec l’autre parent pour obtenir un rapport précisément calculé de sorte à empêcher l’autre parent d’être considéré comme un parent ayant la garde partagée. Le législateur ne pouvait avoir eu pareille intention.

[40] Il n’est pas toujours possible de quantifier avec exactitude le temps que passe un enfant avec chacun de ses parents et, donc, d’arriver à un rapport précis du temps que l’enfant passe avec chacun d’eux au centième de point de pourcentage près. L’exactitude du résultat de tout calcul mathématique est entièrement subordonnée à celui des valeurs utilisées. Les parents qui partagent la garde d’un enfant devraient penser davantage à l’intérêt supérieur de l’enfant qu’à consigner chaque heure que l’enfant passe avec chacun d’eux. Cette condition pour obtenir la PFCE ne devrait pas ajouter du stress en exigeant des parents qu’ils tiennent des registres détaillés de chaque minute que l’enfant passe avec chaque parent. De plus, certaines questions pourraient contribuer à un calcul imprécis: le temps qu’un enfant passe à l’école ou dans un camp d’été devrait-il être attribué à l’un ou à l’autre des parents, ou aux deux, auquel cas dans quelle proportion?

[41] Le législateur a choisi de ne pas préciser quelle fourchette équivaldrait à une « quasi-égalité ». Toutefois, à mon avis, toute proportion de temps qui ne pourrait être arrondie à 50 p. 100 ne saurait équivaloir à une quasi-égalité. Pour déterminer comment arrondir le quotient obtenu, il importe de tenir compte de l’exactitude des valeurs utilisées dans le calcul servant à établir la proportion de temps pendant lequel l’enfant réside avec chaque parent.

[42] Comme il est signalé plus haut, il n’est pas toujours possible de quantifier avec exactitude le temps que passe un enfant avec chacun de ses parents et, donc, d’arriver à une proportion précise. Ainsi, tout pourcentage devrait

with each parent. As a result, any rounding of percentages should not be restricted to rounding to the nearest percentage point but rather to the nearest whole number that is a multiple of 10 and another whole number. For example, 48 percent would be rounded to 50 percent and 44 percent would be rounded to 40 percent. This would allow some flexibility for the imprecise data that may be available and still reflect the intention of Parliament that the child reside on an equal or near equal basis with each parent.

[43] On this basis, even accepting Mr. Lavrinenko's submission that he resided with his child 41 percent of the time (which would be rounded to 40 percent), he does not satisfy the requirement that he resided on an equal or near equal basis with his son. Therefore, it is not necessary to resolve the issue of whether the actual percentage of time that Mr. Lavrinenko resided with his son was less than 40 percent or approximately 41 percent.

[44] As a result, I would dismiss the appeal. Although the Crown has requested costs, in my view, costs should not be awarded in this case.

être arrondi non pas au point de pourcentage le plus près, mais au nombre entier le plus près qui est un multiple de 10 et d'un autre chiffre entier. Par exemple, 48 p. 100 devrait être arrondi à 50 p. 100 et 44 p. 100 devrait être arrondi à 40 p. 100. Cette formule permet une certaine souplesse en cas d'imprécision des données et traduit l'intention du législateur voulant que l'enfant réside sur une base d'égalité ou de quasi-égalité avec chaque parent.

[43] Ainsi, même si j'ajoutais foi aux affirmations de M. Lavrinenko selon lesquelles il a résidé avec son enfant 41 p. 100 du temps (pourcentage qui serait arrondi à 40 p. 100), il ne satisfait pas au critère de la base d'égalité ou de quasi-égalité. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si M. Lavrinenko a résidé avec son fils moins de 40 p. 100 du temps ou environ 41 p. 100 du temps.

[44] Par conséquent, je rejetterais l'appel. Bien que la Couronne ait demandé l'adjudication des dépens, à mon avis, il n'y a pas lieu de rendre d'ordonnance en ce sens dans la présente affaire.

T-1736-14
2019 FC 960

T-1736-14
2019 CF 960

Gwendolyn Louise Deegan and Kazia Highton
(*Plaintiffs*)

Gwendolyn Louise Deegan et Kazia Highton
(*demandereses*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada and the Minister of
National Revenue** (*Defendants*)

**Le procureur général du Canada et le ministre du
Revenu national** (*défendeurs*)

INDEXED AS: DEEGAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ: DEEGAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Mactavish J.—Vancouver, January 28,
29, 30, 31 and February 1; Ottawa, July 22, 2019.

Cour fédérale, juge Mactavish—Vancouver, 28, 29, 30,
31 janvier et 1er février; Ottawa, 22 juillet 2019.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Action challenging constitutionality of Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act (Implementation Act), Income Tax Act, ss. 263–269 (collectively Impugned Provisions) — Impugned Provisions implementing into Canadian law Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-U.S. IGA) — Canada-U.S. IGA negotiated given Canadian government’s concerns resulting from enactment by U.S. of Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) in 2010 to ensure compliance with U.S. taxation system — FATCA requiring that certain persons (including U.S. citizens) provide financial information to American Internal Revenue Service (IRS) — Impugned Provisions causing Canada Revenue Agency (CRA) to act as intermediary between Canadian financial institutions, IRS — Plaintiffs both American citizens from birth also Canadian citizens — Neither having any current connection with United States — Plaintiffs commencing action in 2014 asserting that automatic collection, disclosure of taxpayer information to IRS as required by Impugned Provisions ultra vires federal legislation that implemented Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital (Canada-U.S. Tax Treaty), Income Tax Act, s. 241 — With respect to Charter, s. 8, plaintiffs arguing Impugned Provisions unjustifiably infringing s. 8 — Whether Impugned Provisions infringing Charter, s. 8; if so, whether such limitation of rights reasonable limit that was justifiable in free, democratic society within meaning of Charter, s. 1 — Purpose of Charter, s. 8 to protect individuals’ reasonable expectation of privacy against unwarranted intrusions by State — Assuming seizure taking place in present case

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Action contestant la constitutionnalité de la Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux (la Loi de mise en œuvre) et des art. 263 à 269 de la Loi de l’impôt sur le revenu (collectivement, les dispositions contestées) — Les dispositions contestées ont incorporé à la législation canadienne l’Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune (l’AIG Canada–États-Unis) — L’AIG Canada–États-Unis a été négocié en raison des préoccupations du gouvernement canadien nées de l’adoption par les États-Unis de la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) en 2010 pour assurer la conformité au régime fiscal américain — La FATCA exige de certaines personnes (dont les citoyens américains) qu’elles fournissent des renseignements financiers à l’Internal Revenue Service (IRS) — Les dispositions contestées amènent l’Agence du revenu du Canada (ARC) à intervenir comme intermédiaire entre les institutions financières canadiennes et l’IRS — Les demandereses ont toutes deux la citoyenneté américaine du fait qu’elles sont nées aux États-Unis et sont aussi citoyennes canadiennes — Aucune des deux n’a de liens actuellement avec les États-Unis — Les demandereses ont institué l’action en 2014, soutenant que la collecte automatique de renseignements sur des contribuables et leur divulgation à l’IRS aux termes des dispositions contestées constituaient des pratiques ultra vires de la loi fédérale portant application de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune (Convention fiscale Canada–États-Unis) et de l’art. 241 de la Loi de l’impôt sur le revenu — En ce qui concerne l’art. 8 de la Charte,

(i.e. seizure of affected individuals' banking information), issue whether that seizure reasonable — Given reporting obligations to IRS, those affected by Impugned Provisions having only limited expectation of privacy in banking information in issue here — Seizure herein reasonable — Global context, wherein sharing of taxpayer information between countries has received international acceptance, supporting such conclusion — Use of documents by CRA for domestic income tax purposes will not result in unreasonable seizure of information in question contrary to provisions of Charter, s. 8 — Method used to collect banking records determined to be minimally intrusive; information shared with IRS afforded protection under Canada-U.S. Tax Treaty — Since seizure of banking information under Impugned Provisions not violating Charter, s. 8, not necessary to consider whether Impugned Provisions could be justified by defendants under Charter, s. 1 — Action dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — In action challenging constitutionality of Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act (Implementation Act), Income Tax Act, ss. 263–269 (collectively Impugned Provisions), plaintiffs claiming Impugned Provisions violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15, drawing distinction between Canadian citizens, residents who are U.S. persons and those who are not U.S. persons — Whether Impugned Provisions infringing Charter, s. 15; if so, whether such limitation of rights constituting reasonable limit that justifiable in free, democratic society within meaning of Charter, s. 1 — Charter, s. 15 aimed at preventing drawing of discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to grounds enumerated in s. 15 or to analogous grounds — Having to determine whether Impugned Provisions drawing distinction between U.S. persons, non-U.S. persons based on citizenship or national origin — Impugned Provisions drawing distinction between U.S. persons, non-U.S. persons based, at least in part, on their citizenship, national origin — Nevertheless, any such distinction not discriminatory — Effect of Impugned Provisions to compel U.S. persons in Canada to comply with pre-existing obligations under American tax laws

les demanders ont affirmé que les dispositions contestées étaient injustifiablement contraires à l'art. 8 — Il s'agissait de savoir si les dispositions contestées sont contraires à l'art. 8 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette limite constitue une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte — L'art. 8 de la Charte a pour but de protéger l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée contre les intrusions injustifiées de l'État — Si l'on présume qu'il y a eu saisie dans la présente affaire (la saisie des renseignements bancaires des particuliers visés), la question est de savoir si cette saisie était raisonnable — Étant donné l'obligation de communiquer les renseignements bancaires à l'IRS, le droit des particuliers concernés au respect de leur vie privée à l'égard des renseignements bancaires était limité — La saisie en l'espèce était raisonnable — Le contexte mondial, dans lequel l'échange de renseignements sur les contribuables entre pays est accepté à l'échelle internationale, appuie une telle conclusion — L'utilisation de documents par l'ARC aux fins de calcul des impôts canadiens ne donnera pas lieu à la saisie déraisonnable de l'information en question en contravention des dispositions de l'art. 8 de la Charte — La méthode employée pour recueillir ces renseignements est la moins attentatoire possible, et les renseignements communiqués à l'IRS sont protégés par la Convention fiscale Canada–États-Unis — Étant donné que la saisie de renseignements bancaires prévue par les dispositions contestées n'était pas contraire à l'art. 8 de la Charte, il n'était pas nécessaire de déterminer si les défendeurs pouvaient justifier les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la Charte — Action rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Dans une action contestant la constitutionnalité de la Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux (la Loi de mise en œuvre) et des art. 263 à 269 de la Loi de l'impôt sur le revenu (collectivement, les dispositions contestées), les demanders ont fait valoir que les dispositions contestées contreviennent à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'elles opèrent une distinction entre les citoyens et les résidents du Canada qui sont des personnes des États-Unis et celles qui ne le sont pas — Il s'agissait de savoir si les dispositions contestées contreviennent à l'art. 15 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette limite constitue une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte — L'art. 15 de la Charte vise à prévenir l'établissement de distinctions discriminatoires qui ont une incidence défavorable sur les membres des groupes caractérisés par rapport aux motifs énumérés à l'art. 15 ou à des motifs analogues — La question à trancher était de savoir si les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale — Les dispositions contestées opèrent une distinction entre les

— Charter not requiring Canada to assist persons resident in this country in avoiding their obligations under duly-enacted laws of another democratic state — Impugned Provisions not reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage nor violating norm of substantive equality in Charter, s. 15(1); also not involving oppression or unfair dominance of one group by another — Therefore, not necessary to consider whether breach of s. 15 could be justified by defendants under Charter, s. 1.

Federal Court Jurisdiction — Action challenging constitutionality of Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act, Income Tax Act, ss. 263–269 (collectively Impugned Provisions) whereby Impugned Provisions implementing into Canadian law inter-governmental agreement between Governments of Canada, United States — Main preliminary issue whether Federal Court having jurisdiction to grant relief plaintiffs seeking — Federal Court superior court of record having civil, criminal jurisdiction; having plenary jurisdiction to determine any matter of law arising out of its original jurisdiction including constitutional jurisdiction in matters that are properly before Court — Three-part test espoused in ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics to determine whether Federal Court having jurisdiction over subject matter of claim applied here — Present matter involving claim for relief against federal Crown; thus falling within jurisdiction conferred on this Court by Federal Courts Act, s. 17 — Body of federal law (Income Tax Act, Implementation Act) existing that was essential to disposition of case that nourished statutory grant of jurisdiction — Also, no bar to Federal Court considering constitutionality of federal legislation that was subject of present action — Therefore, Federal Court having jurisdiction to grant declaratory relief sought by plaintiffs pursuant to Constitution Act, 1982, s. 52(1).

This was an action challenging the constitutionality of the Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act (the Implementation Act) and

personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis sur la base, du moins en partie, de leur citoyenneté et/ou de leur origine nationale — Néanmoins, cette distinction n'est pas discriminatoire — Les dispositions contestées ont pour effet d'obliger les personnes des États-Unis vivant au Canada à respecter leurs obligations préexistantes aux termes des lois fiscales américaines — Le Canada n'est pas tenu, selon la Charte, d'aider les personnes qui résident sur son territoire à éviter leurs obligations aux termes de lois dûment promulguées d'un autre État démocratique — Les dispositions contestées n'ont pas renforcé, perpétué ni accentué un désavantage et elles ne transgressent pas non plus la norme d'égalité réelle consacrée par l'art. 15(1) de la Charte; elles n'ont pas donné lieu non plus à l'oppression ou à la domination injuste d'un groupe par un autre — Il n'était donc pas nécessaire de rechercher si les défendeurs pouvaient justifier une violation de l'art. 15 en vertu de l'article premier de la Charte.

Compétence de la Cour fédérale — Action contestant la constitutionnalité de la Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux et des art. 263 à 269 de la Loi de l'impôt sur le revenu (collectivement, les dispositions contestées), lesquelles dispositions contestées ont incorporé à la législation canadienne un accord conclu entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis — La principale question préliminaire était de savoir si la Cour avait compétence d'accorder la mesure sollicitée par les demanderessees — La Cour fédérale est une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale; elle est pleinement habilitée à être saisie des questions de droit relevant de sa compétence en première instance, ce qui comprend la compétence constitutionnelle à l'égard des affaires dont elle peut être saisie — Le critère à trois volets consacré par l'arrêt ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics pour déterminer si la Cour fédérale a compétence à l'égard de l'objet d'une requête a été appliqué dans la présente affaire — La présente affaire mettait en jeu une demande visant la Couronne et elle relevait ainsi de la compétence de la Cour aux termes de l'art. 17 de la Loi sur les Cours fédérales — Il existait un ensemble de règles de droit fédérales (Loi de l'impôt sur le revenu, Loi de mise en œuvre) essentiel à la solution du litige et qui constituait le fondement de l'attribution légale de compétence — Il n'existait aucune disposition interdisant à la Cour fédérale de statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales visées par la présente action — Pour ces motifs, la Cour fédérale avait compétence de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par les demanderessees, en vertu de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Il s'agissait d'une action contestant la constitutionnalité de la Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux (la Loi de mise

sections 263 to 269 of the *Income Tax Act* (collectively the Impugned Provisions). The Impugned Provisions implemented into Canadian law an intergovernmental agreement between the Governments of Canada and the United States in February 2014 called the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada–U.S. IGA). The Canada–U.S. IGA was negotiated given the Canadian government’s concerns resulting from the enactment by the United States of the *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) in 2010 to ensure compliance with the United States taxation system. FATCA requires that certain persons (including U.S. citizens) provide financial information to the American Internal Revenue Service (IRS). It also requires that non-American financial institutions enter into direct reporting relationships with the IRS and that they provide the IRS with account information for customers who may be subject to American tax laws. Broadly speaking, the Impugned Provisions cause Canada—specifically the Canada Revenue Agency (CRA)—to act as an intermediary between Canadian financial institutions and the IRS.

The plaintiffs are both American citizens as a result of each having been born in the United States, although neither spent more than a few years there as children. Both of them are now Canadian citizens and neither has any real ongoing connection with the United States. Ms. Deegan has never worked in the United States and she does not own any assets or hold any financial accounts in that country. Ms. Highton is an elementary school teacher living in British Columbia, who was born in Michigan to Canadian parents. This action was commenced in 2014. The plaintiffs asserted in particular that the automatic collection and disclosure of taxpayer information to the IRS as required by the Impugned Provisions is *ultra vires* the federal legislation that implemented the *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Canada–U.S. Tax Treaty) and/or section 241 of the *Income Tax Act*.

In an effort to prevent the communication of financial information relating to U.S. persons to the IRS, the plaintiffs brought a motion seeking a permanent prohibitive injunction preventing the collection and disclosure of taxpayer information to the IRS. The Federal Court concluded on this motion that the collection and automatic disclosure of account holder information about U.S. Reportable Accounts in accordance

en œuvre) et des articles 263 à 269 de la Loi de l’impôt sur le revenu (collectivement, les dispositions contestées). Ces dispositions contestées ont incorporé à la législation canadienne un accord intergouvernemental conclu entre les gouvernements canadien et américain en février 2014 intitulé *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (l’AIG Canada–États-Unis). L’AIG Canada–États-Unis a été négocié en raison des préoccupations du gouvernement canadien nées de l’adoption par les États-Unis de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) en 2010 pour assurer la conformité au régime fiscal américain. La FATCA exige de certaines personnes (dont les citoyens américains) qu’elles fournissent des renseignements financiers à l’Internal Revenue Service (IRS) des États-Unis. De plus, la FATCA exige des institutions financières non américaines qu’elles entretiennent des rapports aux fins de déclaration directe avec l’IRS et qu’elles fournissent à ce dernier des renseignements sur les comptes des clients susceptibles d’être assujettis aux lois fiscales américaines. De manière générale, les dispositions contestées amènent le Canada — et plus particulièrement l’Agence du revenu du Canada (ARC) — à intervenir comme intermédiaire entre les institutions financières canadiennes et l’IRS.

Les demanderesse ont toutes deux la citoyenneté américaine du fait qu’elles sont nées aux États-Unis, bien que ni l’une ni l’autre n’y ait passé plus que quelques années, durant son enfance. Toutes deux sont aujourd’hui citoyennes canadiennes, et aucune des deux n’a de véritables liens durables avec les États-Unis. M^{me} Deegan n’a jamais travaillé aux États-Unis, et elle n’y détient ni actifs ni comptes financiers. M^{me} Highton est une enseignante du primaire qui vit en Colombie-Britannique, et qui est née au Michigan de parents canadiens. Le présent contentieux a débuté en 2014. Les demanderesse ont soutenu plus particulièrement que la collecte automatique de renseignements sur des contribuables et leur divulgation à l’IRS aux termes des dispositions contestées constituaient des pratiques *ultra vires* de la loi fédérale portant application de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (Convention fiscale Canada–États-Unis) et/ou de l’article 241 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Dans une tentative d’éviter que des renseignements financiers sur des personnes des États-Unis soient communiqués à l’IRS, les demanderesse ont déposé une requête en injonction permanente interdisant la collecte et la communication à l’IRS des renseignements fiscaux. La Cour fédérale a conclu que la collecte et la communication automatique des renseignements relatifs aux détenteurs de comptes déclarables américains

with the Canada–U.S. IGA was legally authorized by the Impugned Provisions. It further found that the collection and automatic disclosure of any such information was not inconsistent with the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty and did not otherwise violate section 241 of the *Income Tax Act*. Therefore, the Federal Court dismissed the plaintiffs’ motion.

With respect to arguments on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the plaintiffs argued in particular that the Impugned Provisions unjustifiably infringed section 8 of the Charter, which guarantees the right to be secure against unreasonable searches or seizures. They contended that the Impugned Provisions require that Canadian financial institutions transfer the banking information of an indeterminate number of Canadians to the CRA, without prior judicial authorization or any state oversight, which information will then be handed over to the IRS. The defendants argued that, while the Impugned Provisions result in the seizure of accountholder information of U.S. persons, the plaintiffs and similarly situated individuals do not have an objectively reasonable expectation of privacy in their banking information and that the seizure of the banking information in question is reasonable.

The main preliminary issue was whether the Court had jurisdiction to grant the relief sought by the plaintiffs while the main issues were whether the Impugned Provisions infringed sections 8 and 15 of the Charter; and, if so, whether any such limitation of rights was a reasonable limit that was justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

Held, the action should be dismissed.

The Federal Court is a statutory court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Courts’ plenary powers emanate not from any particular legislative provision in the *Federal Courts Act* or the *Federal Courts Rules* but rather from their constitutional status as courts. The Federal Court is neither an inferior court nor an administrative tribunal but rather a superior court of record having civil and criminal jurisdiction. As a superior court, the Federal Court has plenary jurisdiction to determine any matter of law arising out of its original jurisdiction. This includes constitutional jurisdiction in matters that are properly before the Court. Section 17 of the *Federal Courts Act* grants the Federal Court jurisdiction over all cases in which relief is sought against the Crown, which relief includes declaratory relief pursuant to section 2. Section 18 of the *Federal Courts Act* grants exclusive original jurisdiction

qu’envisagent l’AIG Canada–États-Unis étaient légalement autorisées par les dispositions contestées. Elle a de plus conclu que la collecte et la communication automatique de ces renseignements n’étaient pas incompatibles avec les dispositions de la Convention fiscale Canada–États-Unis et que, par ailleurs, elles ne portaient pas atteinte à l’article 241 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Par conséquent, la Cour fédérale a rejeté la requête des demanderesse.

En ce qui concerne les arguments fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, les demanderesse ont affirmé plus particulièrement que les dispositions contestées étaient injustifiablement contraires à l’article 8 de la Charte, qui garantit le droit de chacun à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Elles ont soutenu que les dispositions contestées exigent que les institutions financières canadiennes transfèrent à l’ARC les renseignements bancaires d’un nombre indéterminé de Canadiens, sans autorisation judiciaire préalable ni contrôle par l’État, ces renseignements étant ensuite communiqués à l’IRS. Les défendeurs ont concédé que les dispositions contestées résultent en la saisie de renseignements sur les titulaires de compte qui sont des personnes des États-Unis, mais ils ont allégué que les demanderesse et les personnes étant dans une situation semblable n’ont pas d’attente objectivement raisonnable en matière de vie privée en ce qui a trait à leurs renseignements bancaires, et que la saisie des renseignements bancaires en question est raisonnable.

La principale question préliminaire était de savoir si la Cour avait compétence d’accorder la mesure sollicitée par les demanderesse, tandis que les principales questions en litige étaient de savoir si les dispositions contestées sont contraires aux articles 8 et 15 de la Charte et, dans l’affirmative, si cette limite constitue une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la Charte.

Jugement : l’action doit être rejetée.

La Cour fédérale est une cour créée par la loi en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les pleins pouvoirs des Cours fédérales émanent de leur statut constitutionnel de tribunal, et non d’une disposition précise de la *Loi sur les Cours fédérales* ou des *Règles des Cours fédérales*. La Cour fédérale n’est ni une cour de compétence inférieure ni un tribunal administratif. Elle est plutôt une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale. Comme cour supérieure, la Cour fédérale est pleinement habilitée à être saisie des questions de droit relevant de sa compétence en première instance, ce qui comprend la compétence constitutionnelle à l’égard des affaires dont elle peut être saisie. Selon l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale est compétente lorsqu’il est sollicité une mesure visant la Couronne, laquelle réparation comprend la réparation

to the Federal Court to issue injunctions against federal boards, commissions or tribunals, or to hear and determine any proceeding brought against the Attorney General of Canada. The three-part test espoused in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* to determine whether the Federal Court has jurisdiction over the subject matter of a claim was applied here. This case involved a claim for relief against the federal Crown and thus fell within the jurisdiction conferred on this Court by section 17 of the *Federal Courts Act*. There was an existing body of federal law (*Income Tax Act, Implementation Act*) that was essential to the disposition of the case that nourished the statutory grant of jurisdiction. Moreover, there was no bar to the Federal Court considering the constitutionality of the federal legislation that was the subject of this action and the *Federal Courts Act* specifically contemplates the exercise of constitutional jurisdiction by the Federal Courts (section 52). Therefore, the Federal Court did indeed have jurisdiction to grant the declaratory relief sought by the plaintiffs pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The purpose of section 8 of the Charter is to protect individuals' reasonable expectation of privacy against unwarranted intrusions by the State. This case involved income tax legislation and legislation relating to the exchange of information for income tax purposes. Both the *Income Tax Act* and the *Implementation Act* can be described as being of an administrative nature. For section 8 of the Charter to be engaged, there must first be a search or seizure. Assuming that to be the case, the question then is whether the search or seizure was reasonable and, in this case, whether the seizure of the affected individuals' banking information was reasonable. To be able to claim the protection of section 8 of the Charter, an individual must first establish that they have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search. The fact that the plaintiffs and other U.S. persons have the pre-existing obligation to report their banking information to the IRS under American tax laws suggested that their privacy interest in that information was limited. The seizure of that information herein was reasonable. Notably, the evidence before the Court was that some 100 countries have entered into intergovernmental agreements with the American government in efforts to mitigate the consequences of FATCA in each of these countries and there was no suggestion that any of these countries were able to negotiate agreements with the American government that were any more advantageous or less intrusive than the Canada–U.S. IGA. Regard was also to be had to the global environment as it relates to the sharing of tax information between countries. The sharing of taxpayer information between countries has received international acceptance, further suggesting that the sharing of U.S. persons' account holder information with

such forme de déclaration en vertu de l'article 2. L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* accorde à la Cour fédérale la compétence exclusive, en première instance, de décerner une injonction contre tout office fédéral ou pour connaître de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada. Il a été satisfait au critère à trois volets consacré par l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* pour déterminer si la Cour fédérale a compétence à l'égard de l'objet d'une requête. La présente affaire mettait en jeu une demande visant la Couronne et elle relevait ainsi de la compétence de la Cour aux termes de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il existait un ensemble de règles de droit fédérales (*Loi de l'impôt sur le revenu*, Loi de mise en œuvre) essentiel à la solution du litige et qui constituait le fondement de l'attribution légale de compétence. En outre, il n'existait aucune disposition interdisant à la Cour fédérale de statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales visées par la présente action, et la *Loi sur les Cours fédérales* envisage expressément l'exercice de la compétence constitutionnelle par les Cours fédérales (article 52). Pour ces motifs, la Cour fédérale avait bel et bien compétence de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par les demanderessees, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 8 de la Charte a pour but de protéger l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée contre les intrusions injustifiées de l'État. La présente affaire mettait en cause la loi fiscale et la législation relative à l'échange d'information aux fins de l'impôt sur le revenu. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la Loi de mise en œuvre peuvent toutes deux être qualifiées de nature administrative. Pour que joue l'article 8 de la Charte, il faut d'abord qu'il y ait eu fouille, perquisition ou saisie. Si l'on présume que tel est le cas, la question est donc de déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable et, dans la présente affaire, si la saisie des renseignements bancaires des particuliers visés était raisonnable. Pour qu'une personne puisse invoquer la protection garantie par l'article 8 de la Charte, elle doit d'abord établir qu'elle a une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne l'objet de la fouille ou de la perquisition. Les demanderessees et d'autres personnes des États-Unis ont l'obligation préexistante de communiquer leurs renseignements bancaires à l'IRS conformément aux lois fiscales américaines; il en ressort que leur droit au respect de leur vie privée à l'égard de ces renseignements était limité. La saisie des renseignements en cause en l'espèce était raisonnable. Ainsi, selon les preuves dont notre Cour est saisie, une centaine de pays ont conclu des ententes intergouvernementales avec le gouvernement américain dans le but d'atténuer les conséquences de la FATCA dans chacun de ces pays et il n'a pas été soutenu que l'un de ces pays serait en mesure de négocier des ententes avec le gouvernement américain qui seraient plus avantageuses et moins intrusives que l'AIG Canada–États-Unis. Il fallait également tenir compte du contexte mondial, comme il est question de

the IRS pursuant to the Impugned Provisions is indeed reasonable. This was further confirmed by the fact that the banking information in issue is shared with the IRS in confidence, in accordance with the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty, and is subject to the restrictions on the use that can be made of information exchanged under the Treaty. As pointed out by the Supreme Court, once the CRA has obtained documents, taxpayers can no longer have any reasonable expectation of privacy in the documents in question. That being the case, the use of the documents by the CRA for domestic income tax purposes will not result in the unreasonable seizure of the information in question contrary to the provisions of section 8 of the Charter. Therefore, the use by the CRA of account-holder information obtained under the Impugned Provisions for domestic tax purposes does not violate section 8 of the Charter. The principle purpose underlying the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions—namely avoiding the consequences of the direct application of FATCA in Canada—was an important one. The method used to collect banking records was minimally intrusive and the information that is shared with the IRS is afforded protection under the Canada–U.S. Tax Treaty. Given the conclusion that the seizure of banking information contemplated by the Impugned Provisions was reasonable and did not violate section 8 of the Charter, it was unnecessary to consider whether the Impugned Provisions could be justified by the defendants under section 1 of the Charter.

With respect to section 15 of the Charter, the plaintiffs argued that the Impugned Provisions draw a distinction between citizens and residents of Canada who are U.S. persons and those who are not, based on the individuals' national origin or citizenship. Subsection 15(1) of the Charter is aimed at preventing the drawing of discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to the grounds enumerated in section 15 or to analogous grounds. It had to be determined whether the Impugned Provisions draw a distinction between U.S. persons and non-U.S. persons based on their citizenship or their national origin. The Impugned Provisions draw a distinction between U.S. persons and non-U.S. persons based, at least in part, on their citizenship and/or their national origin. Nevertheless, any such distinction is not discriminatory. Focussing on the impact of the Impugned Provisions, it was determined that their effect is to compel U.S. persons in Canada to comply with their pre-existing obligations under American tax laws. The Charter does not require Canada to assist persons resident in this country in avoiding

la communication de renseignements fiscaux entre pays. L'échange de renseignements sur les contribuables entre pays est accepté à l'échelle internationale, ce qui indique en outre que l'échange de renseignements sur les titulaires de comptes des États-Unis avec l'IRS, conformément aux dispositions contestées est effectivement raisonnable. Le caractère raisonnable des saisies effectuées a en outre été confirmé par le fait que les renseignements bancaires visés sont transmis à l'IRS de façon confidentielle, conformément aux dispositions de la Convention fiscale Canada–États-Unis, en plus d'être assujettis aux restrictions quant à l'utilisation possible des renseignements transmis aux termes de la Convention. Ainsi que la Cour suprême a conclu, une fois que l'ARC a obtenu des documents, les contribuables ne peuvent plus avoir aucune attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les documents en question. Cela étant, l'utilisation de documents par l'ARC aux fins de calcul des impôts canadiens ne donnera pas lieu à la saisie déraisonnable de l'information en question en contravention des dispositions de l'article 8 de la Charte. Donc, l'utilisation par l'ARC des renseignements du titulaire de compte obtenue aux termes des dispositions contestées aux fins de calcul des impôts canadiens ne contrevient pas à l'article 8 de la Charte. Le principal objectif de l'AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées (c'est-à-dire éviter les conséquences de l'application directe de la FATCA au Canada) est important. La méthode employée pour recueillir ces renseignements est la moins attentatoire possible, et les renseignements communiqués à l'IRS sont protégés par la Convention fiscale Canada–États-Unis. Étant donné que la saisie de renseignements bancaires prévue par les dispositions contestées était raisonnable et qu'elle n'était pas contraire à l'article 8 de la Charte, il n'était pas nécessaire de déterminer si les défendeurs pouvaient justifier les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la Charte.

En ce qui concerne l'article 15 de la Charte, les demanderes ont soutenu que les dispositions contestées opèrent une distinction entre les citoyens et les résidents du Canada qui sont des personnes des États-Unis et celles qui ne le sont pas, selon l'origine nationale ou la citoyenneté des particuliers. Le paragraphe 15(1) de la Charte vise à prévenir l'établissement de distinctions discriminatoires qui ont une incidence défavorable sur les membres des groupes caractérisés par rapport aux motifs énumérés à l'article 15 ou à des motifs analogues. La question à trancher était de savoir si les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale. Les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis sur la base, du moins en partie, de leur citoyenneté et/ou de leur origine nationale. Néanmoins, cette distinction n'est pas discriminatoire. Pour ce qui est de l'effet des dispositions contestées, l'on a constaté qu'elles ont pour effet d'obliger les personnes des États-Unis vivant au

their obligations under duly-enacted laws of another democratic state, nor does it require this country to shelter those living in Canada from the reach of foreign laws. A review of some affidavit evidence filed by the plaintiffs in this case disclosed that much of the affiants' concern was with the reporting requirements of FATCA and their unhappiness with the fact that the American government seeks to tax its non-resident citizens. However, this was a policy choice made by the American government that was not open to challenge here. The decision of the Canadian government to share these individuals' banking information with the IRS because their American citizenship or national origin makes them subject to American tax laws did not devalue their worth as individuals. Nor did it send the message that U.S. persons are less capable or less worthy of recognition as human beings or as members of Canadian society. It was thus not discriminatory. Therefore, the Impugned Provisions did not reinforce, perpetuate or exacerbate disadvantage nor did they violate the norm of substantive equality in subsection 15(1) of the Charter. Moreover, the Impugned Provisions did not involve the oppression or unfair dominance of one group by another or a denial to one group of protections that are basic or necessary for full participation in Canadian society. It was therefore not necessary to consider whether a breach of section 15 could be justified by the defendants under section 1 of the Charter.

Canada à respecter leurs obligations préexistantes aux termes des lois fiscales américaines. Le Canada n'est pas tenu, selon la Charte, d'aider les personnes qui résident sur son territoire à éviter leurs obligations préexistantes aux termes des lois fiscales américaines. Le Canada n'est pas tenu, selon la Charte, d'aider les personnes qui résident sur son territoire à éviter leurs obligations aux termes de lois dûment promulguées d'un autre État démocratique, ni de permettre aux personnes vivant au Canada de se soustraire aux lois étrangères. Il ressortait de l'examen des affidavits produits par les demanderesse en l'espèce que les déposants étaient surtout préoccupés par les exigences de la FATCA en matière de déclaration et étaient mécontents du fait que le gouvernement américain cherche à imposer ses citoyens résidant à l'étranger. Il s'agissait toutefois d'une politique choisie par le gouvernement américain et qu'il n'était pas possible de contester devant notre Cour. On ne pouvait pas dire que le gouvernement canadien les considère comme des individus moins importants en transmettant leurs renseignements bancaires à l'IRS parce que leur citoyenneté américaine ou leur origine nationale fait qu'ils sont assujettis aux lois fiscales américaines. Cela n'envoyait pas non plus le message selon lequel les personnes des États-Unis sont moins capables ou moins dignes d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Ce n'était donc pas discriminatoire. Pour ces motifs, les dispositions contestées n'ont pas renforcé, perpétué ni accentué un désavantage et elles ne transgressent pas non plus la norme d'égalité réelle consacrée par le paragraphe 15(1) de la Charte. Les dispositions contestées n'ont pas donné lieu non plus à l'oppression ou à la domination injuste d'un groupe par un autre, ou encore à la négation à un groupe de protections qui sont fondamentales ou nécessaires à une pleine participation à la société canadienne. Il n'était donc pas nécessaire de rechercher si les défendeurs pouvaient justifier une violation de l'article 15 en vertu de l'article premier de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Basic Banking Services Regulations*, SOR/2003-184.
- Bank Secrecy Act*, Pub. L. No. 91-508, 84 Stat. 1114 (1970).
- Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, being Part V of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20, s. 99.
- Canada–United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 8, 15, 24.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Bank Secrecy Act*, Pub. L. No. 91-508, 84 Stat. 1114 (1970).
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 8, 15, 24.
- Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010).
- Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 1.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.

to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “relief”, 4, 17, 18, 57.
Federal Courts Rules, SOR/98-106.
Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 230, 233, 233.3, 241, 263 “agreement”, “electronic filing”, “listed financial institution”, “non-reporting Canadian financial institution”, “U.S. reportable account”, 264, 265, 268, 269, 270–281.
Internal Revenue Code, 26 U.S.C. § 1.

Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d’impôts, S.C. 1984, ch. 20.
Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.) ch. 1, art. 230, 233, 233.3, 241, 263 « accord », « compte déclarable américain », « institution financière canadienne non déclarante », « institution financière particulière », « transmission électronique », 264, 265, 268, 269, 270–281.
Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, constituant la partie V et l’annexe 3 de la *Loi n°1 sur le plan d’action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20, art. 99.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « réparation », 4, 17, 18, 57.
Règlement sur l’accès aux services bancaires de base, DORS/2003-184.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, 5 February 2014, [2014] Can. T.S. No. 16, Arts. 2, 3, 4, 5, Annex I, II.
Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, [1984] Can. T.S. No. 15, Art. XXVII.
 United States. *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, 2010.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune, 5 février 2014, [2014] R.T. Can. n° 16, art. 2, 3, 4, 5, annexes I, II.
Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune, [1984] R.T. Can. n° 15, art. XXVII.
 États-Unis. *Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA)*, 2010.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228, [2017] F.C.J. No. 1131 (QL); *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development)*, 2018 FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243, [2018] F.C.J. No. 534 (QL); *ITO-Int’l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228, [2017] A.C.F. n° 1131 (QL); *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530, [2019] 1 R.C.F. 243; *ITO-Int’l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522.

CONSIDERED:

Hillis v. Canada (Attorney General), 2015 FC 1082, [2016] 2 F.C.R. 235; *R. v. Moriarty*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 147 F.T.R. 305; *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, 433 D.L.R. (4th) 195, [2019] S.C.J. No. 10 (QL); *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 11 D.L.R. (4th) 641; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 72 O.R. (2d) 415; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 72 O.R. (2d) 798; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 157 N.R. 321; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1998), 158 D.L.R. (4th) 577; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 38 D.L.R. (4th) 161; *Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267.

REFERRED TO:

R. v. Advance Cutting and Coring Ltd., 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; *Smith v. The Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, [1924] 3 D.L.R. 189; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 176 N.R. 48 (C.A.); *Finlay v. Canada (Minister*

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hillis c. Canada (Procureur général), 2015 CF 1082, [2016] 2 R.C.F. 235; *R. c. Moriarty*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] A.C.S. n° 10 (QL); *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.S.C. 134; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Québec (Procureur général) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267.

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Advance Cutting and Coring Ltd., 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Smith v. The Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil canadien des Églises*

of Finance), [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1, [2014] F.C.J. No. 1155 (QL); *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398, revd 2012 FCA 141, 431 N.R. 342; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165; *Brooke v. Toronto Belt Line Railway Co.* (1891), 21 O.R. 401 (H.C.); *Canadian National Railway Co. v. Lewis*, [1930] Ex. C.R. 145, [1930] 4 D.L.R. 537; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, (1991), 125 N.R. 241; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 139 N.R. 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 163 F.T.R. 284; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, (1976), 11 N.R. 222; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406, (1994), 115 D.L.R. (4th) 702; *Smith v. Canada (Attorney General)*, 2001 SCC 88, [2001] 3 S.C.R. 902; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, 374 C.C.C. (3d) 423; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, (1997), 146 D.L.R. (4th) 609; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett*, [1988] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1989] 1 All E.R. 655, [1989] Q.B. 811; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A.); *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548.

c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 236; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047, [2014] A.C.F. n° 1155 (QL); *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169, inf. par 2012 CAF 141; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 218; *Brooke v. Toronto Belt Line Railway Co.* (1891), 21 O.R. 401 (H.C.); *Canadian National Railway Co. v. Lewis*, [1930] R.C. de l'É. 145; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406; *Smith c. Canada (Procureur général)*, 2001 CSC 88, [2001] 3 R.C.S. 902; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett*, [1988] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1989] 1 All E.R. 655, [1989] Q.B. 811; *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A.); *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548.

AUTHORS CITED

- Black, William and Lynn Smith. The Equality Rights, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.
- Daly, Paul. “When is a Court not a Court? *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54” (12 December 2016), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/12/12/when-is-a-court-not-a-court-windsor-city-v-canadian-transit-co-2016-scc-54/>>.
- Giancola, Adam. “When Court Jurisdiction Meets Statutory Interpretation: *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*”, online: <<https://www.thecourt.ca/when-court-jurisdiction-meets-statutory-interpretation-windsor-city-v-canadian-transit-co/>>.
- Lambert, Nicolas. “Death by a Thousand Cuts: Federal Court Jurisdiction and the Constitution” (2018), 31:2 *Can. J. Adm. L. & Prac.* 115.
- Moreau, Sophia. “*R. v. Kapp*: New Directions for Section 15” (2008–2009), 40 *Ottawa L. Rev.* 283.
- Reid, Alan D. and Alison Harvison Young. “Administrative Search and Seizure Under the Charter” (1985), 10 *Queen’s L.J.* 392.
- Stratas, David. “A Judiciary Cleaved: Superior Courts, Statutory Courts and the Illogic of Difference” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 54.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Zhou, Han-Ru. “*Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments” (2019), 97 *Can Bar. Rev.* 275.

ACTION challenging the enactment of the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* and sections 263 to 269 of the *Income Tax Act* which implemented into Canadian law an intergovernmental agreement (*Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*) between the Governments of Canada and the United States in February 2014. Action dismissed.

DOCTRINE CITÉE

- Black, William et Lynn Smith. The Equality Rights, dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir. *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.
- Daly, Paul. « When is a Court not a Court? *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54 » (12 décembre 2016), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/12/12/when-is-a-court-not-a-court-windsor-city-v-canadian-transit-co-2016-scc-54/>>.
- Giancola, Adam. « When Court Jurisdiction Meets Statutory Interpretation: *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.* », en ligne : <<https://www.thecourt.ca/when-court-jurisdiction-meets-statutory-interpretation-windsor-city-v-canadian-transit-co/>>.
- Lambert, Nicolas. « Death by a Thousand Cuts: Federal Court Jurisdiction and the Constitution » (2018), 31:2 *Can. J. Adm. L. & Prac.* 115.
- Moreau, Sophia. « *R. v. Kapp*: New Directions for Section 15 » (2008–2009), 40 *R.D. Ottawa* 283.
- Reid, Alan D. et Alison Harvison Young. « Administrative Search and Seizure Under the Charter » (1985), 10 *Queen’s L.J.* 392.
- Stratas, David. « A Judiciary Cleaved: Superior Courts, Statutory Courts and the Illogic of Difference » (2017), 68 *R.D.U.N.-B.* 54.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.
- Zhou, Han-Ru. « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments » (2019), 97 *R. du B. can.* 275.

ACTION contestant l’adoption de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* et des articles 263 à 269 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui ont incorporé à la législation canadienne un accord intergouvernemental conclu entre les gouvernements canadien et américain en février 2014 intitulé *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*. Action rejetée.

APPEARANCES

Joseph J. Arvay, O.C., Q.C and Arden M. Beddoes
for plaintiffs.
Donnaree Nygard and Michael Taylor for
defendants.

SOLICITORS OF RECORD

Arvay Finlay LLP, Vancouver, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for
defendants.

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

MACTAVISH J.:

Table of Contents

	Paragraph
I. Background	
A. The American Income Tax System.....	8
B. The Enactment of FATCA	20
C. The Concerns for Canada Resulting from the Enactment of FATCA	31
D. The Negotiations with the Government of the United States	40
E. The Canada–U.S. Intergovernmental Agreement and the Impugned Provisions	56
F. The Purpose of the Impugned Provisions.....	69
G. The Advantages of the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions over the Requirements of FATCA...	90
II. The Plaintiffs’ Situation	108
III. The Evidence of Other Affected Individuals.....	126
IV. The History of this Litigation	167
V. Issues.....	173

ONT COMPARU :

Joseph J. Arvay, O.C., c.r. et Arden M. Beddoes
pour les demandresses.
Donnaree Nygard et Michael Taylor pour les
défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Arvay Finlay LLP, Vancouver, pour les demandresses.

La sous-procureure générale du Canada pour les
défendeurs.

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

LA JUGE MACTAVISH :

Table des matières

	Paragraphe
I. Faits et procédures	
A. Le régime fiscal américain.....	8
B. Adoption de la FATCA	20
C. Préoccupations du Canada découlant de l’adoption de la FATCA.....	31
D. Négociations avec le gouvernement américain.....	40
E. L’AIG Canada–États-Unis et les dispositions contestées	56
F. L’objet des dispositions contestées ...	69
G. Avantages de l’AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées par rapport aux dispositions de la FATCA.....	90
II. Situation des demandresses.....	108
III. Preuve d’autres personnes touchées...	126
IV. Historique du présent contentieux	167
V. Questions en litige.....	173

<p>VI. Do the Plaintiffs have Standing to Bring this Action? 176</p> <p>A. Does this Case Raise a Serious Justiciable Issue?..... 198</p> <p>B. Do the Plaintiffs have a Genuine Interest in this Proceeding?..... 199</p> <p>C. Is Granting Public Interest Standing to the Plaintiffs a Reasonable and Effective Way to Bring these Issues Before the Court? 201</p> <p>VII. Is this Case Appropriate for Determination by Way of a Summary Trial?..... 209</p> <p>VIII. Does this Court have Jurisdiction to Grant the Relief Sought by the Plaintiffs?..... 212</p> <p>IX. Do the Impugned Provisions Violate Section 8 of the Charter?..... 241</p> <p>A. The Plaintiffs' Arguments..... 243</p> <p>B. Analysis 254</p> <p>(1) The Role of the Courts in Reviewing Government Policy Choices..... 254</p> <p>(2) The Section 8 Analytical Framework..... 259</p> <p>(3) Do the Plaintiffs and Other Affected Individuals have a Reasonable Expectation of Privacy in Their Banking Information?..... 286</p> <p>(4) Is the Seizure of Information under the Impugned Provisions Reasonable?..... 314</p> <p>(5) Conclusion with Respect to the Plaintiffs' Section 8 Claim 353</p> <p>X. Do the Impugned Provisions Violate Section 15 of the Charter?..... 356</p> <p>A. The Plaintiffs' Arguments..... 359</p> <p>B. The Defendants' Arguments 381</p> <p>C. Analysis 394</p> <p>(1) The Law Governing Section 15 Claims 397</p>	<p>VI. Les demandresses ont-elles qualité de poursuivre la présente action? 176</p> <p>A. La présente soulève-t-elle une question justiciable sérieuse? 198</p> <p>B. Les demandresses ont-elles un intérêt réel ou véritable dans la présente procédure? 199</p> <p>C. Accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public aux demandresses constitue-t-il une manière raisonnable et efficace de déférer ces questions à la justice?..... 201</p> <p>VII. La présente affaire se prête-t-elle à la voie de procès sommaire? 209</p> <p>VIII. Notre Cour a-t-elle compétence d'accorder la mesure sollicitée par les demandresses?..... 212</p> <p>IX. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l'article 8 de la Charte? ... 241</p> <p>A. Les arguments des demandresses 243</p> <p>B. Analyse 254</p> <p>1) La mission du juge en matière d'examen des choix politiques du gouvernement 254</p> <p>2) Le cadre analytique de l'article 8 259</p> <p>3) Les demandresses et les autres particuliers visés ont-ils une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne leurs renseignements bancaires?..... 286</p> <p>4) La saisie de renseignements aux termes des dispositions contestées est-elle raisonnable?..... 314</p> <p>5) Conclusion en ce qui concerne le moyen tiré de l'article 8 par les demandresses 353</p> <p>X. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l'article 15 de la Charte?... 356</p> <p>A. Les thèses des demandresses 359</p> <p>B. Les observations des défendeurs ... 381</p> <p>C. Analyse 394</p> <p>1) Droit encadrant les moyens tirés de l'article 15 397</p>
---	---

<p>(2) Do the Impugned Provisions Draw a Distinction between U.S. Persons and non-U.S. Persons Based on their Citizenship or National Origin? 416</p> <p>(3) Is any Distinction Drawn by the Impugned Provisions between U.S. Persons and non-U.S. Persons Discriminatory?... 426</p> <p>(4) Conclusion with Respect to the Plaintiffs’ Section 15 Claim 440</p> <p>XI. Conclusion 442</p> <p>XII. Costs..... 443</p> <p>Appendix</p>	<p>2) Les dispositions contestées opèrent-elles une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale? 416</p> <p>3) Toute distinction opérée par les dispositions contestées entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis est-elle discriminatoire?..... 426</p> <p>4) Conclusion en ce qui concerne la revendication des demanderesse au titre de l’article 15 ... 440</p> <p>XI. Conclusion 442</p> <p>XII. Dépens..... 443</p> <p>Annexe</p>
---	--

[1] Unlike Canada, which taxes only those individuals who are resident in this country, the United States imposes tax on the worldwide income of its citizens, regardless of where they may reside.

[2] To help ensure compliance with this system, the United States enacted the *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) in 2010. FATCA requires that certain persons (including U.S. citizens) provide financial information to the American Internal Revenue Service (IRS). FATCA further requires that non-American financial institutions enter into direct reporting relationships with the IRS, and that they provide the IRS with account information for customers who may be subject to American tax laws. Financial institutions that do not enter into such agreements or who otherwise fail to comply with FATCA’s reporting obligations will be subject to a 30 percent withholding tax on a variety of types of payments received from U.S. sources.

[3] The enactment of FATCA led to concerns on the part of the Canadian government as to the potential negative consequences for the Canadian financial sector, its customers and investors, and the Canadian economy as

[1] Contrairement au Canada, qui impose uniquement les particuliers résidant au pays, les États-Unis perçoivent des impôts sur le revenu mondial de leurs citoyens, indépendamment de leur lieu de résidence.

[2] Pour aider à assurer la conformité à ce régime fiscal, les États-Unis ont adopté en 2010 la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). La FATCA exige de certaines personnes (dont les citoyens américains) qu’elles fournissent des renseignements financiers à l’Internal Revenue Service (IRS) des États-Unis. De plus, la FATCA exige des institutions financières non américaines qu’elles entretiennent des rapports aux fins de déclaration directe avec l’IRS et qu’elles fournissent à ce dernier des renseignements sur les comptes des clients susceptibles d’être assujettis aux lois fiscales américaines. Les institutions financières qui ne concluent pas d’accord en ce sens ou qui, par ailleurs, ne se conforment pas aux exigences de la FATCA en matière de déclaration seront frappées d’une retenue fiscale de 30 p. 100 à l’égard de divers types de paiements de source américaine.

[3] L’adoption de la FATCA a été source, pour le gouvernement canadien, de préoccupations quant à de possibles conséquences défavorables pour le secteur financier canadien et ses clients et investisseurs, et pour l’économie

a whole, if Canadian financial institutions were unwilling to comply with the requirements of FATCA. There were, moreover, concerns with respect to the ability of Canadian financial institutions to comply with FATCA, in light of Canadian banking and privacy laws.

[4] As a result of these and other concerns, the Canadian government entered into negotiations with the American government in an effort to mitigate the impact of FATCA in this country. These discussions culminated in the conclusion of an intergovernmental agreement between the Governments of Canada and the United States in 2014. This agreement was subsequently implemented into Canadian law through the enactment of the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* [being Part V of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*], S.C. 2014, c. 20, section 99 (the Implementation Act) and sections 263 to 269 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (collectively the Impugned Provisions), the relevant provisions of which are attached as an appendix to these reasons.

[5] Broadly speaking, the Impugned Provisions cause Canada—specifically the Canada Revenue Agency (CRA)—to act as an intermediary between Canadian financial institutions and the IRS. Canadian financial institutions are now statutorily required to provide the CRA with certain information concerning financial accounts belonging to customers whose account information suggests that they may be “U.S. persons”. The CRA then provides that information to the IRS.

[6] By this action, the plaintiffs challenge the constitutionality of the Impugned Provisions, asserting that they result in the unreasonable seizure of financial information belonging to U.S. persons in Canada, contrary to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.C.S., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)]. The plaintiffs further assert that the Impugned Provisions impose a burden on such persons

canadienne dans son ensemble si les institutions financières canadiennes devaient se montrer réticentes à se conformer aux exigences de la FATCA. Qui plus est, des préoccupations ont été exprimées concernant la capacité des institutions financières canadiennes de se conformer à la FATCA compte tenu des lois canadiennes sur les banques et la protection des renseignements personnels.

[4] Du fait de ces préoccupations et de certaines autres, le gouvernement canadien a entrepris des consultations avec le gouvernement américain dans le but de limiter les répercussions de la FATCA au pays. Les discussions ont débouché en 2014 sur la conclusion d’un accord intergouvernemental entre les gouvernements canadien et américain. Cet accord a par la suite été incorporé à la législation canadienne par l’adoption de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* [constituant la partie V de la *Loi n°1 sur le plan d’action économique de 2014*], L.C. 2014, ch. 20, article 99, (la *Loi de mise en œuvre*) et des articles 263 à 269 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.) ch. 1), (collectivement, les dispositions contestées), dont les passages pertinentes sont reproduits est en annexe aux présents motifs.

[5] De manière générale, les dispositions contestées amènent le Canada — et plus particulièrement l’Agence du revenu du Canada [ARC] — à intervenir comme intermédiaire entre les institutions financières canadiennes et l’IRS. Les institutions financières canadiennes sont maintenant tenues par la loi de fournir à l’ARC certains renseignements sur les comptes financiers appartenant à des clients dont les renseignements figurant dans leurs comptes semblent indiquer qu’il s’agit de personnes des États-Unis, renseignements que l’ARC transmet par la suite à l’IRS.

[6] Par la présente action, les demanderessees attaquent la constitutionnalité des dispositions contestées, soutenant qu’elles résultent en une saisie déraisonnable des informations financières appartenant à des personnes des États-Unis se trouvant au Canada, contrairement à l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44 (Charte)]. Les

because of their citizenship or their national or ethnic origin, contrary to section 15 of the Charter. Finally, the plaintiffs say that these violations do not constitute reasonable limitations on the privacy and equality rights of affected individuals, as contemplated by section 1 of the Charter.

[7] For the reasons that follow, I have concluded that while the Impugned Provisions allow for the seizure of account information, seizures carried out pursuant to the Impugned Provisions are not unreasonable and thus do not violate section 8 of the Charter. I have further concluded that although the Impugned Provisions draw a distinction based on the enumerated and analogous grounds of national origin and citizenship, any such distinction is not discriminatory and thus does not violate section 15 of the Charter. Consequently, the plaintiffs' action will be dismissed.

I. Background

A. *The American Income Tax System*

[8] The vast majority of countries' income tax systems are based on the residency of taxpayers. Only the United States and Eritrea utilize a citizenship-based taxation system.

[9] Like Canada, the United States generally automatically grants citizenship to individuals born within its jurisdiction. Other circumstances, such as parentage, can also lead to a person being deemed to be an American citizen by the United States Government, even if the individual was born outside the United States. Indeed, some individuals may be considered to be U.S. citizens by the American Government despite the person never having had any substantive connection to that country.

[10] The United States deems all American citizens to be permanent tax residents in the United States for federal income tax purposes, taxing the worldwide income of "specified U.S. persons" regardless of whether they live, work, or earn income in the United States. The term "specified U.S. persons" is defined under FATCA and

demanderses soutiennent en outre que les dispositions contestées imposent un fardeau aux dites personnes du fait de leur citoyenneté ou de leur origine nationale ou ethnique, contrairement à l'article 15 de la Charte. Enfin, les demanderses affirment que ces violations ne constituent pas des limites raisonnables des droits à la protection des renseignements personnels et à l'égalité des personnes concernées, tel que prévu à l'article 1 de la Charte.

[7] Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus que si les dispositions contestées permettent la saisie de renseignements, les saisies effectuées en vertu des dispositions contestées ne sont pas déraisonnables et ne sont donc pas contraires à l'article 8 de la Charte. Je conclus en outre que si les dispositions contestées opèrent une distinction fondée sur les motifs énumérés à l'article 15 de la Charte et analogues d'origine nationale et de citoyenneté, cette distinction n'est pas discriminatoire et n'est donc pas contraire à cette disposition. En conséquence, l'action des demanderses sera rejetée.

I. Faits et procédures

A. *Le régime fiscal américain*

[8] Les régimes d'impôt sur le revenu de la grande majorité des pays se fondent sur la résidence des contribuables. Seuls les États-Unis et l'Érythrée ont un régime d'imposition fondé sur la citoyenneté.

[9] Comme le Canada, les États-Unis octroient généralement de manière automatique la citoyenneté aux personnes nées dans leur territoire. D'autres facteurs, comme les liens parentaux, peuvent aussi faire qu'une personne sera considérée comme citoyen américain par le gouvernement américain. De fait, certaines personnes peuvent être considérées comme citoyens américains par le gouvernement américain même si elles n'ont jamais eu de lien important avec ce pays.

[10] Le gouvernement américain considère tous les citoyens américains comme des résidents fiscaux permanents des États-Unis aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral. Il impose les revenus mondiaux des « personnes désignées des États-Unis », peu importe qu'elles vivent, travaillent ou gagnent un revenu, ou non, aux États-Unis.

relates to persons who are subject to U.S. tax laws.¹ In addition to American citizens, “U.S. persons” subject to U.S. tax laws include other categories of persons who reside in the United States, such as “Green Card” holders.

[11] The result of this is that every Canadian resident who is an American citizen is subject to U.S. federal taxation on all of their income from all sources, wherever that income may be derived, even if he or she is also a Canadian citizen. These individuals are generally required to register for a “taxpayer identification number” (or TIN) and file U.S. income tax returns on an annual basis.

[12] Like the Canadian income tax system, the American income tax system is largely based on self-reporting by taxpayers. The U.S. requires that taxpayers, including non-resident U.S. citizens, file income tax returns, regardless of whether they actually owe any taxes, as long as their income for the taxation year in question meets a specified threshold.

[13] According to the evidence of Professor Allison Christians, a professor of international and comparative tax law at McGill University, Canada has never been considered by Americans to be a “tax haven”, as it has its own comprehensive and well-regulated income tax system that is fundamentally similar to the tax system in the United States. Professor Christians states that Canada

¹ There is a distinction between “U.S. persons” and “specified U.S. persons”. While all specified U.S. persons are U.S. persons, not all U.S. persons are specified U.S. persons, as certain types of legal entities are excluded from the definition of “U.S. persons” including some forms of corporations, brokerages and trusts. The distinction between the two terms is not material to the issues before me, and in the interests of simplicity, those natural persons who are affected by the reporting provisions of the Impugned Provisions will be referred to as “U.S. persons” for the purpose of these reasons.

Les mots « personnes désignées des États-Unis » (*specified U.S. persons*) sont définis dans la FATCA et s’entend des personnes assujetties aux lois fiscales américaines¹. Outre les citoyens américains, les « personnes des États-Unis » assujetties aux lois fiscales américaines incluent également d’autres catégories de personnes qui résident aux États-Unis, y compris les détenteurs de « carte verte » (*Green Card*).

[11] De ce fait, chaque résident canadien qui a la citoyenneté américaine est assujéti au régime fiscal américain à l’égard de ses revenus de toutes sources, quelle qu’en soit la provenance, même s’il possède également la citoyenneté canadienne. Ces personnes sont généralement tenues de s’inscrire pour obtenir un « numéro d’identification de contribuable » revenus aux États-Unis, et de présenter une déclaration de revenus au gouvernement américain.

[12] À l’instar du régime fiscal canadien, le régime américain se fonde dans une large mesure sur l’auto-déclaration par les contribuables. Les États-Unis imposent aux contribuables, y compris aux citoyens américains non résidents, l’obligation de produire des déclarations de revenus, peu importe qu’ils doivent ou non des impôts, dans la mesure où leurs revenus pour l’exercice en question atteint un seuil précis.

[13] Selon le témoignage de la professeure Allison Christians, qui enseigne le droit fiscal international et comparé à l’université McGill, le Canada n’a jamais été considéré par les Américains comme un « paradis fiscal », vu qu’il a son propre système fiscal global et bien réglementé qui est fondamentalement similaire au système fiscal en vigueur aux États-Unis. La professeure Christians

¹ Il existe une distinction entre les « personnes des États-Unis » et les « personnes désignées des États-Unis ». Toutes les personnes désignées des États-Unis sont des personnes des États-Unis, mais ce ne sont pas toutes les personnes des États-Unis qui sont des personnes désignées des États-Unis, du fait que certaines entités juridiques sont exclues de la définition de « personnes des États-Unis », dont certaines formes de sociétés, maisons de courtoage et fiducies. La distinction entre les deux expressions est sans importance en ce qui a trait aux questions dont je suis saisie. Par souci de simplicité, les personnes physiques qui sont touchées par les éléments des dispositions contestées qui ont trait à la déclaration seront désignées comme des « personnes des États-Unis » dans le cadre des présents motifs.

is also a highly cooperative member of the international community on matters involving tax and information sharing and, in her opinion, individuals seeking to evade taxes would be more likely to hide their assets in jurisdictions with bank secrecy laws. Such individuals would thus not consider Canada to be a favourable destination. Canada and the United States have, moreover, had a deep and long-standing cooperative relationship in tax compliance and enforcement. In Professor Christians' opinion, individuals seeking to thwart American tax compliance and enforcement efforts would not seek assistance in this effort by moving their assets to Canada.

[14] Indeed, the U.S. government estimates that fewer than 10% of all individuals who file American tax returns from a "tax home" located outside the United States ultimately owe any taxes to the American Government. Regardless of whether any tax is due, however, U.S. law requires extensive financial and asset reporting. Failure to comply with these requirements potentially attracts significant penalties.

[15] The Canada–U.S. Tax Treaty allows U.S. persons who are resident in Canada to receive credit for some taxes paid to the federal and provincial governments in Canada that would otherwise have been owed to the IRS: *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, 26 September 1980, [1984] Can. T.S. No. 15 (as implemented by the *Canada–United States Tax Convention Act*, 1984, S.C. 1984, c. 20) (the Canada–U.S. Tax Treaty).

[16] U.S. persons are, however, subject to taxation in the United States for certain events that are not taxable in Canada, even if the event in question takes place in Canada. For example, when U.S. persons resident in Canada realize a capital gain on the sale of their personal residence (an event that is not taxable in Canada, but is generally taxable in the United States), they can be exposed to significant tax liability to the IRS. Other

déclare que le Canada est un état qui coopère pleinement au sein de la communauté internationale en matière fiscale et sur le plan du partage de renseignements, et elle opine que les personnes qui cherchent à échapper à l'impôt sont plus susceptibles de dissimuler leurs actifs dans des territoires où sont en vigueur des lois protégeant le secret bancaire. Ces personnes ne verraient donc pas dans le Canada une destination avantageuse. En outre, le Canada et les États-Unis ont depuis longtemps une excellente relation de coopération en ce qui concerne le respect et l'application des lois fiscales. La professeure Christians opine que les personnes qui cherchent à échapper aux lois fiscales américaines et à entraver les forces de l'ordre ne verraient pas une solution dans la délocalisation de leurs actifs vers le Canada.

[14] D'ailleurs, le gouvernement américain estime que moins de 10 p. 100 des personnes qui produisent une déclaration de revenus aux États-Unis à partir d'une « résidence fiscale » située hors des États-Unis devront au bout du compte payer des impôts au gouvernement américain. Cependant, peu importe que des impôts soient dus ou non, la loi américaine exige une déclaration détaillée des ressources financières et des actifs. Le non-respect de cette exigence peut résulter en de lourdes pénalités.

[15] La Convention fiscale Canada–États-Unis permet aux personnes des États-Unis qui résident au Canada de bénéficier d'un crédit à l'égard de certains des impôts payés aux gouvernements fédéral et provinciaux au Canada qui auraient autrement dû être payés à l'IRS (*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, 26 septembre 1980, [1984] R.T. Can. n° 15 (telle que mise en œuvre par la *Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20) (la Convention fiscale Canada–États-Unis)).

[16] Les personnes des États-Unis sont toutefois assujetties à l'impôt aux États-Unis à l'égard de certains événements qui ne sont pas visés par l'impôt au Canada, même si les événements en question ont lieu au Canada. Par exemple, quand des personnes des États-Unis qui résident au Canada réalisent un gain en capital sur la vente de leur résidence personnelle (événement qui n'est pas assujetti à l'impôt au Canada mais qui l'est généralement

examples of matters that are taxable in the United States, but not in Canada, include lottery winnings and strike pay.

[17] Penalties (which can, in some cases, be substantial) may be imposed for failure to comply with the reporting requirements of the U.S. *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 1. That said, taxpayers may have defences where there is a reasonable explanation for their failure to file and it is not due to wilful neglect. There are, moreover, various amnesty programs available to allow taxpayers to become compliant with their U.S. tax obligations with reduced or no penalties.

[18] In addition to the obligations imposed on citizens under American income tax legislation, the U.S. *Bank Secrecy Act*, Pub. L. No. 91-508, 84 Stat. 1114 (1970) requires that American citizens file “Form 114” reports with the Financial Crimes Enforcement Network of the U.S. Treasury Department with respect to financial accounts held outside the U.S. that exceed \$10 000 (USD) in aggregate. These reporting obligations pre-date FATCA. “Form 114” reports are known as Foreign Bank Account Reports or “FBARs”.

[19] Requiring that individuals file reports with tax authorities with respect to property held outside the jurisdiction in question is not unusual. As noted above, the United States has its requirement that American citizens file FBAR reports with respect to financial accounts held outside the U.S. that exceed \$10 000. Similarly, section 233 of the Canadian *Income Tax Act* states that individuals subject to Canadian tax law are required to file “T1135” reports identifying property held in foreign jurisdictions, including bank accounts, foreign trusts and corporations, where the total value of the property in question exceeds \$100 000. As is the case where individuals fail to file FBAR reports, penalties can be imposed by Canadian tax

aux États-Unis), elles peuvent être assujetties à une obligation fiscale importante envers l’IRS. Les gains à la loterie et les indemnités de grève sont deux autres choses qui sont imposables aux États-Unis, mais pas au Canada.

[17] Des pénalités, dans certains cas importants, peuvent être imposées à qui néglige de se conformer aux exigences en matière de déclaration énoncées dans l’*Internal Revenue Code* des États-Unis, 26 U.S.C. § 1. Cela dit, les contribuables pourront disposer de certains moyens de défense quand ils peuvent fournir des explications raisonnables concernant le défaut de produire une déclaration et que la situation n’est pas due à la négligence volontaire. De plus, il existe divers programmes d’amnistie en vertu desquels les contribuables peuvent se mettre en conformité avec leurs obligations fiscales aux États-Unis tout en bénéficiant d’une réduction ou d’une annulation des pénalités.

[18] En plus d’être assujettis aux obligations imposées aux termes de la législation sur l’impôt sur le revenu, les citoyens américains sont tenus, en vertu de la *Bank Secrecy Act* des États-Unis, Pub. L. N° 91-508, 84 Stat. 1114 (1970), de présenter des déclarations (*Form 114*) au Financial Crimes Enforcement Network du département américain du Trésor concernant les comptes financiers qu’ils détiennent à l’extérieur des États-Unis et dont la valeur globale dépasse 10 000 \$ US. Ces obligations en matière de déclaration ont été instaurées avant l’adoption de la FATCA. Les déclarations *Form 114* sont connues sous le nom de Foreign Bank Account Reports, ou FBAR.

[19] Imposer aux personnes l’obligation de déclarer aux autorités fiscales les biens obtenus en dehors du territoire n’a rien d’inhabituel. Comme il est signalé plus haut, les États-Unis imposent aux citoyens américains l’obligation de faire les déclarations FBAR concernant les comptes financiers hors États-Unis qui excèdent 10 000\$. De même, l’article 233 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* canadienne dispose que les personnes assujetties à la loi fiscale canadienne doivent produire la déclaration « T1135 » qui recense les biens détenus à l’étranger, notamment les comptes bancaires, les fiducies et sociétés étrangères, lorsque la valeur totale des biens en question excède 100 000\$. Comme c’est le cas lorsque

authorities for failure to file T1135 reports with respect to foreign property.

B. *The Enactment of FATCA*

[20] To help ensure compliance with its income tax system, in 2010 the United States enacted FATCA, as part of the *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71. FATCA now comprises Chapter 4 of Subtitle A [§§ 1471–1474] of the *Internal Revenue Code*.

[21] This Court has previously found that the purpose of FATCA was “to improve US tax compliance”, and that “[t]he American authorities were particularly concerned in 2010 with the issue of tax evasion”: *Hillis v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1082, [2016] 2 F.C.R. 235 [*Hillis*], at paragraph 50.²

[22] In an effort to thwart tax evasion through the use of off-shore bank accounts, FATCA imposed new reporting requirements on certain persons, including U.S. citizens, with respect to financial assets held outside the U.S. These require that affected individuals report the name, address and identifying number for the financial institutions where their accounts are located to the IRS, along with information concerning the account type and number, and the maximum value of the account during the year. These reporting obligations apply to U.S. persons who are resident in Canada, including those who also hold Canadian citizenship, and are in addition to the pre-existing obligation under the U.S. *Bank Secrecy Act* to report foreign financial accounts to the U.S. Treasury Department through the mechanism of FBAR reports.

les intéressés ne produisent pas la déclaration FBAR, des pénalités peuvent être imposées par le fisc canadien en cas de non-production de la déclaration T1135 au sujet des biens étrangers.

B. *Adoption de la FATCA*

[20] Pour aider à assurer la conformité à leur régime fiscal, les États-Unis ont adopté en 2010 la FATCA dans le cadre de la *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71. La FATCA comprend maintenant le chapitre 4 du sous-titre A [§§ 1471–1474] de l’*Internal Revenue Code*.

[21] Notre Cour a conclu par le passé que l’objet de la FATCA était « d’améliorer l’observation des règles fiscales américaines », et que « [l]es autorités américaines étaient particulièrement préoccupées en 2010 par la question de l’évasion fiscale ». *Hillis c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1082, [2016] 2 R.C.F. 235 [*Hillis*], au paragraphe 50².

[22] Visant à contrer l’évasion fiscale par le recours à des comptes bancaires étrangers, la FATCA a imposé de nouvelles exigences à certaines personnes, dont les citoyens américains, en matière de déclaration directe des actifs financiers détenus à l’extérieur des États-Unis. Les personnes visées doivent déclarer à l’IRS le nom, l’adresse et le numéro d’identification des institutions financières où se trouvent leurs comptes, de même que les renseignements concernant le type et le nombre de comptes et la valeur maximale des comptes au cours de l’année. Ces obligations en matière de déclaration visent les personnes des États-Unis qui résident au Canada, y compris à celles qui ont également la citoyenneté canadienne, et elles s’ajoutent à l’obligation pré-existante imposée par la *Bank Secrecy Act* des États-Unis concernant la déclaration des comptes financiers étrangers au département américain du Trésor par le truchement du mécanisme des déclarations FBAR.

² The *Hillis* decision was rendered in the context of this case. Virginia Hillis was originally a plaintiff in this action, but subsequently discontinued her participation in the case, leaving Gwendolyn Deegan and Kazia Highton as the two plaintiffs.

² La décision *Hillis* a été rendue dans le cadre de la présente affaire. Virginia Hillis était à l’origine une des demanderesse dans la présente action, mais elle s’est par la suite retirée de l’affaire, laissant les deux demanderesse Gwendolyn Deegan et Kazia Highton.

[23] The definition of a “U.S. person” under FATCA is intended to capture individuals who are subject to U.S. tax laws. FATCA establishes a series of criteria or indicia that suggest that account holders may be subject to American tax laws. These include the account holder:

- Being identified as a U.S. citizen or resident;
- Having been born in the United States;
- Having a current U.S. residence or mailing address (including a U.S. post office box);
- Having a current American telephone number as the only telephone number on file;
- Having both a current American telephone number and a non-American telephone number on file;
- Having provided standing instructions to wire funds to an account maintained in the United States;
- Having a currently effective power of attorney or signatory authority granted to a person with a U.S. address; and
- Having provided an “in-care-of” or “hold mail” address as the sole address on file for the account holder.

[24] Reporting is required for all U.S. persons with assets outside of the United States whose value exceeds certain thresholds based on the individuals’ residency and filing status. For U.S. persons living abroad, including those individuals residing in Canada, reporting is required if an individual files as “single” or “married filing separately” and has specified foreign financial assets in excess of \$200 000 (USD) on the last day of the

[23] La définition de la « personne des États-Unis » consacrée par la FATCA a été formulée de manière à englober les personnes assujetties aux lois fiscales américaines. La FATCA établit une série critères ou indices dont il ressort que le titulaire de compte pourrait être assujetti aux lois fiscales américaines. Sont notamment inclus les titulaires de compte qui :

- ont été identifiés comme des citoyens ou des résidents des États-Unis;
- sont nés aux États-Unis;
- ont une adresse domiciliaire ou une adresse postale actuelle (y compris une boîte postale) aux États-Unis;
- ont aux États-Unis un numéro de téléphone actuel constituant le seul numéro de téléphone inscrit à leur dossier;
- ont à la fois un numéro de téléphone actuel aux États-Unis et un numéro de téléphone non américain inscrits à leur dossier;
- ont donné des directives permanentes concernant le virement de fonds dans un compte détenu aux États-Unis;
- ont une procuration ou un pouvoir de signature en vigueur accordé à une personne ayant une adresse aux États-Unis;
- ont fourni comme seule adresse pour le titulaire du compte dans le dossier une adresse portant la mention « aux soins de » ou de « envoi à garder en instance ».

[24] La déclaration est exigée de toutes les personnes des États-Unis ayant à l’extérieur des États-Unis des actifs dont la valeur dépasse certains seuils fondés sur le lieu de résidence ou la situation de famille de l’intéressé. Dans le cas des personnes des États-Unis qui vivent à l’étranger, y compris celles qui résident au Canada, la déclaration est exigée si l’intéressé fait sa déclaration à titre de « célibataire » ou de « personne mariée faisant une déclaration

tax year, or \$300 000 at any point during the year. For U.S. persons living abroad who file a joint tax return (a return that reports the income of both spouses and carries joint and several liability for both spouses), the thresholds are \$400 000 (USD) on the last day of the year, or \$600 000 (USD) at any point during the year.

[25] Individuals who are not U.S. persons may be affected by the reporting requirements of FATCA, including the non-American spouses of U.S. persons who hold accounts jointly with their spouses. Canadian businesses that have U.S. persons with signing authority on financial accounts may also be subject to FATCA's reporting requirements.

[26] FATCA also imposes reporting requirements on non-U.S. financial institutions. These include entities that: accept deposits in the ordinary course of a banking or similar business; hold financial assets for the account of others as a substantial portion of their business; or are engaged (or hold themselves out as being engaged) primarily in the business of investing, reinvesting or trading in securities, partnership interests, commodities or have any interest (including a futures or forward contract or option) in such securities, partnership interests, or commodities.

[27] FATCA requires that foreign financial institutions (FFIs) disclose the identity of U.S. persons who are beneficial owners of foreign financial accounts. Reporting FFIs are required to follow prescribed procedures in order to determine whether or not an account holder is in fact a U.S. person. These procedures may differ slightly, depending on whether the account is owned by a natural person or a legal person or "entity" such as a corporation or a trust, and whether the account was opened prior to or after FATCA coming into force.

distincte » (*married filing separately*) et qu'elle détient à l'étranger des actifs financiers désignés supérieurs à 200 000 \$ US le dernier jour de l'année d'imposition, ou à 300 000 \$ US à n'importe quel moment durant l'année. Pour ce qui est des personnes des États-Unis qui vivent à l'étranger et font une déclaration conjointe (c'est-à-dire une déclaration incluant les revenus des deux conjoints et à laquelle est associée une responsabilité solidaire des deux conjoints), le seuil est de 400 000 \$ US le dernier jour de l'année, ou de 600 000 \$ US à n'importe quel moment durant l'année.

[25] Certaines personnes qui ne sont pas des personnes des États-Unis peuvent être visées par les exigences de la FATCA en matière de déclaration. Il s'agit notamment des conjoints non américains de personnes des États-Unis qui détiennent des comptes joints avec leur conjoint. Les entreprises canadiennes où des personnes des États-Unis détiennent un pouvoir de signature à l'égard des comptes financiers peuvent également être assujetties aux exigences en matière de déclaration de la FATCA.

[26] De plus, la FATCA impose des exigences en matière de déclaration aux institutions financières non américaines. Cela inclut les entités qui : acceptent des dépôts dans le cours normal de leurs activités bancaires ou de nature similaire; en tant que partie importante de leurs activités, détiennent des actifs financiers pour le compte d'autres personnes; se livrent (ou se présentent comme se livrant) surtout à des activités d'investissement, de réinvestissement ou de négociation de titres, de participations dans des sociétés en commandite, d'opérations sur marchandises ou quelques droits que ce soit (y compris de contrats à terme ou options) sur de tels titres, participations ou opérations sur marchandises.

[27] La FATCA exige des institutions financières étrangères (IFE) qu'elles divulguent l'identité des personnes des États-Unis qui sont propriétaires bénéficiaires de comptes financiers étrangers. Les IFE déclarantes doivent se soumettre aux procédures prescrites pour déterminer si le titulaire de compte est en fait une personne des États-Unis. Ces procédures pourront varier légèrement selon que le compte appartient à une personne physique ou à une personne morale ou « entité » telle qu'une société ou une fiducie, et selon que le compte a été ouvert avant ou après l'entrée en vigueur de la FATCA.

[28] Once a FFI ascertains that an account holder's documentation indicates that the individual satisfies one or more of the "U.S. person" criteria, FATCA requires that FFIs contact the account holder in question in order to determine whether or not the individual is in fact a "U.S. person" for the purpose of the Act.

[29] FATCA gives foreign banks the choice of opting in or out of the FATCA regime. Financial institutions that decline to opt into the FATCA regime will be subject to the 30 percent withholding tax that will be imposed on U.S. source payments. "U.S. source payments" include U.S. source interest payments, dividends, royalties, fixed and determinable annual or periodic payments, and gross proceeds from the sale of any property that produced any U.S. source interest or dividends.

[30] FFIs that opt into the FATCA regime will be required to register with the U.S. authorities and to employ prescribed procedures in order to determine whether account holders qualify as "U.S. persons". As a general rule, these financial institutions will not be subject to the 30 percent withholding tax imposed on the U.S. source payments that they receive. They will, however, be required to impose the 30 percent withholding tax on U.S. source payments that they make to account holders who refuse to provide information regarding their status as U.S. persons (recalcitrant account holders) or to financial institutions that have opted out of the FATCA regime (pass-through payments).

C. The Concerns for Canada Resulting from the Enactment of FATCA

[31] The enactment of FATCA led to concerns on the part of the Government of Canada with respect to the risks that the legislation posed for the Canadian financial sector, its customers and investors, and the Canadian economy as a whole.

[32] Evidence with respect to these concerns was provided by Kevin Shoom. Mr. Shoom is the Director of

[28] Une fois qu'une IFE s'est assurée que la documentation relative à un titulaire de compte indique que la personne concernée répond à l'un ou plusieurs des critères de définition d'une « personne des États-Unis », elle est tenue aux termes de la FATCA de communiquer avec le titulaire de compte en question pour déterminer si la personne est bel et bien une « personne des États-Unis » aux fins de la FATCA.

[29] La FATCA offre aux banques étrangères la possibilité d'adhérer ou non au régime de la FATCA. Les institutions financières qui refusent d'y adhérer sont frappées d'une retenue fiscale de 30 p. 100 à l'égard des paiements de source américaine. Les « paiements de source américaine » incluent les intérêts, les dividendes, les droits, les paiements annuels ou périodiques fixes et déterminables et le produit brut de la vente de toute propriété ayant été à l'origine d'intérêts ou dividendes de source américaine.

[30] Les IFE qui adhèrent au régime de la FATCA sont tenues de s'inscrire auprès des autorités américaines et d'appliquer les procédures prescrites pour déterminer si les titulaires de compte sont des « personnes des États-Unis ». De manière générale, ces institutions financières ne sont pas assujetties à la retenue fiscale de 30 p. 100 imposée à l'égard des paiements de source américaine qu'elles reçoivent. Elles sont cependant tenues d'imposer la retenue fiscale de 30 p. 100 à l'égard des paiements de source américaine qu'elles font aux titulaires de comptes qui refusent de fournir des renseignements concernant leur statut de personne des États-Unis (les titulaires de compte récalcitrants) ou aux institutions financières qui ont décidé de ne pas adhérer au régime de la FATCA (paiements intermédiaires).

C. Préoccupations du Canada découlant de l'adoption de la FATCA

[31] L'adoption de la FATCA a été source, pour le gouvernement canadien, de préoccupations quant aux risques que cette loi présente pour le secteur financier canadien et ses clients et investisseurs, de même que pour l'économie canadienne dans son ensemble.

[32] Un témoignage concernant ces préoccupations a été rendu par Kevin Shoom. M. Shoom est directeur,

International Taxation within the Business Income Tax Division of the Department of Finance. He was involved in the negotiations with the U.S. Government that followed the enactment of FATCA.³

[33] According to Mr. Shoom, the Department of Finance was concerned that a broad application of FATCA would have serious negative consequences for the Canadian financial system and for the Canadians who rely upon it. Although FATCA applies to financial institutions around the globe (as long as those financial institutions do business in the U.S.), the Department of Finance determined that Canada likely faced the highest level of exposure to the negative consequences of FATCA as a result of the very high degree of interconnection between the Canadian economy and that of the United States.

[34] Mr. Shoom states that the 30 percent withholding requirements of FATCA “put at risk all Canadian and Canadian financial institution (FI) participation in US markets of all types”. He notes that according to information provided by the Canadian Bankers’ Association, in 2008, Canadians held \$322 billion (CDN) worth of U.S. securities and received U.S. source income of \$27 billion (USD) that would be subject to the 30 percent withholding tax if Canadian financial institutions did not comply with FATCA’s reporting requirements.

[35] Mr. Shoom says that this could have caused “serious instability in the financial system and therefore to all Canadians who had investments in the US, who relied

Fiscalité internationale, à la Division de l’impôt des entreprises du ministère des Finances. Il a participé aux négociations avec le gouvernement américain qui ont suivi l’adoption de la FATCA.³

[33] Selon M. Shoom, le ministère des Finances se préoccupait de la possibilité qu’une application étendue de la FATCA entraîne de lourdes conséquences défavorables pour le système financier canadien et pour les Canadiens qui en dépendent. Bien que la FATCA vise les institutions financières partout dans le monde (si elles font des affaires aux États-Unis), le ministère des Finances a conclu que le Canada serait probablement exposé aux risques les plus élevés de conséquences défavorables découlant de la FATCA du fait de la très étroite relation qui existe entre les économies canadienne et américaine.

[34] M. Shoom indique que les exigences relatives aux retenues de 30 p. 100 [TRADUCTION] « mettent en péril la participation de l’ensemble des Canadiens et des institutions financières canadiennes aux divers types de marchés américains ». Il souligne que selon l’information fournie par l’Association des banquiers canadiens, en 2008, les Canadiens détenaient des titres américains d’une valeur de 322 milliards de dollars canadiens et ont touché des revenus de source américaine totalisant 27 milliards de dollars US qui auraient été soumis à la retenue fiscale de 30 p. 100 si les institutions financières canadiennes ne s’étaient pas conformées aux exigences de la FATCA en matière de déclaration.

[35] Selon M. Shoom, cela aurait pu causer [TRADUCTION] « une grave instabilité pour le système financier et, partant, pour l’ensemble des Canadiens qui avaient des

³ Although it was not before Parliament when it enacted the Impugned Provisions, I would note that evidence with respect to the potentially very serious consequences for the Canadian economy as a whole (as well as for Canadian financial institutions and individual account holders) that could result from the enactment of FATCA are described in greater detail in the evidence of Matthias Oschinski. Mr. Oschinski is an expert in economic impact analyses, including the use of advanced statistical techniques to assess potential behavioural changes following policy changes. His evidence, which I accept, essentially confirmed the evidence offered by Mr. Shoom as to the potentially serious economic consequences that could result from the implementation of FATCA in Canada.

³ Si le législateur fédéral n’en était pas saisi lorsqu’il a adopté les dispositions contestées, je remarque que les éléments de preuve concernant les très sérieuses conséquences sur l’économie canadienne dans son ensemble (ainsi que sur les institutions financières et les détenteurs de comptes individuels) qui pourraient éventuellement résulter de l’adoption de la FATCA sont exposés plus en détail dans le témoignage de Matthias Oschinski. M. Oschinsky est expert en matière d’analyses d’impact économique, notamment d’utilisation de techniques statistiques avancées servant à l’évaluation des modifications comportementales potentielles suivant les changements de politique. Son témoignage, que je retiens, confirme essentiellement le témoignage rendu par M. Shoom au sujet des sérieuses conséquences économiques potentielles susceptibles de résulter de l’application de la FATCA au Canada.

on pensions which invest in the US, or who borrowed money from or otherwise had financial relationships with Canadian FIs”. He further estimates that the negative impact of FATCA on the Canadian financial system and economy “would be severe and long lasting”.

[36] Concerns also arose as to whether Canadian financial institutions’ compliance with FATCA’s reporting requirements would bring them into conflict with Canadian law.

[37] In particular, the Government of Canada was concerned that Canadian privacy legislation may have prohibited the direct reporting of accountholder information to the IRS by Canadian financial institutions, absent the consent of the accountholders.

[38] A further concern arose out of Canadian banking legislation. In order to remain compliant with FATCA, Canadian financial institutions would, in some circumstances, be required to close the accounts of recalcitrant accountholders who refused to co-operate in providing the information necessary to determine whether or not they were “U.S. persons”. However, Canadians have a right to basic banking services under the *Access to Basic Banking Services Regulations*, SOR/2003-184. These regulations require that Canadian banks provide retail depository accounts to individuals who can provide identification in all but exceptional cases (where, for example, the account is to be used for illegal or fraudulent purposes, misrepresentation, or danger to other customers or employees).

[39] Despite these concerns, Mr. Shoom says that the Department of Finance recognized that “an enhanced exchange of information regime” could also potentially offer benefits for the Canadian tax system. Consequently, representatives of the Canadian government decided to enter

placements aux États-Unis, qui comptaient sur des fonds de pension qui investissent aux États-Unis ou qui avaient emprunté de l’argent auprès d’institutions financières canadiennes ou autrement entretenu des relations financières avec celles-ci ». De plus, selon les estimations de M. Shoom, les répercussions défavorables de la FATCA sur l’économie et le système financier canadiens [TRANSDUCTION] « seraient prononcées et durables ».

[36] Des préoccupations ont également été exprimées quant à savoir si le fait pour les institutions financières canadiennes de se conformer aux exigences de la FATCA en matière de déclaration les mettrait en conflit avec la législation canadienne.

[37] Plus précisément, le gouvernement canadien se préoccupait de la possibilité que la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels interdise la divulgation directe de renseignements sur les titulaires de comptes à l’IRS par les institutions financières canadiennes en l’absence du consentement des titulaires de comptes.

[38] Une autre préoccupation avait trait à la législation bancaire canadienne. Pour se conformer à la FATCA, les institutions financières canadiennes devraient dans certaines circonstances fermer les comptes de clients récalcitrants qui auraient refusé de collaborer en fournissant l’information requise pour déterminer s’ils sont ou non des « personnes des États-Unis ». Toutefois, aux termes du *Règlement sur l’accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184, les Canadiens ont droit à des services bancaires de base. Selon ce règlement, sauf circonstances exceptionnelles (par exemple lorsqu’il existe des raisons de croire que le compte serait utilisé à des fins illégales ou frauduleuses, que des renseignements trompeurs ont été fournis ou qu’il y aurait danger pour les autres clients ou pour les employés), les banques canadiennes sont tenues d’ouvrir des comptes de dépôt de détail pour les personnes qui peuvent produire une preuve d’identité.

[39] En dépit de ces préoccupations, M. Shoom affirme que le ministère des Finances a reconnu qu’un [TRANSDUCTION] « régime amélioré d’échange de renseignements » pourrait également présenter des avantages pour le régime fiscal canadien. En conséquence, des représentants

into negotiations with their American counterparts, in the hope of mitigating the effect of FATCA on the Canadian economy and Canadians.

D. The Negotiations with the Government of the United States

[40] The *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010* (of which FATCA was a part) was signed into law in 2010. While the provisions of FATCA were initially not scheduled to come into effect until 2013, the effective date for FATCA was subsequently pushed back to 2014.

[41] After determining that there was no appetite for a co-ordinated international response to the American legislation, the Department of Finance decided to work as closely as possible with its American counterparts in an effort to reduce, to the extent possible, the risk posed by FATCA to Canadians, the Canadian financial system, and the Canadian economy.

[42] Numerous meetings and telephone calls took place between Canadian and American officials in the years between 2010 and 2014. In light of the long and mutually beneficial history of the automatic exchange of tax information between the CRA and the IRS, Canada initially attempted to mitigate the impact of FATCA by negotiating a “carve out” or blanket exemption for Canadian residents. American officials were, however, unwilling to entertain the possibility of creating any such an exemption on the basis that citizenship-based taxation was part of American tax legislation, and the U.S. Government was obliged to administer its domestic tax laws as drafted.

[43] Having determined that a blanket exemption from the reporting requirements of FATCA was simply not possible, Canadian officials then decided to explore whether the Americans would be amenable to building on existing government-to-government arrangements for the exchange of tax information, rather than having Canadian financial institutions enter into direct reporting relationships with the IRS, as required under FATCA. The Department of Finance was of the view that a government-to-government

du gouvernement canadien ont décidé d’entreprendre des négociations avec leurs homologues américains dans l’espoir de limiter les effets de la FATCA sur l’économie canadienne et les Canadiens.

D. Négociations avec le gouvernement américain

[40] La *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010* (dont la FATCA fait partie) a été promulguée en 2010. Si les dispositions de la FATCA n’étaient initialement censées entrer en vigueur qu’en 2013, l’entrée en vigueur de la loi a par la suite été repoussée à 2014.

[41] Après avoir constaté un manque d’intérêt quant à une réponse internationale concertée à l’égard de la législation américaine, le ministère des Finances a décidé d’entretenir une collaboration des plus étroites avec son pendant américain dans le but de réduire le plus possible les risques que la FATCA présentait pour les Canadiens, le système financier canadien et l’économie canadienne.

[42] Entre 2010 et 2014, de très nombreux appels téléphoniques et réunions ont eu lieu entre les fonctionnaires canadiens et américains. À la lumière du long passé mutuellement bénéfique d’échanges automatiques de renseignements fiscaux entre l’ARC et l’IRS, le Canada a d’abord tenté de limiter les répercussions de la FATCA en négociant une exemption générale ou « sur mesure » pour les résidents canadiens. Les fonctionnaires américains se sont toutefois montrés peu enclins à envisager la possibilité de créer une telle exemption, faisant valoir que le régime d’imposition fondé sur la citoyenneté faisait partie intégrante de la législation fiscale américaine et que le gouvernement américain avait l’obligation d’appliquer la législation fiscale telle qu’elle avait été conçue.

[43] Après avoir conclu qu’il ne serait simplement pas possible d’obtenir une exemption générale à l’égard des exigences en matière de déclaration de la FATCA, les fonctionnaires canadiens ont décidé de rechercher si les Américains seraient ouverts à l’idée de tirer parti des ententes intergouvernementales existantes en matière d’échange de renseignements fiscaux plutôt que d’exiger des institutions financières canadiennes qu’elles établissent des rapports directs avec l’IRS en matière de

approach would be less burdensome for Canadian financial institutions and financial consumers than full compliance with FATCA. A government-to-government approach would also avoid the potential conflict with Canadian privacy laws.

[44] The Department of Finance was also concerned that as a result of FATCA's reporting requirements, the IRS could become aware of taxpayers residing in Canada who had not previously been filing tax returns with the IRS, who could then face potentially onerous penalties for their failure to file. To address this concern, the Department of Finance sought to broaden its negotiations with the U.S. Government to include discussions with respect to the possible expansion of voluntary disclosure programs to provide potential relief from IRS penalties for these taxpayers.

[45] In early 2012, while discussions between Canadian and American officials were ongoing, the United States announced that it was negotiating intergovernmental agreements with the United Kingdom, France, Germany, Italy and Spain. These proposed agreements (which became known as "Model I" agreements) contemplated government-to-government reporting relationships along the lines that had been proposed by Canadian negotiators.

[46] In mid-2012, the U.S. Treasury released a draft template Model I agreement. Under this type of agreement, financial institutions would report accountholders whose banking records included U.S. Person Indicia to the tax authority in the country where the taxpayer was resident. The domestic tax authority would then forward this information to the IRS under exchange of information arrangements between the U.S. Government and the country in question.

déclaration, comme le prévoyait la FATCA. Le ministère des Finances était d'avis qu'une approche de gouvernement à gouvernement serait moins lourde pour les institutions financières canadiennes et les consommateurs de services financiers que l'observation intégrale des exigences de la FATCA. En outre, une approche de gouvernement à gouvernement éviterait les possibles conflits avec les lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels.

[44] Le ministère des Finances se préoccupait aussi de la possibilité qu'en raison des exigences en matière de déclaration de la FATCA, l'IRS serait informé de contribuables résidant au Canada qui ne lui avaient pas présenté auparavant de déclarations de revenus et pourraient alors se voir imposer de lourdes pénalités pour non-production des déclarations. Afin de remédier à cette préoccupation, le ministère des Finances a tenté d'élargir la portée de ses négociations avec le gouvernement américain en demandant l'inclusion de discussions concernant le possible élargissement des programmes de divulgation volontaire, de manière à offrir à ces contribuables une possible exonération des pénalités de l'IRS.

[45] Au début de 2012, pendant que se tenaient les discussions entre les fonctionnaires canadiens et américains, les États-Unis ont annoncé qu'ils négociaient des accords intergouvernementaux avec le Royaume-Uni, la France, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. Les accords proposés (que l'on a appelés les accords « de modèle 1 ») prévoyaient des relations en matière de déclaration semblables à ce qu'avaient proposé les négociateurs canadiens.

[46] Au milieu de 2012, le département du Trésor des États-Unis a fait paraître une ébauche d'accord de modèle 1. Aux termes de ce type d'accord, les institutions financières déclareraient les titulaires de comptes dont les dossiers bancaires comprenaient des indices de personne des États-Unis aux autorités fiscales du pays de résidence du contribuable. Les autorités fiscales intérieures transmettraient ensuite l'information à l'IRS aux termes des accords en matière d'échange d'information conclus entre les États-Unis et le pays concerné.

[47] Once the draft template Model I agreement had been developed, Department of Finance officials began discussions with officials from the U.S. Treasury Department with respect to the specific text of a Canada-U.S. intergovernmental agreement.

[48] At the same time, the Department of Finance sought input from the public with respect to these matters, and Mr. Shoom was the individual tasked with dealing with the public. He states that many of the comments that he received related to concerns with respect to the impact that U.S. tax laws and filing requirements would have for the affected individuals. Frustration was also expressed with respect to the additional tax that these individuals may have to pay, as well as the high cost of retaining advisors who could assist affected individuals in complying with their U.S. tax obligations. Concerns were also expressed with respect to the challenges that affected individuals would face in making use of tax-deferral plans such as tax-free savings accounts (TFSA) and Registered Disability Savings Plans (RDSPs).

[49] In early 2013, the IRS released the final version of the FATCA regulations. According to Mr. Shoom, Canada's input was reflected in some of the regulations, resulting in the removal of the requirement that documentation be provided under penalty of perjury, and modifications being made to the requirement that documentation with respect to accounts had to be updated every three years.

[50] The FATCA regulations would govern financial institutions in countries that had not concluded intergovernmental agreements with the United States. However, it was expected that in countries that had negotiated intergovernmental agreements with the U.S., the terms of the intergovernmental agreement in question would largely supplant the requirements of the FATCA regulations.

[51] According to Mr. Shoom, the promulgation of the FATCA regulations gave Canadian negotiators a "clear

[47] Une fois achevée la préparation de l'ébauche d'accord de modèle I, les fonctionnaires du ministère des Finances ont entrepris des discussions avec les fonctionnaires du département du Trésor des États-Unis concernant le libellé particulier de l'accord intergouvernemental canado-américain.

[48] Parallèlement, le ministère des Finances a recueilli les points de vue du public au sujet de ces questions et c'est M. Shoom qui a été chargé des relations avec le public. Il a indiqué que bon nombre des commentaires reçus avaient trait à des préoccupations concernant les répercussions que les lois fiscales américaines et les exigences en matière de déclaration auraient sur les personnes concernées. De plus, des frustrations ont été exprimées concernant les impôts supplémentaires que ces personnes pourraient être tenues de payer et les coûts élevés associés au recours à des conseillers en mesure d'aider ces personnes à se conformer à leurs obligations fiscales aux États-Unis. Des préoccupations ont aussi été soulevées à l'égard des défis auxquels seraient confrontées les personnes visées au moment de faire usage de leurs régimes de report de l'impôt, tels les comptes d'épargne libres d'impôt (CELI) et les régimes enregistrés d'épargne-invalidité (REEI).

[49] Au début de 2013, l'IRS a rendu publique la version finale du règlement pris aux termes de la FATCA. Aux dires de M. Shoom, la contribution canadienne avait été prise en compte dans une partie du règlement, c'est-à-dire qu'on avait retiré l'exigence voulant que la documentation soit produite sous serment sous peine de parjure et qu'on avait modifié l'exigence voulant que la documentation relative aux comptes soit mise à jour tous les trois ans.

[50] Le règlement pris aux termes de la FATCA viserait les institutions financières des pays qui n'avaient pas conclu d'accord intergouvernemental avec les États-Unis. On s'attendait toutefois à ce que dans les pays qui avaient négocié un tel accord, les dispositions de l'accord en question auraient dans une large mesure préséance sur les exigences du règlement pris aux termes de la FATCA.

[51] D'après M. Shoom, le règlement adopté aux termes de la FATCA donnait aux négociateurs canadiens

picture of the bottom line application of the FATCA provisions”. Once that “bottom line” had been established, Canadian negotiators could continue pushing to have a better arrangement for Canada incorporated into an inter-governmental agreement.

[52] These negotiations culminated in the conclusion of a Canada–U.S. intergovernmental agreement on February 5, 2014: *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance through Enhanced Exchange of Information under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, 5 February 2014, [2014] Can. T.S. No. 16 (the Canada–U.S. IGA).

[53] Like the intergovernmental agreements negotiated between the United States and the United Kingdom, France, Germany, Italy and Spain, the Canada–U.S. IGA involves a government-to-government approach, which Mr. Shoom describes as “the most crucial achievement of Canada and the international community”. At this point, approximately 100 other countries have entered into intergovernmental agreements with the U.S., which agreements are similar to the Canada–U.S. IGA.

[54] The conclusion of the Canada–U.S. IGA was announced to the public on February 5, 2014. This announcement was accompanied by a call for comments on the detailed draft legislative proposals and accompanying explanatory notes in respect of proposed changes to the *Income Tax Act* that would implement the agreement. The deadline for comments was March 10, 2014.

[55] As was noted earlier, the Canada–U.S. IGA was subsequently implemented into Canadian law through the Impugned Provisions. Canadian financial institutions are bound to comply with the requirements of the agreement, and cannot choose to opt out of the IGA regime. With the Canada–U.S. IGA in place, Canadian financial institutions are deemed to be compliant with the requirements of FATCA if they comply with the provisions of the

une [TRADUCTION] « vision claire des principes fondamentaux de l’application des dispositions de la FATCA ». Une fois ces « principes fondamentaux » établis, les négociateurs canadiens ont pu continuer de militer en faveur de l’incorporation de meilleures conditions pour le Canada dans un accord intergouvernemental.

[52] Ces négociations ont abouti, le 5 février 2014, à la conclusion d’un accord intergouvernemental canado-américain intitulé *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, 5 février 2014, [2014] R.T. Can. n° 16 (l’AIG Canada–États-Unis).

[53] Tout comme les accords intergouvernementaux intervenus entre les États-Unis et le Royaume-Uni, la France, l’Allemagne, l’Italie et l’Espagne, l’AIG Canada–États-Unis repose sur une approche de gouvernement à gouvernement, ce que M. Shoom qualifie de [TRADUCTION] « réalisation des plus cruciales pour le Canada et la communauté internationale ». À ce jour, quelque 100 autres pays ont conclu avec les États-Unis des accords, lesquels sont similaires à l’accord intergouvernemental Canada–États-Unis.

[54] La conclusion de l’AIG Canada–États-Unis a été annoncée au public le 5 février 2014. Cette annonce s’est accompagnée d’un appel à commentaires sur l’ébauche détaillée des propositions législatives et notes explicatives d’accompagnement concernant les modifications de la *Loi de l’impôt sur le revenu* proposées qui donneraient suite à l’Accord. La date-limite de présentation des commentaires a été fixée au 10 mars 2014.

[55] Comme il a déjà été signalé, l’AIG Canada–États-Unis a par la suite été incorporé à la législation canadienne par le truchement des dispositions contestées. Les institutions financières canadiennes sont tenues de se conformer aux exigences de l’Accord. Elles ne peuvent se soustraire au régime de l’AIG. Maintenant que l’AIG Canada–États-Unis est en vigueur, les institutions financières canadiennes sont réputées se conformer aux

agreement: Implementation Act, section 99, Schedule 3; Canada–U.S. IGA, Article 4.

E. The Canada–U.S. Intergovernmental Agreement and the Impugned Provisions

[56] Mr. Shoom states that “[t]o the greatest extent possible in the circumstances”, the Canada–U.S. IGA “improved the position of Canada, Canadian [financial institutions] and their customers”. He further asserts that “[c]rucially, the [Canada–U.S. IGA] put in place a system that reduced the likelihood that withholding taxes would be applied, thereby mitigating the worst of the risks to the Canadian economy”.

[57] Insofar as individual taxpayers are concerned, generally speaking, the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions require that the CRA collect information about some types of accounts maintained by certain Canadian financial institutions that are held by one or more individuals where the financial institution has specific types of information linking the accountholder to the United States. The types of information in question are set out in the Canada–U.S. IGA, and are referred to as “U.S. Person Indicia”.

[58] Similar to the requirements of FATCA, “U.S. Person Indicia” include any of the following information when it appears in a record relating to an account held by an individual at a Canadian financial institution: identification of the accountholder as a United States citizen or resident; unambiguous identification of a place of birth in the United States; current United States mailing or residence address; current United States telephone number; standing instructions to transfer funds to an account maintained in the United States; currently effective power of attorney or signatory authority granted to a person with a United States address; or an “in-care-of” or “hold mail” address that is the sole address relating to the account.

exigences de la FATCA si elles respectent les dispositions de l’Accord (*Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*, article 99, annexe 3; AIG Canada–États-Unis, article 4).

E. L’AIG Canada–États-Unis et les dispositions contestées

[56] Mr. Shoom indique que [TRADUCTION] « compte tenu des circonstances », (l’AIG Canada–États-Unis) « a permis d’améliorer dans la mesure du possible la position du Canada ainsi que des [institutions financières] canadiennes et de leurs clients ». Il ajoute que [TRADUCTION] « chose cruciale, l’AIG Canada–États-Unis a été à l’origine d’un régime qui réduit la probabilité d’imposition de retenues fiscales, atténuant ainsi les risques les plus graves pour l’économie canadienne ».

[57] En ce qui concerne les contribuables à titre individuel, de manière générale, l’AIG Canada–États-Unis et les dispositions contestées exigent de l’ARC qu’elle recueille des informations sur certains types de comptes tenus dans certaines institutions financières canadiennes et détenus par une ou plusieurs personnes dans les cas où l’institution financière dispose de certains types de renseignements établissant un lien entre le titulaire du compte et les États-Unis. Les types de renseignements en question, énoncés dans l’AIG Canada–États-Unis, sont appelés des « indices d’une personne des États-Unis ».

[58] Similaires aux exigences de la FATCA, les « indices d’une personne des États-Unis » incluent n’importe quel des renseignements suivants, lorsqu’il paraît dans un dossier associé à un compte détenu par une personne dans une institution financière canadienne : identification du titulaire de compte en tant que citoyen ou résident des États-Unis; identification non équivoque d’un lieu de naissance aux États-Unis; adresse postale ou domiciliaire actuelle aux États-Unis; numéro de téléphone actuel aux États-Unis; ordre de virement permanent sur un compte aux États-Unis; procuration ou délégation de signature en cours de validité accordée à une personne dont l’adresse est aux États-Unis; adresse portant la mention « à l’attention de » ou « envoi à garder en instance » qui est l’unique adresse associée au compte.

[59] The Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions also require the reporting of accounts that are held by a legal arrangement or legal person (such as a corporation or a trust) that is controlled by one or more U.S. Persons.

[60] With respect to each account that is required to be reported (U.S. Reportable Accounts), the information that the CRA must collect from Canadian financial institutions includes:

- a. the name and address of each U.S. Person that is an account holder;
- b. the taxpayer identifying number (TIN) of each U.S. Person, or if the TIN is not in the records of the Canadian financial institution, the accountholder’s birth date;
- c. the name and identifying number of the Canadian financial institution;
- d. the account number and balance and/or value of the account; and
- e. the gross amount of interest, dividends, and other income generated by the account or the assets held in the account, including the gross proceeds from the sale or redemption of any property held in the accounts.

(collectively, the Accountholder Information).

[61] Whether or not an account is a “U.S. Reportable Account” is determined by Canadian financial institutions by following the due diligence procedures set out in an Annex to the Canada–U.S. IGA and in the Impugned Provisions (the Due Diligence Procedures). Certain kinds of accounts (such as TFSAs, Registered Retirement Savings Plans (RRSPs), and Registered Education Savings Plans (RESPs)) are excluded from the operation of the Canada–U.S. IGA and are not considered to be “U.S. Reportable Accounts” under the IGA and the Impugned Provisions.

[59] L’AIG Canada–États-Unis et les dispositions contestées exigent en outre la déclaration des comptes détenus par une entité juridique ou personne morale (telle une société ou une fiducie) contrôlée par une ou plusieurs personnes des États-Unis.

[60] En ce qui concerne chacun des comptes dont la déclaration est obligatoire (les comptes déclarables américains), les renseignements que l’ARC doit recueillir auprès des institutions financières canadiennes incluent :

- a. le nom et l’adresse de chaque personne des États-Unis qui est titulaire d’un compte;
- b. le numéro d’identification fiscale (NIF) de chaque personne des États-Unis, ou si le NIF ne se trouve pas dans les dossiers de l’institution financière canadienne, la date de naissance du titulaire de compte;
- c. le nom et le numéro d’identification de l’institution financière canadienne;
- d. le numéro de compte et le solde ou la valeur du compte;
- e. le montant brut des intérêts, dividendes ou autres revenus découlant du compte ou des actifs détenus dans le compte, y compris le produit brut de la vente ou du rachat d’actifs détenus dans le compte,

(ensemble, les renseignements sur le titulaire de compte).

[61] Pour déterminer si le compte constitue ou non un « compte déclarable américain », les institutions financières canadiennes appliquent les procédures de diligence raisonnable énoncées dans une annexe de l’AIG Canada–États-Unis et dans les dispositions contestées (les procédures de diligence raisonnable). Certains types de comptes (comme les CELI, les régimes enregistrés d’épargne-retraite (REER) et les régimes enregistrés d’épargne-études (REEE)) ne sont pas visés par l’AIG Canada–États-Unis et ne sont pas assimilables à des « comptes déclarables américains » aux termes de l’AIG et des dispositions contestées.

[62] Different Due Diligence Procedures apply to accounts opened before and after June 30, 2014, and to Low Value Accounts (accounts with a balance or value of less than \$50 000 USD, or a cash value insurance contract or annuity contract with a value of less than \$250 000 USD), Lower Value Accounts (an account with a value of between \$50 000 USD and \$1 000 000 USD, or a cash value insurance contract or annuity contract with a value between \$250 000 USD and \$1 000 000 USD), and High Value Accounts (an account with a value of more than \$1 000 000 USD).

[63] In accordance with the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions, the Due Diligence Procedures to be followed by Canadian financial institutions with respect to pre-existing individual accounts requires them to search their records for accountholders with U.S. Person Indicia. If a Canadian financial institution does not detect any U.S. Person Indicia associated with an account, it need not take any other steps with respect to that account unless and until there is a change of circumstances that results in one or more U.S. Person Indicia being associated with the account.

[64] For pre-existing accounts that were not previously reportable, the Impugned Provisions only mandate ongoing review and reporting if the account balance exceeds \$1 million (USD) at a later date. FATCA has an additional requirement that no longer applies in Canada: namely that such accounts also be reviewed for changes in circumstance which may indicate the accountholder is a U.S. person.

[65] In addition, customers opening accounts at a new bank (other than those financial institutions that are exempted from FATCA's reporting requirements under the Canada–U.S. IGA) will now have to certify their tax residency, both for the purpose of the Common Reporting Standard (which will be discussed further on in these reasons) and for the purpose of the Canada–U.S. IGA. This requirement does not, however, apply to customers who simply want to open a new account at their existing bank.

[62] Des procédures de diligence raisonnable différentes visent les comptes ouverts avant et après le 30 juin 2014 ainsi qu'aux comptes de faible valeur (comptes ayant un solde ou une valeur de moins de 50 000 \$ US, contrats d'assurance avec valeur de rachat et contrats de rente ayant une valeur inférieure à 250 000 \$ US, comptes de faible valeur (dont la valeur se situe entre 50 000 \$ US et 1 000 000 \$ US, ou contrats d'assurance avec valeur de rachat et contrats de rente d'une valeur se situant entre 250 000 \$ US et 1 000 000 \$ US), ainsi qu'aux comptes de valeur élevée (dont la valeur est supérieure à 1 000 000 \$ US).

[63] Aux termes de l'AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées, les procédures de diligence raisonnable que doivent suivre les institutions financières canadiennes à l'égard des comptes de particuliers préexistants les obligent à faire des recherches dans leurs dossiers pour identifier les titulaires de comptes auxquels sont associés des indices d'une personne des États-Unis. Si une Institution financière canadienne ne découvre pas d'indices d'une personne des États-Unis associés à un compte, elle n'a pas d'autres mesures à prendre à l'égard de ce compte, sauf en cas de changement dans les circonstances qui fera qu'un ou plusieurs indices d'une personne des États-Unis seront associés au compte.

[64] Dans le cas des comptes préexistants qui n'étaient pas déclarables auparavant, les dispositions contestées exigent uniquement une surveillance continue et la déclaration si le solde du compte dépasse 1 million de dollars US à une date ultérieure. La FATCA comporte une autre exigence selon laquelle ces comptes doivent aussi faire l'objet d'un examen s'il se produit des changements dont il peut ressortir que le titulaire du compte est une personne des États-Unis.

[65] En outre, les clients qui ouvrent des comptes dans une nouvelle banque (autre que les institutions financières qui sont dispensées des obligations de déclaration prévues par la FATCA aux termes de l'AIG Canada–États-Unis) doivent maintenant faire certifier leur résidence fiscale, tant aux fins du Common Reporting Standard (qui est discuté plus en détail dans les présents motifs) qu'aux fins de l'AIG Canada–États-Unis. Cependant, cette obligation ne vise pas les clients qui veulent simplement ouvrir un nouveau compte dans leur banque actuelle.

[66] Low Value Accounts do not have to be reviewed, identified or reported as U.S. reportable accounts, but financial institutions have the discretion to elect to treat these accounts as U.S. Reportable Accounts. Indeed, certain individuals with Low Value Accounts have had their accounts frozen, and have been told that their accounts will not be reopened unless and until they present a Certificate of Loss of Nationality.

[67] If a financial institution discovers U.S. Person Indicia associated with a Lower Value or High Value Account, it must attempt to obtain or review information and documents that would clarify whether or not the accountholder is in fact a U.S. Person. If the Canadian financial institution cannot obtain or review the necessary information for an account associated with U.S. Person Indicia, the Canadian financial institution must treat the account as a U.S. Reportable Account.

[68] Article 2 of the Canada–U.S. IGA requires Canada to collect Accountholder Information about U.S. Reportable Accounts from Canadian financial institutions and then provide that information to the United States. Article 2 of the Canada–U.S. IGA further provides that Canada’s disclosure of the Accountholder Information is to occur annually and on an automatic basis pursuant to the provisions of Article XXVII of the Canada–U.S. Tax Treaty.

F. *The Purpose of the Impugned Provisions*

[69] It is necessary to identify the purpose of the Impugned Provisions in order to assess the reasonableness of seizures of accountholder information carried out in accordance with the Impugned Provisions, and whether they violate section 8 of the Charter.

[70] As the plaintiffs observe, the Supreme Court has stated that in identifying the purpose of legislation, “courts should be cautious to articulate the legislative objective in a way that is firmly anchored in the legislative text, considered in its full context”: *R. v. Moriarty*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at paragraph 32.

[66] Il n’est pas nécessaire d’examiner, identifier et déclarer les comptes de faible valeur comme des comptes déclarables américains, mais les institutions financières peuvent à leur discrétion décider de traiter ces comptes comme des comptes déclarables américains. D’ailleurs, certains particuliers détenant des comptes de faible valeur ont vu leurs comptes être bloqués et se sont fait dire qu’ils seraient débloqués uniquement sur présentation d’un certificat de perte de nationalité (*Certificate of Loss of Nationality*, CLN).

[67] Si une institution financière découvre des indices d’une personne des États-Unis associés à un compte de faible valeur ou un compte de valeur élevée, elle doit essayer d’obtenir ou examiner les renseignements et documents permettant de préciser si le titulaire du compte est ou non, en fait, une personne des États-Unis. Si l’institution financière canadienne ne peut obtenir ou examiner les renseignements nécessaires à l’égard d’un compte auquel sont associés des indices d’une personne des États-Unis, elle doit traiter le compte comme un compte déclarable américain.

[68] Selon l’article 2 de l’AIG Canada–États-Unis, le Canada doit recueillir auprès des institutions financières canadiennes les renseignements sur les titulaires des comptes déclarables, puis transmettre ces renseignements aux États-Unis. L’article 2 de l’AIG dispose en outre que la déclaration des renseignements sur les titulaires de comptes doit se faire chaque année de manière automatique, en conformité avec les dispositions de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada–États-Unis.

F. *L’objet des dispositions contestées*

[69] Il est nécessaire de cerner l’objet des dispositions contestées afin d’apprécier la raisonnable des saisies de renseignements concernant les détenteurs de comptes effectuées conformément aux dispositions contestées, et si elles sont contraires à l’article 8 de la Charte.

[70] Ainsi que le signalent les demandresses, la Cour suprême enseigne que, lorsqu’ils cernent l’objet d’une loi « les tribunaux doivent prendre soin de formuler l’objectif d’une disposition législative en l’assoyant fermement sur le texte de cette disposition, considéré dans son contexte

[71] In identifying the purpose of the Impugned Provisions, the starting point must be the rationale underlying the enactment of FATCA itself.

[72] I agree with the defendants that while the American government was undoubtedly concerned with the issue of tax evasion, the purpose underlying the enactment of FATCA was its desire to improve U.S. tax compliance. Indeed, Justice Martineau found that “the stated purpose of FATCA is to improve U.S. tax compliance by obtaining information from foreign financial institutions about accounts maintained by U.S. taxpayers, directly or through intermediary entities”: *Hillis*, above, at paragraph 50.

[73] Insofar as the purpose of the Canada–U.S. IGA is concerned, Justice Martineau found that the Canada–U.S. IGA was concluded “for the purpose of implementing the obligations to obtain and exchange information with respect to reportable accounts”: *Hillis*, above, at paragraph 27. He further found that the intention of the two governments was clear from the wording of the Canada–U.S. IGA: namely that “they agree to obtain and exchange annually on an automatic basis all relevant information respecting reportable accounts subject to the confidentiality and other provisions of the Canada-US Tax Treaty”: *Hillis*, above, at paragraph 66.

[74] While the purposes identified by Justice Martineau may be true as far as they go, the plaintiffs and the defendants have each identified other purposes for the Canada–U.S. IGA.

[75] Referring to the recitals in the Canada–U.S. IGA, the plaintiffs submit that the purpose of the Impugned Provisions is to assist the American government in implementing FATCA and finding American tax evaders and cheats. The plaintiffs further contend that assisting the United States in catching tax cheats can hardly be

global » : *R. c. Moriarty*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, au paragraphe 32.

[71] Pour cerner l’objet des dispositions contestées, le point de départ doit être la raison d’être de l’adoption de la FATCA même.

[72] Je retiens la thèse des défendeurs portant que si le gouvernement américain se souciait sans aucun doute de la question de l’évasion fiscale, l’adoption de la FATCA avait fondamentalement pour objet l’amélioration du respect des lois fiscales américaines. En effet, le juge Martineau a conclu : « l’objet déclaré de la FATCA est d’améliorer l’observation des règles fiscales américaines en obtenant auprès des institutions financières étrangères des renseignements sur les comptes que détiennent des contribuables américains, soit directement, soit par des entités intermédiaires » : *Hillis*, ci-dessus, au paragraphe 50.

[73] En ce qui concerne l’objet de l’AIG Canada–États-Unis, le juge Martineau a constaté que cet instrument fut conclu « dans le but de mettre en œuvre les obligations d’obtenir et d’échanger des renseignements au sujet de comptes déclarables » : *Hillis*, ci-dessus, au paragraphe 27. En outre, il a constaté que l’intention des deux états ressortissait clairement du texte même de l’AIG Canada–États-Unis, à savoir : « ils conviennent d’obtenir et d’échanger chaque année, de manière automatique, tous les renseignements pertinents qui se rapportent aux comptes déclarables, sous réserve des dispositions en matière de confidentialité et d’autre nature de la Convention fiscale Canada-Etats-Unis » : *Hillis*, ci-dessus, au paragraphe 66.

[74] Les objets cernés par le juge Martineau ne sont pas inexacts en soi; cela dit, tant les demanderesse que les défendeurs ont cerné d’autres objets au sujet de l’AIG Canada–États-Unis.

[75] Citant les attendus de l’AIG Canada–États-Unis, les demanderesse soutiennent que l’objet des dispositions contestées est d’aider l’état américain à mettre en œuvre la FATCA et de repérer les contribuables qui pratiquent l’évasion et la fraude fiscale. Les demanderesse soutiennent aussi qu’aider les États-Unis à attraper les

considered to be a pressing and substantial issue for the Canadian Government, or for Canadians themselves, submitting that the scheme envisaged by the Canada–U.S. IGA is nothing more than a fishing expedition.

[76] The defendants contend that it is an oversimplification to say that the purpose of the Impugned Provisions is simply to assist the American government in finding “tax evaders and cheats”.

[77] According to the defendants, Canada’s purposes in entering into the Canada–U.S. IGA, and in implementing it through the Impugned Provisions were distinct from those of the U.S. From Canada’s perspective, the primary purpose of both the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions was to avoid the potentially catastrophic impact of FATCA on Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy as a whole.

[78] The defendants identify Canada’s secondary purposes for entering into the Canada–U.S. IGA and for implementing it through the Impugned Provisions as including the lessening of the burden on Canadian financial institutions and their customers that would have been imposed by the direct application of FATCA. Another such secondary purpose was to achieve the automatic exchange of information from the U.S. to Canada for Canadian taxation purposes in exchange for assisting with the application of FATCA in Canada.

[79] The defendants submit that it is clear from the evidence of Mr. Shoom that there were serious concerns with respect to the potential impact of FATCA on Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy in general. As a consequence, the goal of avoiding this impact was an extremely important one. The only way that Canadian financial institutions could avoid these serious consequences was for them to comply with FATCA, or with some less onerous standard to which the American government had agreed. The defendants submit that the Impugned Provisions represent that less onerous standard, and that the Impugned Provisions therefore serve the important purpose of avoiding the serious consequences of FATCA.

fraudeurs fiscaux ne peut certainement pas constituer une question grave et importante pour l’état canadien, ou pour les Canadiens eux-mêmes, et soutiennent donc que le régime prévu par l’AIG Canada–États-Unis n’est rien d’autre qu’une expédition de pêche.

[76] Les défendeurs soutiennent qu’il est très simpliste de dire que les dispositions contestées n’ont pour seul objet que d’aider l’état américain à repérer «les personnes qui pratiquent l’évasion et la fraude fiscales ».

[77] Selon les défendeurs, les objectifs du Canada quand à la conclusion de l’AIG Canada–États-Unis et à sa mise en œuvre au moyen des dispositions contestées ne coïncidaient pas avec ceux des États-Unis. Du point de vue canadien, l’objet fondamental tant de l’AIG Canada–États-Unis que des dispositions contestées était d’éviter l’impact potentiellement catastrophique de la FATCA sur les institutions financières canadienne, leur clients et l’économie canadienne de manière générale.

[78] Les défendeurs font état de deux objets secondaires qui ont incité le Canada à conclure l’AIG Canada–États-Unis et à le mettre en œuvre au moyen des dispositions contestées, notamment l’allègement du fardeau financier qui aurait été imposé aux institutions canadiennes et à leurs clients par l’application directe de la FATCA. Un autre objet secondaire consistait à instaurer l’échange de renseignements automatique des États-Unis au Canada aux fins de la loi fiscale canadienne en échange d’une aide relative à l’application de la FATCA au Canada.

[79] Les défendeurs soutiennent qu’il ressort clairement du témoignage de M. Shoom qu’il y avait de sérieuses préoccupations au sujet de l’impact potentiel de la FATCA sur les institutions financières canadiennes, leurs clients et l’économie canadienne en général. En conséquence, l’objectif d’éviter cet impact était d’une extrême importance. La seule manière dont les institutions financières canadiennes pouvaient éviter ces sérieuses conséquences était de se soumettre à la FATCA, ou à une norme moins exigeante qui aurait été acceptée par l’état américain. Les défendeurs soutiennent que les dispositions contestées constituent cette norme moins exigeante, et qu’elles servent donc l’important objectif consistant à éviter les conséquences sérieuses de la FATCA.

[80] The plaintiffs accept that Canada's *motive* for entering into the Canada–U.S. IGA may have been to avoid the negative consequences that FATCA would have on Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy in general. According to the plaintiffs, however, there is a distinction between the *motive* underlying an agreement, and the *purpose* of that agreement.

[81] The plaintiffs note that the recitals to the Canada–U.S. IGA identify the purposes of the Agreement. Amongst other things, the recitals note that a number of issues had arisen with respect to FATCA, including the concern that Canadian financial institutions may not be able to comply with certain aspects of FATCA due to domestic legal impediments.

[82] The recitals also state that the Governments of both Canada and the United States support the underlying goal of FATCA of improving tax compliance on a reciprocal basis, and that the Government of the United States is committed to exchanging tax information with the Government of Canada at an equivalent level of exchange. The U.S. Government is further committed to working with Canada over the longer term toward achieving common reporting and due diligence standards for financial institutions.

[83] The recitals to the Canada–U.S. IGA also include the recognition by the U.S. government of the need to coordinate reporting obligations, and of the fact that an intergovernmental approach to FATCA implementation would facilitate compliance by Canadian financial institutions while protecting the ability of Canadians to access financial services. Also included in the recitals is the statement that the parties desired to conclude an agreement to improve international tax compliance, and to provide for the implementation of FATCA based on domestic reporting and reciprocal automatic exchange of information pursuant to the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty, subject to the confidentiality and other protections provided therein.

[80] Les demanders reconnaissent la possibilité que le *motif* qui a poussé le Canada à conclure l'AIG Canada–États-Unis était d'éviter les conséquences défavorables qu'aurait pu avoir la FATCA sur les institutions financières canadiennes, leurs clients et l'économie en général. Cependant, selon les demanders, il faut opérer une distinction entre le *motif* de la conclusion d'un accord, et l'*objet* de cet accord.

[81] Les demanders notent que les dispositions liminaires de l'AIG Canada–États-Unis font état des objets de l'accord. Ces dispositions déclarent, par exemple, la loi FATCA a soulevé un certain nombre de questions, y compris le fait que les institutions financières canadiennes pourraient ne pas être en mesure de se conformer à certains de ses aspects en raison d'obstacles juridiques internes.

[82] Ces dispositions liminaires déclarent aussi que les gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique soutiennent l'application, sur une base de réciprocité, de l'objectif stratégique fondamental de la loi FATCA en vue d'améliorer l'observation fiscale, et que le gouvernement des États-Unis d'Amérique est résolu à échanger des renseignements fiscaux avec le gouvernement du Canada à des niveaux équivalents d'échanges. En outre, le gouvernement des États-Unis d'Amérique est résolu à travailler de concert à long terme en vue d'aboutir à des règles communes de déclaration et à des normes de diligence raisonnable pour les institutions financières.

[83] Dans les dispositions liminaires de l'AIG Canada–États-Unis, il y a aussi la reconnaissance de la part du gouvernement des États-Unis d'Amérique de la nécessité de coordonner les obligations de déclaration, et du fait que l'approche intergouvernementale concernant la mise en œuvre de la loi FATCA faciliterait l'observation par les institutions financières canadiennes tout en protégeant la capacité des Canadiens à obtenir des services financiers. Parmi ces dispositions liminaires il y a aussi la déclaration portant que les parties souhaitent conclure un accord en vue d'améliorer l'observation fiscale à l'échelle internationale et de prévoir la mise en œuvre de la loi FATCA sur la base d'obligations de déclaration nationales et d'échanges automatiques réciproques en application de la Convention sous réserve de la confidentialité et d'autres

[84] The plaintiffs submit that what is notably absent from these recitals is any suggestion that the purpose of the Canada–U.S. IGA was to avoid the potentially catastrophic impact of FATCA on Canadian financial institutions as a result of a threat posed by the United States government if those institutions did not comply with its terms.

[85] It is clear from the recitals to the Canada–U.S. IGA that the Governments of Canada and the United States had a number of shared goals in negotiating the Agreement. Both Governments also recognized that there were concerns about the ability of Canadian financial institutions to comply with some of FATCA’s reporting requirements because of domestic legal impediments.

[86] However, as the Supreme Court observed in *Moriarty*, in articulating a legislative objective, regard must be had to the legislative text, *considered in its full context* (my emphasis): above, at paragraph 32; see also *R. v. Advance Cutting and Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, at paragraph 255.

[87] Evidence with respect to the context in which the Canada–U.S. IGA was negotiated was provided by Mr. Shoom. It is, moreover, clear from Mr. Shoom’s evidence that there were serious concerns on the part of Canadian officials with respect to the impact that FATCA would have on Canadian bank customers, Canadian financial institutions and the Canadian economy as a whole. These concerns were clearly a primary reason why Canada was prepared to enter into an intergovernmental agreement with the American government. It is, moreover, evident that, from Canada’s perspective, one of the main purposes of the Agreement was to mitigate the negative impact of FATCA in this country. Indeed, I understand the plaintiffs to concede that these concerns may well have been the reason why Canada entered into the Canada–U.S. IGA.

garanties prévues par celle-ci, y compris les dispositions qui limitent l’utilisation des renseignements échangés en vertu de la Convention.

[84] Les demandresses soutiennent que, chose importante, ces dispositions liminaires sont muettes sur un point : il n’est dit nulle part que l’objet de l’AIG Canada–États-Unis était d’éviter un impact potentiellement catastrophique de la FATCA sur les institutions financières canadiennes en raison de la menace posée par le gouvernement des États-Unis d’Amérique en cas de manquement aux obligations qu’elle impose.

[85] Il ressort clairement des dispositions liminaires de l’AIG Canada–États-Unis que le gouvernements du Canada et des États-Unis partageaient un certain nombre d’objectifs lorsqu’ils ont négocié l’accord. Les deux gouvernements ont aussi reconnu que posait problème la capacité des institutions financières canadienne de respecter certaines obligations de déclaration prévues par la FATCA en raison d’obstacles juridiques internes.

[86] Cependant, ainsi que l’a observé la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Moriarty*, lorsque le juge est appelé à définir l’objectif d’une disposition législative, il doit en examiner le texte, *considéré dans son contexte global* (c’est moi qui souligne) : ci-dessus, au paragraphe 32; voir aussi *R. c. Advance Cutting and Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 255.

[87] Un témoignage concernant le contexte dans lequel l’AIG Canada–États-Unis a été négocié a été rendu par M. Shoom. En outre, il ressort clairement de son témoignage que les responsables canadiens nourrissaient de graves inquiétudes quant à l’impact qu’aurait la FATCA sur les clients des banques canadiennes, les institutions financières canadiennes et l’économie canadienne dans son ensemble. Ces inquiétudes étaient manifestement la raison fondamentale qui a incité le gouvernement du Canada à conclure un accord intergouvernemental avec le gouvernement des États-Unis. De surcroît, il est évident que, du point de vue du Canada, l’un des objectifs principaux de l’accord était l’atténuation de l’impact défavorable de la FATCA sur notre pays. D’ailleurs, je crois comprendre que les demandresses concèdent que ces problèmes ont certainement été la raison pour laquelle la Canada a conclu l’AIG Canada–États-Unis.

[88] This then takes us to consider the purpose of the Impugned Provisions. In the narrowest sense, the purpose of the Impugned Provisions was simply to implement the provisions of the Canada–U.S. IGA into Canadian law. There is, however, more to the purpose of the Impugned Provisions than just that: based on the evidence of Mr. Shoom, I find that a major purpose for the enactment of the Impugned Provisions was to avoid the potentially catastrophic impact of FATCA on Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy as a whole.

[89] I further agree with the defendants that other objectives underlying the enactment of the Impugned Provisions include the lessening of the burden on Canadian financial institutions and their customers that would have resulted from the direct application of FATCA, and the facilitation of the automatic exchange of information between the U.S. and Canada for Canadian taxation purposes.

G. The Advantages of the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions over the Requirements of FATCA

[90] According to the evidence of the defendants' witnesses, a number of advantages have been realized as a result of the conclusion of the Canada–U.S. IGA. Evidence regarding these advantages was provided by Mr. Shoom and by Katherine T. Johnson. Ms. Johnson is a Senior Manager in the Toronto office of PricewaterhouseCoopers, where she specializes in Global Information Reporting.

[91] As a starting point, the Canada–U.S. IGA is much shorter and more readily comprehensible than FATCA and the regulations enacted thereunder. Moreover, in the interest of improving clarity and consistency, the Canada–U.S. IGA uses Canadian terminology to the extent possible, with few references being made to American law. In addition, most of the provisions of the Canada–U.S. IGA are to be interpreted in accordance with Canadian domestic law. As a consequence, it is much easier for Canadian financial institutions and individuals to understand their legal obligations as to which accounts have to be reported to the U.S. authorities and which do not.

[88] Tout cela nous amène à examiner l'objet des dispositions contestées. Pour parler très strictement, l'objet des dispositions contestées était simplement la mise en œuvre des dispositions de l'AIG Canada–États-Unis en droit canadien. Cependant, l'objet des dispositions contestées va quand même plus loin : vu le témoignage de M. Shoom, je conclus qu'un objectif majeur de l'adoption de ces dispositions était d'éviter l'impact potentiellement catastrophique de la FATCA sur les institutions financières canadiennes, leurs clients et l'économie canadienne dans son ensemble.

[89] En outre, je retiens la thèse des défendeurs que, parmi les autres objectifs sous-jacents de l'adoption des dispositions contestées, il y a l'allègement du fardeau qui aurait incombé aux institutions financières canadiennes et leurs clients par l'application directe de la FATCA, et la facilitation des échanges automatiques de renseignements entre les États-Unis et le Canada aux fins de la loi fiscale canadienne.

G. Avantages de l'AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées par rapport aux dispositions de la FATCA

[90] Selon les dépositions des témoins des défendeurs, certains avantages ont découlé de la conclusion de l'AIG Canada–États-Unis. Les témoignages à cet égard ont été rendus par M. Shoom et par Katherine T. Johnson. M^{me} Johnson est gestionnaire principale du bureau de Toronto de PricewaterhouseCoopers, où elle se spécialise dans la Divulgence de renseignements financiers à l'échelle internationale.

[91] Tout d'abord, l'AIG Canada–États-Unis est beaucoup plus succinct et plus facilement compréhensible que la FATCA et le règlement en découlant. Qui plus est, par souci de clarté et d'uniformité, l'AIG Canada–États-Unis emploie dans la mesure du possible la terminologie canadienne, et les renvois à la législation américaine y sont peu nombreux. En outre, la plupart des dispositions de l'AIG Canada–États-Unis doivent être interprétées à la lumière des lois internes du Canada. Par conséquent, il est beaucoup plus facile pour les institutions financières canadiennes et les particuliers de comprendre leurs obligations légales en ce qui a trait aux comptes à déclarer aux autorités américaines.

[92] Because of the government-to-government nature of the reporting scheme envisaged by the Canada–U.S. IGA, the exchange of tax information with the IRS attracts the protection of the Canada–U.S. Tax Treaty, which imposes confidentiality requirements and restrictions on the use that can be made of the information exchanged under the provisions of the Treaty: Canada–U.S. IGA, Articles 2 and 3(7). These confidentiality requirements and restrictions would not apply if information was transmitted directly to the IRS by Canadian financial institutions under the provisions of FATCA.

[93] The Department of Finance was also successful in restricting the number of accounts that are shared with the U.S. tax authorities by limiting the number of financial institutions that are subject to FATCA’s reporting requirements.

[94] At the same time, the Department of Finance was able to broaden the category of institutions that were not required to conduct Due Diligence Procedures to include First Nations governance bodies. Finance was also able to include a set of provisions in the Canada–U.S. IGA which allowed Canadian life insurers to assume that policy beneficiaries were not U.S. persons: Canada–U.S. IGA, Annex I.

[95] Section II B (3) of Annex I of the Canada–U.S. IGA requires that Canadian financial institutions report accounts to the CRA when they come across listed U.S. Person Indicia. However, in an effort to protect accountholders from over-reporting, Section II B (4) of Annex I of the Canada–U.S. IGA empowers Canadian financial institutions to first try to “clear” the U.S. Person Indicia. Moreover, subsection 265(5) of the *Income Tax Act* requires that where any U.S. Person Indicia are discovered, reporting Canadian financial institutions “must seek to obtain or review the information ... that is relevant in the circumstances and must treat the account as a U.S. Reportable Account unless one of the exceptions ... applies with respect to that account”.

[92] Comme le régime de déclaration prévu dans l’AIG Canada–États-Unis repose sur une approche de gouvernement à gouvernement, l’échange de renseignements fiscaux avec l’IRS fait jouer la protection conférée par la Convention fiscale Canada–États-Unis, laquelle impose des exigences en matière de conformité et des restrictions quant aux utilisations qui peuvent être faites des renseignements échangés aux termes de la Convention (article 2 et paragraphe 3(7) du l’AIG Canada–États-Unis). Ces exigences et restrictions en matière de confidentialité ne joueraient pas si les renseignements étaient transmis directement à l’IRS par les institutions financières canadiennes aux termes des dispositions de la FATCA.

[93] Le ministère des Finances a de plus réussi à restreindre le nombre de comptes déclarés aux autorités américaines en limitant le nombre d’institutions financières qui sont assujetties aux exigences de la FATCA en matière de déclaration.

[94] Parallèlement, le ministère des Finances a en outre été en mesure d’élargir la catégorie des titulaires de comptes institutionnels qui ne sont pas tenus de mettre en œuvre les procédures de diligence raisonnable de manière à inclure les organismes de gouvernance autochtones. Le ministère des Finances a également réussi à faire inclure dans l’AIG Canada–États-Unis un ensemble de dispositions qui permettent aux assureurs-vie canadiens de tenir pour acquis que les bénéficiaires de polices d’assurance ne sont pas des personnes des États-Unis (AIG Canada–États-Unis, Annexe I).

[95] Le paragraphe 3 de la sous-section B de la section II de l’annexe I de l’AIG Canada–États-Unis dispose que les institutions financières canadiennes doivent déclarer à l’ARC les comptes à l’égard desquels elles découvrent des indices d’une personne des États-Unis. Cependant, le paragraphe 4 de la sous-section B de la section II de l’annexe I de l’AIG Canada–États-Unis aux institutions financières canadiennes le pouvoir d’essayer d’abord d’« éclaircir » les indices d’une personne des États-Unis, ce qui vise à protéger les titulaires de comptes de la surdéclaration. De plus, le paragraphe 265(5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* dispose qu’en cas de découverte d’indices d’une personne des États-Unis, l’institution financière canadienne déclarante « doit examiner ou

[96] In addition, the Department of Finance successfully negotiated a more generous “carve-out” for pre-existing cash value insurance and annuity contracts, such that they will be grandfathered if U.S. laws or regulations effectively prevented the sale of such products to U.S. residents.

[97] “Carve-outs” were also negotiated that expanded the categories of Canadian financial institutions that are exempted from the reporting requirements of FATCA: Canada–U.S. IGA, Annex II. Entities that are to be treated as “Non-reporting Canadian Financial Institutions” include retirement funds and “Deemed-Compliant Financial Institutions”, which include financial institutions with a local client base, central co-operative credit societies and smaller credit unions.

[98] Annex II of the Canada–U.S. IGA further contains a broad list of types of accounts that are not to be treated as U.S.-reportable accounts. These include RRSPs, RESPs, RDSPs, TFSAs, Registered Pension Plans, Registered Retirement Income Funds, Pooled Registered Pension Plans, eligible funeral arrangements and certain escrow accounts. Also exempted are the Canada Pension Plan and Quebec Pension Plan.

[99] According to Mr. Shoom, the Department of Finance considered the negotiation of this broad list of exempted accounts to be a “major success” that would significantly reduce the compliance burden for Canadian financial institutions and their customers. Ms. Johnson further asserts that the exclusion of certain types of accounts under the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions has significantly decreased the compliance burden for Canadian financial institutions

tenter d’obtenir les renseignements visés dans [la disposition] [...] qui s’applique dans les circonstances et doit considérer le compte comme un compte déclarable américain, à moins que l’une des exceptions [...] s’applique à ce compte ».

[96] En outre, le ministère des Finances a réussi à négocier une disposition « sur mesure » à l’égard des contrats d’assurance avec valeur de rachat et contrats de rente pré-existants, de manière qu’ils bénéficient d’un droit acquis advenant que des lois ou règlement américains viennent interdire la vente de tels produits à des résidents des États-Unis.

[97] Ont également été négociées des « dispositions sur mesure » qui ont élargi les catégories d’institutions financières canadiennes dispensées des exigences en matière de déclaration de la FATCA (Annexe II de l’AIG Canada–États-Unis). Les entités qui doivent être traitées comme des « institutions financières canadiennes non déclarantes » incluent les fonds de retraite et les « institutions financières réputées conformes », ce qui englobe les institutions financières disposant d’une base de clientèle locale, les coopératives de crédit centrales et les coopératives de crédit de moindre taille.

[98] L’Annexe II de l’AIG Canada–États-Unis contient en outre une longue liste de types de comptes qui ne doivent pas être traités comme des comptes déclarables américains. Cela inclut les REER, les REEE, les REEI, les CELI, les régimes de pension agréés, les fonds enregistrés de revenu de retraite, les régimes de pension agréés collectifs, les arrangements de services funéraires admissibles et certains types de comptes de garantie bloqués. Bénéficient également d’une exemption le Régime de pensions du Canada et le Régime des rentes du Québec.

[99] Selon M. Shoom, le ministère des Finances a considéré la négociation de cette longue liste de comptes exempts comme une [TRADUCTION] « réussite majeure » qui allégerait considérablement le fardeau de conformité des institutions financières canadiennes et de leurs clients. De plus, M^{me} Johnson affirme que l’exclusion de certains types de comptes aux termes de l’AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées a fortement réduit le fardeau de conformité pour les institutions

and their customers who may otherwise have been required to complete self-certifications or report under the U.S. Requirements.

[100] Another advantage of the Canada–U.S. IGA over FATCA that was identified by Ms. Johnson relates to the treatment of the foreign affiliates of Canadian financial institutions. In accordance with the provisions of FATCA, a Canadian financial institution would be required to close its foreign affiliate if it was located in a jurisdiction that had not entered into an inter-governmental agreement with the U.S. and whose bank secrecy laws did not permit the sharing of customer information. That is, in order for a Canadian financial institution to remain compliant with the requirements of FATCA, it would have to shut down its operations in jurisdictions that could not comply with FATCA. As a result of Article 4(5) of the Canada–U.S. IGA, this is no longer the case.

[101] The Department of Finance also negotiated an assurance from the U.S. Government that Canadian financial institutions would not be required to close accounts held by recalcitrant accountholders or to deny service to their customers: Canada–U.S. IGA, Article 4(2). This avoided the potential conflict with the requirements of Canadian banking legislation as well as negative economic consequences for Canadian financial institutions.

[102] Evidence with respect to this latter point was provided by Mr. Oschinski, who states that as a result of the saturation of the Canadian market by Canadian financial institutions, the success of the Canadian banking sector is largely based on its ability to “go global”. As a consequence, it would have been problematic for the health of the Canadian banking sector if Canadian financial institutions had been required to close affiliates in other jurisdictions.

[103] The Department of Finance was further able to ensure that administrative errors would not put a Canadian financial institution into non-compliance, thereby reducing the risk of exposure to the 30 percent withholding tax. Article 5 of the Canada–U.S. IGA requires that the IRS advise the CRA if it has concerns regarding a potential compliance issue, and, where possible, such errors are to

financières canadiennes et leurs clients qui auraient autrement été tenus de produire des autocertifications ou déclarations en vertu des exigences américaines.

[100] Un autre avantage de l’AIG Canada–États-Unis par rapport à la FATCA qu’a mentionné M^{me} Johnson concerne le traitement des sociétés étrangères affiliées des institutions financières canadiennes. Aux termes des dispositions de la FATCA, une institution financière canadienne aurait été tenue de fermer une société étrangère si elle se trouvait dans un territoire n’ayant pas conclu d’accord intergouvernemental avec les États-Unis et dont les lois sur le secret bancaire interdisaient la divulgation de renseignements sur les clients. Plus précisément, pour rester en conformité avec la FATCA, elle aurait dû mettre un terme à ses activités dans les territoires qui ne se conforment pas à la FATCA. Tel n’est plus le cas, grâce au paragraphe 4(5) de l’AIG Canada–États-Unis.

[101] Le ministère des Finances a en outre négocié avec le gouvernement américain l’assurance que les institutions financières canadiennes ne seraient pas tenues de fermer les comptes des titulaires de compte récalcitrants ou de refuser des services à leurs clients (paragraphe 4(2) de l’AIG Canada–États-Unis). Cela a évité de possibles conflits avec les exigences de la législation bancaire canadienne ainsi que des conséquences économiques défavorables sur les institutions financières canadiennes.

[102] M. Matthias Oschinski, expert en analyse d’impacts économiques, s’est exprimé dans son témoignage à ce sujet; il déclare que la saturation du marché canadien par les institutions financières canadiennes a poussé le secteur bancaire canadien à mondialiser ses activités, en grande partie pour assurer sa survie. Ainsi, si les institutions financières canadiennes étaient forcées de fermer leurs sociétés étrangères affiliées, le secteur bancaire canadien pourrait en souffrir.

[103] De plus, le ministère des Finances a réussi à assurer que les erreurs administratives ne mettraient par les institutions financières canadiennes en situation de non-conformité, ce qui réduit le risque d’exposition aux retenues fiscales de 30 p. 100. L’article 5 de l’AIG Canada–États-Unis dispose que l’IRS doit aviser l’ARC s’il a des préoccupations concernant un possible problème de

be resolved between the Canadian financial institution and the CRA, without the further involvement of the IRS.

[104] In cases where there is significant non-compliance, the financial institution in question will have 18 months to resolve the issues before the withholding tax will be imposed: Canada–U.S. IGA, Article 5. There will, moreover, be fewer instances of non-compliance, as Canadian financial institutions are all deemed to be FATCA-compliant under the provisions of the Canada–U.S. IGA, and because of the proliferation of intergovernmental agreements around the world.

[105] The Canada–U.S. IGA also imposes obligations on the United States in terms of the reciprocal exchange of information. It expands the amount of information that the CRA receives from American authorities, in particular through the provision of the Canadian tax identification numbers of account holders. The Canada–U.S. IGA also contains provisions preventing the U.S. Government from unilaterally changing the terms of the agreement.

[106] As a result of discussions with the Canadian Department of Finance, the U.S. Government also announced changes to its voluntary disclosure programs to streamline the process and provide options for individuals who were not deliberately using non-U.S. accounts to evade U.S. tax.

[107] It is, however, important to note that nothing in the Canada–U.S. IGA has any impact on the U.S. tax liability of any U.S. persons residing in Canada. That liability, which is governed by the provisions of the American *Internal Revenue Code*, exists independently of the Canada–U.S. IGA, as do individuals' personal reporting requirements under the *Internal Revenue Code* and the *Bank Secrecy Act*.

conformité et que dans la mesure possible, les erreurs de ce type doivent être résolues entre l'institution financière canadienne concernée et l'ARC, sans autre intervention de l'IRS.

[104] Dans les cas de non-conformité grave, l'institution financière concernée a 18 mois pour régler le problème avant qu'une retenue soit imposée (article 5 de l'AIG Canada–États-Unis). Qui plus est, il y aura moins de cas de non-conformité étant donné que toutes les institutions financières canadiennes sont réputées se conformer à la FATCA aux termes des dispositions de l'AIG Canada–États-Unis, et aussi en raison de la prolifération d'accords intergouvernementaux observée à l'échelle mondiale.

[105] L'AIG Canada–États-Unis impose en outre des obligations aux États-Unis en ce qui concerne l'échange réciproque d'information. L'AIG accroît la quantité d'information que l'ARC reçoit des autorités américaines, notamment par la communication des numéros d'identification de contribuable canadiens des titulaires de comptes. De plus, l'AIG contient des dispositions empêchant le gouvernement américain de modifier unilatéralement les dispositions de l'Accord.

[106] De plus, à l'issue de discussions avec le ministère des Finances du Canada, le gouvernement américain a annoncé des modifications à son programme de divulgation volontaire qui visent à simplifier le processus et à offrir différentes options aux personnes qui n'ont pas délibérément eu recours à des comptes non américains pour se soustraire à l'impôt américain.

[107] Cependant, il importe de souligner que nulle disposition de l'AIG Canada–États-Unis n'a d'incidence sur les obligations fiscales aux États-Unis des personnes des États-Unis qui résident au Canada. Ces obligations, régies par les dispositions de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis, existent indépendamment de l'AIG Canada–États-Unis, au même titre que les obligations personnelles des particuliers en matière de déclaration aux termes du *Internal Revenue Code* et la *Bank Secrecy Act*.

II. The Plaintiffs' Situation

[108] The plaintiffs in this case are Gwendolyn Louise Deegan and Kazia Highton. Both are American citizens as a result of each having been born in the United States, although neither spent more than a few years there as children. Both Ms. Deegan and Ms. Highton are now Canadian citizens, and neither one has any real ongoing connection with the United States.

[109] Ms. Deegan has provided an affidavit in which she explains that she is a graphic designer and business person living in Toronto, Ontario. She was born in Washington State to an American mother and a Canadian father. Ms. Deegan resided in the United States with her parents from the time of her birth until she was approximately five years old, when she and her parents moved to Canada. Ms. Deegan has not resided in the United States since that time.

[110] Ms. Deegan has never worked in the United States, and she does not own any assets or hold any financial accounts in that country.

[111] Ms. Highton has not provided an affidavit in this case with the result that little is known about her. However, according to the agreed statement of facts provided by the parties, Ms. Highton is an elementary school teacher living in Victoria, British Columbia, who was born in Michigan to Canadian parents. Ms. Highton has a United States Social Security Number.

[112] Neither Ms. Deegan nor Ms. Highton has ever filed a United States tax return or paid any American income taxes.

[113] Ms. Deegan explains her failure to file U.S. tax returns in the following terms: "I have not filed United States tax returns because I had no idea I was supposed to. I have not lived in the United States since I was five years old, and I never even considered that I would need to file taxes in a place where I have never lived as an adult and where I have never earned income". Ms. Deegan goes on to state that: "I am a Canadian citizen and taxpayer and I do not believe the United States has any right to know about my personal affairs, including my banking".

II. Situation des demandresses

[108] Les demandresses dans la présente affaire sont Gwendolyn Louise Deegan et Kazia Highton. Toutes deux ont la citoyenneté américaine du fait qu'elles sont nées aux États-Unis, bien que ni l'une ni l'autre n'y aient passé plus que quelques années, durant leur enfance. M^{mes} Deegan et Highton sont aujourd'hui citoyennes canadiennes, et aucune des deux n'a de véritables liens durables avec les États-Unis.

[109] M^{me} Deegan a déposé un affidavit où elle explique être graphiste et femme d'affaires à Toronto, en Ontario. Née dans l'État de Washington d'une mère américaine et d'un père canadien, M^{me} Deegan a résidé aux États-Unis avec ses parents de sa naissance jusqu'à l'âge d'environ cinq ans, après quoi ses parents et elle se sont réinstallés au Canada. M^{me} Deegan n'a pas résidé aux États-Unis depuis.

[110] M^{me} Deegan n'a jamais travaillé aux États-Unis, et elle n'y détient ni actifs ni comptes financiers.

[111] M^{me} Highton n'a produit nul affidavit dans la présente affaire, de sorte qu'on en sait peu à son sujet. Toutefois, selon l'exposé conjoint des faits produit par les parties, M^{me} Highton est une enseignante du primaire qui vit à Victoria, en Colombie-Britannique, et qui est née au Michigan de parents canadiens. M^{me} Highton détient un numéro de sécurité sociale des États-Unis.

[112] M^{me} Deegan et M^{me} Highton n'ont jamais produit de déclarations de revenus ou payé d'impôts sur le revenu aux États-Unis.

[113] M^{me} Deegan a expliqué son défaut de produire des déclarations de revenus aux États-Unis dans les termes suivants : [TRADUCTION] « Je n'ai pas produit de déclarations de revenus aux États-Unis parce que je n'avais aucune idée que j'étais censée le faire. Je n'ai pas vécu aux États-Unis depuis l'âge de cinq ans, et je n'ai jamais pensé que je devrais faire des déclarations de revenus à un endroit où je n'ai jamais vécu en tant qu'adulte et jamais gagné de revenu ». M^{me} Deegan a poursuivi en déclarant : [TRADUCTION] « Je suis citoyenne et

[114] Ms. Deegan explains her interest in this proceeding, stating that she is concerned that “if Canada gives my banking information to the United States, it may attempt to collect taxes from me or to penalize me, and that it may make it difficult for me to travel”. She further asserts that she does not want her private banking information to be disclosed to a foreign country with which she has no real connection.

[115] As of the time the evidence was filed in this case, the CRA had provided information to the IRS for the 2014, 2015, and 2016 taxation years. The defendants provided an affidavit from Cindy Negus, who is the Director, Competent Authority Services Division, International Large Business Directorate, International Large Business and Investigations Branch at the CRA. Ms. Negus has reviewed the information that has been provided to the IRS for three taxation years identified above. She confirms that no information regarding either Ms. Deegan or Ms. Highton has been provided to the IRS for any of the three taxation years in question.

[116] The defendants note that there are several possible explanations as to why information regarding certain U.S. citizens resident in Canada has not been reported to the IRS. It may be that some of the financial institutions where Ms. Deegan and Ms. Highton have accounts are financial institutions that do not have reporting obligations under the Canada–U.S. IGA. Another possible explanation is that the balances in Ms. Deegan and Ms. Highton’s accounts are below the reportable threshold. Finally, it may be that there are no U.S. Person Indicia for either Ms. Deegan or Ms. Highton recorded in their banks’ records.

[117] Ms. Johnson explains in her third report that she has reviewed Ms. Deegan’s and Ms. Highton’s financial holdings and that she has concluded that their holdings

contribuable canadienne, et je ne pense pas que les États-Unis aient le moindre droit à de l’information sur mes affaires personnelles, notamment mes activités bancaires ».

[114] Pour expliquer son intérêt à l’égard de la présente affaire, M^{me} Deegan a déclaré être préoccupée par la possibilité que [TRADUCTION] « si le Canada transmet mon information bancaire aux États-Unis, ces derniers pourraient essayer de me faire payer des impôts ou de me pénaliser, et cela pourrait compliquer mes déplacements ». Elle a en outre déclaré qu’elle ne veut pas que ses renseignements bancaires personnels soient communiqués à un pays étranger avec lequel elle n’a pas de véritable lien.

[115] Au moment du dépôt de la preuve dans la présente affaire, l’ARC avait produit des informations à l’IRS pour les années d’imposition 2014, 2015 et 2016. Les défendeurs ont déposé un affidavit de Cindy Negus, directrice, Division des services de l’autorité compétente, Direction du secteur international et des grandes entreprises, Direction générale du secteur international, des grandes entreprises et des enquêtes, à l’ARC. M^{me} Negus s’est livrée à un examen de l’information fournie à l’IRS pour les trois années d’imposition précitées. Elle confirme qu’aucune information concernant M^{me} Deegan ou M^{me} Highton n’a été fournie à l’IRS à l’égard de l’une ou l’autre des années d’imposition en question.

[116] Les défendeurs font observer que plusieurs raisons possibles peuvent expliquer pourquoi aucune information concernant certains citoyens américains résidant au Canada n’a été transmise à l’IRS. Il se peut que certaines des institutions financières où M^{me} Deegan et M^{me} Highton ont des comptes soient des institutions non assujetties aux obligations en matière de déclaration aux termes de l’AIG Canada–États-Unis. Une autre explication possible est que les soldes des comptes de M^{me} Deegan et M^{me} Highton sont inférieurs aux seuils de déclaration. Enfin, il est possible que les dossiers des banques ne contiennent pas d’indices d’une personne des États-Unis concernant M^{me} Deegan ou M^{me} Highton.

[117] M^{me} Johnson explique dans son troisième rapport qu’elle a examiné les actifs financiers de M^{me} Deegan et M^{me} Highton et a conclu que ces actifs ne sont pas

are not reportable because the financial instruments that they hold are accounts with aggregate values under the prescribed thresholds. Their assets further include instruments such as RRSPs and TFSAs, and accounts held at deemed-compliant financial institutions (i.e. non-registering local banks). According to Ms. Johnson, the Impugned Provisions' treatment of such accounts protects Ms. Deegan and Ms. Highton from exposure to substantial review or reporting requirements.

[118] While not disputing the substance of Ms. Johnson's evidence on this point, the plaintiffs nevertheless object to the admissibility of this aspect of her evidence. The plaintiffs say that not only is Ms. Johnson not a lawyer, her evidence involves the interpretation and application of Canadian law—something that the plaintiffs say usurps the role of this Court and is not a proper subject for expert evidence. I do not accept this submission.

[119] First of all, the plaintiffs' objection to the admissibility of Ms. Johnson's evidence on this issue was not raised in a timely manner.

[120] The defendants served Ms. Johnson's third report on the plaintiffs on April 26, 2018, and this Court directed the parties to provide notice of any objections to the opposing parties' expert reports by June 15, 2018. The plaintiffs did not object to any of the defendants' expert evidence by the deadline, or at any time prior to the filing of their Reply. Moreover, given that the plaintiffs cross-examined Ms. Johnson on these issues in July of 2018, it also cannot be argued that they could not have reasonably anticipated this issue prior to filing their main submissions. Rather than raising these issues in an appropriate manner, the plaintiffs instead waited until their Reply Submissions to object to the third Johnson Report for the first time.

déclarables parce que les instruments financiers qu'elles détiennent sont des comptes d'une valeur globale inférieure aux seuils prescrits. De plus, leurs actifs incluent des instruments comme des REER et des CELI, ainsi que des comptes dans des institutions financières réputées conformes (c'est-à-dire des banques locales non assujetties à l'enregistrement). Selon M^{me} Johnson, le traitement de ces comptes aux termes des dispositions contestées protège M^{me} Deegan et M^{me} Highton contre l'exposition à un examen approfondi ou les soustrait aux exigences en matière de déclaration.

[118] Sans contester pour le moment le fond du témoignage rendu par M^{me} Johnson, les demanderesse contestent néanmoins l'admissibilité de cet aspect de sa déposition. Les demanderesse affirment que non seulement M^{me} Johnson n'est pas avocate, mais que son témoignage implique l'interprétation et l'application de la législation canadienne, ce qui constitue aux yeux des demanderesse une usurpation de la mission de notre Cour et ne constitue pas matière à preuve d'expert. Je rejette cet argument.

[119] Premièrement, l'objection des demanderesse quant à l'admissibilité du témoignage rendu par M^{me} Johnson sur ce point n'a pas été soulevée au moment voulu.

[120] Les défendeurs ont déposé le troisième rapport de M^{me} Johnson sur les demanderesse le 26 avril 2018, et notre Cour a ordonné aux parties de présenter un avis d'objection à l'égard des rapports d'expert des parties adverses au plus tard le 15 juin 2018. Les demanderesse n'ont soulevé d'objection à l'égard d'aucune des preuves d'expert des défendeurs avant l'expiration de ce délai, ou à n'importe quel autre moment avant le dépôt de leurs observations en réponse. Qui plus est, étant donné que les demanderesse ont contre-interrogé M^{me} Johnson sur ces questions en juillet 2018, elles ne peuvent soutenir qu'elles n'auraient pu s'attendre raisonnablement à ce que ces questions soient soulevées avant le dépôt de leurs observations principales. Plutôt que de soulever ces questions de manière appropriée, les demanderesse ont attendu jusqu'au dépôt de leurs observations en réponse avant de soulever pour la première fois une objection à l'égard du troisième rapport de M^{me} Johnson.

[121] It is a well-established principle that new arguments are not the proper subject of Reply. The purpose of a Reply is to respond to matters raised by the opposing party, not to produce new arguments or new evidence that should have been raised in first instance. Proper Reply is limited to issues that a party had no opportunity to deal with, or which could not reasonably have been anticipated. That is not the case here.

[122] I am, moreover, satisfied that Ms. Johnson's evidence on this issue is properly the subject of expert evidence.

[123] It is evident from a review of Ms. Johnson's reports and her *curriculum vitae* that she has extensive experience advising Canadian financial institutions on the implications and implementation of FATCA and related matters. She was, moreover, heavily involved in consulting with American law-makers during the period the consultations were underway with respect to the formulation of the FATCA regulations. She was also a member of industry groups in Canada that dealt with the implementation of FATCA and the Impugned Provisions.

[124] Ms. Johnson's third report sets out her opinion based on her personal experience. It does not represent an attempt to usurp the Court's role, nor is it a reworking of the defendants' arguments in the guise of an expert opinion. Rather, the report attempts to assist the Court by assessing complex and technical facts, explaining how Canadian financial institutions would treat the plaintiffs' financial holdings under certain scenarios. As such, it does not provide an opinion on the state of the law, but rather on the likely actions of Canadian financial institutions. These are issues that fall squarely within Ms. Johnson's area of expertise.

[125] As a result, I am satisfied that Ms. Johnson is qualified to offer an opinion as to why Canadian financial institutions would not report information regarding Ms. Deegan's and Ms. Highton's financial holdings to the CRA. I would also note that the plaintiffs have not taken

[121] Le droit est bien fixé : ce n'est pas dans une réponse qu'il convient de soulever de nouveaux arguments. L'objet d'une réponse est de donner suite à des questions soulevées par la partie adverse, et non de soulever de nouveaux moyens ou éléments de preuve qui auraient dû être soulevés en première instance. Une réponse appropriée se limite aux questions que la partie n'a pas eu la possibilité de discuter ou qui n'auraient raisonnablement pas pu être prévues. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[122] En outre, je conclus que la preuve de M^{me} Johnson relative à cette question correspond bien à la définition d'une preuve d'expert.

[123] Il ressort clairement de l'examen des rapports et du curriculum vitae de M^{me} Johnson qu'elle compte une vaste expérience en matière de prestation de conseils aux institutions financières canadiennes concernant les répercussions et la mise en œuvre de la FATCA et les questions connexes. En outre, elle a eu de nombreuses discussions avec des législateurs américains à l'époque où des consultations étaient en cours au sujet de la formulation de la réglementation issue de la FATCA. Elle était aussi membre d'associations du secteur économique au Canada concerné par l'application de la FATCA et des dispositions contestées.

[124] Dans son troisième rapport, M^{me} Johnson expose une opinion fondée sur son expérience personnelle. Il ne s'agit pas d'une tentative d'usurpation de la mission de la Cour, ni d'une reformulation des moyens des défendeurs sous la forme d'une opinion d'expert. Visant plutôt à aider la Cour en appréciant des faits complexes et techniques, ce rapport explique comment les institutions financières canadiennes traiteraient les actifs financiers des demanderessees selon certains scénarios. En tant que tel, il n'apporte pas d'opinion sur l'état du droit, mais plutôt sur les actions possibles des institutions financières canadiennes. Ce sont là des questions qui relèvent indéniablement du domaine d'expertise de M^{me} Johnson.

[125] Par conséquent, je conclus que M^{me} Johnson est qualifiée pour donner une opinion quant aux raisons pour lesquelles les institutions financières canadiennes ne communiqueraient pas à l'ARC d'information concernant les actifs financiers de M^{me} Deegan et M^{me} Highton. De plus,

issue with the substance of Ms. Johnson's evidence on this issue, nor have they suggested that Ms. Johnson's assessment of the reportability of their financial holdings is inaccurate in any way. Indeed, the plaintiffs acknowledge that counsel for the defendants could make the same submissions in argument.

III. The Evidence of Other Affected Individuals

[126] As will be seen below, given the complexities associated with U.S. immigration law, it can be difficult, as a practical matter, for a person to determine whether they are a U.S. citizen for tax purposes—something that can involve an assessment of the legal consequences of events that took place many decades in the past. As a consequence, individuals can expend considerable resources in attempting to determine whether they are required to comply with U.S. tax filing and compliance requirements.

[127] A U.S. person who seeks to relinquish his or her American citizenship for tax purposes may first have to bring themselves into compliance with American tax laws for the five preceding taxation years or risk having to pay an “exit tax”. Bringing themselves into compliance with American tax laws generally requires the filing of overdue tax returns and FBARS. Individuals seeking to obtain a Certificate of Loss of Nationality may also be required to renounce their U.S. citizenship before a consular official.

[128] The difficulties that have been encountered as a result of the enactment of FATCA and the Impugned Provisions are described in affidavits from a number of individuals who have been affected in various ways by the enactment of these provisions.

[129] For example, Marilyn Ginsberg was born in the United States and has lived in Canada since 1971. She was previously a dual citizen of Canada and the U.S. but has renounced her American citizenship because of her concerns regarding her American tax obligations. Ms. Ginsberg's evidence shows that it can be

je ferai remarquer que les demandresses n'ont pas soulevé d'objections quant au fond de la preuve produite par M^{me} Johnson sur cette question et qu'elles n'ont pas soutenu que l'évaluation fournie par M^{me} Johnson concernant la déclarabilité de leurs actifs financiers était de quelque manière erronée. D'ailleurs, les demandresses reconnaissent que les avocats des défendeurs pourraient présenter les mêmes observations dans leur argumentation.

III. Preuve d'autres personnes touchées

[126] Comme on le verra plus loin, compte tenu de la complexité de la législation américaine en matière d'immigration, il peut être difficile à une personne de déterminer, en pratique, si elle est citoyen américain aux fins fiscales. C'est là une question qui peut faire intervenir une évaluation des conséquences juridiques d'événements survenus il y a plusieurs décennies. Par conséquent, les gens peuvent déployer des ressources considérables pour essayer de déterminer s'ils sont tenus de se plier aux exigences américaines en matière de déclaration de revenus et de conformité.

[127] La personne des États-Unis qui veut renoncer à la citoyenneté américaine aux fins fiscales doit éventuellement s'assurer qu'elle est en règle avec les lois fiscales américaines à l'égard des cinq années d'imposition précédentes, ou s'exposer au paiement d'une « taxe de sortie ». Le respect des lois fiscales américaines appelle habituellement la production des déclarations de revenus et FBAR en retard. Les personnes qui veulent obtenir un CLN peuvent aussi devoir renoncer à la citoyenneté américaine devant un fonctionnaire consulaire.

[128] Les difficultés qui ont été subies à la suite de l'adoption de la FATCA et des dispositions contestées sont exposées dans les affidavits d'un certain nombre d'autres personnes qui ont été touchées de diverses façons par l'adoption de ces dispositions.

[129] Prenons à titre d'exemple Marilyn Ginsberg, qui est née aux États-Unis et vit au Canada depuis 1971. Elle avait auparavant la double citoyenneté canadienne et américaine, mais elle a renoncé à la citoyenneté américaine du fait de préoccupations concernant ses obligations fiscales aux États-Unis. Il ressort du témoignage rendu par

both difficult and expensive to renounce one's U.S. citizenship, which is one of the things that individuals with U.S. person status can do if they want to remove themselves from the application of FATCA and the Impugned Provisions.

[130] Ms. Ginsberg explains that she and her husband had never failed to file U.S. tax returns in addition to their Canadian tax returns, and that, on occasion, they paid taxes in both countries. After becoming aware of the enactment of FATCA, however, Ms. Ginsberg began thinking about whether she should renounce her American citizenship, and by mid-2014 she was convinced that remaining a dual citizen “was no longer worth the associated risk, anxiety and expense”.

[131] Once Ms. Ginsberg and her husband decided to renounce their American citizenship, it took several months to obtain an appointment at a U.S. consulate to allow them to do so. While the couple live in Toronto, they ultimately attended at the U.S. consulate in Quebec City to renounce their American citizenship, as there was a lengthy wait time for appointments at the U.S. consulate in Toronto. The couple renounced their American citizenship on November 12th, 2014, and their daughter “expatriated” herself in March of 2015.⁴

[132] In the meantime, Ms. Ginsberg says that she and her husband spent approximately \$7 000 for the preparation of U.S. and Canadian tax filings and forms. The couple incurred several thousand more dollars in expenses

M^{me} Ginsberg qu'il peut être à la fois difficile et onéreux de renoncer à la citoyenneté américaine, ce qui constitue l'une des choses qu'une personne des États-Unis peut faire si elle veut se soustraire à l'application de la FATCA et des dispositions contestées.

[130] M^{me} Ginsberg explique qu'elle-même et son époux n'avaient jamais négligé de produire des déclarations de revenus aux États-Unis en plus de leurs déclarations de revenus au Canada, et qu'à l'occasion ils ont eu à payer des impôts dans les deux pays. Cependant, après avoir été informée de l'adoption de la FATCA, M^{me} Ginsberg a commencé à se demander si elle devrait renoncer à la citoyenneté américaine, et au milieu de 2014, elle a acquis la conviction que le fait de garder la double citoyenneté [TRADUCTION] « ne valait pas le risque, l'anxiété et les dépenses qui y étaient associés ».

[131] Lorsque M^{me} Ginsberg et son mari ont décidé de renoncer à la citoyenneté américaine, il a fallu plusieurs mois pour qu'ils obtiennent un rendez-vous à un consulat américain où ils pourraient le faire. Le couple vivait à Toronto, mais il s'est au bout du compte rendu au consulat américain de Québec pour la renonciation à la citoyenneté parce qu'il y aurait eu un long délai d'attente pour un rendez-vous au consulat américain de Toronto. Les époux ont renoncé à la citoyenneté américaine le 12 novembre 2014, et leur fille s'est « expatriée » de son propre chef en mars 2015⁴.

[132] M^{me} Ginsberg affirme qu'entre-temps, elle et son mari ont dépensé environ 7 000 \$ pour la préparation de leurs déclarations de revenus américaines et canadiennes. Le couple a engagé des dépenses supplémentaires

⁴ American citizenship can be lost for immigration purposes under U.S. law by committing an “expatriating act”. Evidence regarding “expatriating acts” was provided by Roy A. Berg, an international tax lawyer and partner at Moodys Gartner Tax Law. Mr. Berg explains that, amongst other things, “expatriating acts” include taking employment with the government of a foreign state with the intent to relinquish one's American citizenship. Other “expatriating” acts include actions such as taking an oath of allegiance to a non-U.S. sovereign or becoming a citizen of another country. Mr. Berg notes, however, that expatriating acts may result in a loss of U.S. citizenship for nationality purposes but not necessarily for tax purposes as American law distinguishes between the two types of loss of citizenship.

⁴ Il est possible de perdre la citoyenneté américaine aux fins de l'immigration aux termes de la loi américaine en commettant un acte d'expatriation (*expatriating act*). La preuve concernant les actes d'expatriation a été fournie par Roy A. Berg, avocat en droit fiscal international et associé chez Moodys Gartner Tax Law. M. Berg a expliqué que, par exemple, les actes d'expatriation englobent l'entrée au service d'un état étranger avec l'intention de renoncer à la citoyenneté américaine. D'autres actes d'expatriation englobent des actions telles que la prestation d'un serment d'allégeance à l'endroit d'un souverain non américain ou l'acquisition de la citoyenneté d'un autre pays. Il a toutefois souligné que les actes d'expatriation peuvent entraîner la perte de la citoyenneté américaine aux fins de la nationalité, mais pas nécessairement aux fins de la fiscalité, car les lois américaines établissent une distinction entre les deux types de perte de citoyenneté.

associated with the renunciation of their American citizenship. This included sums spent on professional advice regarding cross-border tax planning, \$565 for legal advice and \$4 700 (USD) for renunciation fees.

[133] Additional fees were incurred by Ms. Ginsberg in closing two trust accounts held in the U.S. and in making changes to her mother's will to reflect a change in the way that Ms. Ginsberg will take under the will. Ms. Ginsberg also estimates that she spent approximately 30 hours of her own time gathering information and attending meetings to prepare for her citizenship renunciation, and additional expenses were incurred in relation to her daughter's expatriation.

[134] Evidence on behalf of the plaintiffs was also provided by Travis Miller. Mr. Miller was born in Texas and moved to Canada in 1990, becoming a Canadian citizen in 1995, while retaining his U.S. citizenship.

[135] Mr. Miller explains that he is autistic and that, because of his condition, he is unable to work. He has received disability benefits under the Ontario Disability Savings Plan since 2006. Mr. Miller states in his affidavit that "I am not IRS compliant. I have not filed a U.S. tax return since 2007 as my only income is currently from the ODSP and only amounts to approximately \$13,500 per year", which, Mr. Miller believes, is still over the threshold for being required to file an annual return in the United States.

[136] Mr. Miller says that he would like to renounce his U.S. citizenship to avoid any current or future filing requirements or issues arising from FATCA and the Canada-U.S. IGA. However, he cannot afford the costs associated with becoming IRS-compliant, which he understands is required in order to renounce his citizenship. He further asserts that he is unable to afford the renunciation fee of \$2 350 (USD).

[137] The defendants note that the IRS would already be aware of Mr. Miller because he has filed U.S. tax

relativement à la renonciation à la citoyenneté américaine. Ces montants comprenaient des frais de conseils professionnels pour la planification des impôts transfrontaliers, 565 \$ en conseils juridiques et 4 700 \$ US pour les frais de renonciation.

[133] M^{me} Ginsberg a engagé des dépenses supplémentaires pour la fermeture de deux comptes en fiducie qu'elle détenait aux États-Unis et pour la modification du testament de sa mère afin d'y inclure de nouvelles dispositions la concernant. M^{me} Ginsberg estime également qu'elle a consacré une trentaine d'heures de son temps à réunir les informations relatives à la renonciation à la citoyenneté et pour assister à des réunions préparatoires et qu'elle a effectué d'autres dépenses relatives à l'expatriation de sa fille.

[134] Un témoignage a également été rendu pour le compte des demanderesse par Travis Miller. M. Miller est né au Texas et s'est installé au Canada en 1990, où il a obtenu la citoyenneté canadienne en 1995 tout en conservant la citoyenneté américaine.

[135] M. Miller explique qu'il est atteint d'autisme et que son état l'empêche de travailler. Il touche depuis 2006 des prestations du Régime d'épargne-invalidité de l'Ontario (REIO). Dans sa déclaration, M. Miller affirme [TRADUCTION] « Je contreviens aux règles de l'IRS. Je n'ai pas produit de déclaration de revenus aux États-Unis depuis 2007 puisque mes seuls revenus proviennent du REIO et qu'ils s'élèvent à environ 13 500 \$ par année », montant qui, de l'avis de M. Miller, dépasse le seuil d'exigibilité d'une déclaration de revenus aux États-Unis.

[136] M. Miller affirme qu'il aimerait renoncer à sa citoyenneté américaine afin d'échapper aux exigences et d'éviter les problèmes actuels et futurs que lui imposent la FATCA et l'AIG Canada-États-Unis. Toutefois, il ne peut se permettre les coûts qu'il lui faudrait assumer pour se mettre en règle avec l'IRS, une condition qu'il estime obligatoire pour pouvoir renoncer à sa citoyenneté. Il soutient de plus ne pas être financièrement en mesure d'acquiescer les frais de renonciation de 2 350 \$ US.

[137] Les défendeurs notent que l'IRS connaîtraient déjà M. Miller car il a déjà présenté des déclarations

returns in the past. Moreover, the Canadian accounts that Mr. Miller identified in his affidavit are registered accounts that are not reportable under the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions. As a consequence, the defendants say that the impact of FATCA on Mr. Miller would be insignificant.

[138] Carol Tapanila is a U.S.-born dual citizen who has lived in Canada for the last 50 years. She has two Canadian-born children, one of whom is developmentally delayed.

[139] For many years, Ms. Tapanila was under the impression that she was no longer a U.S. citizen. Consequently, she did not comply with American tax filing requirements. Upon ascertaining that she was in fact still a U.S. citizen, she sought professional advice to find out what would be required for her to become U.S. tax-compliant. She says that she then incurred \$10 683.75 in professional fees to bring herself into good standing for the 2005, 2006 and 2007 taxation years, and approximately another \$10 000 in fees for the filings for the next three taxation years.

[140] Upon learning about FATCA, Ms. Tapanila says that she became very concerned as to whether her disabled child was a U.S. citizen and the impact that this could have on her ability to ensure that he would be provided for after her death. While Ms. Tapanila was prepared to renounce her own American citizenship, she was told that her son lacked the mental capacity to do so and that she could not renounce her son's citizenship on his behalf. Ms. Tapanila asserts that her son is thus “trapped into U.S. citizenship and the tax reporting consequences that come with the U.S. tax regime, despite having only the most tenuous connection with the U.S.”

[141] Ms. Tapanila says that she spent approximately \$57 000 out of her retirement savings on tax preparation

fiscales américaines par le passé. En outre, les comptes canadiens dont M. Miller a fait état dans son affidavit sont des comptes enregistrés qui ne sont pas déclarables aux termes de l'AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées. Par conséquent, les défendeurs disent que l'impôt au titre de la FATCA sur M. Miller serait négligeable.

[138] Carol Tapanila est née aux États-Unis. Détentrice de la double citoyenneté américaine et canadienne, elle vit au Canada depuis 50 ans. Elle est la mère de deux enfants nés au Canada, dont l'un éprouve des retards de développement.

[139] M^{me} Tapanila a cru pendant de nombreuses années qu'elle avait perdu sa citoyenneté américaine. Elle n'a donc pas respecté les exigences américaines sur les déclarations de revenus. Après avoir reçu l'attestation qu'elle était toujours citoyenne des États-Unis, elle a sollicité les conseils de professionnels sur les exigences à remplir pour se mettre en règle avec les autorités fiscales américaines. Elle affirme avoir alors dépensé 10 683 75 \$ en honoraires professionnels pour mettre à jour son dossier fiscal pour les années d'imposition 2005, 2006 et 2007 et une somme supplémentaire d'environ 10 000 \$ pour la préparation de ses déclarations de revenus pour les trois années d'imposition suivantes.

[140] M^{me} Tapanila affirme qu'après avoir été mise au courant de l'existence de la FATCA, elle s'est grandement inquiétée de savoir si son enfant handicapé était citoyen américain et de l'incidence que cette situation aurait sur sa capacité d'assurer à son fils les soins nécessaires après qu'elle serait décédée. Disposée à renoncer à sa propre citoyenneté américaine, M^{me} Tapanila s'est cependant fait dire que son fils n'avait pas les capacités intellectuelles nécessaires pour renoncer par lui-même à sa citoyenneté et qu'elle ne pouvait le faire pour lui. M^{me} Tapanila soutient que son fils est donc [TRADUCTION] « prisonnier de sa citoyenneté américaine et des conséquences du régime fiscal américain en matière de déclaration des revenus, même si ses liens avec les États-Unis sont extrêmement ténus ».

[141] M^{me} Tapanila affirme avoir dépensé quelque 57 000 \$ de son épargne-retraite en frais juridiques et en

and legal advice, in addition to the hours of her own time that she has devoted to trying to resolve these issues. She asserts that the fact that Canada is exposing her son to U.S. tax requirements “has taken away [her] peace of mind that [her] son will be taken care of after [she] is gone”, and she no longer feels that she is in control of her life. Ms. Tapanila further attributes the breakdown of her marriage to the stress she has suffered as a result of her concerns for her son’s well-being after her death.

[142] Nathaniel Highton is a Canadian citizen and the husband of the plaintiff, Ms. Highton. He states in his affidavit that he and his wife have a joint investment account at RBC Dominion Securities and that he had recently received a letter from that company requiring that he “submit a W-8BEN form if [he] was not a U.S. person”. The letter went on to advise Mr. Highton that if he did not provide the requested information, his account may in the future be subject to a higher rate of withholding tax applied to U.S.-sourced income paid to his account, as well as trading restrictions on his account limiting him to sell orders only with respect to U.S. securities.

[143] Mr. Highton was further advised that if he did not provide the requested information, his account would be treated as a U.S. reportable account, and that his account information would be disclosed to the CRA, which would then provide his information to the IRS.

[144] The defendants note, however, that the withholding discussed in the RBC Dominion Securities letter was likely withholding under Chapter 3 of the *Internal Revenue Code*, which imposes withholding tax on passive income flows to foreign persons, i.e. not U.S. persons. This is different from the 30 percent withholding tax imposed by FATCA, and pre-dates the enactment of FATCA.

[145] Danielle De Banné is a family physician residing in Ontario who was born in Houston, Texas to Canadian parents. The family moved to Ottawa in 1964, at which

frais de préparation des déclarations de revenus, en plus du temps qu’elle a consacré à régler ces questions. Selon elle, le fait que le Canada soumette son fils aux exigences fiscales américaines [TRANSLATION] « m’amène à me demander si mon fils recevra les soins nécessaires après mon décès, ce qui me préoccupe au plus haut point ». Elle estime de plus avoir perdu la maîtrise de sa propre vie. Elle attribue également l’échec de son mariage au stress qu’elle ressent à cause de ses inquiétudes concernant le bien-être de son fils après qu’elle sera décédée.

[142] Nathaniel Highton est citoyen canadien et l’époux de la demanderesse M^{me} Highton. Il affirme dans sa déclaration que lui et son épouse possèdent un compte d’investissement conjoint à la RBC Dominion valeurs mobilières et qu’il avait récemment reçu une lettre de cette institution dans laquelle on lui demandait « de fournir un formulaire W-8BEN s’il n’était pas citoyen américain ». Il était également indiqué dans la lettre que s’il omettait de fournir les renseignements demandés, il s’exposait à une augmentation des retenues d’impôt prélevées dans son compte pour les revenus versés à partir de sources américaines ainsi qu’à des restrictions sur les transactions effectuées à partir de ce compte qui limiteraient les ordres de vente à des titres américains.

[143] M. Highton a de plus été avisé que, s’il ne produisait pas les renseignements demandés, son compte serait considéré comme un compte déclarable aux États-Unis et que les renseignements sur ce compte seraient transmis à l’Agence du revenu du Canada, qui les communiquerait à l’IRS.

[144] Cependant, les défendeurs notent que la retenue discutée dans la lettre de RBC Dominion valeurs mobilières était probablement une retenue aux termes du chapitre 3 du *Internal Revenue Code*, lequel impose la retenue d’un impôt sur les flux de revenus passifs vers les personnes étrangères, c’est-à-dire autres que les personnes des États-Unis. Il ne s’agit pas de la retenue de l’impôt de 30 p. 100 imposée par la FATCA, qui est antérieure à l’adoption de la FATCA.

[145] Danielle De Banné est une médecin de famille qui habite en Ontario. Elle est née à Houston, au Texas, de parents canadiens. Sa famille est déménagée à Ottawa

time Dr. De Banné was registered as a Canadian born abroad. She is a Canadian citizen, and holds a Canadian passport. Dr. De Banné has never had an American passport or social security number, and has never filed a U.S. tax return. Dr. De Banné has lived in Canada exclusively since 1964, aside from one year in the 1970's when the family lived in the United States while her father, a university professor, was on sabbatical.

[146] Dr. De Banné states that she heard about FATCA in or around December of 2014. While she did not think that she was an American citizen, and that she would thus not be affected by FATCA, she decided to seek legal advice to confirm that this was in fact the case.

[147] Dr. De Banné says that she subsequently received an opinion from a U.S. immigration attorney advising that she was in fact a U.S. citizen. Consequently, she decided to get an opinion from an accountant regarding how much it would cost her to bring herself into compliance with U.S. tax law so that she could renounce her American citizenship. Dr. De Banné was subsequently advised that it would cost approximately \$45 000 to renounce her U.S. citizenship. This would include the cost of bringing herself into compliance with her U.S. tax obligations, as well as the cost of preparing and filing the necessary renunciation documentation and the fees for the renunciation itself.

[148] Dr. De Banné also addressed the difficulties that she has experienced with her professional corporation for her family practice. She states that TD Wealth wrote to her in 2016, advising that in order to comply with the Impugned Provisions, her professional corporation was required to provide tax classification information based on which TD Wealth would determine whether her corporation was a U.S. entity, such that its account information would be reported to the CRA and shared with the IRS.

en 1964, année à laquelle la D^{re} De Banné a été inscrite à titre de Canadienne née à l'étranger. Elle détient la citoyenneté canadienne et possède un passeport canadien. La D^{re} De Banné n'a jamais détenu de passeport ni de numéro de sécurité sociale américains et n'a jamais produit de déclaration de revenus aux États-Unis. Elle vit exclusivement au Canada depuis 1964, hormis un séjour d'un an passé aux États-Unis avec sa famille durant les années 1970 lorsque son père, professeur d'université, était en congé sabbatique.

[146] La D^{re} De Banné affirme avoir entendu parler de la FATCA en décembre 2014 ou aux environs de cette date. Elle ne se voyait pas comme citoyenne américaine et estimait par conséquent que cette loi ne la visait pas. Elle a néanmoins sollicité un avis juridique pour confirmer que tel était bien le cas.

[147] La D^{re} De Banné affirme qu'elle a par la suite obtenu l'avis d'un avocat en immigration américain selon lequel elle était en fait citoyenne américaine. Elle a donc demandé conseil auprès d'un comptable pour savoir combien il lui en coûterait pour mettre son dossier en règle par rapport aux lois fiscales des États-Unis de façon à ce qu'elle puisse renoncer à sa citoyenneté américaine. Elle a subséquemment été informée que les frais à engager pour cette renonciation se chiffraient à environ 45 000 \$. Ce montant comprenait les coûts de mise à jour de son dossier fiscal par rapport aux obligations américaines, les dépenses liées à la préparation et au dépôt des documents de renonciation et les frais de la renonciation comme telle.

[148] La D^{re} De Banné a également exposé les difficultés auxquelles elle a fait face quant à son ordre professionnel relativement à sa pratique de médecine familiale. Elle a déclaré avoir reçu en 2016 de Gestion de patrimoine TD une lettre l'informant que, pour se conformer aux dispositions contestées, son ordre professionnel devait fournir à l'institution financière des renseignements sur sa classification fiscale. Il était également précisé dans la lettre qu'à la lumière de ces renseignements, l'institution déterminerait si l'ordre professionnel de la D^{re} De Banné est une entité américaine et, dans l'affirmative, que l'institution transmettrait les renseignements sur son compte à l'Agence du revenu Canada pour qu'ils soient communiqués à l'IRS.

[149] Dr. De Banné asserts that she has now filed the necessary forms for her professional corporation with TD Wealth, but that this entire situation caused her a great deal of stress. She states that she has spent a lot of time and money trying to figure out exactly how she will be affected by the disclosure requirements of FATCA and the Impugned Provisions. She further asserts that she is “frustrated that the Canadian government is not protecting [her], as a Canadian citizen from the enforcement of the U.S. tax regime”.

[150] Kathleen Sullivan was born in the United States, but came to Canada when she was four months old, becoming a Canadian citizen several years later. She says that she has never had a U.S. passport, social security number or taxpayer identification number. Ms. Sullivan worked for the municipal government in Whistler for some 10 years, in the course of which she was required to take an oath of allegiance to the Queen.

[151] Ms. Sullivan states that she learned about FATCA through the media, but that she initially did not think that it would affect her as a Canadian citizen, given that she had lived in Canada for all but the first four months of her life, and because she had never worked in the U.S. or held a U.S. passport. However, Ms. Sullivan became concerned over time, and after doing some research, she decided that it would be a good idea for her to get a Certificate of Loss of Nationality (or CLN).

[152] Ms. Sullivan then went to the U.S. consulate in Vancouver and applied for her CLN. The person that she spoke to was uncertain whether her employment with Whistler constituted the relinquishment of her U.S. citizenship. Ms. Sullivan says that she was encouraged to renounce her citizenship instead, which she was told would have cost \$450 at that time.

[153] Ms. Sullivan decided not to renounce her citizenship, instead submitting the paperwork for relinquishment. She was told that the final decision as to whether her employment with Whistler constituted a

[149] La D^{re} De Banné affirme qu’elle a maintenant fourni à Gestion du patrimoine TD les formulaires exigés relativement à son ordre professionnel, mais que cette situation lui a causé énormément de stress. Elle dit avoir dépensé beaucoup de temps et d’argent afin de connaître les conséquences précises des exigences de divulgation de la FATCA et des dispositions contestées à son endroit. Elle soutient de plus se sentir [TRADUCTION] « frustrée que le gouvernement canadien ne [la] protège pas, comme citoyenne canadienne, contre la mise en application du régime fiscal américain ».

[150] Kathleen Sullivan est née aux États-Unis et est arrivée au Canada à l’âge de quatre mois. Elle a obtenu sa citoyenneté canadienne plusieurs années plus tard. Elle affirme n’avoir jamais détenu de passeport, de numéro de sécurité sociale ni de numéro d’identification de contribuable américains. M^{me} Sullivan a été au service de l’administration municipale de Whistler pendant une dizaine d’années et a dû, au cours de cette période, souscrire un serment d’allégeance à la Reine.

[151] M^{me} Sullivan déclare avoir entendu parler de la FATCA dans les médias, mais qu’elle ne croyait pas au début que cette loi la visait comme citoyenne canadienne, étant donné qu’elle a toujours vécu au Canada, à part les quatre premiers mois de sa vie, et qu’elle n’a jamais travaillé aux États-Unis ni détenu de passeport américain. Toutefois, elle s’est peu à peu inquiétée de la situation et, après avoir effectué quelques recherches, elle a jugé qu’il serait bon pour elle d’obtenir un CLN.

[152] M^{me} Sullivan s’est alors rendue au consulat américain de Vancouver où elle a présenté une demande de CLN. La personne à qui elle s’est adressée a indiqué qu’elle ne pouvait avancer avec certitude si le fait d’avoir travaillé à Whistler constituait un abandon de sa citoyenneté américaine. M^{me} Sullivan affirme qu’on lui a alors plutôt conseillé de renoncer à sa citoyenneté américaine et indiqué que cette démarche lui coûterait environ 450 \$ à l’époque.

[153] M^{me} Sullivan a décidé de ne pas renoncer à sa citoyenneté et de plutôt remplir une demande de CLN. On lui a dit que la décision finale quant à savoir si le fait d’avoir travaillé à Whistler constituait l’abandon

relinquishment of her U.S. citizenship would be made in Washington. Several months later, Ms. Sullivan received her CLN.

[154] Prior to receiving her CLN, however, Ms. Sullivan ran into difficulties with her bank. She says that she was looking for a new provider of financial service, and endeavoured to open a direct investing account at the Royal Bank of Canada (RBC). While filling out the necessary paperwork, Ms. Sullivan was asked whether she had been born in the U.S., to which she responded in the affirmative. Her account was subsequently opened without any apparent difficulty, and RBC accepted her money, placing it in her account.

[155] Less than a week later, however, Ms. Sullivan received a call from an RBC employee informing her that she had completed the wrong form, asking that she complete a “W-9” form as she was a U.S. person. Ms. Sullivan was advised that her account would be frozen until she could provide a copy of her CLN or a completed W-9 form, and that the only transaction that could occur would be a withdrawal.

[156] Ms. Sullivan was subsequently advised that although the Canada–U.S. IGA allows for either a “reasonable explanation” or a CLN to be provided as proof of non-U.S. citizenship, RBC policy was to only accept a CLN as proof of loss of U.S. citizenship. Ms. Sullivan was further advised that it was also RBC policy to report all accounts, including RRSP and TFSA accounts, to the CRA, even though the Canada–U.S. IGA specifically excludes those accounts.

[157] Ms. Sullivan says that she filed a complaint with the RBC’s complaints department regarding the treatment that she had received, but that she eventually lost patience with the whole process, giving up on her efforts to reach a resolution with RBC, and deciding to transfer her investments elsewhere. She says that RBC initially refused to transfer her funds to another financial institution as her RBC account had been frozen, but this situation was ultimately resolved, and Ms. Sullivan’s funds were transferred to the Vancity Credit Union.

de la citoyenneté américaine serait prise à Washington. Plusieurs mois plus tard, M^{me} Sullivan a reçu son CLN.

[154] Toutefois, avant de recevoir le CLN, M^{me} Sullivan a éprouvé des difficultés avec sa banque. Elle affirme qu’elle était à la recherche d’une nouvelle institution financière et qu’elle a fait des démarches pour ouvrir un compte d’investissement direct à la Banque Royale du Canada (RBC). Tandis qu’elle remplissait les documents requis pour ce faire, M^{me} Sullivan s’est fait demander si elle était née aux États-Unis, ce à quoi elle a répondu par l’affirmative. Son compte a ensuite été ouvert sans difficulté apparente, et RBC a accepté de déposer ses fonds dans le compte.

[155] Toutefois, moins d’une semaine plus tard, M^{me} Sullivan a reçu un appel d’un employé de RBC qui l’informait qu’elle avait rempli le mauvais formulaire et lui demandait de plutôt produire un formulaire « W-9 » du fait qu’elle était américaine. M^{me} Sullivan a été avisée que son compte serait bloqué jusqu’à ce qu’elle produise la copie de son CLN ou un formulaire W-9 dûment rempli et qu’elle ne pourrait effectuer à partir de son compte d’autres transactions que des retraits.

[156] M^{me} Sullivan a par la suite été informée que, même si l’AIG Canada–États-Unis admet la présentation d’une « explication plausible » ou d’un CLN comme preuve de non-citoyenneté américaine, la politique de RBC prévoit que seul un CLN est accepté comme preuve de perte de la citoyenneté américaine. M^{me} Sullivan a de plus été avisée que la RBC avait pour politique de signaler tous les comptes à l’ARC, y compris les comptes REER et CELI, même si ces comptes sont expressément exclus par l’AIG Canada–États-Unis.

[157] M^{me} Sullivan affirme qu’elle a porté plainte auprès du service des plaintes de RBC au sujet du traitement qu’elle avait reçu, mais qu’elle a éventuellement perdu patience face à toutes ces démarches et lâché prise dans sa tentative d’en arriver à un règlement avec RBC. Elle a finalement décidé de transférer ses fonds dans une autre institution. Elle ajoute que RBC a d’abord refusé de transférer ses fonds parce que son compte avait été bloqué, mais que la question s’est finalement réglée et les fonds ont été transférés à la Vancity Credit Union.

[158] In her affidavit, Erika Kristensen describes the difficulties that she has encountered trying to deal with a youth account at TD Canada Trust that had been opened in the name of her American-born infant daughter. Ms. Kristensen affirms that her daughter will be unable to renounce her U.S. citizenship until she reaches the age of 18 and that, until then, Ms. Kristensen and her husband are required to comply with the requirements of FATCA on her behalf.

[159] Mona Nicholls is another U.S.-born dual citizen who has lived in Canada since her late teens. She is a part-owner of a steel fabrication business.

[160] In her affidavit, Ms. Nicholls discusses the implications that remaining FATCA-compliant has had for her business. She asserts that she was required to file FBAR reports for the four business accounts on which she had signing authority, something that she says angered her business partners. She has also been required to file reports with respect to her business accounts in accordance with the requirements of the Impugned Provisions. Ms. Nicholls says that her business partners have told her on several occasions that they feel that she has compromised them and the company by sending their business' financial information to a foreign government.

[161] However, the defendants point out that the requirement to file FBAR reports pre-date and exist independently of the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions, and that only information relating to U.S. corporations and passive non-financial entities controlled by U.S. Persons are reportable under the Canada–U.S. IGA. The forms produced by Ms. Nicholls indicate that her company is an active non-financial foreign entity, with the result that its accounts are not reportable under the Canada–U.S. IGA.

[162] Ms. Nicholls also says that after learning about what FATCA meant for her and her business interests, she decided to renounce her American citizenship. She says

[158] Dans son affidavit, Erika Kristensen fait état des difficultés qu'elle a éprouvées avec la Banque TD Canada Trust au sujet d'un compte Jeunesse qu'elle avait ouvert au nom de sa jeune fille née aux États-Unis. M^{me} Kristensen affirme que sa fille ne pourra renoncer à sa citoyenneté américaine avant l'âge de 18 ans et que d'ici là, elle et son mari sont tenus de se plier aux exigences de la FATCA au nom de leur fille.

[159] Mona Nicholls est elle aussi née aux États-Unis et titulaire de la double citoyenneté, ayant vécu au Canada depuis la fin de son adolescence. Elle est copropriétaire d'une entreprise de fabrication de pièces en acier.

[160] Dans son affidavit, M^{me} Nicholls fait état des incidences que ses démarches en vue de demeurer en règle par rapport aux exigences de la FATCA ont entraînées pour son entreprise. Elle affirme avoir été tenue de soumettre des Déclarations de comptes bancaires étrangers pour les quatre comptes commerciaux dont elle était l'un des signataires autorisés, ce qui, selon elle, a soulevé la colère de ses associés d'affaires. Elle a également été tenue de présenter des rapports au sujet de ses comptes commerciaux pour respecter les exigences des dispositions contestées. M^{me} Nicholls affirme que ses partenaires lui ont dit à plusieurs reprises qu'ils sentaient qu'elle avait compromis leur situation et celle de l'entreprise parce qu'elle avait transmis des renseignements financiers sur leur entreprise à un gouvernement étranger.

[161] Cependant, les défendeurs signalent que l'obligation de produire la déclaration FBAR est antérieure à l'AIG Canada–États-Unis et aux dispositions contestées et en est indépendante, et que seuls les renseignements relatifs aux sociétés commerciales et entités non-financières passives contrôlées par des personnes des États-Unis sont déclarables aux termes de l'AIG Canada–États-Unis. Il ressort des formulaires produits par M^{me} Nicholls que sa société est une entité non financière active, et donc que ses comptes ne sont pas déclarables aux termes de l'AIG Canada–États-Unis.

[162] M^{me} Nicholls affirme qu'après avoir appris ce que la FATCA avait comme conséquences pour elle et son entreprise, elle a décidé de renoncer à sa citoyenneté

that over a period of five years she spent some \$4 000 on professional fees for her U.S. personal and business tax filings, and that she expects to incur a further \$1 200 in fees with respect to her final year of U.S. tax filings.

[163] After five years of being U.S. tax-compliant, Ms. Nicholls says that she was able to apply to renounce her U.S. citizenship. Ms. Nicholls says that she spent \$11 200 in legal fees related to her renunciation, as well as \$2 350 in renunciation fees and \$200 in airfare to attend her renunciation interview.

[164] Ms. Nicholls says that the whole situation has caused both her and her husband considerable stress, and that she feels like Canada has treated her like a second-class citizen as she does not have the same rights as her Canadian husband when it comes to investing and freedom in banking.

[165] David Ash is another dual Canadian-American citizen. He is a venture capitalist who resides in the State of Washington. Mr. Ash is a graduate of the University of Waterloo, and he says that while he would like to donate to his alma mater using a Canadian bank account, he is reluctant to do so “because the risk of holding a foreign account with more than \$10,000 (USD) is too high”. Mr. Ash further asserts that his ability to participate in Canadian start-up companies “is severely hampered by *FATCA* and the Intergovernmental Agreement because [his] participation would cause company’s financial and shareholder information to be disclosed to the IRS”.

[166] The defendants point out that not only is Mr. Ash’s evidence on this latter point opinion evidence that he is not qualified to offer, it is, moreover, incorrect. That is, there is nothing in the Canada–U.S. IGA that requires the disclosure of shareholder information. The only company information that is required to be disclosed under the terms of the Canada–U.S. IGA is information relating to

américaine. Elle ajoute qu’en l’espace de cinq ans, elle a dépensé environ 4 000 \$ en honoraires professionnels pour ses déclarations de revenus personnelles et commerciales aux États-Unis et qu’elle s’attend à ce qu’il lui en coûte 1 200 \$ de plus pour sa déclaration de revenus finale aux États-Unis.

[163] M^{me} Nicholls déclare qu’après avoir respecté pendant cinq ans les exigences fiscales des États-Unis, elle a été en mesure de présenter une demande de renonciation à la citoyenneté américaine. Selon sa déclaration, M^{me} Nicholls a dépensé 11 200 \$ en frais juridiques liés à sa renonciation, en plus de 2 350 \$ en frais de renonciation et 200 \$ en billets d’avion pour assister à son entrevue de renonciation.

[164] M^{me} Nicholls affirme que toute cette situation leur a causé beaucoup de stress à elle et son mari et qu’elle estime que le Canada la traite comme une citoyenne de seconde zone, car elle ne dispose pas des mêmes droits que son mari canadien pour ce qui est d’investir et de choisir son institution financière.

[165] David Ash est un autre citoyen possédant les deux citoyennetés canadienne et américaine. Investisseur en capital-risque, M. Ash habite dans l’État de Washington et est diplômé de l’Université de Waterloo. Il affirme qu’il aimerait faire des dons à son *alma mater* à partir d’un compte bancaire canadien, mais qu’il hésite à le faire [TRADUCTION] « parce qu’il y a trop de risques à détenir un compte de plus de 10 000 \$ US dans une banque étrangère ». M. Ash ajoute que sa capacité de participer au financement d’entreprises en démarrage canadiennes [TRADUCTION] « est grandement limitée par la *FATCA* et l’accord intergouvernemental parce que [sa] participation ferait en sorte que des renseignements sur la situation financière et les actionnaires des entreprises seraient communiqués à l’IRS ».

[166] Les défendeurs signalent que le témoignage de M. Ash sur cette dernière question constitue une opinion qu’il n’est pas habilité à donner et que, en outre, elle est incorrecte. En effet, aucune disposition de l’AIG Canada–États-Unis n’impose la divulgation de renseignements relatifs aux actionnaires. Les seuls renseignements relatifs aux sociétés commerciales qui doivent être divulgués aux

companies that qualify as “U.S. persons” with bank accounts in Canada, or are passive non-financial institutions in Canada (such as investment-type corporations) with a controlling person who is a U.S. person.

IV. The History of this Litigation

[167] This action was commenced on August 11, 2014. The plaintiffs assert in their amended statement of claim that the automatic collection and disclosure of taxpayer information to the IRS as required by the Impugned Provisions is *ultra vires* the federal legislation that implemented the Canada–U.S. Tax Treaty and/or section 241 of the *Income Tax Act*.

[168] In an effort to prevent the communication of financial information relating to U.S. persons to the IRS, the plaintiffs brought a motion seeking a permanent prohibitive injunction preventing the collection and disclosure of taxpayer information to the IRS where:

- (a) the taxpayer information related to a taxation year in which the taxpayer was a citizen of Canada;
- (b) the taxpayer information was not shown to be relevant for carrying out the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty or the domestic tax laws of Canada or the U.S.; or
- (c) the collection and disclosure of the taxpayer information subjects U.S. nationals resident in Canada to taxation and requirements connected therewith that are more burdensome than the taxation and requirements connected therewith to which Canadian citizens resident in Canada are subjected.

[169] Canada was required to transmit taxpayer information collected under the Impugned Provisions to the IRS

termes de l’AIG Canada–États-Unis sont des renseignements portant sur les sociétés qui constituent des « personnes des États-Unis » qui ont des comptes bancaires au Canada, ou qui sont des institutions non financières passives au Canada (par exemple, des sociétés d’investissement) que contrôle une personne qui est une personne des États-Unis.

IV. Historique du présent contentieux

[167] Le présent contentieux a débuté le 11 août 2014. Les demandresses soutiennent dans leur requête modifiée que la collecte de renseignements sur des contribuables et leur divulgation à l’IRS aux termes des dispositions contestées constituent des pratiques *ultra vires* de la loi fédérale portant application de la Convention fiscale–Canada États-Unis et/ou à l’article 241 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[168] Dans une tentative d’éviter que des renseignements financiers sur des personnes des États-Unis soient communiqués à l’IRS, les demandresses ont déposé une requête en injonction permanente interdisant la collecte et la communication à l’IRS des renseignements fiscaux lorsque, selon le cas :

- a) les renseignements en question se rapportent à une période imposable au cours de laquelle le contribuable était citoyen canadien;
- b) il n’est pas démontré que les renseignements en question sont pertinents quant à l’application des dispositions de la Convention fiscale Canada–États-Unis ou de la législation fiscale interne du Canada ou des États-Unis;
- c) la collecte et la communication des renseignements en question assujettissent les ressortissants américains résidant au Canada à une fiscalité et à des exigences connexes qui sont plus contraignantes que la fiscalité et les exigences connexes auxquelles sont assujettis les citoyens canadiens résidant au Canada.

[169] Pour l’année d’imposition 2014, les autorités canadiennes étaient tenues de transmettre à l’IRS au plus tard

for the 2014 taxation year by September 30, 2015, and the CRA was intending to start sending such information to the IRS on or around September 23, 2015: *Hillis*, above, at paragraph 6. Justice Martineau heard the plaintiffs' motion in August of 2015, rendering his decision a few weeks later.

[170] Justice Martineau concluded that the collection and automatic disclosure of account holder information about U.S. Reportable Accounts contemplated by Articles 2 and 3 of the Canada–U.S. IGA was legally authorized by the Impugned Provisions. He further found that the collection and automatic disclosure of any such information was not inconsistent with the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty and did not otherwise violate section 241 of the *Income Tax Act*.

[171] Justice Martineau further observed that paragraph 1 of Article XXVII of the Canada–U.S. Tax Treaty provides that the competent authorities of the contracting States “shall exchange such information as is relevant for carrying out the provisions of the Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes to which this Convention applies”. He was also satisfied that the automatic collection and disclosure of account holder information subject to the Canada–U.S. IGA “meets the standard of ‘may be relevant’ under Article XXVII, having regard to the purposes of the *Canada–US Tax Treaty*, the language of Article XXVII, and the overall legal and factual context”: *Hillis*, above, at paragraph 68.

[172] Consequently, Justice Martineau dismissed the plaintiffs' request for declaratory and injunctive relief, without prejudice to their right to pursue their claim that the Impugned Provisions are *ultra vires* or inoperative because they are unconstitutional or otherwise unjustifiably infringe Charter rights. The plaintiffs have since withdrawn their *vires* arguments, but the Charter issues remain to be decided and are the subject of the present summary trial.

le 30 septembre 2015 les renseignements fiscaux recueillis en vertu des dispositions contestées, et l'ARC entendait commencer à transmettre ces renseignements à l'IRS le 23 septembre 2015 ou aux environs de cette date : *Hillis*, ci-dessus, au paragraphe 6. Le juge Martineau a entendu la requête des demandereses en août 2015 et rendu sa décision quelques semaines plus tard.

[170] Le juge Martineau a conclu que la collecte et la communication automatique des renseignements relatifs aux détenteurs de comptes déclarables américains qu'envisagent les articles 2 et 3 de l'AIG [Canada–États-Unis] sont légalement autorisées par les dispositions contestées. Il a de plus conclu que la collecte et la communication automatique de ces renseignements ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la Convention fiscale Canada–États-Unis et que, par ailleurs, elles ne portent pas atteinte à l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[171] Le juge Martineau a de plus fait remarquer que le paragraphe 1 de l'article XXVII de la Convention fiscale Canada–États-Unis prévoit que les autorités compétentes des États contractants « échangent les renseignements pertinents à l'application des dispositions de la présente Convention ou à celles de la législation interne des États contractants relatives aux impôts auxquels s'applique la présente Convention ». Il a également conclu que la collecte et la communication automatique des renseignements relatifs aux titulaires de comptes que vise l'AIG Canada–États-Unis « satisfont aux critères des renseignements “pertinents” dont il est question à l'article XXVII, compte tenu des objets de la Convention fiscale Canada–États-Unis, du libellé de l'article XXVII et du contexte juridique et factuel général » : *Hillis*, ci-dessus, au paragraphe 68.

[172] Par conséquent, le juge Martineau a rejeté le jugement déclaratoire et l'injonction que sollicitaient les demandereses, sans qu'il soit porté atteinte à leur droit de donner suite à leur thèse selon laquelle les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes parce qu'elles sont inconstitutionnelles ou, par ailleurs, qu'elles portent indûment atteinte à des droits garantis par la Charte. Les demandereses ont depuis renoncé aux moyens tirés de la doctrine de l'*ultra vires*, mais il reste à rendre une

décision au sujet des enjeux relatifs à la Charte, lesquels font l'objet de l'actuel procès sommaire.

V. Issues

[173] The parties agree that this action raises the following substantive issues:

- a. Whether the Impugned Provisions infringe section 8 of the Charter;
- b. Whether the Impugned Provisions infringe section 15 of the Charter; and
- c. If the Impugned Provisions limit any of the rights set out in sections 8 or 15 of the Charter, whether any such limitation is a reasonable limit that is justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

[174] Before addressing the merits of the action, however, there are several preliminary issues that must be addressed. These are:

- a. Whether the plaintiffs have standing to challenge the constitutionality of the Impugned Provisions;
- b. Whether this case is appropriate for determination by way of a summary trial; and
- c. Whether this Court has jurisdiction to grant the relief sought by the plaintiffs.

[175] These issues will be addressed first.

VI. Do the Plaintiffs have Standing to Bring this Action?

[176] The defendants note that the plaintiffs bear the burden of establishing that they have standing to bring this action: *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at page 688, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634.

V. Questions en litige

[173] Il n'est pas controversé entre les parties que la présente action soulève les questions suivantes :

- a. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l'article 8 de la Charte?
- b. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l'article 15 de la Charte?
- c. Si les dispositions contestées limitent les droits consacrés par les articles 8 ou 15 de la Charte, cette limite constitue-t-elle une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte?

[174] Cependant, avant que soit discutée au fond l'action, plusieurs questions préliminaires doivent être examinées, à savoir :

- a. Les demandereses ont-elles qualité d'intenter un recours en inconstitutionnalité dirigé contre les dispositions contestées?
- b. La présente cause se prête-t-elle à un jugement par voie de procès sommaire?
- c. La Cour a-t-elle compétence d'accorder la mesure sollicitée par les demandereses?

[175] Ces questions seront discutées en premier.

VI. Les demandereses ont-elles qualité de poursuivre la présente action?

[176] Les défendeurs notent qu'il incombe aux demandereses de prouver qu'elles ont qualité pour poursuivre la présente action : *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, à la page 688.

[177] While the defendants do not dispute that the plaintiffs bear U.S. Person Indicia, they say that unless their information is recorded in their banks' databases, the plaintiffs will not be affected by the Impugned Provisions. There is, moreover, no evidence before the Court that any of the financial institutions that the plaintiffs deal with are aware of their places of birth.

[178] The defendants further note that no information about either Ms. Highton or Ms. Deegan has been shared with the IRS under the laws they seek to challenge, and that the mere possibility that a law may affect someone in the future is not sufficient to provide that individual with personal standing: *Smith v. The Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, at pages 333, 337–338, 347, [1924] 3 D.L.R. 189.

[179] As neither plaintiff has had her rights impacted by the Impugned Provisions, the defendants say that it follows that they do not have standing as of right to bring this action.

[180] The defendants further contend that the plaintiffs have also failed to demonstrate that they meet the test for public interest standing. Amongst other things, the test for public interest standing established by the Supreme Court of Canada in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 [*Downtown Eastside*], requires that a party seeking public interest standing must demonstrate that they have a genuine interest in the issues raised by the proceeding: at paragraph 2. Given that Ms. Highton failed to file any evidence in this case, the defendants say that she cannot possibly establish that she has a real stake or a genuine interest in the issues raised by this case.

[181] In the event that the Court were to find that the plaintiffs do have standing to pursue this action, the defendants ask that the Court be clear as to whether that standing is as of right or is public interest standing. This distinction is important, the defendants say, as it bears directly on the type of remedies that are available to

[177] Bien qu'ils ne remettent nullement en cause les indices de citoyenneté américaine des demanderesse, les défendeurs affirment que ces dernières ne seront aucunement visées par les dispositions contestées, à moins que leurs renseignements personnels ne soient consignés dans les bases de données de leurs banques. De plus, notre Cour ne dispose d'aucun élément de preuve dont il ressort que les institutions financières des demanderesse connaissent leurs lieux de naissance.

[178] Les défendeurs notent de plus que nul renseignement concernant M^{me} Highton ou M^{me} Deegan n'a été communiqué à l'IRS en vertu des lois qu'elles contestent et que la seule possibilité qu'une loi ait éventuellement une incidence sur autrui ne constitue pas un motif valable d'accorder à une personne la qualité d'agir : *Smith v. The Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, aux pages 333, 337, 338, 347.

[179] Comme les dispositions contestées n'ont porté atteinte aux droits de ni l'une ni l'autre des demanderesse, les défendeurs affirment que, par conséquent, ces dernières n'ont pas qualité pour engager la présente action.

[180] Les défendeurs soutiennent également que les demanderesse n'ont pu démontrer qu'elles ont qualité pour agir dans l'intérêt public. Le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public consacré par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 [*Downtown Eastside*], exige notamment que la partie désireuse de se faire reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public démontre qu'elle a un intérêt réel dans les questions visées par les procédures : au paragraphe 2. Comme M^{me} Highton n'a rendu aucun témoignage dans la présente procédure, les défendeurs affirment qu'elle ne peut avoir un intérêt réel ou véritable dans les questions visées en l'espèce.

[181] Advenant que la Cour conclue que les demanderesse ont bel et bien qualité pour poursuivre leur action, les défendeurs demandent à la Cour de dire clairement s'il s'agit d'une qualité de plein droit ou de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Les défendeurs soutiennent que cette distinction est importante, car elle influe directement

the plaintiffs. That is, the defendants say that a remedy under section 24 of the Charter is only available to the plaintiffs in their personal capacity, whereas a section 52 [*Constitution Act, 1982*] remedy is also available in cases where the plaintiffs have public interest standing.

[182] The plaintiffs submit that they have indeed been directly affected by the Impugned Provisions. Because they are both “U.S. persons”, the plaintiffs’ bank accounts are automatically at risk of being disclosed now or in the future. This, they say, is sufficient to grant them standing as of right.

[183] The plaintiffs further assert that they meet the test for public interest standing set out by the Supreme Court in *Downtown Eastside*. This case, they say, clearly raises serious justiciable issues in which the plaintiffs have a real stake or a genuine interest. As counsel put it, Ms. Deegan is “clearly carrying the torch for what she considers to be the million Canadians or so who are designated as U.S. persons in Canada and who are affected by this decision”. This action is, moreover, a reasonable and effective way to bring these issues before the Court.

[184] I would start my analysis of the standing issue by observing that I am troubled by the timing of the defendants’ objection to the plaintiffs’ standing to bring this action. The action was commenced in 2014, and no issue was raised by the defendants with respect to the standing of the plaintiffs to maintain this action until the defendants filed their memorandum of fact and law for this summary trial on November 20, 2018—approximately two months before the commencement of the trial—after there had clearly been an enormous expenditure of resources on both sides.

[185] The defendants assert that it was not until they had conducted their examinations for discovery of the plaintiffs that they became aware of the facts that give rise to

sur le type de recours dont les demandresses peuvent disposer. Ainsi, ils affirment que les recours prévus par l’article 24 de la Charte ne peuvent être exercés par les demandresses qu’à titre personnel alors que les recours prévus à l’article 52 de la Charte [*Loi constitutionnelle de 1982*] peuvent également être exercés si les demandresses ont qualité pour agir dans l’intérêt public.

[182] Les demandresses soutiennent que, concrètement, elles ont été directement touchées par les dispositions contestées. Comme elles sont toutes deux des « personnes des États-Unis », les renseignements sur leurs comptes bancaires risquent d’être communiqués au moment présent ou à l’avenir. À leur avis, cette situation justifie que la qualité de poursuivre leur action leur soit reconnue de plein droit.

[183] Les demandresses soutiennent également qu’elles répondent au critère de la qualité pour agir dans l’intérêt public consacré par la Cour suprême par l’arrêt *Downtown Eastside*. À leur avis, la présente affaire soulève clairement des questions justiciables sérieuses pour lesquelles elles ont un intérêt réel ou véritable. Comme le soutiennent leurs avocats, [TRADUCTION] « il ne fait aucun doute que [M^{me} Deegan] porte le flambeau pour ce qu’elle estime être des millions de Canadiens désignés comme personnes des États-Unis résidant au Canada et qui sont visées par la présente décision ». De plus, cette action constitue une manière raisonnable et efficace de déférer l’affaire à la Cour.

[184] Pour amorcer mon analyse de la question de la qualité d’agir, j’aimerais signaler que je suis troublée par le moment que les défendeurs ont choisi pour contester la qualité pour agir des demandresses. La présente action a commencé en 2014, et les défendeurs ont attendu que les demandresses déposent leur mémoire des faits et du droit pour l’actuel procès sommaire, soit le 20 novembre 2018 — environ deux mois après le début du procès et après que les deux parties eurent clairement dépensé beaucoup de ressources — pour soulever la question de la qualité des demandresses de poursuivre leur action.

[185] Les défendeurs affirment avoir découvert les faits à l’appui de leur objection à la qualité des demandresses uniquement après avoir procédé aux interrogatoires

their objection to the plaintiffs' standing. However, these examinations evidently took place in the summer of 2017, and yet no objection was taken to the plaintiffs' standing until the eleventh hour.

[186] The defendants say that no motion was brought to strike the action for want of standing as the burden was on the plaintiffs to establish that they do indeed have the requisite standing to bring this action, and not on the defendants to prove otherwise. It was, moreover, possible that the plaintiffs' information may, at some point, have been captured and shared with the American tax authorities.

[187] It bears noting, however, that this is an action, and not an application for judicial review. Consequently, the admonition that interlocutory motions to strike should be discouraged has no application here: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 176 N.R. 48 (C.A.). Moreover, as was noted above, it is troubling that rather than raise the standing issue in a timely manner, the defendants waited until the very last minute to raise their objection, after the case was ready for hearing, and after all the resources had been expended getting the case ready for trial.

[188] The law of standing governs who will be entitled to bring a case before the Courts. It is intended to limit the ability of those with no real stake in a matter from over-burdening the Court system with frivolous or duplicative cases, ensuring that cases are determined based upon the competing arguments of those directly affected by matters in dispute.

[189] This preserves the proper role of Courts and their constitutional relationship to the other branches of government, and allows the Courts to fulfill their proper function within our democratic system of government: *Downtown Eastside*, above, at paragraphs 22 and 25; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at page 631, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321 [Finlay]; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of*

préalables de ces dernières. Or, ces interrogatoires ont bien évidemment été tenus durant l'été de 2017, et pourtant, les objections relatives à la qualité des demanderessees n'ont été soulevées qu'à la dernière minute.

[186] Les défendeurs affirment n'avoir déposé aucune requête en rejet de la cause pour défaut de qualité d'agir du fait qu'il incombait aux demanderessees de prouver qu'elles ont la qualité nécessaire pour poursuivre l'action et qu'il ne revenait pas aux défendeurs de prouver le contraire. De plus, il était possible que les renseignements des demanderessees aient été recueillis et communiqués aux autorités fiscales américaines à un moment ou un autre.

[187] Il convient cependant de noter que nous sommes ici en présence d'une action et non d'une demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, la philosophie défavorable au recours en requêtes interlocutoires en radiation ne joue aucunement en l'espèce : *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.). De plus, comme je l'ai signalé plus haut, il est troublant que les défendeurs, au lieu de soulever les objections relatives à la qualité des demanderessees au moment opportun, ont attendu à la toute dernière minute et se soient exécutés une fois que la cause était prête à être entendue et après que toutes les ressources nécessaires aient été affectées à la préparation du procès.

[188] Le droit en matière de qualité pour agir détermine les conditions qui habilite une personne à s'adresser à la justice. L'idée est d'empêcher les personnes n'ayant aucun intérêt réel dans une cause d'inonder le système judiciaire d'affaires insignifiantes ou redondantes et d'assurer que les affaires soient tranchées à partir des arguments contradictoires des personnes directement visées par les questions en litige.

[189] Cela sauvegarde la mission propre des juridictions et de leurs relations constitutionnelles avec les autres branches du gouvernement et permettent aux juridictions d'exercer la mission qui leur est propre dans le cadre de notre système démocratique de gouvernement : *Downtown Eastside*, ci-dessus, aux paragraphes 22 et 25; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 [Finlay], à la page 631; *Conseil canadien des Églises*

Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 236, at page 252, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193 [*Canadian Council of Churches*].

[190] The Supreme Court has thus observed that the law of standing requires the striking of a balance “between ensuring access to the courts and preserving judicial resources”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 23, citing *Canadian Council of Churches*, above, at page 252. The Supreme Court further stated that in determining whether to grant standing, “courts should exercise their discretion and balance the underlying rationale for restricting standing with the important role of the courts in assessing the legality of government action”: *Downtown East Side*, above, at paragraph 23.

[191] Those whose individual rights are at stake or who have been directly affected by government action are generally entitled to pursue legal action to enforce those rights or interests. The Supreme Court observed in *Downtown Eastside* that having a plaintiff with standing as of right is generally to be preferred: at paragraph 37. That said, standing may also be granted to individuals and organizations to advance a case before the Courts where it is in the public interest to do so.

[192] I am not persuaded that the plaintiffs have standing as of right to pursue this action. There is no evidence indicating that they have, as yet, been directly affected by the Impugned Provisions, and it is speculative to say that they may be so affected in the future.

[193] However, as was noted earlier, it is also open to the Courts to grant standing to individuals and organizations to advance a case before the Courts where it is in the public interest to do so. The question, then, is whether the Court should exercise its discretion and grant the plaintiffs public interest standing to pursue their action.

c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 236 [*Conseil canadien des Églises*], à la page 252.

[190] C'est ainsi que la Cour suprême a fait observer que le droit en matière de qualité pour agir appelle un équilibre « “entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires” » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 23, citant *Conseil canadien des Églises*, ci-dessus, à la page 252. La Cour suprême a également observé que, lorsqu'il s'agit de décider s'il est justifié de reconnaître la qualité pour agir, « les tribunaux doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire et mettre en balance, d'une part, le raisonnement qui sous-tend les restrictions à cette reconnaissance et, d'autre part, le rôle important qu'ils jouent lorsqu'ils se prononcent sur la validité des mesures prises par le gouvernement » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 23.

[191] Les personnes dont les droits individuels sont en jeu ou qui ont été directement touchées par des mesures prises par le gouvernement sont généralement habilitées à intenter des actions en justice pour défendre leurs droits. La Cour suprême a observé à l'occasion de l'affaire *Downtown Eastside* que le demandeur qui a de plein droit qualité pour agir est généralement préféré : au paragraphe 37. Cela dit, la qualité pour présenter une affaire devant la justice peut également être accordée aux personnes ou aux organismes lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire.

[192] Je ne suis pas convaincue que les demandereses ont de plein droit qualité pour agir dans la présente action. Il n'existe aucun élément de preuve dont il ressort qu'elles ont déjà été touchées directement par les dispositions contestées, et il serait conjectural d'avancer qu'elles pourraient l'être à l'avenir.

[193] Toutefois, comme il a été signalé précédemment, il est également loisible au juge d'accorder aux personnes et aux organismes la qualité de présenter une affaire devant la justice lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire. La question est alors de savoir si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder aux demandereses la qualité pour agir dans l'affaire dans l'intérêt public.

[194] The parties agree that the test for public interest standing is that articulated by the Supreme Court of Canada in the *Downtown Eastside* case, and again in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

[195] In these cases the Supreme Court recognized that in public law cases such as the one before me, courts “have taken a flexible, discretionary approach to public interest standing, guided by the purposes which underlie the traditional limitations [on standing]”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 1. See also *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at paragraph 18. As noted earlier, the Court further noted in *Downtown Eastside* that “[a]t the root of the law of standing is the need to strike a balance ‘between ensuring access to the courts and preserving judicial resources’”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 23, citing *Canadian Council of Churches*, above, at page 252.

[196] There are three factors that a Court must weigh in deciding whether or not to exercise its discretion in favour of granting public interest standing. These are:

1. Whether the case raises a serious justiciable issue;
2. Whether the party bringing the action has a real stake or a genuine interest in its outcome; and
3. Whether, having regard to a number of factors, the proposed action is a reasonable and effective means to bring the case to court.

[197] In exercising the Court’s discretion with respect to a question of public interest standing, these factors are not, however, to be treated as “technical requirements”. “Instead, the factors should be seen as interrelated considerations to be weighed cumulatively, not individually,

[194] Il n’est pas controversé entre les parties que le critère de la qualité pour agir dans l’intérêt public est celui défini par la Cour suprême du Canada par l’arrêt *Downtown Eastside* et à nouveau par l’arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

[195] Par cette jurisprudence, la Cour suprême a reconnu que, dans les affaires de droit public comme celle dont je suis saisie, la jurisprudence a retenu « une approche souple et discrétionnaire quant à la question de la qualité pour agir dans l’intérêt public, guidés en cela par les objectifs qui étaient sous-jacents aux limites traditionnelles [en matière de qualité pour agir] » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 1. Voir aussi *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 18. Comme il a été signalé plus haut, la Cour a également observé dans l’arrêt *Downtown Eastside* que « les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d’établir un équilibre “entre l’accès aux tribunaux et la nécessité d’économiser les ressources judiciaires” » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 23, citant *Conseil canadien des Églises*, ci-dessus, à la page 252.

[196] Pour décider d’exercer, ou non, son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public, le juge doit mettre en balance les trois facteurs suivants :

1. L’affaire soulève-t-elle une question justiciable sérieuse?
2. Le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans son issue?
3. Compte tenu d’un grand nombre de considérations, l’action envisagée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de déférer l’affaire à la justice?

[197] Toutefois, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de qualité pour agir dans l’intérêt public, ces facteurs ne doivent pas être considérés comme des « exigences techniques ». « Ils doivent plutôt être vus comme des considérations connexes devant être

and in light of their purposes”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 36. The principles governing the exercise of this discretion should, moreover, “be interpreted in a liberal and generous manner”: *Downtown Eastside*, above, at paragraphs 2 and 35, citing *Canadian Council of Churches*, above, at page 253.

A. *Does this Case Raise a Serious Justiciable Issue?*

[198] Dealing first with the question of whether this case raises a serious justiciable issue, the Supreme Court has held that a “serious justiciable issue” is one that raises a substantial or important constitutional issue that is ““far from frivolous””: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 42, citing *Finlay*, above, at page 633. This case unquestionably raises serious justiciable issues.

B. *Do the Plaintiffs have a Genuine Interest in this Proceeding?*

[199] The Supreme Court addressed this second aspect of the test for public interest standing in *Downtown Eastside*, where it noted that “this factor reflects the concern for conserving scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody”: at paragraph 43, citing *Finlay*, above, at page 633. The Supreme Court went on to describe this factor as being concerned with “whether the plaintiff has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues they raise”: at paragraph 43.

[200] As noted earlier, it is difficult to conclude that Ms. Highton has a genuine interest or real stake in this proceeding, given that she has not filed any evidence in support of the plaintiffs’ case or participated in this proceeding in any meaningful way. I am, however, prepared to find that although Ms. Deegan has not yet been directly affected by the Impugned Provisions, she is not a mere busybody, but is, rather, deeply concerned about the consequences that the Impugned Provisions may have for her in the future, and for others who may be viewed as being “U.S. persons”.

appréciées ensemble, plutôt que séparément, et de manière téléologique » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 36. De plus, les principes encadrant l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire « devraient être interprétés d’une façon libérale et souple » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, aux paragraphes 2 et 35, citant *Conseil canadien des Églises*, ci-dessus, à la page 253.

A. *La présente soulève-t-elle une question justiciable sérieuse?*

[198] D’abord, au sujet de la question de savoir si la cause soulève une question justiciable sérieuse, la Cour suprême enseigne que, pour être considérée comme une « question [justiciable] sérieuse », elle doit porter sur un point constitutionnel important qui est « “loin d’être futile[e]” » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 42, citant *Finlay*, ci-dessus, à la page 633. La présente affaire soulève sans aucun doute des questions justiciables sérieuses.

B. *Les demanderesse ont-elles un intérêt réel ou véritable dans la présente procédure?*

[199] La Cour suprême a discuté ce deuxième aspect du critère de la qualité pour agir dans l’intérêt public dans l’arrêt *Downtown Eastside*, où elle a dit que « ce facteur traduisait la préoccupation de conserver les ressources judiciaires limitées et la nécessité d’écarter les simples trouble-fête » : au paragraphe 43, citant *Finlay*, ci-dessus, page 633. La Cour s’est également dite d’avis que ce facteur concerne la question de savoir « si le demandeur a un intérêt réel dans les procédures ou est engagé quant aux questions qu’elles soulèvent » : au paragraphe 43.

[200] Comme il a été signalé précédemment, il est difficile de conclure que M^{me} Highton a un intérêt véritable ou concret dans les présentes procédures puisqu’elle n’y a consacré qu’une faible participation et qu’elle n’a produit aucun élément de preuve à l’appui de la cause des demanderesse. Toutefois, je suis disposée à conclure que M^{me} Deegan, même si elle n’a pas encore été directement touchée par les dispositions contestées, n’est pas un simple casse-pieds mais une personne profondément préoccupée par les conséquences que les dispositions contestées pourraient avoir à l’avenir sur elle et sur les

C. *Is Granting Public Interest Standing to the Plaintiffs a Reasonable and Effective Way to Bring these Issues Before the Court?*

[201] The Supreme Court observed in *Downtown Eastside* that courts are required to consider whether, in light of a number of considerations, the proposed suit is “a reasonable and effective means to bring the challenge to court”: above, at paragraph 44. The Court stressed the need for this third factor, in particular, to be “assessed and weighed cumulatively, in light of the underlying purposes of limiting standing and applied in a flexible and generous manner that best serves those underlying purposes”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 20.

[202] In considering whether there are other reasonable and effective ways of bringing the issues raised by this case before the Court, the question must be addressed “from a practical and pragmatic point of view and in light of the particular nature of the challenge which the plaintiffs propos[e] to bring”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 47.

[203] The Supreme Court further instructed that this third factor is not to be applied rigidly but purposively, so as to ensure a full and complete adversarial presentation and conserve scarce judicial resources: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 49. Amongst other things, courts should consider “whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality”: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 50. Consideration must also be given to realistic alternatives: *Downtown Eastside*, above, at paragraph 50.

autres personnes qui pourraient être considérés comme « personnes des États-Unis ».

C. *Accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public aux demanderesse constitue-t-il une manière raisonnable et efficace de déférer ces questions à la justice?*

[201] La Cour suprême a fait observer dans l'arrêt *Downtown Eastside* que le juge doit examiner la question de savoir si la poursuite proposée, à la lumière d'un grand nombre de considérations, « constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » : ci-dessus, au paragraphe 44. La Cour a insisté sur le fait que les facteurs à considérer, en particulier le troisième, doivent « être appréciés et soupesés de façon cumulative — à la lumière des objectifs qui sous-tendent les restrictions à la qualité pour agir — et appliqués d'une manière souple et libérale de façon à favoriser la mise en œuvre de ces objectifs sous-jacents » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 20.

[202] Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a d'autres manières raisonnables et efficaces de déférer les questions soulevées en l'espèce à la justice, la question doit être discutée « d'un point de vue pratique et pragmatique, et en fonction de la nature précise de la contestation que le demandeur avait l'intention d'engager » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 47.

[203] La Cour suprême enseigne en outre que ce troisième facteur doit être appliqué de manière non pas rigide, mais téléologique afin d'assurer un exposé complet des positions contradictoires des parties et de ménager les ressources judiciaires limitées : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 49. Le juge doit notamment rechercher « si l'action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d'autoriser la poursuite de l'action envisagée favorise le respect du principe de la légalité » : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 50. De plus, ces questions doivent être analysées en fonction de solutions de rechange réalistes : *Downtown Eastside*, ci-dessus, au paragraphe 50.

[204] I accept that it is foreseeable that individuals who have already been directly affected by the Impugned Provisions may choose to challenge these provisions at some point in the future. That said, this action has now been tried and is ready for decision. The plaintiffs were well-represented at the trial by experienced counsel, and substantial resources have clearly been expended by both sides to develop a substantial evidentiary record in this case.

[205] Factual evidence has been provided by the plaintiff, Ms. Deegan, and by numerous other individuals who assert that they have been impacted by the enactment of FATCA and the Impugned Provisions. Detailed factual evidence has also been adduced with respect to the negotiations that went on between Canada and the United States with respect to the implementation of FATCA and the conclusion of the Canada–U.S. IGA.

[206] In addition, a substantial body of expert evidence has been adduced by the parties in fields as diverse as U.S. tax and immigration law, economics, international taxation and the sharing of tax information between countries.

[207] In light of this, I am satisfied that this action is indeed a reasonable and effective way to bring the issues raised by this case before the Court. The issues raised by this case have, moreover, been carefully advanced by experienced counsel on both sides, through a full and complete adversarial presentation. Allowing this action to proceed to judgment is, moreover, an economical use of judicial resources, and permitting this action to go forward serves the purpose of upholding the principle of legality. Indeed, I do not understand the defendants to be strenuously opposing the granting of public interest standing to Ms. Deegan.

[208] For these reasons, I am therefore prepared to grant Ms. Deegan public interest standing in this matter.

[204] Je retiens l'idée qu'il est prévisible que des personnes ayant déjà été directement touchées par les dispositions contestées décident éventuellement d'intenter une procédure de radiation les visant. Cela dit, la présente action a été instruite et peut maintenant faire l'objet d'une décision. Les demandresses ont été adéquatement représentées durant le procès par des avocats chevronnés, et les deux parties ont clairement affecté des ressources considérables à la constitution de dossiers de preuves étoffés pour la présente affaire.

[205] Des preuves de fait ont été produites par la demandresse M^{me} Deegan et par de nombreuses autres personnes qui soutiennent avoir été touchées par l'adoption de la FATCA et par les dispositions contestées. Des preuves de fait détaillées ont également été déposées au sujet des négociations entre le Canada et les États-Unis relativement à l'application de la FATCA et à la conclusion de l'AIG Canada–États-Unis.

[206] De plus, la Cour a reçu un ensemble volumineux de preuves d'experts portant sur des domaines aussi variés que le droit fiscal et le droit de l'immigration américain, l'économie, la fiscalité internationale et l'échange international de renseignements fiscaux.

[207] À la lumière de ce qui précède, je conclus que la présente action constitue bel et bien une manière raisonnable et efficace de déférer à notre Cour les questions en litige en l'espèce. De plus, ces questions ont été méticuleusement présentées par des avocats chevronnés dans un exposé complet des positions contradictoires des deux parties. En outre, permettre qu'une décision soit rendue à l'égard de la présente action constitue une utilisation économique des ressources judiciaires, et autoriser la poursuite de l'action milite en faveur du respect du principe de légalité. D'ailleurs, je ne comprends pas les raisons pour lesquelles les défendeurs s'opposent vigoureusement à ce que la qualité pour agir dans l'intérêt public soit accordée à M^{me} Deegan.

[208] Pour ces motifs, je suis prête à accorder à M^{me} Deegan la qualité pour agir dans l'intérêt public.

VII. Is this Case Appropriate for Determination by Way of a Summary Trial?

[209] The next preliminary issue that requires determination is whether this action is suitable for determination by way of a summary trial, as requested by the plaintiffs.

[210] The defendants do not object to this matter proceeding in this fashion, and I agree that this action is appropriate for determination by way of a summary trial.

[211] In coming to this conclusion, I note that there are no significant questions of credibility in this case that require resolution on the basis of *viva voce* evidence. What are at issue in this proceeding are the legal consequences that flow from the largely uncontroverted facts of the case. Although somewhat novel, these issues can be dealt with as easily through the summary trial process as through a full trial: *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1, [2014] F.C.J. No. 1155 (QL), at paragraph 58, citing *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398, at paragraph 36, revd on other grounds 2012 FCA 141, 431 N.R. 342. I am, moreover, satisfied that I can find the facts necessary to resolve the issues in this case on the basis of the record before me.

VIII. Does this Court have Jurisdiction to Grant the Relief Sought by the Plaintiffs?

[212] The final preliminary issue that must be addressed is whether this Court has jurisdiction to grant the declaratory relief sought by the plaintiffs pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[213] Subsection 52(1) provides that the Constitution is the “supreme law of Canada”, and that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”.

[214] No objection was raised by the defendants with respect to the Court’s jurisdiction to grant the constitutional relief sought by the plaintiffs. It is nevertheless necessary

VII. La présente affaire se prête-t-elle à la voie de procès sommaire?

[209] La prochaine question préliminaire à trancher est de savoir si la présente affaire se prête à la procédure de procès sommaire, tel qu’il est demandé dans la requête des demanderesse.

[210] Les défendeurs ne s’opposent pas à ce que l’affaire soit entendue de cette manière, et, en effet, l’affaire se prête à la procédure de procès sommaire.

[211] En tirant cette conclusion, je note que l’affaire ne soulève aucune question importante de crédibilité appelant des témoignages de vive voix. Ce qui est en cause ici, ce sont les conséquences juridiques découlant des faits de l’espèce largement non controversés. Bien que relativement nouvelles, ces questions peuvent être tranchées aussi facilement par procès sommaire que par procès complet : *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047, [2014] A.C.F. n° 1155 (QL), au paragraphe 58, citant *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169, au paragraphe 36, inf. pour d’autres motifs 2012 CAF 141. De plus, je conclus pouvoir constater, à partir du dossier dont je dispose, les faits nécessaires pour trancher les questions posées en l’espèce.

VIII. Notre Cour a-t-elle compétence d’accorder la mesure sollicitée par les demanderesse?

[212] La dernière question préliminaire posée est de savoir si la Cour a la compétence d’accorder le jugement déclaratoire sollicité par les demanderesse, aux termes du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.) [L.R.C (1985), appendice II, n° 44].

[213] Selon le paragraphe 52(1), la Constitution est « la loi suprême du Canada » et qu’elle « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».

[214] Les défendeurs n’ont opposé aucune objection à la compétence de la Cour d’accorder la mesure sollicitée par les demanderesse au titre de la Constitution. Néanmoins,

for me to be satisfied that I do indeed have the jurisdiction necessary to deal with a given matter: *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556, at paragraph 4; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737 [*Hupacasath*], at paragraph 38; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165, at paragraphs 6–7; *Brooke v. Toronto Belt Line Railway Co.* (1891), 21 O.R. 401 (H.C.); *Canadian National Railway Co. v. Lewis*, [1930] Ex. C.R. 145, [1930] 4 D.L.R. 537.

[215] Consequently, I asked the parties to address the jurisdictional issue in light of recent comments by the Supreme Court of Canada that appear to cast doubt on the remedial power of this Court to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[216] That is, in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (*Windsor Bridge*), at paragraph 70, Justice Karakatsanis (writing for the majority) noted the “important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books”.

[217] Justice Karakatsanis accepted that this Court clearly has the power to make constitutional findings that bind only the immediate parties to a proceeding: *Windsor Bridge*, above, at paragraph 71. However, she found it unnecessary to determine whether the Federal Court also has the remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative, expressly declining to comment on this issue: *Windsor Bridge*, above, at paragraph 71. She went on, however, to state that her silence on this question “should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal’s analysis or conclusion” that this Court does indeed have the power to grant a general declaration of statutory invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982*.

je dois conclure que je dispose bel et bien de la compétence nécessaire pour examiner toute question donnée : *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, au paragraphe 4; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4 [*Première Nation des Hupacasath*], au paragraphe 38; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 218, aux paragraphes 6 et 7; *Brooke c. Toronto Belt Line Railways Co.* (1891), 21 O.R. 401 (H.C.); *Canadian National Railway Co. v. Lewis*, [1930] R.C. de l’É. 145.

[215] Par conséquent, j’ai demandé aux parties de discuter la question de la compétence à la lumière d’observations récentes de la Cour suprême du Canada, qui semblent semer un doute sur le pouvoir de sanction dont dispose la Cour pour déclarer une loi inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[216] En effet, dans l’arrêt *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (*Windsor Bridge*), au paragraphe 70, la juge Karakatsanis (s’exprimant pour la majorité) a observé : « Il existe une distinction importante entre le pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d’une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l’instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s’applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif ».

[217] La juge Karakatsanis a reconnu que la Cour dispose clairement du pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d’une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l’instance immédiatement intéressées : *Windsor Bridge*, ci-dessus, au paragraphe 71. Toutefois, elle n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de savoir si la Cour fédérale possède également le pouvoir de déclarer, à titre de sanction, qu’un texte légal est inconstitutionnel, inapplicable ou inopérant, déclinant expressément de discuter cette question : *Windsor Bridge*, ci-dessus, au paragraphe 71. Toutefois, elle a poursuivi en déclarant que son mutisme sur ce point « ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l’analyse ou de la conclusion de la Cour d’appel fédérale » selon laquelle la Cour a de fait la compétence à déclarer une

[218] While the Supreme Court has thus clearly raised a question as to this Court’s jurisdiction to grant general declarations of constitutional invalidity, I am nevertheless satisfied that I do indeed have the power to grant the relief sought by the plaintiffs in this case.

[219] In coming to this conclusion, I would start by noting that Justice Karakatsanis’ comments were clearly made in *obiter*. As such, they are not binding on this or any other Court.

[220] I would also observe that curiously—perhaps because it was unnecessary to decide the issue—the majority made no mention of the Supreme Court’s earlier decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, 147 F.T.R. 305, at paragraphs 35–36, a case that, until now, appeared to have definitively decided that this Court does indeed possess plenary jurisdiction to regulate proceedings before it. This power was said to be analogous to the inherent powers of provincial superior courts to control their own processes and proceedings: *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228, [2017] F.C.J. No. 1131 (QL) [*Lee*], at paragraph 7; David Stratas, “A Judiciary Cleaved: Superior Courts, Statutory Courts and the Illogic of Difference”, (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 54 (Stratas, “A Judiciary Cleaved”), at page 65.

[221] The comments of the majority in *Windsor Bridge* have been the subject of considerable judicial and academic commentary: see, for example, *Lee*, above; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386 [*Bilodeau-Massé*], at paragraphs 38–88; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development)*, 2018 FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243, [2018] F.C.J. No. 534 (QL) [*Fédération des francophones de la Colombie-Britannique*]; Stratas, “A Judiciary Cleaved”, above; Nicolas Lambert, “Death by a Thousand Cuts: Federal Court Jurisdiction and the Constitution” (2018) 31:2 *Can. J. Adm. L. & Prac.* 115;

loi inconstitutionnelle en vertu de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[218] Bien que la Cour suprême ait donc clairement soulevé la question de savoir si la Cour a généralement compétence de déclarer une loi inconstitutionnelle, je conclus néanmoins que je dispose du pouvoir d’accorder la mesure sollicitée par les demandresses en l’espèce.

[219] En tirant cette conclusion, je remarque en premier lieu que les observations de la juge Karakatsanis étaient clairement incidentes. En l’occurrence, ces observations ne sont aucunement opposables ni à notre Cour ni à aucune autre juridiction.

[220] Je note également qu’il m’apparaît curieux — peut-être parce qu’il n’était pas nécessaire de statuer sur la question — que la majorité n’a fait aucune référence à une jurisprudence antérieure de la Cour suprême, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux paragraphes 35 et 36, laquelle, jusqu’à maintenant, semblait avoir définitivement décidé que la Cour a pleins pouvoirs quant à la gestion des instances dont elle est saisie. Ces pouvoirs ont été qualifiés d’analogues aux compétences des cours supérieures provinciales d’être maîtres de leurs propres processus et procédures : *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228, [2017] A.C.F. n° 1131 (QL) [*Lee*], au paragraphe 7; David Stratas, « A Judiciary Cleaved : Superior Courts, Statutory Courts and the Illogic of Difference » (2017), 68 *R.D.U.N.-B.* 54 (Stratas, « A Judiciary Cleaved »), à la page 65.

[221] Les observations de la majorité dans l’arrêt *Windsor Bridge* ont été largement discutées par la jurisprudence et la doctrine : voir, par exemple, *Lee*, ci-dessus; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386 [*Bilodeau-Massé*], au paragraphe 38 à 88; *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530, [2019] 1 R.C.F. 243, [2018] A.C.F. n° 534 (QL) [*Fédération des francophones de la Colombie-Britannique*]; Stratas, « A Judiciary Cleaved », ci-dessus; Nicolas Lambert, « Death by a Thousand Cuts : Federal Court Jurisdiction and the Constitution » (2018), 31:2 *Can. J. Adm. L. & Prac.* 115;

Paul Daly, “When is a Court not a Court? Windsor (City) v. Canadian Transit Co., 2016 SCC 54” (12 December 2016), online (blog): Administrative Law Matters <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/12/12/when-is-a-court-not-a-court-windsor-city-v-canadian-transit-co-2016-scc-54/>> (<https://perma.cc/S7VL-2EBS>); Han-Ru Zhou, “*Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments” (2019), 97 *Can Bar. Rev.* 275 (Zhou, “*Erga Omnes* or *Inter Partes*?”); Adam Giancola, “When Court Jurisdiction Meets Statutory Interpretation: *Windsor (City) v Canadian Transit Co*” (online: <https://www.thecourt.ca/when-court-jurisdiction-meets-statutory-interpretation-windsor-city-v-canadian-transit-co/>).

[222] I do not intend to review this commentary in detail. I do, however, adopt the reasoning of the Federal Court of Appeal in the *Lee* case, and of this Court in *Bilodeau-Massé* and *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique* and would also offer the following additional comments.

[223] Like the Supreme Court of Canada, the Federal Court is a statutory court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. This provision empowers Parliament to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”.

[224] In contrast to the inherent jurisdiction enjoyed by provincial superior courts, the Supreme Court held in *Windsor Bridge* that the Federal Courts have only the jurisdiction that has been conferred on them by statute, and that they are without inherent jurisdiction: at paragraph 33. This of course begs the question: if the Federal Courts’ jurisdiction is constrained by the fact that they are statutory courts created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, how is it that the jurisdiction of the Supreme Court of Canada—another statutory court created under section 101 of the *Constitution Act, 1867*—is not similarly constrained?

Paul Daly, « When Is a Court Not a Court? Windsor (City) c. Canadian Transit Co., 2016 SCC 54 » (12 décembre 2016), en ligne (blogue) : Administrative Law Matters <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/12/12/when-is-a-court-not-a-court-windsor-city-v-canadian-transit-co-2016-scc-54/>> (<https://perma.cc/S7VL-2EBS>); Han-Ru Zhou, « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? The Legal Effects of Federal Courts’ Constitutional Judgments » (2019), 97 *R. du B. can.* 275 (Zhou, « *Erga Omnes* or *Inter Partes*? »); Adam Giancola, « When Court Jurisdiction Meets Statutory Interpretation : *Windsor (City) v Canadian Transit Co* » (en ligne : <https://www.thecourt.ca/when-court-jurisdiction-meets-statutory-interpretation-windsor-city-v-canadian-transit-co/>).

[222] Je n’ai pas l’intention de passer en revue de manière fouillée ces gloses. Cependant, je retiens le raisonnement de la Cour d’appel fédérale professé par l’arrêt *Lee* et celui de notre Cour par les arrêts *Bilodeau-Massé* et *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique*. J’ajouterais les observations suivantes.

[223] À l’instar de la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale est une cour créée par la loi en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Cette disposition confère au Parlement le pouvoir d’« établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ».

[224] La Cour suprême a décidé, par l’arrêt *Windsor Bridge* que, contrairement à la compétence inhérente conférée aux cours supérieures provinciales, les Cours fédérales possèdent uniquement la compétence qui leur est conférée par la loi et ne sont pas dotées d’une compétence inhérente : au paragraphe 33. Cette situation amène évidemment la question suivante : si la compétence des Cours fédérales est limitée par le fait que ces juridictions ont été créées par la loi, en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comment se fait-il que la compétence de la Cour suprême du Canada — une autre juridiction créée par la loi, en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — ne soit pas soumise aux mêmes limites?

[225] Indeed, as the Federal Court of Appeal observed in *Lee*, “the Supreme Court and the Federal Courts (through their predecessor, the Exchequer Court) are both statutory courts under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, born at the same time from a single joint statute: *Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11”: above, at paragraph 13. The Federal Court of Appeal went on to observe in *Lee* that “the Supreme Court and the Federal Courts must be seen as identical twins” in terms of their ability to manage their processes and proceedings, that is, their plenary powers: *Lee*, above, at paragraph 13.

[226] As the Federal Court of Appeal further observed in *Lee*, the Federal Courts’ plenary powers emanate not from any particular legislative provision in the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 or the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, but rather from their constitutional status as courts: at paragraph 8. The Court went on to observe that “[t]he Federal Courts are not just ordinary agencies of government but rather part of the judicial branch within the constitutional separation of powers”, and that “[i]f courts are to be courts and to fulfil their function as part of the judicial branch, they must have certain plenary powers to manage their processes and proceedings”: *Lee*, above, at paragraph 8. See also *Lee*, above, at paragraph 12.

[227] The fact is that the Federal Court is neither an inferior court nor an administrative tribunal: *Lee*, above, at paragraph 12; *Bilodeau-Massé*, above, at paragraph 72. It is, rather, a superior court of record having civil and criminal jurisdiction: *Federal Courts Act*, section 4. As a superior court, the Federal Court has plenary jurisdiction to determine any matter of law arising out of its original jurisdiction. This includes constitutional jurisdiction in matters that are properly before the Court.

[228] Section 17 of the *Federal Courts Act* grants the Federal Court jurisdiction over all cases in which relief is sought against the Crown. In accordance with the

[225] En effet, comme le fait observer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Lee*, « la Cour suprême et les Cours fédérales (grâce à leur prédécesseuse, la Cour de l’Échiquier) sont toutes deux des cours de justice d’origine législative créée en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et simultanément établies par une seule loi conjointe, l’*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11 » : ci-dessus, au paragraphe 13. La Cour d’appel fédérale poursuit en observant dans l’arrêt *Lee* que « la Cour suprême et les Cours fédérales doivent être considérées comme des jumelles identiques » pour ce qui est de leur capacité de gérer leurs processus et leurs procédures, c’est-à-dire de leurs pleins pouvoirs : *Lee*, ci-dessus, au paragraphe 13.

[226] Comme le fait aussi observer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Lee*, les pleins pouvoirs des Cours fédérales émanent de leur statut constitutionnel de tribunal, et non d’une disposition précise de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 ou des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 : au paragraphe 8. La Cour poursuit en signalant que « [l]es Cours fédérales ne sont tout simplement pas des organes du gouvernement comme les autres; elles font partie de la branche judiciaire suivant le partage des pouvoirs opéré par la Constitution », et que « [l]es Cours fédérales étant des tribunaux, et pour remplir leurs fonctions dans le cadre de la branche judiciaire, elles doivent avoir certains pouvoirs pour gérer leurs processus et procédures » : *Lee*, ci-dessus, au paragraphe 8. Voir aussi *Lee*, au paragraphe 12.

[227] Il demeure que la Cour fédérale n’est ni une cour de compétence inférieure ni un tribunal administratif : *Lee*, ci-dessus, au paragraphe 12; *Bilodeau-Massé*, ci-dessus, au paragraphe 72. Elle est plutôt une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale : *Loi sur les Cours fédérales*, article 4. Comme cour supérieure, la Cour fédérale est pleinement habilitée à être saisie des questions de droit relevant de sa compétence en première instance, ce qui comprend la compétence constitutionnelle à l’égard des affaires dont elle peut être saisie.

[228] Selon l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale est compétente lorsqu’il est sollicité une mesure visant la Couronne. Conformément à la

definition section of the *Federal Courts Act*, “relief” includes declaratory relief: section 2. Section 18 of the *Federal Courts Act* grants exclusive original jurisdiction to the Federal Court to issue injunctions against federal boards, commissions or tribunals, or to hear and determine any proceeding brought against the Attorney General of Canada.

[229] The Supreme Court confirmed in *Windsor Bridge* that the Federal Court has jurisdiction over the subject matter of a claim where the three-part test espoused in *ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641 (*ITO*), has been satisfied.

[230] The Supreme Court held in *ITO* that this Court has jurisdiction to deal with claims where there is:

- (1) a statutory grant of jurisdiction by Parliament;
- (2) an existing body of federal law, essential to the disposition of the case, which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and
- (3) law underlying the case falling within the scope of the term a “[law] of Canada” used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[231] This case involves a claim for relief against the federal Crown, and thus falls within the jurisdiction conferred on this Court by section 17 of the *Federal Courts Act*.

[232] There is, moreover, an existing body of federal law that is essential to the disposition of the case that nourishes the statutory grant of jurisdiction. The Impugned Provisions form part of the federal *Income Tax Act* and the Implementation Act, federal legislation implementing an agreement with a foreign state governing the sharing of information under a bilateral tax treaty. It also bears noting that no body of provincial law is implicated in this proceeding, and that the case does not involve competing

définition donnée dans la *Loi sur les Cours fédérales*, le mot « réparation » comprend la réparation sous forme de déclaration : article 2. L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* accorde à la Cour fédérale la compétence exclusive, en première instance, de décerner une injonction contre tout office fédéral ou pour connaître de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada.

[229] La Cour suprême a confirmé par l'arrêt *Windsor Bridge* que la Cour fédérale a compétence à l'égard de l'objet d'une requête lorsqu'il est satisfait au critère à trois volets consacré par l'arrêt *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 [*ITO*].

[230] La Cour suprême a décidé par l'arrêt *ITO* que la compétence de la Cour fédérale d'entendre des demandes est fonction :

- 1) d'une attribution de compétence par le législateur fédéral;
- 2) de l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et
- 3) de ce que la loi invoquée dans l'affaire est une « [loi] du Canada » au sens où l'expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[231] La présente affaire met en jeu une demande visant la Couronne et elle relève ainsi de la compétence de la Cour aux termes de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[232] De plus, il existe un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Les dispositions contestées font partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du gouvernement fédéral et de la Loi de mise en œuvre de l'AIG, une loi fédérale mettant en œuvre un accord conclu avec un état étranger encadrant le partage de renseignements aux termes d'une convention fiscale. Il faut également souligner que l'affaire ne fait jouer

spheres of jurisdiction. The case thus involves the application of federal law in an area of federal jurisdiction.

[233] The laws on which the case is based are, moreover, “Laws of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. The *Income Tax Act* and the *Implementation Act* are federal statutes dealing with matters coming within the federal government’s exclusive areas of legislative competence.

[234] There is, moreover, no bar to the Federal Court considering the constitutionality of the federal legislation that is the subject of this action.

[235] It also bears noting that the *Federal Courts Act* specifically contemplates the exercise of constitutional jurisdiction by the Federal Courts. That is, subsection 57(1) of the *Federal Courts Act* provides that where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament is in question before the Federal Courts, such legislation “shall not be judged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province”.

[236] Similarly, subsection 18.3(2) of the *Federal Courts Act* contemplates references being brought by the Attorney General of Canada for this Court to determine “any question or issue of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of regulations made under an Act of Parliament”.

[237] As the Supreme Court recently observed in *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, 433 D.L.R. (4th) 195, [2019] S.C.J. No. 10 (QL) (*Jarvis* No.1), at paragraph 56, Parliament is presumed to have a mastery of existing law: Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 543. Section 57 and subsection 18.3(2) of the *Federal Courts Act* would have no practical utility if this Court did not have the jurisdiction to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative, whether under section 52 of the Charter or otherwise: *Bilodeau-Massé*, above, at paragraph 88.

aucun ensemble de règles de droit provinciales ni aucune concurrence de compétence. Elle consiste donc en l’application de règles de droit fédérales dans un domaine de compétence fédérale.

[233] De plus, les lois pertinentes en l’espèce sont des « lois du Canada » au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *Loi de l’impôt sur le revenu* et la *Loi de mise en œuvre de l’AIG* sont des lois fédérales qui régissent les questions relevant des domaines de compétence législative exclusive du gouvernement fédéral.

[234] En outre, il n’existe aucune disposition interdisant à la Cour fédérale de statuer sur la constitutionnalité des lois fédérales visées par la présente action.

[235] Il faut également souligner que la *Loi sur les Cours fédérales* envisage expressément l’exercice de la compétence constitutionnelle par les Cours fédérales. Ainsi, le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* porte que les lois fédérales dont la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour fédérale « ne peuvent être déclarées invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n’aient été avisés ».

[236] De même, le paragraphe 18.3(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* englobe les renvois que le procureur général du Canada peut faire à la Cour fédérale au sujet de « question portant sur la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel, d’une loi fédérale ou de ses textes d’application ».

[237] Comme la Cour suprême l’a récemment observé par l’arrêt *R. c. Jarvis*, 2019 CSC 10, [2019] A.C.S. n° 10 (QL) (*Jarvis* n° 1), au paragraphe 56, le législateur est présumé connaître le droit en vigueur : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, à la page 543. L’article 57 et le paragraphe 18.3(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* n’auraient aucune utilité pratique si la Cour n’avait pas la compétence de déclarer une loi invalide, inapplicable ou sans effet, sur le plan constitutionnel, que ce soit en vertu de l’article 52 de la Charte ou de tout autre texte de loi : voir aussi *Bilodeau-Massé*, ci-dessus, au paragraphe 88.

[238] Moreover, as Professor Zhou has observed, the Federal Courts have for decades been rendering constitutional judgments with “*erga omnes*” effects, and up until the majority’s comments in *Windsor Bridge*, the Supreme Court has never questioned their power to do so: Zhou “*Erga Omnes or Inter Partes?*”, above, at pages 278–279.

[239] Indeed, the Supreme Court has historically assumed that the Federal Courts have the power to grant general declarations of constitutional invalidity, and there has been “no perceived effort on the part of the Supreme Court to restrict the scope of their remedial powers”: Zhou “*Erga Omnes or Inter Partes?*”, above, at page 286, citing *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at page 101, (1991), 125 N.R. 241; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at page 692, (1992), 139 N.R. 1; and *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, 163 F.T.R. 284, at paragraph 22.

[240] For these reasons, I am satisfied that this Court does indeed have jurisdiction to grant the declaratory relief sought by the plaintiffs pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The question, then, is whether they have established that such a remedy is appropriate in this case. This takes us next to the merits of the plaintiffs’ case.

IX. Do the Impugned Provisions Violate Section 8 of the Charter?

[241] Section 8 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[242] The defendants concede that the Impugned Provisions result in the seizure of accountholder information of U.S. persons. They submit, however, that the plaintiffs and similarly situated individuals do not have an objectively reasonable expectation of privacy in their banking information, and that the seizure of the banking information in question is reasonable.

[238] De plus, comme le professeur Zhou l’a observé, les Cours fédérales rendent depuis des décennies des jugements constitutionnels ayant un effet « *erga omnes* », et jusqu’à l’arrêt *Windsor Bridge*, et les observations des juges majoritaires dans cet arrêt, la Cour suprême n’avait jamais mis en doute leur pouvoir en la matière : Zhou, « *Erga Omnes or Inter Partes?* », ci-dessus, aux pages 278 et 279.

[239] D’ailleurs, de tout temps, la Cour suprême a tenu pour acquis que les Cours fédérales ont généralement pleine compétence de déclarer une loi inconstitutionnelle, et [TRADUCTION] « la Cour suprême n’a pris aucune mesure perceptible pour restreindre la portée de leur pouvoir de réparation » : Zhou, « *Erga Omnes or Inter Partes?* », ci-dessus, à la page 286, citant *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la page 101; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la page 692; et *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 [Corbiere], au paragraphe 22.

[240] Pour ces motifs, je conclus que la Cour a bel et bien compétence de prononcer le jugement déclaratoire sollicité par les demanderesse, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il faut donc maintenant rechercher si les demanderesse ont établi que cette mesure est appropriée en l’espèce. Voilà qui nous amène à examiner sur le fond l’action des demanderesse.

IX. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l’article 8 de la Charte?

[241] L’article 8 de la Charte dispose : « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

[242] Les défendeurs concèdent que les dispositions contestées résultent en la saisie de renseignements sur les titulaires de compte qui sont des personnes des États-Unis. Ils allèguent néanmoins que les demanderesse et les personnes étant dans une situation semblable n’ont pas d’attente objectivement raisonnable en matière de vie privée en ce qui a trait à leurs renseignements bancaires, et que la saisie des renseignements bancaires en question est raisonnable.

A. The Plaintiffs' Arguments

[243] The plaintiffs acknowledge that the root of the problem in this case is the United States' citizenship-based taxation system. They further accept that there is nothing this Court can do about American income tax laws.

[244] The plaintiffs observe that prior to 2014, the Canada-U.S. Tax Treaty operated in a reciprocal fashion, with the two countries helping each other in gathering relevant information with respect to the taxes on people resident in both countries. However, the plaintiffs say that Canada subsequently changed its own domestic laws in order to help the American Government discover and tax U.S. citizens residing in Canada.

[245] According to the plaintiffs, the American government has now insisted that Canada give effect to its citizenship-based taxation laws. Canada's agreement to do so through the mechanisms contemplated by the Canada-U.S. IGA has created the constitutional problems that the defendants now face, by infringing the privacy and equality rights of Canadian citizens and residents.

[246] In particular, the plaintiffs say that the Impugned Provisions unjustifiably infringe section 8 of the Charter's guarantee of the right to be secure against unreasonable searches or seizures. They contend that the Impugned Provisions require that Canadian financial institutions transfer the banking information of an indeterminate number of Canadians (potentially in the hundreds of thousands in any one year) to the CRA, without prior judicial authorization or any state oversight, which information will then be handed over to the IRS.

[247] This occurs solely because Canadian financial institutions have determined that their customers are, or might be, U.S. persons. According to the plaintiffs, this is "a massive fishing expedition and a seizure that offends every core precept of the citizenry's ... right to a reasonable expectation of privacy".

A. Les arguments des demandereses

[243] Les demandereses reconnaissent que la cause première du problème en l'espèce est le régime d'imposition fondé sur la citoyenneté américaine. Elles conviennent également qu'il n'y a rien que notre Cour puisse faire au sujet des lois fiscales américaines.

[244] Les demandereses observent que, avant 2014, la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis était exécutée de façon réciproque, les deux pays s'entraîdant dans la collecte de renseignements fiscaux pertinents pour les personnes résidant au Canada et aux États-Unis. Cependant, les demandereses affirment que le Canada a subséquemment changé ses propres lois internes en vue d'aider le gouvernement américain à retrouver et à imposer les citoyens américains qui résident au Canada.

[245] Selon les demandereses, le gouvernement américain exige maintenant que le Canada donne effet à ses lois fiscales fondées sur la citoyenneté américaine. Le consentement de l'État canadien à le faire par le truchement des mécanismes prévus par l'AIG Canada-États-Unis a résulté en des problèmes constitutionnels avec lesquels les défendeurs doivent maintenant composer, en portant atteinte aux droits à la vie privée et à l'égalité des citoyens et résidents canadiens.

[246] Plus précisément, les demandereses affirment que les dispositions contestées sont injustifiablement contraires à l'article 8 de la Charte, qui garantit le droit de chacun à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Elles soutiennent que les dispositions contestées exigent que les institutions financières canadiennes transfèrent à l'Agence du revenu du Canada les renseignements bancaires d'un nombre indéterminé de Canadiens (potentiellement des centaines de milliers de Canadiens au cours d'une seule année), sans autorisation judiciaire préalable ni contrôle par l'État, ces renseignements étant ensuite communiqués à l'IRS.

[247] Cela se produit uniquement parce que les institutions financières canadiennes ont conclu que leurs clients sont des personnes des États-Unis ou pourraient l'être. Selon les demandereses, il s'agit là [TRADUCTION] « d'une recherche à l'aveuglette substantielle et d'une saisie qui transgressent tous les préceptes fondamentaux

[248] The plaintiffs say that they (and other affected individuals) have a reasonable expectation of privacy in their accountholder information. Canadian courts have observed that personal financial information *prima facie* attracts a reasonable expectation of privacy, and that people can reasonably expect their financial institutions to keep their banking information confidential. They further contend that the fact that the accountholder information may already be in the hands of Canadian financial institutions does not affect the plaintiffs' and others' reasonable expectations of privacy in that information.

[249] While acknowledging that they (and other U.S. persons) have pre-existing obligations to report certain information to the IRS under American law, the plaintiffs submit that they generally *do not* have an obligation to report this information to the defendants. Canada has nevertheless admitted that the accountholder information it receives as a result of the Impugned Provisions is being used for domestic tax compliance purposes.

[250] The plaintiffs contend that as a result of the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions, the CRA now receives accountholder information with respect to affected individuals, whether or not those individuals are in fact U.S. persons. As a consequence, the seizure of accountholder information that takes place pursuant to the Impugned Provisions results in that information being in the possession of, and potentially used by, both Canadian and American tax authorities.

[251] The plaintiffs further observe that some individuals whose accountholder information is shared with the IRS pursuant to the Impugned Provisions do not, in

du droit à une attente raisonnable en matière de vie privée de la population ».

[248] Les demandresses affirment qu'elles (ainsi que les autres particuliers visés) ont une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements sur les titulaires de compte. La jurisprudence canadienne enseigne que, de prime abord, les renseignements financiers commandent une attente raisonnable en matière de vie privée, et qu'une personne peut raisonnablement s'attendre à ce que son institution financière veille à la confidentialité de ses renseignements bancaires. Elles soutiennent également que le fait que les renseignements sur les titulaires de compte soient déjà entre les mains des institutions financières canadiennes n'a aucune incidence sur les attentes raisonnables des demandresses et des autres personnes en matière de vie privée par rapport à ces renseignements.

[249] Bien qu'elles reconnaissent qu'elles (tout comme d'autres personnes des États-Unis) ont des obligations préexistantes en matière de déclaration de certains renseignements à l'IRS aux termes du droit américain, les demandresses soutiennent qu'elles ne sont généralement *pas* tenues de déclarer ces renseignements aux défendeurs. Les autorités canadiennes ont néanmoins admis que les renseignements sur les titulaires de compte qu'elles reçoivent en raison des dispositions contestées sont utilisés aux fins de vérification du respect de la loi fiscale interne.

[250] Les demandresses soutiennent qu'en raison de l'AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées, l'Agence du revenu du Canada reçoit maintenant des renseignements sur les titulaires de compte en lien avec les particuliers visés, que celles-ci soient ou non des personnes des États-Unis. En conséquence, vu la saisie des renseignements sur les titulaires de compte qui a lieu aux termes des dispositions contestées, ces renseignements sont en la possession des autorités fiscales canadiennes et américaines et peuvent potentiellement être utilisés par celles-ci.

[251] Les demandresses font également observer que certains particuliers dont les renseignements sur les titulaires de compte sont communiqués à l'IRS aux

fact, have any reporting obligations under American law. The extent of this overreach cannot be measured, however, as the defendants do not keep track of how many of the account records that have been shared with the IRS are associated with individuals who are not actually U.S. persons.

[252] The plaintiffs submit that the defendants cannot demonstrate that the searches and seizures authorized by the Impugned Provisions are reasonable because:

- (a) they are warrantless and lack any judicial supervision of any kind,
- (b) it is impossible to test their reliability in achieving their objective, and
- (c) they almost certainly capture an inordinate number of individuals who have no American tax and reporting obligations.

[253] Finally, the plaintiffs contend that the defendants cannot possibly establish that the CRA's use of account-holder information obtained pursuant to the Impugned Provisions for domestic tax compliance purposes is reasonable as its use of that information is unrelated to the objectives underlying the Impugned Provisions. The defendants only possess this information as an incident to the Impugned Provisions, which are directed at providing this information to the United States, and not to Canadian tax authorities.

B. *Analysis*

- (1) The Role of the Courts in Reviewing Government Policy Choices

[254] In order to provide context for the plaintiffs' arguments, consideration must first be given to the role of the Courts when reviewing actions taken by the legislative branch of government.

termes des dispositions contestées n'ont, en fait, aucune obligation en matière de déclaration en vertu du droit américain. Cependant, l'ampleur de ce ratissage ne peut être mesuré puisque les défendeurs n'assurent pas un suivi du nombre de dossiers associés à un compte ayant été transmis à l'IRS qui sont liés à des personnes qui ne sont pas effectivement des États-Unis.

[252] Les demanderesse soutiennent que les défendeurs ne peuvent pas démontrer que les fouilles, les perquisitions et les saisies autorisées par les dispositions contestées sont raisonnables parce que :

- a) elles sont effectuées sans mandat et ne font l'objet d'aucune surveillance judiciaire de quelque nature que ce soit;
- b) il est impossible de vérifier leur fiabilité pour ce qui est de l'atteinte de leur objectif;
- c) elles touchent presque assurément un nombre excessif de personnes qui n'ont aucune obligation de déclaration ni aucune obligation fiscale américaine.

[253] Enfin, les demanderesse soutiennent que les défendeurs ne peuvent vraisemblablement établir que l'utilisation par l'ARC des renseignements sur les titulaires de compte qu'elle a obtenus aux termes des dispositions contestées aux fins de vérification du respect de la loi fiscale interne est raisonnable puisque son utilisation de ces renseignements n'est pas liée aux objectifs des dispositions contestées. Les défendeurs sont uniquement en possession de ces renseignements de façon accessoire par le truchement des dispositions contestées, dont le but est de communiquer ces renseignements aux États-Unis et non aux autorités fiscales canadiennes.

B. *Analyse*

- 1) La mission du juge en matière d'examen des choix politiques du gouvernement

[254] Pour mettre en contexte les arguments avancés par les défenderesses, il faut d'abord se pencher sur la mission du juge qui examine les mesures prises par le pouvoir législatif.

[255] In exercising its powers, the legislative branch is not exempt from constitutional scrutiny. As the Supreme Court observed in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, once a government policy choice has been translated into state action, it becomes reviewable under the Charter: at paragraph 105.

[256] However, a number of factors favour a high degree of deference being accorded to governmental policy choices as reflected in legislative action. The Supreme Court has identified a non-exhaustive list of these factors as including “the prospective nature of the decision, the impact on public finances, the multiplicity of competing interests, the difficulty of presenting scientific evidence and the limited time available to the state”: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraph 95. The Court further observed in *Chaoulli* that government policy choices are “often complex and difficult, and that the government must have the necessary time and resources to respond”: above, at paragraph 95.

[257] That said, as the Supreme Court observed in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 136 “care must be taken not to extend the notion of deference too far”. Indeed, the Court went on to observe that “[d]eference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable”: at paragraph 136.

[258] Indeed, it is the duty of the Courts to ensure that governments “do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 497, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536, citing *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at page 590, (1976), 11 N.R. 222.

[255] Dans l’exercice de ses pouvoirs, le pouvoir législatif n’est pas à l’abri du contrôle constitutionnel. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, lorsqu’un choix politique du gouvernement se traduit par un acte de l’État, il peut faire l’objet d’un examen fondé sur la Charte : au paragraphe 105.

[256] Toutefois, un certain nombre de facteurs militent en faveur d’un degré élevé de déférence envers les choix politiques du gouvernement qui se reflètent dans une mesure législative. La Cour suprême a dressé une liste non-exhaustive de ces facteurs, qui comprennent « l’aspect prospectif de la décision, l’incidence sur les finances publiques, la multiplicité des intérêts divergents, la difficulté d’apporter une preuve scientifique et le court délai dont a bénéficié l’État » : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, au paragraphe 95. La Cour a également fait observer dans l’arrêt *Chaoulli* que les choix politiques du gouvernement sont « souvent complexe[s] et difficile[s] et [que le gouvernement] doit disposer des moyens et du temps nécessaires pour réagir » : précité, au paragraphe 95.

[257] Cela dit, comme l’a signalé la Cour suprême dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 136 « il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect ». En effet, la Cour a ensuite fait observer que « [l]e respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables » : au paragraphe 136.

[258] D’ailleurs, il incombe au juge de s’assurer que les gouvernements « n’outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n’exercent pas illégalement certains pouvoirs » : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 497, citant *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, à la page 590.

(2) The Section 8 Analytical Framework

[259] In *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 [*Goodwin*], the Supreme Court observed that the protection that section 8 of the Charter provides for individuals' privacy interests, whether it be personal, territorial or informational, "is essential not only to human dignity, but also to the functioning of our democratic society". At the same time, the Court observed that section 8 "permits reasonable searches and seizures in recognition that the state's legitimate interest in advancing its goals or enforcing its laws will sometimes require a degree of intrusion into the private sphere" (emphasis in original): both quotes from *Goodwin*, above, at paragraph 55.

[260] The purpose of section 8 of the Charter is thus to protect individuals' reasonable expectation of privacy against unwarranted intrusions by the State: *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 159–160, (1984), 11 D.L.R. (4th) 641; *Jarvis* No. 1, above, at paragraph 57.

[261] The Supreme Court identified several criteria in *Hunter et al. v. Southam Inc.* that have to be satisfied in order for a search to be reasonable. These include the requirements that:

- (a) (there be) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;
- (b) ... the impartial arbiter must satisfy (him – or herself) that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that an offence has been committed;
- (c) ... the impartial arbiter must satisfy (him – or herself) that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something that will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and

2) Le cadre analytique de l'article 8

[259] Dans l'arrêt *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 [*Goodwin*], la Cour suprême a observé que la protection que l'article 8 accorde à la vie privée — personnelle, territoriale et informationnelle — des particuliers est « essentielle non seulement à la dignité humaine, mais aussi au fonctionnement de notre société démocratique ». Parallèlement, la Cour a observé que l'article 8 « permet les fouilles, les perquisitions et les saisies raisonnables, reconnaissant que le droit légitime de l'État de réaliser ses fins ou d'appliquer ses lois nécessitera parfois une certaine intrusion dans la sphère privée » (en italiques dans l'original) : citations toutes deux tirées de l'arrêt *Goodwin*, précité, au paragraphe 55.

[260] L'article 8 de la Charte a donc pour but de protéger l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée contre les intrusions injustifiées de l'État : *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (*Hunter*), aux pages 159 et 160; *Jarvis* n° 1, précité, au paragraphe 57.

[261] Dans l'arrêt *Hunter*, la Cour suprême a précisé plusieurs critères qui doivent être satisfaits pour qu'une fouille ou une perquisition soit jugée raisonnable. Ces critères comprennent, notamment :

- a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;
- b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;
- c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et

- (d) ... the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation: as summarized in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at page 499, (1990), 72 O.R. (2d) 415 [*Thomson Newspaper*], Wilson J., dissenting.
- d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête : tel qu'il a été résumé dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 [*Thomson Newspapers*], à la page 499, juge Wilson, dissident.

[262] The plaintiffs rely on the criteria established in *Hunter et al. v. Southam Inc.* as support for their contention that the seizure of information authorized by the Impugned Provisions is unreasonable.

[262] Les demanderesse citent les critères consacrés par l'arrêt *Hunter* à l'appui de leur thèse portant que la saisie de renseignements autorisée par les dispositions contestées est abusive.

[263] The criteria articulated by the Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.* were, however, formulated in the context of an appeal challenging the validity of a statutory provision that was criminal or quasi-criminal in nature: *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at page 641, (1990), 72 O.R. (2d) 798 [*McKinlay Transport*].

[263] Les critères formulés par la Cour suprême par l'arrêt *Hunter* l'ont cependant été dans le cadre d'un appel qui contestait la validité d'une disposition législative de nature pénale ou quasi pénale : *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 [*McKinlay Transport*], à la page 641.

[264] As the Supreme Court subsequently observed, the suspicion cast on individuals subject to criminal investigations can seriously lower their standing in the community. Consequently, citizens have a very high expectation of privacy in relation to criminal investigations, and they may expect that their privacy will be invaded only where the state can show that it has serious grounds to suspect guilt. This expectation is strengthened by the central position that the presumption of innocence plays in our criminal law: *Thomson Newspapers*, above, at pages 507–508, La Forest J., concurring.

[264] Comme la Cour suprême l'a subséquemment fait observer, le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête pénale peut compromettre sérieusement leur réputation dans la collectivité. Par conséquent, les citoyens ont une attente très élevée en matière de vie privée en ce qui a trait aux enquêtes pénales et peuvent s'attendre à ce que l'on porte atteinte à leur droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner une culpabilité. Cette attente est renforcée par le rôle central de la présomption d'innocence dans notre droit pénal : *Thomson Newspapers*, précité, aux pages 507 et 508, avec l'accord du juge La Forest.

[265] As a consequence, the Supreme Court has been clear that the *Hunter et al. v. Southam Inc.* criteria “are not hard and fast rules which must be adhered to in all cases under all forms of legislation”, and that “[w]hat may be reasonable in the regulatory or civil context may not be reasonable in a criminal or quasi-criminal context”: *Thomson Newspapers*, above, at pages 495–496, Wilson J., dissenting, as cited in *McKinlay Transport*, above, at page 643.

[265] Par conséquent, la Cour suprême a pris soin de préciser que les critères consacrés par l'arrêt *Hunter* « ne constituent pas des règles absolues à suivre dans tous les cas, quelle que soit la nature du texte législatif en cause », et que « [c]e qui peut être raisonnable en matière réglementaire ou civile peut ne pas l'être dans un contexte criminel ou quasi criminel » : *Thomson Newspapers*, précité, aux pages 495 et 496, juge Wilson, dissident, tel

[266] The Supreme Court went on in *Thomson Newspapers*, above, to observe that “[w]hat is important is not so much that the strict criteria be mechanically applied in every case but that the legislation respond in a meaningful way to the concerns identified ... in *Hunter [v. Southam]*”: at page 496, Wilson J., dissenting.

[267] That said, the Supreme Court has held that the closer the legislation in question is to traditional criminal law, the more likely it is that that departures from the criteria established in *Hunter et al. v. Southam Inc.* will not be countenanced: *Thomson Newspapers*, above, at page 496, Wilson J., dissenting.

[268] This case involves income tax legislation and legislation relating to the exchange of information for income tax purposes. The Supreme Court held in *McKinlay Transport* that the *Income Tax Act* “is essentially a regulatory statute since it controls the manner in which income tax is calculated and collected”: at page 641. In his concurring judgment in *McKinlay Transport*, Justice La Forest described the *Income Tax Act* as being “essentially of an administrative nature”: at page 650. The same may be said of the Implementation Act.

[269] While it is true that the *Income Tax Act* creates criminal offences, the purpose of the legislation is not to penalize criminal conduct, but rather to enforce compliance with the Act: *McKinlay Transport*, above, at page 641; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 (*Jarvis* No. 2), at paragraphs 57 and 62.

[270] In light of the self-assessing and self-reporting nature of the income tax scheme, the Supreme Court further held in *McKinlay Transport* that the Minister must be given broad powers in supervising the regulatory scheme: at page 648.

[271] Given the regulatory nature of income tax legislation and the scheme that it enacted, the Supreme

qu’il est cité dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, à la page 643.

[266] La Cour suprême a poursuivi, dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, en observant que « [l]’important n’est pas tant que les critères stricts soient appliqués automatiquement dans chaque cas, mais que le texte législatif tienne compte de façon significative des préoccupations exprimées [...] dans l’arrêt *Hunter [c. Southam]* » : à la page 496, juge Wilson, dissident.

[267] Cela dit, la Cour suprême a conclu que plus la loi en question s’apparente au droit pénal traditionnel, moins il est probable que le non-respect des critères consacrés par l’arrêt *Hunter* sera admis : *Thomson Newspapers*, précité, à la page 496, juge Wilson, dissident.

[268] La présente affaire met en cause la loi fiscale et la législation relative à l’échange d’information aux fins de l’impôt sur le revenu. Dans l’arrêt *McKinlay Transport*, la Cour suprême a conclu que la *Loi de l’impôt sur le revenu* est « essentiellement une mesure de réglementation puisqu’elle régit la façon dont l’impôt sur le revenu est calculé et perçu » : à la page 641. Dans ses motifs concordants exposés dans l’arrêt *McKinlay Transport*, le juge La Forest qualifie la *Loi de l’impôt sur le revenu* d’« essentiellement de nature administrative » : à la page 650. Cela vaut également pour la Loi de mise en œuvre.

[269] Bien qu’il soit vrai que la *Loi de l’impôt sur le revenu* crée des infractions pénales, le but de cette loi n’est pas de sanctionner une conduite criminelle, mais d’imposer le respect de la Loi : *McKinlay Transport*, précité, à la page 641; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 (*Jarvis* n° 2), aux paragraphes 57 et 62.

[270] Compte tenu de la nature du régime fiscal fondé sur l’autodéclaration et l’autocotisation, la Cour suprême a également conclu, dans l’arrêt *McKinlay Transport*, que le ministre doit disposer de larges pouvoirs dans la surveillance du régime de réglementation : à la page 648.

[271] Étant donné la nature réglementaire de la législation fiscale et le régime qu’elle a adopté, la Cour suprême

Court found in *McKinlay Transport* that the *Hunter et al v. Southam Inc.* criteria were ill-suited to determining whether a seizure under a provision of the *Income Tax Act* was reasonable: above, at page 648. Rather than applying a rigid approach to section 8 of the Charter, the Court held that a flexible and purposive approach should be taken, given that the provision “must be capable of application in a vast variety of legislative schemes”: at pages 644 and 647. That is, the scope of the Charter right may vary according to the circumstances: *Jarvis* No. 2, above, at paragraph 63.

[272] Indeed, the Supreme Court has observed that the application of a less strenuous and more flexible standard of reasonableness in the case of administrative or regulatory searches and seizures is fully consistent with a purposive approach to the application of section 8 of the Charter: *Thomson Newspapers*, above, at page 506, La Forest J., concurring.

[273] For section 8 of the Charter to be engaged, there must first be a search or seizure. Assuming that to be the case, the question then is whether the search or seizure was reasonable: *Jarvis* No. 2, above, at paragraph 69; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash*; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406, at page 437, (1994), 115 D.L.R. (4th) 702.

[274] The Supreme Court held in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417 that “the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person’s consent”: at page 431. As noted earlier, the defendants acknowledge that the Impugned Provisions result in the seizure of account information belonging to people whose banking records suggest that they have U.S. Person Indicia.

[275] The question, then, is whether the seizure of the affected individuals’ banking information is reasonable.

a conclu, dans l’arrêt *McKinlay Transport*, que les critères énoncés dans l’arrêt *Hunter* ne convenaient pas pour déterminer le caractère raisonnable d’une saisie effectuée en vertu d’une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu* : précité, à la page 648. Plutôt que d’interpréter l’article 8 de la Charte suivant une approche rigide, la Cour a conclu qu’il faut retenir une approche souple et fondée sur l’objet visé étant donné que la disposition « doit pouvoir s’appliquer à une grande variété de régimes législatifs » : aux pages 644 et 647. En d’autres termes, la portée de la Charte peut varier selon les circonstances : *Jarvis* n° 2, précité, au paragraphe 63.

[272] D’ailleurs, la Cour suprême a fait remarquer que l’application d’une norme du caractère raisonnable moins stricte et plus souple dans le cas de fouilles, de perquisitions et de saisies en matière administrative ou réglementaire est tout à fait conforme à une interprétation fondée sur l’objet de l’article 8 de la Charte : *Thomson Newspapers*, précité, à la page 506, avec l’accord du juge La Forest.

[273] Pour que joue l’article 8 de la Charte, il faut d’abord qu’il y ait eu fouille, perquisition ou saisie. Si l’on présume que tel est le cas, la question est donc de déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable : *Jarvis* n° 2, précité, au paragraphe 69; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, à la page 437.

[274] Dans l’arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, la Cour suprême a conclu qu’« il y a saisie au sens de l’art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement » : à la page 431. Ainsi qu’il a été signalé plus haut, les défendeurs admettent que les dispositions contestées donnent lieu à la saisie de renseignements puisés dans les comptes appartenant à des personnes dont les dossiers bancaires semblent comporter des *indices* d’une personne des États-Unis.

[275] La question est donc de déterminer si la saisie des renseignements bancaires des particuliers visés est raisonnable.

[276] According to the Supreme Court, searches or seizures conducted without a warrant are presumptively unreasonable, with the result that the burden of establishing reasonableness thus rests with the state: *Goodwin*, above, at paragraph 56, citing *Hunter et al. v. Southam Inc.*, above, at page 161.

[277] As was noted earlier, the determination as to whether a particular search or seizure is reasonable is a context-specific inquiry, requiring an assessment as to whether in the circumstances of the case, the interest of affected individuals in being left alone must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals: *Jarvis No. 2*, above, at paragraph 69, quoting *Hunter et al. v. Southam Inc.*, above, at pages 159–160; *Thomson Newspapers*, above, at page 495, Wilson J., dissenting.

[278] Where, for example, an individual has only a minimal expectation that certain information will remain private, this may tip the balance in the favour of the state interest: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 157 N.R. 321; *Smith v. Canada (Attorney General)*, 2001 SCC 88, [2001] 3 S.C.R. 902.

[279] The Supreme Court has further observed that individuals “have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents”. Consequently, the Court stated that “the standard of review of what is ‘reasonable’ in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful”: both quotes from *McKinlay Transport*, above, at page 645.

[280] After noting that there is “a large circle of social and business activity in which there is a very low expectation of privacy”, Reid and Young stated that “[t]he issue is not *whether*, but rather when, how much, and under what conditions information must be disclosed to satisfy the state's legitimate requirements” [emphasis in original]. While observing that everyone who files an income tax return may be said to enjoy a low expectation of privacy with respect to information regarding his or her income, there is nevertheless an expectation “that demands for information have limits, and will be administered under

[276] Selon la Cour suprême, les fouilles, les perquisitions ou les saisies sans mandat sont présumées abusives, le fardeau d'établir le caractère raisonnable incombant donc à l'État : *Goodwin*, précité, au paragraphe 56, citant *Hunter*, précité, à la page 161.

[277] Ainsi qu'il a été signalé plus haut, la question de savoir si une fouille, une perquisition ou une saisie donnée est raisonnable dépend du contexte et il faut rechercher si, dans les circonstances entourant l'affaire, le droit des particuliers visés de ne pas être importunés doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins : *Jarvis n° 2*, précité, au paragraphe 69, citant *Hunter*, précité, aux pages 159 et 160; *Thomson Newspapers*, précité, à la page 495, juge Wilson, dissident.

[278] Si, par exemple, une personne n'a qu'une attente minimale à l'égard du fait que certains renseignements demeureront confidentiels, cela pourra faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'État : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Smith c. Canada (Procureur général)*, 2001 CSC 88, [2001] 3 R.C.S. 902.

[279] La Cour suprême a en outre fait observer que « les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés ». Par conséquent, la Cour a observé que « la norme d'examen de ce qui est “raisonnable” dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens » : les deux citations sont puisées dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, à la page 645.

[280] Après avoir souligné qu'il y a « un grand nombre d'activités sociales et commerciales à l'égard desquelles les attentes en matière de vie privée sont très faibles », A. D. Reid et A. H. Young enseignent que « [l]a question n'est pas de *savoir si* des renseignements doivent être communiqués pour répondre aux exigences légitimes de l'État, mais plutôt de savoir quand cela doit se faire, dans quelle mesure et à quelles conditions » [italiques dans l'original]. Tout en faisant observer que quiconque produit une déclaration d'impôt annuelle s'attend peu à garder pour lui seul les renseignements ayant trait à son revenu,

terms that are fair and reasonable”, which is what section 8 of the Charter is all about: all quotes from Alan D. Reid and Alison Harvison Young, “Administrative Search and Seizure Under the Charter” (1985), 10 *Queen’s L.J.* 392, at pages 399–400, as quoted in *McKinlay Transport*, above, at page 646 (additional emphasis removed).

[281] The Supreme Court has, moreover, observed that in considering the concept of informational privacy, “individuals have a valid claim ‘to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others’”: *Jarvis* No. 1, above, at paragraph 66, quoting *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paragraph 23. The Court further observed in *Jarvis* No. 1 that personal information is “also closely tied to the dignity and integrity of the individual”: at paragraph 66. In considering whether there is a reasonable expectation of privacy in certain information, the Court stated in *Jarvis* No. 1, above, that regard had to be had to the nature and quality of the information: at paragraph 66.

[282] Thus not all seizures violate section 8 of the Charter; only unreasonable ones will do so: *Thomson Newspapers*, above, at page 96, Wilson J., dissenting. How then does one determine whether the seizure of information in a given set of circumstances is reasonable?

[283] The Supreme Court stated in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, (1998), 158 D.L.R. (4th) 577 [*Schreiber*] that in assessing the extent of a person’s reasonable expectation of privacy, consideration has to be given to factors such as “the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and [where applicable] the seriousness of the crime being investigated”: at paragraph 21, citing *R. v. Plant*, above, at page 293. The Court further noted in *Schreiber*, above,

il est néanmoins attendu que « les demandes de renseignements aient des limites et qu’elles respectent des modalités justes et raisonnables », ce qui est l’essence même de l’article 8 de la Charte : toutes les citations sont extraites de la doctrine « Administrative Search and Seizure Under the Charter », Alan D. Reid et Alison Harvison Young (1985), 10 *Queen’s L.J.* 392, aux pages 399 et 400, tel que reproduites dans l’arrêt *McKinlay Transport*, précité, à la page 646 (soulignement supplémentaire omis).

[281] En outre, la Cour suprême a observé que, en ce qui concerne le respect du caractère privé des renseignements personnels, « les particuliers ont le droit de [TRADUCTION] “déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués” » : *Jarvis* n° 1, précité, au paragraphe 66, citant *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, au paragraphe 23. Dans l’arrêt *Jarvis* n° 1, la Cour a également fait observer que les renseignements personnels sont « aussi étroitement lié[s] à la dignité et à l’intégrité de la personne » : au paragraphe 66. L’arrêt *Jarvis* n° 1 précité, décide que, pour déterminer s’il y a une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de certains renseignements, il est nécessaire de prendre en compte la nature et la qualité des renseignements en cause : au paragraphe 66.

[282] Ainsi, ce ne sont pas toutes les saisies qui violent l’article 8 de la Charte, seulement celles qui sont abusives : *Thomson Newspapers*, précité, à la page 96, juge Wilson, dissident. Comment peut-on donc déterminer si la saisie de renseignements dans des circonstances données est raisonnable?

[283] Dans l’arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841 [*Schreiber*], la Cour suprême a observé que, pour apprécier la mesure dans laquelle une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut tenir compte de facteurs tels « la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et [le cas échéant] la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête » : au paragraphe 21, citant *R. c. Plant*, précité, à la page 293. La Cour a également noté dans l’arrêt *Schreiber*, précité,

that regard must also be had to the nature of the activity that brings the individual into contact with the state, as this may affect the expectation of privacy to which the individual is entitled, especially in the context of regulatory regimes: at paragraph 21.

[284] In considering the constitutionality of a statute authorizing a search or seizure, the Court's focus should be on the impact of the search or seizure on the subject of the search or seizure, and not just on its rationality in furthering a valid government objective: *Hunter et al. v. Southam Inc.*, above, at page 157.

[285] With this understanding of the relevant legal principles, I turn now to consider whether the seizure of information in accordance with the Impugned Provisions is reasonable.

- (3) Do the Plaintiffs and Other Affected Individuals have a Reasonable Expectation of Privacy in Their Banking Information?

[286] As noted earlier, to be able to claim the protection of section 8 of the Charter, an individual must first establish that they have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search. That is, the individual must demonstrate that he or she subjectively expected that the material in issue would be kept private, and that this expectation was objectively reasonable. Whether the individual has a reasonable expectation of privacy in a given situation has to be assessed in the totality of the circumstances: *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at paragraph 10; *R. v. Mills*, 2019 SCC 22, 374 C.C.C. (3d) 423, at paragraphs 13 and 20.

[287] I will deal first with the question of the plaintiffs' subjective expectation of privacy with respect to their banking information. Ms. Deegan does not expressly address this issue in her affidavit, although she does refer to her banking information as "private", asserting that she does not want her private banking information to be shared with a foreign country with which she has no real

qu'il faut aussi prendre en compte la nature de l'activité qui met l'individu en contact avec l'État, comme elle peut avoir une incidence sur l'attente à laquelle cet individu a droit en matière de vie privée, particulièrement dans le contexte de régimes de réglementation : au paragraphe 21.

[284] En matière d'examen de la constitutionnalité d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie, la Cour doit se concentrer sur l'effet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie sur la personne visée par celle-ci, et non simplement sur sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable : *Hunter*, précité, à la page 157.

[285] En ayant à l'esprit les principes juridiques pertinents, je rechercherai maintenant si la saisie de renseignements effectuée aux termes des dispositions contestées est raisonnable.

- 3) Les demanderesse et les autres particuliers visés ont-ils une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne leurs renseignements bancaires?

[286] Comme il a été signalé précédemment, pour qu'une personne puisse utilement invoquer la protection garantie par l'article 8 de la Charte, elle doit d'abord établir qu'elle a une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne l'objet de la fouille ou de la perquisition. En d'autres termes, l'intéressé doit démontrer qu'il s'attendait subjectivement à ce que les documents en question demeurent confidentiels, et que cette attente était objectivement raisonnable. Pour déterminer si une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée dans une situation donnée, il faut prendre en compte l'ensemble des circonstances : *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, au paragraphe 10; *R. c. Mills*, 2019 CSC 22, aux paragraphes 13 et 20.

[287] J'examinerai d'abord la question se rapportant à l'attente subjective en matière de vie privée des demanderesse en ce qui concerne leurs renseignements bancaires. M^{me} Deegan ne s'exprime pas expressément sur cette question dans son affidavit, bien qu'elle qualifie ses renseignements bancaires de [TRADUCTION] « confidentiels », déclarant qu'elle ne veut pas que ses renseignements

connection. As noted earlier, Ms. Highton did not provide an affidavit in this case with the result that we have no evidence from her as to the nature of her subjective expectations with respect to her banking information.

[288] There is also little direct evidence in the affidavits of the other lay witnesses as to their subjective expectation of privacy. Indeed, the focus of most of the affiants' attention is the concerns that they developed as a result of the enactment of FATCA, rather than the Impugned Provisions.

[289] It is, however, clear from affidavits of the lay witnesses that they were surprised and unhappy about the fact that their banking information could be shared with American tax authorities. From this, I am prepared to find that those affected by the Impugned Provisions likely have some subjective expectation of privacy with respect to their banking information.

[290] The question, then, is whether that expectation is objectively reasonable.

[291] The Supreme Court observed in *Schreiber* that privacy is not a right that is tied to property. It is, rather “a crucial element of individual freedom which requires the state to respect the dignity, autonomy and integrity of the individual”. The Court went on in *Schreiber* to observe that “[t]he degree of privacy which the law protects is closely linked to the effect that a breach of that privacy would have on the freedom and dignity of the individual”: both quotes from paragraph 19.

[292] As a consequence, the Court held in *Schreiber* that individuals will have an extremely high expectation of privacy in relation to their bodily integrity—where, for example, the taking of a blood sample is in issue, as was the case in *R. v. Dymont*, above. Similarly, individuals will have a high expectation of privacy in relation to their homes: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, (1997), 146 D.L.R. (4th) 609.

bancaires personnels soient communiqués à un pays étranger avec lequel elle n’a pas de véritable lien. Comme je l’ai déjà souligné, M^{me} Highton n’a pas produit d’affidavit en l’espèce; ainsi, elle n’a rendu aucun témoignage quant à la nature de ses attentes subjectives en ce qui concerne ses renseignements bancaires.

[288] En outre, il y a peu d’éléments de preuve directs dans les affidavits des autres témoins ordinaires quant à leur attente subjective en matière de vie privée. En effet, la plupart des déposants ont mis l’accent sur les préoccupations qui leur ont été causées par l’adoption de la FATCA, plutôt que par les dispositions contestées.

[289] Cependant, il ressort clairement des affidavits des témoins ordinaires qu’ils étaient étonnés et mécontents de ce que leurs renseignements bancaires pouvaient être communiqués aux autorités fiscales américaines. À la lumière de ce qui précède, je suis disposée à conclure que les personnes visées par les dispositions contestées auront vraisemblablement une quelconque attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne leurs renseignements bancaires.

[290] La question qui se pose alors est si cette attente est objectivement raisonnable.

[291] La Cour suprême, dans l’arrêt *Schreiber*, a fait observer que la vie privée n’est pas un droit qui est lié à la propriété. Il s’agit plutôt d’« un élément crucial de la liberté individuelle qui commande à l’État de respecter la dignité, l’autonomie et l’intégrité de l’individu ». La Cour a ensuite fait observer, toujours dans l’arrêt *Schreiber*, que « [l]e degré de vie privée protégé par la loi est étroitement lié à l’effet qu’une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l’individu en cause » : les deux citations sont des extraits du paragraphe 19.

[292] Par conséquent, la Cour a conclu par l’arrêt *Schreiber* que les individus auront une attente extrêmement élevée en matière de vie privée pour ce qui est de leur intégrité physique — par exemple lorsqu’il est question d’une prise de sang, comme c’était le cas dans l’affaire *R. c. Dymont*, précitée. Dans le même ordre d’idée, les individus auront une attente élevée en matière de vie privée en ce qui concerne leur maison : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[293] The material that is subject to seizure in this case is banking information that is turned over to the CRA by Canadian financial institutions. The seizure of this information does not involve an encroachment on individuals' bodily integrity in the way that the taking of a blood sample would, nor does it involve an incursion into the homes of the affected individuals. As such, the mechanism of the seizure is minimally intrusive, suggesting that there is an objectively lower expectation of privacy with respect to the information in question than there would be with respect to matters such as blood samples or the contents of an individual's home.

[294] The Supreme Court has further held that individuals generally have a diminished expectation of privacy in respect of records and documents that they produce during the ordinary course of regulated activities: *Thomson Newspapers*, above, at page 507, La Forest J., concurring.

[295] Insofar as income tax information is concerned, the Court has found that taxpayers' privacy interest in records that may be relevant to the filing of income tax returns is "relatively low": *McKinlay Transport*, above, at pages 649–650. Indeed, the Supreme Court has observed that taxpayers have very little privacy interest in the materials and records that they are obliged to keep under the *Income Tax Act*, or in documents that they are obliged to produce during an audit: *Jarvis* No. 2, above, at paragraph 95.

[296] As the Supreme Court further observed in *McKinlay Transport*, above, spot checks or random monitoring "may be the only way in which the integrity of the tax system can be maintained": at page 648. Consequently, the Minister has broad powers to audit taxpayers' returns and to inspect records relevant to the preparation of these returns: *McKinlay Transport*, above, at page 648. This includes the power to conduct compliance audits of taxpayers' records, potentially on a random basis, something that further diminishes taxpayers' reasonable expectation of privacy in their financial records.

[293] En l'espèce, les documents visés par la saisie sont des renseignements bancaires qui sont transmis à l'ARC par les institutions financières canadiennes. La saisie de ces renseignements ne comporte pas d'atteinte à l'intégrité physique comme c'est le cas avec une prise de sang, et elle n'impliquera pas une intrusion dans les maisons des particuliers visés. Ainsi, le mécanisme de la saisie est très peu envahissant; il en ressort qu'il y a une attente objectivement moins élevée en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements en question que dans le cas, par exemple, d'échantillons de sang ou d'effets personnels dans le domicile d'un particulier.

[294] La Cour suprême enseigne également que les individus ont généralement une attente moins élevée en matière de vie privée en ce qui concerne les dossiers et les documents qu'ils produisent dans le cours normal des activités réglementées : *Thomson Newspapers*, précité, à la page 507, avec l'accord du juge La Forest.

[295] Dans la mesure où les renseignements fiscaux sont concernés, la Cour enseigne que le droit à la vie privée des contribuables relativement aux dossiers pouvant être d'une certaine pertinence dans la production de déclarations de revenus est « relativement faible » : *McKinlay Transport*, précité, aux pages 649 et 650. D'ailleurs, la Cour suprême a observé que le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et produire au cours d'une vérification : *Jarvis* n° 2, précité, au paragraphe 95.

[296] Comme la Cour suprême a en outre fait observer dans l'arrêt *McKinlay Transport*, précité, les contrôles ponctuels ou des vérifications aléatoires « peuvent constituer le seul moyen de préserver l'intégrité du régime fiscal » : à la page 648. Par conséquent, le ministre dispose de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen de tous les documents qui peuvent être utiles pour préparer ces déclarations : *McKinlay Transport*, précité, à la page 648. Cela comprend le pouvoir de procéder à des vérifications de conformité pour les dossiers des contribuables, potentiellement sur une base aléatoire, ce qui diminue encore davantage l'attente raisonnable des contribuables en matière de vie privée à l'égard de leurs documents financiers.

[297] The plaintiffs submit that some of the information that is shared with the IRS in accordance with the Impugned Provisions (such as account balances) is information that does not have to be shared with the CRA under the *Income Tax Act*. The Supreme Court has, moreover, observed that the compelled production of documents that are not subject to the strict filing and maintenance requirements of the *Income Tax Act* may well extend to information and documents in which the taxpayer has a privacy interest in need of protection under section 8 of the Charter: *McKinlay Transport*, above, at page 642.

[298] I recognize that some of the information that may be turned over to the CRA by Canadian financial institutions in accordance with the Impugned Provisions may not necessarily be information that is relevant to the filing of Canadian income tax returns (although I do note that information with respect to account balances could potentially be relevant in calculating interest income—something that *is* taxable under Canadian law).

[299] Moreover, section 230 of the *Income Tax Act* requires that taxpayers keep records and books of account that contain “such information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined”. This information is thus subject to production to the CRA under Canadian law, further limiting the expectation of privacy that taxpayers could have in the information in question.

[300] Justice Martineau also observed in *Hillis*, above, that the reporting requirements of FATCA are “similar in principle to certain Canadian reporting requirements under the [*Income Tax Act*] that also do not require information indicating income tax or tax liability”: at paragraph 71.

[297] Les demandresses soutiennent que certains des renseignements qui sont communiqués à l’IRS conformément aux dispositions contestées (les soldes de compte, par exemple) sont des renseignements qui n’ont pas besoin d’être communiqués à l’ARC aux termes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La Cour suprême a en outre fait observer que la production forcée de documents qui ne sont pas soumis aux exigences strictes de la *Loi de l’impôt sur le revenu* en matière de dépôt et de tenue de documents peut fort bien s’étendre à des renseignements et à des documents que le contribuable a intérêt à voir protéger conformément à l’article 8 de la Charte : *McKinlay Transport*, précité, à la page 642.

[298] Je reconnais que certains des renseignements qui pourraient être transmis à l’ARC par les institutions financières conformément aux dispositions contestées ne sont pas nécessairement des renseignements qui sont pertinents quant à la production de déclarations de revenus (même si je tiens à souligner que les renseignements qui se rapportent aux soldes de compte pourraient éventuellement être d’une certaine pertinence dans le calcul des revenus d’intérêts — ce qui *est* imposable aux termes du droit canadien).

[299] En outre, l’article 230 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* exige que les contribuables tiennent des registres et des livres de compte qui contiennent des « renseignements qui permettent d’établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues ». Ces renseignements sont donc assujettis à la divulgation à l’Agence du revenu du Canada aux termes du droit canadien, limitant encore davantage l’attente en matière de vie privée que pourraient avoir les contribuables en ce qui concerne les renseignements en question.

[300] Le juge Martineau a également fait observer, dans la décision *Hillis*, précitée, que les exigences de la FATCA sont « semblables en principe à certaines exigences canadiennes en matière de déclaration que prévoit la [*Loi de l’impôt sur le revenu*] et qui, elles aussi, n’exigent pas la production de renseignements indiquant l’existence d’un impôt sur le revenu ou d’une obligation fiscale » : au paragraphe 71.

[301] In support of this finding, Justice Martineau noted that section 233.3 of the *Income Tax Act* requires that certain Canadian taxpayers report holdings of a wide range of foreign property with a cost of more than \$100 000, regardless of whether or not that property generates income that is taxable in Canada. He further observed that these reporting requirements “exist to assist the CRA in administering the Canadian tax system”, and that similar types of information about American taxpayers is relevant to the carrying out of the provisions of U.S. tax laws in relation to Canadian residents who are U.S. persons: *Hillis*, above, at paragraph 71.

[302] Justice Martineau thus concluded that the banking information to be reported under the Canada–U.S. IGA (and by extension, the Impugned Provisions) was “foreseeably relevant” to U.S. tax compliance, thus satisfying the requirements of paragraph 1 of Article XXVII of the Canada–U.S. Tax Treaty: *Hillis*, above, at paragraphs 14, 68. This provision states that the Canadian and American competent authorities “shall exchange *such information as may be relevant* for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes to which this Convention applies” (emphasis added).

[303] The Supreme Court has nevertheless held that personal financial records contain information of the sort that individuals would expect would remain confidential, as they are part of what the Court described as the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: *R. v. Plant*, above, at page 293, as cited in *Schreiber*, above, at paragraph 22.

[304] I am, however, satisfied that U.S. persons still have only a limited expectation of privacy in the account holder information at issue in this case. This is because U.S. persons have a pre-existing legal obligation to provide their banking information to the IRS in accordance with the

[301] A l’appui de cette conclusion, le juge Martineau a noté que l’article 233.3 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* exige que certains contribuables canadiens déclarent un large éventail de biens étrangers qu’ils possèdent et dont le coût est supérieur à 100 000 \$, que ces biens génèrent ou non des revenus imposables au Canada. Il a également fait observer que ces exigences en matière de déclaration « ont pour but d’aider l’ARC à appliquer le régime fiscal canadien », et que des types semblables de renseignements au sujet de contribuables américains sont pertinents pour appliquer les dispositions de lois fiscales américaines à l’égard de résidents canadiens qui sont des personnes des États-Unis : *Hillis*, précitée, au paragraphe 71.

[302] Le juge Martineau a donc conclu que les renseignements bancaires devant être échangés dans le cadre de l’AIG Canada–États-Unis (et, par extension, des dispositions contestées) étaient « pertinents de manière prévisible » quant à la vérification du respect de la loi fiscale américaine, et répondaient donc aux exigences énoncées au paragraphe 1 de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada–États-Unis : *Hillis*, précitée, aux paragraphes 14 et 68. Cette disposition prévoit que les autorités canadiennes et américaines compétentes doivent « échange[r] les renseignements pertinents à l’application des dispositions de la présente Convention ou à celles de la législation interne des États contractants relatives aux impôts auxquels s’applique la présente Convention » (en italiques dans l’original).

[303] La Cour suprême a néanmoins conclu que les dossiers financiers personnels contiennent le genre de renseignements dont les particuliers s’attendent à ce qu’on respecte la confidentialité, comme ils font partie de ce que la Cour a qualifié d’« ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » : *R. c. Plant*, précité, à la page 293, tel qu’il est cité dans l’arrêt *Schreiber*, précité, au paragraphe 22.

[304] Je conclus néanmoins que les personnes des États-Unis n’ont tout de même qu’une attente limitée en matière de vie privée pour ce qui est des renseignements sur les titulaires de compte en cause en l’espèce. Il en est ainsi parce que les personnes des États-Unis ont

provisions of FATCA, quite apart from the disclosure requirements of the Impugned Provisions. In addition, some of this information is also subject to disclosure to the U.S. government by way of FBAR reports.

[305] Indeed, as Mr. Shoom observes in his affidavit, although the IRS now receives information from Canadian financial institutions with respect to accounts of U.S. persons residing in Canada, the obligation to provide this information originates from the enactment of FATCA by the U.S. Government. It exists, moreover, regardless of whether the information is transmitted through a government-to-government relationship (as contemplated by the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions), or is communicated directly to the IRS by Canadian financial institutions (as contemplated by FATCA).

[306] The fact that the plaintiffs and other U.S. persons have the pre-existing obligation to report their banking information to the IRS under American tax laws (as well as the obligation to file the FBAR reports that are required under the U.S. *Bank Secrecy Act*) suggests that their privacy interest in that information is limited.

[307] The U.S. tax obligations of American citizens exist, moreover, regardless of whether or not the IRS is actually aware of such individuals.

[308] The plaintiffs submit that the suggestion that individuals' expectation of privacy can be affected by foreign tax reporting requirements "has concerning implications". In support of this contention, the plaintiffs submit that Canada could not maintain that the affected individual had little or no reasonable expectation of privacy in information regarding a person's religious practices if another state's laws required a person in Canada to report such information. That is not, however, this case.

une obligation légale préexistante de communiquer leurs renseignements bancaires à l'IRS conformément aux dispositions de la FATCA, indépendamment des exigences de divulgation des dispositions contestées. En outre, certains de ces renseignements sont également susceptibles de divulgation au gouvernement américain au moyen des rapports FBAR.

[305] En effet, comme le fait remarquer M. Shoom dans son affidavit, bien que l'IRS reçoive maintenant des renseignements des institutions financières canadiennes en ce qui concerne les personnes des États-Unis qui résident au Canada, l'obligation de fournir cette information découle de l'adoption de la FATCA par le gouvernement américain. En outre, elle existe peu importe si l'information est transmise dans le cadre d'une relation gouvernement à gouvernement (comme le prévoit l'AIG Canada–États-Unis et les dispositions contestées) ou est communiquée directement à l'IRS par les institutions financières canadiennes (comme le prévoit la FATCA).

[306] Les demanderesse et d'autres personnes des États-Unis ont l'obligation préexistante de communiquer leurs renseignements bancaires à l'IRS conformément aux lois fiscales américaines (ainsi que l'obligation de soumettre les rapports FBAR qui sont exigés aux termes de la *Bank Secrecy Act* des États-Unis); il en ressort que leur droit au respect de leur vie privée à l'égard de ces renseignements est limité.

[307] En outre, les obligations fiscales américaines des citoyens américains jouent, peu importe si l'IRS est au courant ou non de l'existence de ces personnes.

[308] Les demanderesse soutiennent que l'idée que l'attente des particuliers en matière de vie privée puisse être affectée par les exigences de déclaration d'une administration fiscale étrangère a des [TRADUCTION] « conséquences troublantes ». À l'appui de cette thèse, les demanderesse soutiennent que le Canada ne pourrait pas maintenir que le particulier visé a peu ou aucune attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne des renseignements liés à ses pratiques religieuses si les lois d'un autre État prévoient qu'une personne se trouvant au Canada est tenue de communiquer de tels renseignements. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce.

[309] Indeed, there are limits on the extent to which Canada will cooperate with foreign jurisdictions in the enforcement of the laws of those states, and it will not do so in situations where application of the foreign law could lead to a result that is contrary to Canadian values.

[310] For example, while Canada will generally cooperate with foreign jurisdictions by extraditing individuals charged with criminal offences to allow them to face trial in the country where the offence occurred (assuming the existence of an extradition treaty with the country in question), it will not do so if the individual faces the death penalty: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283.

[311] The defendants say the plaintiffs are asking this Court to strike down the Impugned Provisions on the basis of an alleged constitutional right to be protected from the consequences of violating the tax laws of a country of which they are citizens.

[312] It bears noting, however, that if the Court were to strike down the Impugned Provisions, U.S. persons resident in Canada would *still* be subject to the filing and compliance obligations of FATCA and the American *Bank Secrecy Act*, and their account information may well still be shared with the IRS by Canadian financial institutions.

[313] Having concluded that those affected by the Impugned Provisions have only a limited expectation of privacy in their banking information, the next question is whether the seizure of their banking information is reasonable.

- (4) Is the Seizure of Information under the Impugned Provisions Reasonable?

[314] As the Supreme Court observed in *Goodwin*, above, section 8 of the Charter “permits *reasonable* searches and seizures in recognition that the state’s legitimate interest in advancing its goals or enforcing its laws will sometimes require a degree of intrusion into the private sphere” (emphasis in original): at paragraph 55.

[309] En effet, il y a des limites quant à la mesure dans laquelle le Canada coopère avec les administrations étrangères pour ce qui est de l’application des lois de ces États, et le Canada s’abstient de le faire lorsque l’application d’une loi étrangère peut aboutir à une issue qui est contraire aux valeurs canadiennes.

[310] Par exemple, même si le Canada coopère généralement avec les administrations étrangères en procédant à l’extradition d’un fugitif accusé d’infractions criminelles afin qu’il subisse son procès dans le pays où les infractions ont été commises (en supposant l’existence d’un traité d’extradition avec le pays en question), il s’abstiendra de le faire si le fugitif risque la peine de mort : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.

[311] Les défendeurs affirment que les demanderesse demandent à notre Cour d’annuler les dispositions contestées sur le fondement d’un droit constitutionnel allégué d’être à l’abri des conséquences de la violation des lois fiscales d’un pays dont elles sont citoyennes.

[312] Il convient toutefois de noter que, si la Cour décidait d’annuler les dispositions contestées, les personnes des États-Unis qui résident au Canada seraient *tout de même* assujetties aux obligations de production et de conformité aux termes de la FATCA et de la *Bank Secrecy Act* des États-Unis, et les institutions financières canadiennes pourraient tout de même communiquer les renseignements sur les comptes à l’IRS.

[313] Puisqu’il a été conclu que ceux visés par les dispositions contestées n’ont qu’une attente limitée en matière de vie privée en ce qui concerne leurs renseignements bancaires, la question suivante est de savoir si la saisie de leurs renseignements bancaires est raisonnable.

- 4) La saisie de renseignements aux termes des dispositions contestées est-elle raisonnable?

[314] Comme l’a fait observer la Cour suprême dans l’arrêt *Goodwin*, précité, l’article 8 de la Charte « permet les fouilles, les perquisitions et les saisies *raisonnables*, reconnaissant que le droit légitime de l’État de réaliser ses fins ou d’appliquer ses lois nécessitera parfois une certaine intrusion dans la sphère privée » (en italiques dans l’original) : au paragraphe 55.

[315] Canada clearly found itself in an extremely difficult position as a result of the enactment of FATCA by the American government. Indeed, I accept the evidence of Mr. Shoom (which, I note, is consistent with the evidence of Mr. Oschinski) as to the potentially serious consequences for the Canadian economy, financial institutions and bank customers that would result if Canadian financial institutions were to comply with the requirements of FATCA, as well as the negative consequences that would follow their refusal to do so.

[316] I have, moreover, previously concluded that as far as the Canadian Government was concerned, one of the major purposes underlying the conclusion of the Canada–U.S. IGA and the enactment of the Impugned Provisions was to avoid the potentially catastrophic impact that compliance with FATCA would have for Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy as a whole.

[317] The question, then, is whether the seizure of affected individuals' banking information in accordance with the Impugned Provisions is reasonable. To answer this question, the apprehended harm (and the corresponding need to avoid it) has to be weighed against the extent of the impairment of U.S. persons' section 8 Charter rights that will result and the interest of affected individuals in being left alone: *Jarvis* No. 2, above, at paragraph 69, quoting *Hunter et al. v. Southam Inc.*, above, at pages 159–160.

[318] When counsel for the plaintiffs was asked what Canada should have done in light of the threat posed by FATCA, his response was that Canada should have negotiated a better deal with the American government—one that did not encroach on the constitutionally-protected privacy and equality rights of those U.S. persons who are resident in Canada.

[319] With respect, that is not a satisfactory response.

[315] Il est clair que le Canada s'est retrouvé dans une position extrêmement difficile en raison de l'adoption de la FATCA par le gouvernement américain. D'ailleurs, je retiens le témoignage rendu par M. Shoom (lequel, je le souligne, concorde avec le témoignage rendu par M. Oschinski) quant aux conséquences potentiellement graves pour l'économie canadienne, les institutions financières et les clients des banques qui pourraient découler du fait que les institutions financières canadiennes doivent respecter les exigences de la FATCA, de même que les conséquences négatives qu'entraînerait leur refus de s'y conformer.

[316] En outre, j'ai antérieurement conclu que, en ce qui concerne le gouvernement du Canada, l'un des principaux objets qui sous-tendent la conclusion de l'AIG Canada–États-Unis et l'adoption des dispositions contestées était d'éviter l'effet potentiellement catastrophique que pourrait avoir la conformité avec la FATCA sur les institutions financières canadiennes, leurs clients et l'économie canadienne dans son ensemble.

[317] Il s'agit donc de savoir si la saisie des renseignements bancaires des particuliers visés conformément aux dispositions contestées est raisonnable. Pour répondre à cette question, le préjudice redouté (et la nécessité correspondante de l'éviter) doit être apprécié au regard de la portée de l'atteinte au droit garanti à une personne des États-Unis par l'article 8 de la Charte qui en découlera et du droit des particuliers visés à ne pas être importuné : *Jarvis* n° 2, précité, au paragraphe 69, citant l'arrêt *Hunter*, précité, aux pages 159 et 160.

[318] Lorsqu'il a été demandé à l'avocat des demanderesse ce que le Canada aurait dû faire étant donné la menace que présente la FATCA, il a répondu que le Canada aurait dû négocier une meilleure entente avec le gouvernement américain — une entente qui n'aurait pas porté atteinte aux droits à la vie privée et à l'égalité protégés par la Constitution des résidents canadiens qui sont des personnes des États-Unis.

[319] En toute déférence, il ne s'agit pas d'une réponse satisfaisante.

[320] As the Federal Court of Appeal observed in *Hupacasath*, above, there are cases that suggest that decisions of the executive to enter into a treaty are not, without more, justiciable: at paragraph 68, citing *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett*, [1988] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1989] 1 All E.R. 655, at page 690, [1989] Q.B. 811, and *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A.), at paragraph 52.

[321] The Court went on in *Hupacasath*, above, to observe that “[t]his makes sense, as the factors underlying a decision to sign a treaty are beyond the courts’ ken or capability to assess, and any assessment of them would take courts beyond their proper role within the separation of powers”: at paragraph 68.

[322] That said, the issues raised by this action are clearly justiciable, given that what is being challenged is the legislation implementing an intergovernmental agreement, and the fact that the action is framed entirely under the Charter: *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 472, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481 [*Operation Dismantle*], Wilson J., concurring; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraphs 36–37.

[323] However, the plaintiffs’ argument essentially asks this Court to second-guess the way that Canada has exercised its prerogative powers in concluding an agreement with another country. While the Federal Court has the power to review federal exercises of pure prerogative power, courts should nevertheless be reluctant to do so: *Hupacasath*, above, at paragraph 54; *Operation Dismantle*, above, at pages 472–473, Wilson J., concurring.

[324] It is also by no means clear that the American government would have agreed to a more favorable arrangement with Canada. Not only have the plaintiffs not provided any evidence to support their argument, as the Supreme Court observed in *Operation Dismantle*, above,

[320] Comme l’a fait observer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Première Nation des Hupacasath*, précité, selon une certaine jurisprudence, une décision prise par l’exécutif de signer un traité, sans plus, n’est pas justiciable : au paragraphe 68, citant *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett*, [1988] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1989] 1 All E.R. 655, à la page 690, [1989] Q.B. 811, et *Black v. Canada (Prime Minister)*, 2001 CanLII 8537, 54 O.R. (3d) 215, 199 D.L.R. (4th) 228 (C.A.), au paragraphe 52.

[321] La Cour a ensuite fait remarquer, dans l’arrêt *Première Nation des Hupacasath*, précité, que « [c]ette approche est logique, puisque les facteurs sous-tendant la décision de signer un traité dépassent les capacités des cours et sont hors de leur compétence en termes d’évaluation, et que toute évaluation de pareils facteurs les ferait s’écarter du rôle qui leur est imparti en vertu de la séparation des pouvoirs » : au paragraphe 68.

[322] Cela dit, les questions soulevées par la présente action sont manifestement justiciables, puisque c’est la législation mettant en œuvre une entente gouvernementale qui est mise en cause, et étant donné que l’action est présentée entièrement sous l’angle de la Charte : *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 [*Operation Dismantle*], à la page 472, avec l’accord du juge Wilson; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 36 et 37.

[323] Cependant, en substance, les demandresses demandent essentiellement à la Cour de remettre en question la façon dont le Canada a exercé sa prerogative en concluant une entente avec un autre pays. Bien que la Cour fédérale dispose d’un pouvoir de contrôle à l’égard des exercices fédéraux de prerogative pure, le juge doit néanmoins se montrer réticent à le faire : *Première Nation des Hupacasath*, précité, au paragraphe 54; *Operation Dismantle*, précité, aux pages 472 et 473, avec l’accord du juge Wilson.

[324] En outre, il n’est aucunement évident que le gouvernement américain aurait accepté une entente plus favorable avec le Canada. Non seulement les demandresses n’ont pas produit d’éléments de preuve à l’appui de leur thèse, comme l’a fait observer la Cour suprême

“the foreign policy decisions of independent and sovereign nations are not capable of prediction, on the basis of evidence, to any degree of certainty approaching probability”: at page 452. As a consequence, the Court found that it would be speculative to try to anticipate how a foreign country would react in a given situation: *Operation Dismantle*, above, at page 452.

[325] That said, it is doubtful that Canada could have negotiated a better deal with the United States. The evidence before the Court is that some 100 countries have entered into intergovernmental agreements with the American government in efforts to mitigate the consequences of FATCA in each of these countries. Some of these countries, like Canada, are major trading partners with the United States. There is, however, no suggestion that any of these countries were able to negotiate agreements with the American government that were any more advantageous or less intrusive than the Canada–U.S. IGA.

[326] The plaintiffs also suggested that the Impugned Provisions are overly-broad, and that they should apply only to those individuals who were not complying with their obligations under American law. However, the difficulties that would be encountered in practice in implementing such a system were addressed by Sue Murray, one of the defendants’ witnesses. Ms. Murray is the Director of the Competent Authority Services Division, in the International and Large Business Directorate of the Compliance Programs Branch at the CRA.

[327] Ms. Murray explains that international tax agreements contemplate that the administrative functions to be performed under the agreements are the responsibility of each country’s “Competent Authority”. The “Competent Authority” in Canada is the Minister of National Revenue, although, in practice, the functions of the Competent Authority are carried out by officials within the CRA.

dans l’arrêt *Operation Dismantle*, précité, « les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité » : à la page 452. Par conséquent, la Cour a conclu qu’il serait pure conjecture de chercher à prévoir comment un pays étranger réagira dans une situation donnée : *Operation Dismantle*, précité, à la page 452.

[325] Cela dit, il est peu probable que le Canada aurait pu négocier une meilleure entente avec les États-Unis. Selon les preuves dont notre Cour est saisie, une centaine de pays ont conclu des ententes intergouvernementales avec le gouvernement américain dans le but d’atténuer les conséquences de la FATCA dans chacun de ces pays. Certains de ces pays, comme le Canada, sont de principaux partenaires commerciaux avec les États-Unis. Toutefois, il n’a pas été soutenu que l’un de ces pays serait en mesure de négocier des ententes avec le gouvernement américain qui serait plus avantageuses et moins intrusives que l’AIG Canada–États-Unis.

[326] Les demandereses ont également soutenu que la portée des dispositions contestées est trop large, et que les dispositions contestées ne devraient viser que les particuliers qui ne s’acquittent pas de leurs obligations aux termes des lois américaines. Cependant, les difficultés qui seraient éprouvées concrètement dans le cadre de la mise en œuvre d’un tel système ont été discutées par Sue Murray, l’une des témoins des défenderesses. M^{me} Murray est directrice de la Division des services de l’autorité compétente au sein de la Direction du secteur international et des grandes entreprises de la Direction générale des programmes d’observation, à l’ARC.

[327] M^{me} Murray explique que les accords internationaux relatifs à l’impôt prévoient que les fonctions administratives devant être exercées aux termes des accords sont la responsabilité de l’[TRADUCTION] « autorité compétente » de chaque pays. Au Canada, l’[TRADUCTION] « autorité compétente » est le ministre du Revenu national, même si, en pratique, les fonctions de l’autorité compétente sont exercées par des représentants au sein de l’ARC.

[328] Ms. Murray further explains that it would be impossible in practice for the CRA to determine whether there would be any impact on an individual's tax liability in the receiving state for a taxpayer identified in a proposed exchange of information. This is because the CRA would need to know all of the treaty partners' domestic tax laws and all of the facts related to each particular taxpayer's tax situation under those laws for each taxation year in question.

[329] In assessing the reasonableness of the seizure of information carried out in accordance with the Impugned Provisions, regard must also be had to the global environment as it relates to the sharing of tax information between countries.

[330] Evidence with respect to the global environment was provided by Mr. Shoom and by Stephanie Smith, the Senior Chief, Tax Treaties Section at the Department of Finance. They state that at the same time that Canada was negotiating the Canada–U.S. IGA with the American government, members of various multilateral bodies, in particular, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), were involved in discussions aimed at developing and implementing a common standard for the automatic multilateral exchange of financial account information along the lines of the Canada–U.S. IGA.

[331] These discussions occurred in response to a request from the G20 group of nations, in recognition of the increased globalization of the financial markets. This initiative reflected the international community's commitment to a higher level of tax transparency, with the goal of reducing the ability of taxpayers to hide assets in foreign jurisdictions around the globe and improving tax compliance. These discussions culminated in the formulation of a "Common Reporting Standard" (or CRS)—that is, a global model providing for the automatic exchange of financial account information between countries. The type of information that is to be exchanged in accordance with the CRS is similar to the account information that is subject to disclosure in accordance with the Impugned Provisions.

[328] M^{me} Murray explique en outre que, concrètement, il serait impossible pour l'ARC de déterminer s'il pourrait y avoir une incidence sur l'obligation fiscale d'un particulier dans le pays d'accueil dans le cas d'un contribuable désigné dans un échange de renseignements proposé. Cela s'explique par le fait qu'il faudrait que l'ARC connaisse toutes les lois fiscales internes des parties au traité ainsi que l'ensemble des faits liés à la situation fiscale de chacun des particuliers aux termes de ces lois, et ce, pour chaque année d'imposition en question.

[329] Au moment d'apprécier le caractère raisonnable des saisies effectuées en vertu des dispositions contestées, il faut également tenir compte du contexte mondial, comme il est question de la communication de renseignements fiscaux entre pays.

[330] Vu le témoignage relatif au contexte mondial rendu par M. Shoom et Stephanie Smith, chef principale de la Section des conventions fiscales du ministère des Finances. Ils affirment que parallèlement aux négociations du Canada avec le gouvernement américain en lien avec l'AIG Canada–États-Unis, les membres de divers organismes multilatéraux, dont l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ont pris part à des discussions visant l'élaboration et la mise en place d'une norme commune pour l'échange multilatéral automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, dans la même veine que l'AIG Canada–États-Unis.

[331] Ces discussions ont eu lieu en réponse à une demande des pays du G20, compte tenu de la mondialisation croissante des marchés financiers. Cette initiative attestait l'engagement de la communauté internationale envers un plus haut degré de transparence sur le plan fiscal, le but étant de réduire la capacité des contribuables à dissimuler des actifs dans les administrations étrangères à l'échelle mondiale et d'accroître l'observation fiscale. Ces discussions ont abouti à la formulation d'une « norme de déclaration commune » (ou NDC), à savoir un modèle mondial qui permet l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers entre différents pays. Les renseignements qui seront échangés conformément à la NDC sont semblables aux renseignements sur les comptes qui sont susceptibles de divulgation aux termes des dispositions contestées.

[332] The CRS's due diligence and reporting requirements have now been implemented in Canada as Part XIX [sections 270–281] of the *Income Tax Act*.

[333] As Justice Martineau observed, there are differences between the OECD's CRS and the Impugned Provisions. In particular, the CRS's reporting requirements are triggered by residency as opposed to citizenship, and they do not entail the same sanctions as the Impugned Provisions (i.e. imposition of a withholding tax) in the case of non-compliance: *Hillis*, above, at paragraph 49. That said, the CRS nevertheless draws extensively on the government-to-government approach taken in implementing the FATCA regime, as reflected in the Canada–U.S. IGA.

[334] According to Ms. Negus, over 100 countries, including Canada have now committed to implement the CRS. It requires that participating jurisdictions collect information about non-resident accountholders from their financial institutions, and that they share this information with the jurisdictions relevant to the particular case.

[335] In accordance with Part XIX of the *Income Tax Act*, most Canadian financial institutions are now required to provide the CRA with information about accounts held by non-residents of Canada and the U.S., on an annual basis. The CRA then shares this information with the competent authorities of partner jurisdictions that have activated an exchange relationship with Canada. In return, the CRA receives information about Canadian residents' foreign financial accounts.

[336] Part XIX of the *Income Tax Act* requires the reporting of information that is similar in nature to the information that must be reported under the Impugned Provisions, including the account holder's name, date of birth, address, jurisdiction of residence, taxpayer identification numbers, account balances and information about income types and payments received. Under the Impugned Provisions, only accounts identified as U.S. reportable accounts give rise to the reporting requirements, whereas

[332] Les exigences en matière de déclaration et la diligence raisonnable de la NDC ont maintenant été mises en œuvre au Canada dans le cadre de la partie XIX [articles 270 à 281] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[333] Comme l'a fait observer le juge Martineau, il existe des différences entre la NDC de l'OCDE et les dispositions contestées. Plus particulièrement, les exigences de déclaration de la Norme commune de déclaration jouent en fonction de la résidence, par opposition à la citoyenneté et elles ne comportent pas les mêmes sanctions que les dispositions contestées (c'est-à-dire, une retenue d'impôt) en cas d'infraction : arrêt *Hillis*, précitée, au paragraphe 49. Cela dit, la Norme commune de déclaration s'inspire néanmoins largement de l'approche intergouvernementale prise lors de la mise en œuvre du régime FATCA, comme il ressort de l'AIG Canada–États-Unis.

[334] Selon M^{me} Negus, plus de 100 pays, y compris le Canada, se sont maintenant engagés à mettre en œuvre la Norme commune de déclaration. Les pays participants doivent donc recueillir des renseignements sur les titulaires de comptes non résidents auprès de leurs institutions financières et qu'ils échangent ces renseignements avec des territoires concernés par un cas particulier.

[335] Conformément à la partie XIX de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la plupart des institutions financières canadiennes sont maintenant tenues de fournir à l'ARC des renseignements sur des comptes détenus par des non-résidents du Canada et des États-Unis sur une base annuelle. L'ARC échange ensuite ces renseignements avec les autorités compétentes des pays partenaires qui ont une relation d'échange activée avec le Canada. En échange, l'ARC reçoit des renseignements sur les comptes financiers étrangers de résidents canadiens.

[336] La partie XIX de la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose la déclaration de renseignements semblables aux renseignements qui doivent être déclarés aux termes des dispositions contestées, y compris le nom, la date de naissance, l'adresse, le pays de résidence, les numéros d'identification fiscaux, les soldes de compte, ainsi que les renseignements sur les types de revenus du titulaire d'un compte et les paiements reçus par celui-ci. Aux termes des dispositions contestées, seuls les comptes désignés

the CRS and Part XIX of the *Income Tax Act* require that information be collected about all non-resident account holders, other than U.S. residents.

[337] From this, it is apparent that the sharing of taxpayer information between countries has received international acceptance, further suggesting that the sharing of U.S. persons' accountholder information with the IRS pursuant to the Impugned Provisions is indeed reasonable.

[338] The reasonableness of seizures that are carried out in accordance with the Impugned Provisions is further confirmed by the fact that the banking information in issue is shared with the IRS in confidence, in accordance with the provisions of the Canada–U.S. Tax Treaty, and is subject to the restrictions on the use that can be made of information exchanged under the Treaty. This would not be the case if Canadian financial institutions were to provide account-holders' banking information directly to the IRS, in accordance with the provisions of FATCA.

[339] As to whether the Impugned Provisions are overly broad, the plaintiffs note that Canada does not collect data on the number of non-U.S. persons whose account information has been reported to the IRS in accordance with the Impugned Provisions. However, the plaintiffs submit that the Impugned Provisions “almost certainly capture an inordinate number of individuals with no US tax obligations of any kind”.

[340] It is true that the Impugned Provisions may lead to the account information of certain non-U.S. persons (such as the Canadian spouses of American citizens) being shared with the IRS, as that information will be shared to the extent that it relates to the U.S. person. However, the name of the non-U.S. person holding a joint account with a U.S. person will not be shared with American tax authorities.

comme des comptes déclarables américains donnent ouverture aux exigences de déclaration, tandis que, selon la Norme commune de déclaration et la partie XIX de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des renseignements doivent être recueillis sur tous les titulaires de comptes non résidents, mis à part les résidents des États-Unis.

[337] Il est donc clair que l'échange de renseignements sur les contribuables entre pays est accepté à l'échelle internationale, ce qui indique en outre que l'échange de renseignements sur les titulaires de comptes des États-Unis avec l'IRS, conformément aux dispositions contestées est effectivement raisonnable.

[338] Le caractère raisonnable des saisies effectuées en vertu des dispositions contestées est en outre confirmé par le fait que les renseignements bancaires visés sont transmis à l'IRS de façon confidentielle, conformément aux dispositions de la Convention fiscale Canada–États-Unis, en plus d'être assujettis aux restrictions quant à l'utilisation possible des renseignements transmis aux termes de la Convention. Ce ne serait pas le cas si les institutions financières canadiennes devaient fournir les renseignements bancaires des titulaires de comptes directement à l'IRS, conformément aux dispositions de la FATCA.

[339] Quant à la question de savoir si la portée des dispositions contestées est trop large, les demanderesse notent que le Canada ne recueille pas de données quant au nombre de personnes autres que des États-Unis dont les renseignements sur les comptes ont été transmis à l'IRS conformément aux dispositions contestées. Cependant, les demanderesse soutiennent que les dispositions contestées [TRADUCTION] « englobent presque assurément un nombre excessif de particuliers qui n'ont absolument aucune obligation fiscale américaine ».

[340] Certes, les dispositions contestées peuvent donner lieu à la transmission à l'IRS de renseignements sur le compte d'une personne autre que des États-Unis (comme le conjoint canadien d'un citoyen américain), ces renseignements étant communiqués s'ils sont liés à la personne des États-Unis. Toutefois, les autorités fiscales américaines n'obtiendront pas le nom de la personne autre que des États-Unis qui détient un compte conjoint avec une personne des États-Unis.

[341] Moreover, to the extent that some people may be caught up in the system as a result of having been identified as potentially being U.S. persons when that is not in fact the case, it will be recalled that Canada took steps to protect accountholders from over-reporting. Indeed, subparagraph II B (4) of Annex I of the Canada–U.S. IGA empowers Canadian financial institutions to try to “clear” U.S. Person Indicia before turning account holders’ banking information over to the CRA.

[342] Even if the banking information of individuals who are not subject to American tax law is captured by the Impugned Provisions, the information is shared with the IRS under the Canada–U.S. Tax Treaty, with the result that it can only be used for the purposes of U.S. tax law. As a consequence, any impact on the privacy interests of the individuals in question is minimal.

[343] In support of their argument that the Impugned Provisions are overly broad, the plaintiffs also rely on Professor Christians’ evidence that fewer than 10 percent of all of the individuals who file American tax returns from a “tax home” located outside the United States ultimately owe any taxes to the United States government. While that may well be the case, the fact that certain of the affected individuals may not end up owing American income tax does not relieve them from their filing obligations under U.S. income tax and banking laws. Indeed, as was previously noted, one of the purposes underlying the enactment of both FATCA and the Impugned Provisions was to ensure compliance with U.S. tax laws.

[344] The plaintiffs further submit that the Impugned Provisions are overbroad because only those individuals whose gross annual income equals or exceeds a specified exemption amount will have filing obligations under U.S. income tax laws. This may be so, but these individuals may also have obligations to file FBAR reports under the American *Bank Secrecy Act* if the aggregate value of their Canadian bank accounts exceeds \$10 000 at any time during the calendar year in question.

[341] De plus, dans la mesure où certaines personnes pourraient se retrouver prises dans l’engrenage si elles sont identifiées comme des personnes des États-Unis alors qu’elles n’en sont pas, rappelons que le Canada a pris des mesures pour protéger les titulaires de comptes contre les déclarations en trop. En effet, la sous-section II B (4) de l’annexe I de l’AIG Canada–États-Unis donne aux institutions financières canadiennes le droit de tenter [TRADUCTION] « d’effacer » les indices d’une personne des États-Unis avant de transmettre les renseignements bancaires des titulaires de comptes à l’ARC.

[342] Même si les dispositions contestées permettent d’obtenir les renseignements bancaires de particuliers qui ne sont pas assujettis aux lois fiscales américaines, ces renseignements sont communiqués à l’IRS aux termes de la Convention fiscale Canada–États-Unis et ne pourront donc être utilisés qu’aux fins d’application des lois fiscales américaines. Par conséquent, toute répercussion sur le droit à la vie privée des particuliers en question est minime.

[343] À l’appui de leur thèse portant que la portée des dispositions contestées est trop large, les demanderesse invoquent le témoignage à propos de la professeure Christians qui a affirmé que moins de 10 p. 100 des particuliers qui produisent des déclarations d’impôt aux États-Unis à partir d’un « domicile fiscal » situé hors des États-Unis doivent, au bout du compte, payer des impôts au gouvernement américain. C’est peut-être exact, mais le fait que certains des particuliers visés ne doivent au final aucun impôt sur le revenu aux États-Unis n’empêche pas qu’ils soient tenus de produire une déclaration conformément aux lois fiscales et bancaires des États-Unis. En effet, comme je l’ai signalé précédemment, un des objectifs de la FATCA et des dispositions contestées était d’assurer le respect des lois fiscales américaines.

[344] Les demanderesse soutiennent également que la portée des dispositions contestées est trop large parce que seuls les particuliers dont le revenu annuel brut est égal ou supérieur à un montant d’exonération établi sont tenus de produire une déclaration conformément aux lois fiscales des États-Unis. Cela est peut-être vrai, mais ces particuliers pourraient également être tenus de produire des rapports FBAR conformément à la *Bank Secrecy Act* des États-Unis si la valeur globale de leurs comptes bancaires

[345] Moreover, it seems unlikely that there would be many individuals whose annual income is less than the annual exemption amount who nevertheless have more than \$50 000 in their bank account. It will be recalled that \$50 000 is the threshold for “Lower Value Accounts”—that is, those accounts that *must* be reported to the CRA under the Impugned Provisions. Canadian financial institutions do, however, have the discretion to report “Low Value Accounts”—that is, those with a balance below \$50 000.

[346] Another contextual element that must be considered in assessing the reasonableness of the seizures carried out in accordance with the Impugned Provisions is the fact that U.S. persons have legal obligations *vis à vis* the U.S. government under American tax laws, obligations that are independent of any actions that may be taken by the Canadian government under the Impugned Provisions.

[347] Several of the plaintiffs’ affiants have expressed their concern that the Impugned Provisions will lead to the American government discovering that they exist, thereby exposing them to the enforcement of American tax laws.

[348] First of all, as noted earlier, the U.S. tax obligations of American citizens exist regardless of whether or not the IRS is actually aware of such individuals. I also agree with the defendants that the benefit that would accrue to those affected by the Impugned Provisions by their ability to ignore their obligations under American tax laws is outweighed by the need to protect Canada as a whole from the economic consequences of FATCA.

[349] I further agree with the defendants that the ability of those individuals resident in Canada to claim immunity from the duly-enacted laws of another democratic state of which they are citizens is not the kind of interest that the Charter was ever intended to foster.

canadiens dépasse 10 000 \$ à tout moment au cours de l’année civile en cause.

[345] De plus, il semble peu probable que beaucoup de particuliers aient un revenu annuel inférieur au montant d’exonération annuel tout en disposant de plus de 50 000 \$ sur leur compte bancaire. Rappelons que la somme de 50 000 \$ constitue le seuil pour les « comptes de faible valeur », c’est-à-dire les comptes qui *doivent* être déclarés à l’ARC conformément aux dispositions contestées. Les institutions financières canadiennes ont toutefois le pouvoir discrétionnaire de signaler les « comptes de faible valeur », c’est-à-dire ceux dont le solde est inférieur à 50 000 \$.

[346] Un autre élément contextuel qui entre en ligne de compte pour l’appréciation du caractère raisonnable des saisies effectuées conformément aux dispositions contestées : les personnes des États-Unis ont des obligations légales envers le gouvernement américain aux termes des lois fiscales américaines, et ces obligations ne dépendent aucunement des mesures que pourrait prendre le gouvernement canadien aux termes des dispositions contestées.

[347] Plusieurs déposants des demandresses s’inquiètent du fait que les dispositions contestées vont révéler leur existence au gouvernement américain et qu’ils devront donc se plier aux lois fiscales américaines.

[348] Tout d’abord, comme je l’ai indiqué précédemment, les obligations fiscales américaines des citoyens américains jouent, que l’IRS soit ou non au courant de l’existence de ces particuliers. De plus, je retiens la thèse des défendeurs portant que la nécessité de protéger le Canada, dans son ensemble, des répercussions économiques de la FATCA l’emporte sur l’avantage qu’aurait, pour les particuliers visés par les dispositions contestées, la capacité de faire fi des obligations que leur imposent les lois fiscales américaines.

[349] Je retiens également la thèse des défendeurs portant que la capacité de ces particuliers résidant au Canada à demander l’immunité à l’égard des lois dûment promulguées d’un autre État démocratique dont ils sont

[350] Finally, the plaintiffs submit that even if the Court were to accept that Canada had no choice but to enter into the Canada–U.S. IGA in an effort to mitigate the negative consequences of FATCA, this would only serve to justify the IRS’ use of the banking information of U.S. persons resident in Canada. It would not justify the use of that information by the CRA for domestic tax purposes.

[351] I have already concluded that those affected by the Impugned Provisions have only a limited expectation of privacy in the banking information in issue in this case. The Supreme Court has, moreover, held that once the CRA has obtained documents, taxpayers can no longer have any reasonable expectation of privacy in the documents in question: *Jarvis* No. 2, above, at paragraph 95. That being the case, the use of the documents by the CRA for domestic income tax purposes will not result in the unreasonable seizure of the information in question contrary to the provisions of section 8 of the Charter.

[352] I thus find that the use by the CRA of account-holder information obtained under the Impugned Provisions for domestic tax purposes does not violate section 8 of the Charter.

(5) Conclusion with Respect to the Plaintiffs’
Section 8 Claim

[353] As discussed above, I have concluded that the principle purpose underlying the Canada–U.S. IGA and the Impugned Provisions—namely avoiding the consequences of the direct application of FATCA in Canada—is an important one. I have also found that individuals have a limited privacy interest in their banking records, and that the method used to collect this information is minimally intrusive. I have also found that the information that is shared with the IRS is afforded protection under the Canada–U.S. Tax Treaty.

citoyens n’est pas le genre de droit que la Charte était censée protéger.

[350] Enfin, les demandresses soutiennent que même si la Cour admettait que le Canada n’a d’autre choix que de conclure l’AIG Canada–États-Unis afin d’atténuer les répercussions négatives de la FATCA, cela ne servirait qu’à justifier l’utilisation par l’IRS des renseignements bancaires des personnes des États-Unis qui résident au Canada. Cela ne justifierait pas l’utilisation de ces renseignements par l’ARC aux fins de calcul des impôts canadiens.

[351] J’ai déjà conclu que les particuliers visés par les dispositions contestées ont des attentes restreintes en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements bancaires dont il est question en l’espèce. En outre, la Cour suprême a conclu qu’une fois que l’ARC a obtenu des documents, les contribuables ne peuvent plus avoir aucune attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les documents en question : arrêt *Jarvis* n° 2, précité, au paragraphe 95. Cela étant, l’utilisation de documents par l’ARC aux fins de calcul des impôts canadiens ne donnera pas lieu à la saisie déraisonnable de l’information en question en contravention des dispositions de l’article 8 de la Charte.

[352] Je conclus donc que l’utilisation par l’ARC des renseignements du titulaire de compte obtenue aux termes des dispositions contestées aux fins de calcul des impôts canadiens ne contrevient pas à l’article 8 de la Charte.

5) Conclusion en ce qui concerne le moyen tiré
de l’article 8 par les demandresses

[353] Tel que je l’ai mentionné ci-dessus, j’ai conclu que le principal objectif de l’AIG Canada–États-Unis et des dispositions contestées (c’est-à-dire éviter les conséquences de l’application directe de la FATCA au Canada) est important. J’ai également conclu que les particuliers ont un droit limité au respect de leur vie privée lorsqu’il s’agit de leurs renseignements bancaires et que la méthode employée pour recueillir ces renseignements est la moins attentatoire possible. J’ai aussi conclu que les renseignements communiqués à l’IRS sont protégés par la Convention fiscale Canada–États-Unis.

[354] Balancing all of these considerations has led me to conclude that the seizure of banking information contemplated by the Impugned Provisions is reasonable, and that it does not violate section 8 of the Charter. This being the case, it is unnecessary for me to consider whether the Impugned Provisions can be justified by the defendants under section 1 of the Charter.

[355] This takes us to consider whether the Impugned Provisions violate section 15 of the Charter. This issue will be addressed next.

X. Do the Impugned Provisions Violate Section 15 of the Charter?

[356] Subsection 15(1) of the Charter provides that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

[357] “[N]ational ... origin” is thus an enumerated ground under section 15 of the Charter. While citizenship is not expressly mentioned in section 15, the jurisprudence of the Supreme Court of Canada has established that it is an analogous ground: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 152, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1 [*Andrews*].

[358] Subsection 15(1) is qualified by subsection 15(2), which provides that “[s]ubsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”. There is no suggestion that any of the Impugned Provisions involve an ameliorative program, or that subsection 15(2) of the Charter is engaged in this case.

A. *The Plaintiffs’ Arguments*

[359] The plaintiffs acknowledge that prior to the enactment of the Impugned Provisions, American law

[354] Après avoir soupesé toutes ces considérations, je conclus que la saisie de renseignements bancaires prévue par les dispositions contestées est raisonnable et n’est pas contraire à l’article 8 de la Charte. Il n’est donc pas nécessaire que je détermine si les défendeurs peuvent justifier les dispositions contestées en vertu de l’article 1 de la Charte.

[355] Cela nous amène à rechercher si les dispositions contestées sont contraires à l’article 15 de la Charte. J’examinerai maintenant cette question.

X. Les dispositions contestées sont-elles contraires à l’article 15 de la Charte?

[356] Le paragraphe 15(1) de la Charte dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

[357] L’« origine nationale » est donc un des motifs énumérés à l’article 15 de la Charte. Bien que l’article 15 ne mentionne pas expressément la citoyenneté, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada enseigne qu’il s’agit d’un motif analogue : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [*Andrews*], à la page 152.

[358] Le paragraphe 15(1) est assorti d’une réserve au paragraphe 15(2), qui dispose : « [l]e paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ». Rien n’indique que les dispositions contestées prévoient un programme améliorateur ou que le paragraphe 15(2) de la Charte joue en l’espèce.

A. *Les thèses des demanderesse*

[359] Les demanderesse reconnaissent qu’avant l’adoption des dispositions contestées, la loi américaine imposait

still required that U.S. persons resident in Canada file American tax returns and pay U.S. taxes. There was, however, no Canadian law to that effect, and the American government thus had no way of identifying individuals in Canada who were subject to U.S. tax laws. This is, the plaintiffs say, because it is a fundamental postulate of international law that other countries cannot assert their jurisdiction on Canadian soil without the consent of Canada.

[360] According to the plaintiffs, the Impugned Provisions provide the enforcement mechanisms that the American laws lacked. They assist the United States in enforcing its tax laws in this country by requiring that Canadian financial institutions disclose information regarding certain Canadian citizens and residents that the American government wants, but could not otherwise obtain. This allows the IRS to obtain information with respect to the identity of U.S. citizens residing in Canada, where they live, where they bank, and how much money is in their bank accounts.

[361] Under the Impugned Provisions, U.S. persons resident in Canada are exposed to the extraterritorial enforcement of another state's taxation and tax compliance regime in a way that non-U.S. persons are not. U.S. persons are subject to taxation and filing requirements that are more burdensome than the taxation and filing requirements to which non-U.S. persons resident in Canada are subjected. The plaintiffs contend that this discriminates against U.S. persons on the basis of their citizenship and national origin by denying them a basic aspect of full membership in Canadian society: namely the protection of the sovereignty of the state.

[362] In support of this contention, the plaintiffs note that distinctions that deny access to fundamental social institutions associated with membership in Canadian society are more likely to be discriminatory: *Law v.*

encore aux personnes des États-Unis résidant au Canada la production de déclarations de revenus américaines et le paiement d'impôts au gouvernement américain. Toutefois, il n'y a eu aucune loi canadienne en ce sens, et le gouvernement américain n'avait donc aucune manière d'identifier des personnes au Canada qui étaient assujetties aux lois fiscales américaines. Il en est ainsi, car, selon les demanderesse, un des postulats fondamentaux du droit international est que d'autres pays ne peuvent pas se déclarer compétents en sol canadien sans le consentement du Canada.

[360] Selon les demanderesse, les dispositions contestées contiennent les mécanismes d'application qui n'étaient pas prévus par les lois américaines. Elles permettent d'aider les États-Unis à faire appliquer ses lois fiscales dans notre pays en exigeant que les institutions financières canadiennes communiquent des renseignements sur certains citoyens et résidents canadiens que le gouvernement américain souhaite avoir, mais qu'il ne serait pas en mesure d'obtenir par ailleurs. Cela permet à l'IRS d'obtenir des renseignements concernant l'identité des citoyens américains résidant au Canada, l'endroit où ils vivent, leurs institutions bancaires et le solde de leurs comptes bancaires.

[361] Aux termes des dispositions contestées, les personnes des États-Unis qui résident au Canada sont exposées à l'application extraterritoriale du régime d'observation fiscal d'un autre État, contrairement aux personnes autres que des États-Unis. Les personnes des États-Unis sont assujetties à une fiscalité et des exigences connexes qui sont plus contraignantes que celles auxquelles sont assujetties les personnes autres que des États-Unis qui résident au Canada. Les demanderesse affirment que cela est discriminatoire à l'égard des personnes des États-Unis sur le fondement de leur citoyenneté et de leur origine nationale en les privant de l'aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne, notamment, la protection de la souveraineté de l'État.

[362] À l'appui de cette thèse, les demanderesse notent que les distinctions qui résultent en la privation d'accès aux institutions sociales fondamentales associées à l'appartenance à la société canadienne

Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1 [Law], at paragraphs 53–54; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609, at page 556; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraph 159. In the plaintiffs’ submission, one such “fundamental social institution” is the protection afforded by Canadian sovereignty.

[363] The plaintiffs thus argue that the Impugned Provisions draw a distinction between citizens and residents of Canada who are U.S. persons and those who are not, based on the individuals’ national origin or citizenship.

[364] The plaintiffs further submit that the distinctions created by the Impugned Provisions are discriminatory because they impose arbitrary disadvantages on U.S. persons in Canada.

[365] Citing the Supreme Court’s decisions in cases such as *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraphs 155–159, 331, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at paragraph 55, the plaintiffs observe that several contextual factors are to be considered in assessing whether a law is discriminatory. These include:

- (1) the pre-existing disadvantage, if any, of the identified group;
- (2) the degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality;
- (3) whether the law or program has an ameliorative purpose or effect in terms of combatting discrimination; and
- (4) the nature of the interest affected.

[366] The plaintiffs note that the Supreme Court has held that not all of these factors will be relevant in every case, and they should not be rigidly applied. Rather, the

sont plus susceptibles d’être discriminatoires : *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law], aux paragraphes 53 et 54; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la page 556; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, au paragraphe 159. Les demanderesse soutiennent qu’une telle [TRADUCTION] « institution sociale fondamentale » correspond à la protection garantie par la souveraineté canadienne.

[363] Les demanderesse soutiennent ainsi que les dispositions contestées opèrent une distinction entre les citoyens et les résidents du Canada qui sont des personnes des États-Unis et celles qui ne le sont pas, selon l’origine nationale ou la citoyenneté des particuliers.

[364] Les demanderesse soutiennent aussi que les distinctions établies par les dispositions contestées sont discriminatoires, car elles imposent des désavantages arbitraires aux personnes des États-Unis au Canada.

[365] Citant la jurisprudence de la Cour suprême, par exemple *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, aux paragraphes 155 à 159 et 331 et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, au paragraphe 55, les demanderesse observent que plusieurs facteurs contextuels doivent être examinés pour rechercher si une loi est discriminatoire. En voici quelques-uns :

- 1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe désigné;
- 2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation véritable du groupe demandeur;
- 3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet d’amélioration pour ce qui est de lutter contre la discrimination;
- 4) la nature du droit touché.

[366] Les demanderesse notent que la Cour suprême a conclu que l’ensemble de ces facteurs ne seront pas pertinents dans tous les cas et qu’ils ne doivent pas faire l’objet

“objective is to determine the actual situation of the group and assess the potential of the impugned law to worsen their situation”: *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464 (*Alliance du personnel*), at paragraph 98 (Côté, Brown and Rowe JJ., dissenting).

[367] Insofar as the first factor is concerned, that is, the pre-existing disadvantage, if any, of the identified group, the plaintiffs state that while individuals having American citizenship or an American place of birth have arguably faced some degree of historical stereotyping in Canada, such historical disadvantage is not necessary to establish a breach of subsection 15(1) of the Charter: *Law*, above, at paragraph 65. See also *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, where a law was found to discriminate against men.

[368] The plaintiffs contend that even if the Court were to find that the Impugned Provisions do not perpetuate any historical disadvantage on the part of U.S. persons, they nevertheless “impose and initiate disadvantage” on these individuals.

[369] The plaintiffs contend that the third factor is not engaged in this case because, as noted earlier, the Impugned Provisions are not directed at remedying any pre-existing disadvantage suffered by a particular group. As a consequence, the plaintiffs say that the defendants are not entitled to the deference that would apply if the Impugned Provisions had such an ameliorative purpose.

[370] The plaintiffs submit, however, that the second and fourth factors identified above lead to the conclusion that the Impugned Provisions are discriminatory, as they impose several disadvantages on affected individuals.

[371] The first such disadvantage has been discussed earlier in connection with the plaintiffs’ section 8 claim:

d’une application rigide. En revanche, l’« objectif est de déterminer la situation véritable du groupe et d’évaluer le risque que la mesure contestée aggrave sa situation » : arrêt *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464 (*Alliance du personnel*), au paragraphe 98 (les juges Côté, Brown et Rowe, dissidents).

[367] Relativement au premier facteur, soit le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe désigné, les demanderesse affirment que bien que les particuliers qui ont la citoyenneté américaine ou dont le lieu de naissance est situé aux États-Unis aient sans doute été confrontés à un certain degré de stéréotypes historiques au Canada, ce désavantage historique n’est pas nécessaire pour faire établir une violation du paragraphe 15(1) de la Charte : *Law*, précité, au paragraphe 65. Voir aussi l’arrêt *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, dans lequel il a été conclu qu’une loi était discriminatoire à l’égard des hommes.

[368] Les demanderesse soutiennent que même si la Cour concluait que les dispositions contestées ne perpétuent aucun désavantage historique pour les personnes des États-Unis, elles [TRADUCTION] « créent et imposent [néanmoins] un désavantage » à ces particuliers.

[369] Les demanderesse soutiennent que le troisième facteur ne joue pas en l’espèce, car, tel que cela a été signalé plus tôt, les dispositions contestées ne visent pas à remédier à un désavantage préexistant subi par un groupe en particulier. Par conséquent, les demanderesse affirment que les défendeurs n’ont pas droit à la retenue qui serait de mise si les dispositions contestées avaient une amélioration pour objet.

[370] Les demanderesse affirment toutefois que les deuxième et quatrième facteurs définis ci-dessus permettent de conclure que les dispositions contestées sont discriminatoires puisqu’elles imposent plusieurs désavantages aux particuliers visés.

[371] Le premier désavantage a été discuté précédemment en lien avec la demande au titre de l’article 8

that is, the undermining of the privacy interests of those affected by the Impugned Provisions.

[372] The second disadvantage identified by the plaintiffs is that the Impugned Provisions create significant practical disadvantages for affected individuals, for example, by restricting their access to financial services. Affected individuals may be asked to provide additional proof regarding their place of birth, residence and citizenship when opening or continuing to hold a bank account. They may also be unable to obtain bank accounts or otherwise access banking services as effectively as other individuals, and they may, moreover, be inhibited from progressing in their careers or participating in financial opportunities that would otherwise be available to them.

[373] Affected individuals may also be required to expend significant sums on accounting and tax professionals in order to comply with their obligations under U.S. law, or to relieve themselves of their obligations to do so by renouncing their American citizenship.

[374] In this regard, I note that there is a disagreement between the parties as to whether individuals seeking to avoid these disadvantages by renouncing their American citizenship will also be subject to an American “Exit Tax”, and whether any such obligation exists independent of FATCA. It is, however, unnecessary to resolve this question, as I do not understand there to be any disagreement about the fact that whether or not affected individuals are indeed subject to an Exit Tax, they will nevertheless face significant costs in terms of professional fees and administrative costs associated with the tax compliance and citizenship renunciation processes.

[375] The third disadvantage identified by the plaintiffs is that the Impugned Provisions undermine a fundamental aspect of membership in Canadian society by taking away the ability of affected individuals to choose not to comply with another state’s laws, thereby exposing these

des demandereses, soit l’amoindrissement du droit à la vie privée des personnes visées par les dispositions contestées.

[372] Le deuxième désavantage cerné par les demandereses est que les dispositions contestées se traduisent par des désavantages concrets importants pour les particuliers visés, comme la restriction de leur accès à des services financiers. Il peut être demandé aux particuliers visés de fournir des éléments de preuve supplémentaires concernant leur lieu de naissance, leur pays de résidence et leur citoyenneté, lorsqu’ils ouvrent ou continuent d’être titulaires d’un compte en banque. Ils peuvent ne pas être en mesure d’obtenir de comptes en banque ni d’accéder par ailleurs à des services bancaires aussi efficacement que d’autres particuliers. De plus, la progression de leur carrière ou leur participation à des possibilités financières, dont ils bénéficieraient autrement, peut être freinée.

[373] Les personnes touchées peuvent aussi devoir dépenser des sommes d’argent importantes pour retenir les services de spécialistes en comptabilité et de conseillers fiscaux afin de répondre à leurs obligations aux termes de la loi américaine ou se libérer de leurs obligations à cet égard en renonçant à leur citoyenneté américaine.

[374] À cet égard, je souligne qu’il existe un désaccord entre les parties quant à savoir si les particuliers cherchant à éviter ces désavantages en renonçant à leur citoyenneté américaine seront aussi assujettis à la « taxe d’expatriation » américaine et si une telle obligation existe indépendamment de la loi FATCA. Toutefois, il est n’est pas nécessaire de répondre à cette question, puisque selon moi, il n’existe pas de désaccord quant au fait de savoir si les particuliers visés sont en effet assujettis ou non à la taxe d’expatriation. Ils auront néanmoins des frais importants relativement aux honoraires et aux frais administratifs liés aux processus d’observation fiscale et de renonciation à la citoyenneté.

[375] Le troisième désavantage cerné par les demandereses est que les dispositions contestées minent un aspect fondamental de l’appartenance à la société canadienne en privant les particuliers visés de la capacité de choisir de ne pas se conformer aux lois d’un autre état, exposant ainsi

people to the extraterritorial enforcement of the American tax compliance and reporting regime.

[376] The plaintiffs contend that prior to the enactment of the Impugned Provisions, U.S. persons resident in Canada could simply choose not to comply with American tax reporting requirements. According to the plaintiffs, a privilege that is enjoyed by all Canadians is that as long as they remain in Canada, this country will not force them to comply with American tax reporting requirements. The Impugned Provisions take this privilege away, forcing affected individuals to comply with American tax laws, whether or not they wish to do so.

[377] According to the plaintiffs, this denies them the equal protection of the law, undermining their access to a fundamental social institution and a basic aspect of full membership in Canadian society: *Law*, above, at paragraph 74.

[378] Finally, the plaintiffs submit that the disadvantages that are imposed on U.S. persons by the Impugned Provisions are arbitrary, as they do not correspond to the capacities, needs or circumstances of these individuals. It is evident from the affidavits of several of the plaintiffs' witnesses that at least some individuals affected by the Impugned Provisions have little, if any, connection to the United States apart from having been born there. Some such individuals view themselves as being "accidental Americans", and some were not even aware that they were in fact American citizens until they started looking into the matter.

[379] The plaintiffs thus conclude that the Impugned Provisions draw a distinction based on national origin—an enumerated ground—and citizenship—an analogous ground. This distinction creates a disadvantage for affected individuals in that their banking information is being disclosed to the United States, thereby invading their privacy. The disclosure of this information carries various financial responsibilities with it, and it creates stress and other consequences that are not suffered by non-U.S. persons.

ces personnes à l'application extraterritoriale du régime américain d'observation fiscal et de déclaration fiscale.

[376] Les demandresses soutiennent qu'avant l'adoption des dispositions contestées, les personnes des États-Unis qui résident au Canada pouvaient simplement choisir de ne pas respecter les exigences de déclaration fiscale américaines. Selon les demandresses, un privilège dont jouissent tous les Canadiens est qu'à condition qu'ils demeurent au Canada, ce pays ne les obligera pas à se conformer aux exigences de déclaration fiscale américaine. Les dispositions contestées les privent de ces privilèges, forçant les particuliers visés à se conformer aux lois fiscales américaines, qu'ils le souhaitent ou non.

[377] Selon les demandresses, elles sont ainsi privées de la même protection de la loi, compromettant l'accès à une institution sociale fondamentale et un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne : arrêt *Law*, précité, au paragraphe 74.

[378] Enfin, les demandresses soutiennent que les désavantages qui sont imposés aux personnes des États-Unis par les dispositions contestées sont arbitraires comme elles ne correspondent pas aux capacités, aux besoins ni à la situation de ces particuliers. Il est clair, d'après les affidavits de plusieurs témoins des demandresses qu'au moins certains des particuliers visés par les dispositions contestées ont peu de liens, voir aucun, avec les États-Unis, mis à part le fait d'y être nés. Certains de ces particuliers se considèrent comme des [TRADUCTION] « Américains par accident » et certains n'étaient même pas au courant du fait qu'ils étaient citoyens américains avant de se renseigner sur le sujet.

[379] Les demandeurs concluent ainsi que les dispositions contestées opèrent une distinction selon l'origine nationale — un motif énuméré — et la citoyenneté — un motif analogue. Cette distinction crée un désavantage pour les particuliers visés, car leur information bancaire est communiquée aux États-Unis, portant ainsi atteinte à leur vie privée. La communication de cette information se traduit par diverses responsabilités financières et résulte en un stress et d'autres conséquences que ne subissent pas les personnes autres que des États-Unis.

[380] According to the plaintiffs, this is a completely arbitrary exercise of Parliament's power over affected individuals. It further makes people in the position of the plaintiffs feel that they are less worthy in the eyes of the Canadian government solely because they were born in the United States, thereby violating their equality rights under section 15 of the Charter.

B. The Defendants' Arguments

[381] The defendants submit that section 15 of the Charter is not engaged in this case, as the Impugned Provisions do not draw a distinction based on an enumerated or analogous ground. In the alternative, if the Court were to conclude that the Impugned Provisions do indeed draw a distinction on an enumerated or analogous ground, the defendants contend that any such distinction is not discriminatory in nature.

[382] According to the defendants, the distinctions drawn by the Impugned Provisions are based on whether people (including corporations and other legal entities) are "U.S. persons", as defined in the legislation.

[383] The defendants submit that the definition of "U.S. person" is intended to identify persons who are subject to American tax laws. While U.S. citizens living in Canada are "U.S. persons", they are only a part of this larger group. "U.S. persons" also includes corporations and other legal entities that are subject to U.S. tax laws, as well as non-U.S. citizens who are subject to American tax laws because they are resident in the United States, even if they do not originally come from that country.

[384] The defendants say that the plaintiffs' argument based on national origin "is even further removed than citizenship from the distinctions drawn by the Impugned Provisions". The defendants note that someone who originally came from the United States may no longer be an American citizen, nor fall into any of the other categories on which the Impugned Provisions draw distinctions. As a result, these individuals may not be subject to the Impugned Provisions at all, even though they are

[380] Selon les demanderesse, il s'agit d'un exercice absolument arbitraire du pouvoir du législateur sur les particuliers touchés. En outre, les personnes dans la position des demanderesse se sentent moins dignes aux yeux du gouvernement canadien, uniquement parce qu'elles sont nées aux États-Unis, violant ainsi leurs droits d'égalité au titre de l'article 15 de la Charte.

B. Les observations des défendeurs

[381] Les défendeurs soutiennent que l'article 15 de la Charte ne joue pas en l'espèce, comme les dispositions contestées ne créent pas de distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Subsidièrement, si la Cour concluait que les dispositions contestées opèrent bel et bien une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, les défendeurs soutiennent qu'une telle distinction n'est pas de nature discriminatoire.

[382] Selon les défendeurs, les distinctions opérées par les dispositions contestées sont fondées sur la question de savoir si les personnes (y compris les sociétés et d'autres entités juridiques) sont des « personnes des États-Unis », telles que la loi les définit.

[383] Les défendeurs soutiennent que la définition de la « personne des États-Unis » vise à recenser les personnes qui sont assujetties aux lois fiscales américaines. Bien que les citoyens américains vivant au Canada soient des « personnes des États-Unis », ils ne sont qu'une partie de ce plus grand groupe. Les « personnes des États-Unis » comprennent aussi des sociétés et d'autres entités juridiques qui sont assujetties aux lois fiscales américaines ainsi que des citoyens non américains qui sont assujettis à des lois fiscales américaines, car ils sont résidents des États-Unis, même s'ils n'en sont pas originaires.

[384] Les défendeurs affirment que le moyen tiré par les demanderesse de l'origine nationale [TRADUCTION] « est même moins plausible que celui tiré de la citoyenneté sur le plan des distinctions opérées par les dispositions contestées ». Les défendeurs notent que la personne qui est originaire des États-Unis peut ne plus être citoyen américain ni faire partie d'une des autres catégories pour lesquelles les dispositions contestées opèrent des distinctions. Par conséquent, ces particuliers peuvent ne plus être

originally from the United States. Conversely, the defendants note that someone who originally came from a country other than the United States may nevertheless be subject to the Impugned Provisions if they have other U.S. Person Indicia.

[385] The defendants further contend that even if I were to find that section 15 is engaged on the facts of this case, any distinction that is drawn by the Impugned Provisions is not discriminatory in nature, as there is no arbitrary disadvantage suffered by the claimant group. To the contrary, the defendants say that the Impugned Provisions are targeted at U.S. persons because they are the individuals who are potentially subject to taxation on their worldwide income under American law. It would be nonsensical, the defendants say, to apply the Impugned Provisions to both U.S. persons and non-U.S. persons so as to avoid any distinction being drawn between the two groups.

[386] The fact that the Impugned Provisions do not impose an arbitrary disadvantage on U.S. persons is confirmed, the defendants say, by reference to other provisions of the *Income Tax Act*.

[387] For example, Part XIX of the Act implements the international Common Reporting Standard, imposing reporting requirements similar to those imposed by the Impugned Provisions on persons who are subject to the tax regimes of countries with which Canada has treaties governing the exchange of tax information: *Income Tax Act*, sections 270–281. The adoption of the CRS by the international community demonstrates a general acceptance of the necessity for, and appropriateness of, the international exchange of tax information.

[388] Indeed, the defendants argue that the *Income Tax Act* as a whole requires the gathering of information of the sort covered by the Impugned Provisions, and the sharing of this information with other countries where the information is relevant to the tax laws of those other jurisdictions. Canadian citizens and non-citizens alike are thus subject to having their banking information gathered and potentially shared with foreign taxation authorities if they are subject to the tax laws of another country.

du tout assujettis aux dispositions contestées, même s'ils sont originaires des États-Unis. En revanche, les défendeurs soulignent que la personne qui est originaire d'un pays autre que les États-Unis peut néanmoins être assujetti aux dispositions contestées s'il en émane des *indices* d'une personne des États-Unis.

[385] Les défendeurs soutiennent en outre que même si je conclus que l'article 15 s'applique aux faits en l'espèce, toute distinction opérée par les dispositions contestées n'est pas de nature discriminatoire puisque le groupe demandeur n'a subi aucun désavantage arbitraire. Au contraire, les demanderesses affirment que les dispositions contestées visent les personnes des États-Unis parce qu'elles font partie des particuliers qui sont potentiellement assujettis à l'impôt sur le revenu mondial aux termes de la loi américaine. Les demanderesses affirment qu'il serait absurde d'appliquer les dispositions contestées aux personnes des États-Unis et aux personnes autres que des États-Unis.

[386] Les défendeurs, qui citent d'autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, affirment que le fait que les dispositions contestées n'imposent pas de désavantage arbitraire aux personnes des États-Unis est confirmé.

[387] Par exemple, la partie XIX de la Loi met en application la Norme commune de déclaration, imposant des exigences de déclaration semblables à celles imposées par les dispositions contestées aux personnes assujetties aux régimes fiscaux de pays avec lesquels le Canada a conclu des traités régissant l'échange de renseignements fiscaux : *Loi de l'impôt sur le revenu*, articles 270 à 281. L'adoption de la Norme commune de déclaration par la communauté internationale démontre l'acceptation générale de la nécessité et du caractère approprié de l'échange international de renseignements fiscaux.

[388] En effet, les défendeurs font valoir que la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans son ensemble appelle la cueillette de renseignements tels que ceux visés par les dispositions contestées, et l'échange de ces renseignements avec d'autres pays lorsque les renseignements sont en rapport avec les lois fiscales de ces autres pays. Les renseignements bancaires des citoyens canadiens tout comme des non-citoyens peuvent donc être recueillis et

[389] As a result, the defendants submit that U.S. persons face no greater disadvantage as a result of the overall scheme of tax information sharing contemplated by the *Income Tax Act* than does anyone else with accounts at Canadian financial institutions who may be subject of the taxation regime of one of Canada's treaty partners.

[390] According to the defendants, the Impugned Provisions and Part XIX of the *Income Tax Act* are targeted legislative schemes that correspond to the circumstances of the different groups of individuals and entities to which the legislative provisions are addressed. Affected individuals and entities are those whose banking information is relevant to the tax laws of jurisdictions with which Canada has information sharing agreements, and their tax information is gathered and shared only with the jurisdictions to which the information is relevant. Any distinction drawn by the Impugned Provisions between U.S. persons and non-U.S. persons is thus not a discriminatory one.

[391] While acknowledging that the Impugned Provisions may affect the financial interests of some individuals who had previously neglected their tax obligations under American law, the defendants contend that this is not a result of the Impugned Provisions themselves. It is, rather, the consequence of being "U.S. persons" who are subject to American tax laws, the consequences of which may be felt regardless of the Impugned Provisions.

[392] Insofar as the plaintiffs' sovereignty argument is concerned, the defendants argue that sovereignty is not an individual right, but is rather a right that inures to the benefit of the state itself. Where sovereignty does come into play in this case is in Canada's decision that while it is prepared to extend some assistance to the United States in collecting tax information, it has exercised its sovereignty to refuse to assist the United States in collecting tax debts owed to the American government by Canadian citizens.

potentiellement échangés avec des autorités fiscales étrangères s'ils sont assujettis aux lois fiscales d'un autre pays.

[389] Par conséquent, les défendeurs soutiennent que les personnes des États-Unis ne sont pas exposées à un plus grand désavantage en raison de l'économie générale de l'échange de renseignements fiscaux prévue par la *Loi de l'impôt sur le revenu* que toute autre personne ayant des comptes dans des institutions financières canadiennes qui peuvent être assujetties au régime fiscal de l'un des pays signataires du traité.

[390] Selon les défendeurs, les dispositions contestées et la partie XIX de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont des régimes législatifs ciblés qui correspondent aux situations de différents groupes de particuliers et d'entités visés par les dispositions législatives. Les particuliers et les entités visés sont ceux dont les renseignements bancaires sont en rapport avec les lois fiscales des pays avec lesquels le Canada a signé des ententes d'échange de renseignements. Leurs renseignements fiscaux sont recueillis et uniquement échangés avec les pays pour lesquels les renseignements sont pertinents. Toute distinction opérée par les dispositions contestées entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis n'est donc pas discriminatoire.

[391] Tout en reconnaissant que les dispositions contestées peuvent avoir une incidence sur les intérêts financiers de certains particuliers qui avaient auparavant négligé leurs obligations fiscales aux termes des lois américaines, les défendeurs soutiennent que cela ne découle pas des dispositions contestées en elles-mêmes. C'est plutôt le fait d'être des « personnes des États-Unis » qui sont assujetties aux lois fiscales américaines, dont les conséquences peuvent être subies sans égard aux dispositions contestées.

[392] Concernant la thèse puisée dans la notion de souveraineté par les demanderesse, les défendeurs affirment que la souveraineté n'est pas un droit individuel, mais plutôt un droit qui profite à l'État lui-même. En l'espèce, la souveraineté entre en ligne de compte dans la décision de l'état canadien selon laquelle bien qu'il soit prêt à apporter son aide aux États-Unis pour recueillir des renseignements fiscaux, il a exercé sa souveraineté en refusant

[393] Finally, the defendants argue that the effect of the Impugned Provisions in no way perpetuates any arbitrary disadvantage faced by individuals because of their membership in an enumerated or analogous group: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 331, Abella J., dissenting. According to the defendants, the ability to claim immunity from the laws of a democratic state of which one is a citizen is not the kind of protection that section 15 of the Charter was ever intended to provide.

C. Analysis

[394] Subsection 15(1) of the Charter is aimed at preventing the drawing of discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to the grounds enumerated in section 15, or to analogous grounds: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paragraph 25.

[395] “[N]ational ... origin” is one of the grounds enumerated in section 15, whereas the Supreme Court held in *Andrews*, above, that “citizenship” is an analogous ground.

[396] As the Supreme Court subsequently observed in *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769 [*Lavoie*], “once a ground is found to be analogous, it is permanently enrolled as analogous for other cases”: at paragraph 41, citing *Corbiere*, above, at paragraph 8. See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 118.

(1) The Law Governing Section 15 Claims

[397] While the statement from *R. v. Kapp*, cited above, appears to be a simple proposition, it is nevertheless fair to say that the Supreme Court’s section 15 jurisprudence has been something of an ever-evolving work-in-progress.

d’aider les États-Unis à recouvrer les dettes fiscales dues au gouvernement américain par des citoyens canadiens.

[393] Enfin, les défendeurs soutiennent que l’effet des dispositions contestées ne perpétue aucunement un quelconque désavantage arbitraire à l’égard des particuliers du fait de leur appartenance à un groupe énuméré ou analogue : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 331, la juge Abella, dissidente. Selon les défendeurs, la capacité de demander l’immunité à l’égard des lois d’un État démocratique dont une personne est citoyenne n’est pas le genre de protection que l’article 15 de la Charte était censé assurer.

C. Analyse

[394] Le paragraphe 15(1) de la Charte vise à prévenir l’établissement de distinctions discriminatoires qui ont une incidence défavorable sur les membres des groupes caractérisés par rapport aux motifs énumérés à l’article 15 ou à des motifs analogues : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, au paragraphe 25.

[395] L’« origine nationale » est l’un des motifs énumérés à l’article 15, tandis que la Cour suprême a conclu par l’arrêt *Andrew*, précité, que la « citoyenneté » est un motif analogue.

[396] Comme l’a Cour suprême l’a ensuite observé dans l’arrêt *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 S.C.R. 769 [*Lavoie*], « un motif reconnu comme motif analogue demeure un indicateur permanent de discrimination pour les affaires ultérieures » : au paragraphe 41, citant l’arrêt *Corbiere*, précité, au paragraphe 8. Voir aussi l’arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 118.

1) Droit encadrant les moyens tirés de l’article 15

[397] Bien que l’observation tirée de l’arrêt *R. c. Kapp*, précité, semble être une idée simple, il est néanmoins juste d’affirmer que la jurisprudence de la Cour suprême portant sur l’article 15 est en quelque sorte un processus en constante évolution.

[398] The work started with the Supreme Court’s decision in *Andrews*, above. There, the Court defined “discrimination” as being “a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group”: *Andrews*, above, at page 174, McIntyre J., dissenting in part. To be discriminatory, any such distinction must have the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on an individual or group that are not imposed upon others, or must withhold or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society: *Andrews*, above, at page 174, McIntyre J., dissenting in part.

[399] It was, moreover, in *Andrews* that the Supreme Court first articulated its commitment to the principle of substantive, rather than formal, equality.

[400] “Formal equality” requires that everyone, regardless of their individual circumstances, be treated in an identical fashion. In contrast, “substantive equality” recognizes that in some circumstances it is necessary to treat different individuals differently, in order that true equality may be realized. In this regard, “substantive equality” is based upon the concept that “[t]he promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration”: *Andrews*, above, at page 171, McIntyre J., dissenting in part.

[401] As Professor William Black and Justice Lynn Smith explained in “The Equality Rights” in Gerald Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005) [Black & Smith], the term “‘substantive equality’ indicates that one must take account of the outcomes of a challenged law or activity and of the social and economic context in which a claim of inequality arises”: at page 969. In assessing that context, a Court must look beyond the law being challenged and “[identify] external conditions of inequality that affect those outcomes”: Black & Smith, above, at page 969. In other words, “[s]ubstantive equality requires attention to the ‘harm’ caused by unequal treatment”: Black & Smith, above, at page 969.

[398] Ce processus a commencé par la reddition, par la Cour suprême, de l’arrêt *Andrews*, précité. La Cour a alors défini le mot « “discrimination” » « comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus », *Andrews*, précité, à la page 174, le juge McIntyre, en partie dissident. Pour être discriminatoire, une telle distinction doit avoir pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société : *Andrews*, précité, à la page 174, le juge McIntyre, en partie dissident.

[399] En outre, c’est par l’arrêt *Andrews* que la Cour suprême a initialement formulé son adhésion au principe d’égalité réelle plutôt que d’égalité formelle.

[400] Selon le principe d’« égalité formelle » tout le monde, sans égard à une situation individuelle, doit être traité de la même manière. En revanche, selon le principe d’« égalité réelle », dans certaines situations, il est nécessaire de traiter différents particuliers différemment, afin d’atteindre l’égalité réelle. À cet égard, l’« égalité réelle » est fondée sur le concept suivant : « [f]avoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : *Andrews*, précité, à la page 171, le juge McIntyre, en partie dissident.

[401] Comme le professeur William Black et la juge Lynn Smith l’ont expliqué dans « The Equality Rights », aux éditions Gerald Beaudoin et Errol Mendes, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005), il ressort des mots [TRADUCTION] « égalité réelle » [TRADUCTION] « qu’il faut prendre en compte les conséquences d’une loi ou d’une activité contestée, ainsi que le contexte social et économique dans lequel s’inscrit le moyen tiré de l’inégalité » : à la page 969. En appréciant ce contexte, le juge doit examiner plus que la loi contestée et [TRADUCTION] « cerner [...] les conditions externes d’inégalité qui ont une incidence sur ces issues » : M. Black et M^{me} Smith, précités, à la page 969. En d’autres termes, [TRADUCTION]

[402] In *Law*, above, the Supreme Court articulated a four-part test for courts to use in identifying discriminatory distinctions, emphasizing the notion of human dignity as being the underlying value animating the discrimination analysis.

[403] Indeed, as the Supreme Court subsequently observed in *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, the central lesson of *Law* was the need for a contextual inquiry in order to establish whether a statutory distinction conflicts with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, such that “a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity”: at paragraph 25.

[404] In *R. v. Kapp*, above, the Supreme Court recognized that difficulties had arisen in using human dignity as a legal test. The Court observed that although human dignity is an essential value underlying the subsection 15(1) equality guarantee, “human dignity is an abstract and subjective notion that ... cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be” (emphasis in the original; [footnote omitted]): *R. v. Kapp*, above, at paragraph 22.

[405] The Supreme Court further observed that the section 15 analysis “more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination”, recognizing that the “perpetuation of disadvantage and stereotyping” are the “primary indicators of discrimination”: *R. v. Kapp*, above, at paragraph 23. Thus, the Court held that the “central concern” of section 15 is “combating discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping”: *R. v. Kapp*, above, at paragraph 24.

« [l]’égalité réelle appelle la prise en compte du “préjudice” causé par le traitement inégal » : M. Black et M^{me} Smith, précités, à la page 969.

[402] Par l’arrêt *Law*, précité, la Cour suprême a consacré un critère à quatre volets que les juges doivent utiliser pour déterminer les distinctions discriminatoires, en mettant l’accent sur la notion de dignité humaine, valeur sur laquelle repose l’analyse relative à la discrimination.

[403] D’ailleurs, ainsi que la Cour suprême l’a ensuite observé dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, la principale leçon à tirer de la jurisprudence *Law* est qu’il faut procéder à un examen contextuel afin de rechercher si une distinction entre en conflit avec l’objet du paragraphe 15(1) de la Charte, de sorte qu’« une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité » : au paragraphe 25.

[404] Par l’arrêt *R. c. Kapp*, précité, la Cour suprême a reconnu que des difficultés avaient découlé du recours à la dignité humaine comme critère juridique. La Cour a observé que bien que la dignité humaine soit une valeur essentielle sur laquelle repose le droit à l’égalité garanti par le paragraphe 15(1), « la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer [...], mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité, au lieu d’être l’éclaircissement philosophique qu’elle était censée constituer » (en italiques dans l’original; [note en bas de page omise]) : arrêt *R. c. Kapp*, précité, au paragraphe 22.

[405] La Cour suprême a observé en outre qu’en matière d’analyse relative à l’article 15, « il est plus utile d’analyser [...] les facteurs qui permettent de reconnaître l’effet discriminatoire », reconnaissant que « la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes » sont les « principaux indices de discrimination » : *R. c. Kapp*, précité, au paragraphe 23. La Cour a ainsi conclu que le « principal enjeu » de l’article 15 est « la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes » : *R. c. Kapp*, précité, au paragraphe 24.

[406] For the purposes of a section 15 Charter analysis, “[d]isadvantage’ . . . connotes vulnerability, prejudice and negative social characterization”: *R. v. Kapp*, above, at paragraph 55. In determining whether a government action imposes disadvantage on the basis of “stereotyping”, regard should be had to, amongst other things, the “degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality”: *R. v. Kapp*, above, at paragraphs 19, 23.

[407] “Prejudice” has been described by the Supreme Court as “the holding of pejorative attitudes based on strongly held views about the appropriate capacities or limits of individuals or the groups of which they are a member”. While “[s]tereotyping”, like prejudice, “is a disadvantaging attitude”, it is an attitude “that attributes characteristics to members of a group regardless of their actual capacities”: all quotes from *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 326, Abella J., dissenting, but not on this point.

[408] Since *R. v. Kapp*, the Supreme Court has reminded us of the importance of looking beyond the impugned government action in a section 15 analysis, and of the need to examine the larger social, political and legal context of the legislative distinction in issue: see *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraphs 193–194.

[409] Coming full circle, the Supreme Court has returned to the *Andrews* articulation of the section 15 test, as reformulated in *R. v. Kapp*, above. That is, in cases such as *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 [*Withler*]; *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, and *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522 (*Centrale des syndicats*), the Court has reiterated that “[a]t the end of the day there is *only one question*: Does the challenged law violate the norm of substantive equality in s. 15(1) of the *Charter*?” (emphasis added in *Quebec (Attorney General) v. A.*): *Quebec (Attorney General)*

[406] Aux fins de l’analyse relative à l’article 15 de la Charte, « “désavantage” [...] dénote la vulnérabilité, un préjugé et une image négative dans la société » : *R. c. Kapp*, précité, au paragraphe 55. En décidant si l’action d’un gouvernement impose un désavantage fondé sur « l’application de stéréotypes », il faut tenir compte, entre autres choses, du « degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur » : arrêt *R. c. Kapp*, précité, aux paragraphes 19 et 23.

[407] Les « préjugés » ont été définis par la Cour suprême comme « des attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles-ci appartiennent ». Même si « [l]’application d’un stéréotype est une attitude qui, tout comme un préjugé, tend à désavantager autrui, [...] c’est aussi une attitude qui attribue certaines caractéristiques aux membres d’un groupe, sans égard à leurs capacités réelles » : citations tirées de l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 326, la juge Abella, dissidente, mais pas sur ce point.

[408] Depuis l’arrêt *R. c. Kapp*, la Cour suprême nous a rappelé qu’il est important de pousser l’examen au-delà de l’action du gouvernement controversée lors d’une analyse relative à l’article 15 de la Charte, et qu’il faut examiner le contexte social, politique et juridique plus vaste dans lequel s’inscrit la distinction législative en cause : voir *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, aux paragraphes 193 et 194.

[409] Revenant à la case départ, la Cour suprême a repris la formulation du critère de l’article 15 de la jurisprudence *Andrews*, tel qu’il est reformulé dans l’arrêt *R. c. Kapp*, précité. C’est-à-dire à l’occasion d’affaires comme *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 [*Withler*], l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, et l’arrêt *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522 (*Centrale des syndicats*), la Cour a réitéré : « “[e]n définitive, *une seule question* se pose : La mesure contestée transgresse-t-elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1)

v. A., above, at paragraph 325, Abella J., dissenting, citing *Withler*, above, at paragraph 2.

[410] The majority in *Centrale des syndicats* held that a two-step approach is to be used in assessing a section 15 claim. The Court must ask itself whether the law in issue draws a distinction, either on its face or in its impact, based on an enumerated or analogous ground. If the answer to this question is “yes”, then the Court must determine whether the law imposes a burden or denies a benefit in a way that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including “‘historical’” disadvantage: *Centrale des syndicats*, above, at paragraph 22, citing *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraphs 323–324, 327, Abella J., dissenting; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paragraphs 19–20.

[411] In *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, Justice Abella reminded us that “the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned” (emphasis added in *Quebec (Attorney General) v. A.*): at paragraph 319, dissenting, citing *Andrews*, above at page 165. She also observed that the purpose of section 15 was “to eliminate the exclusionary barriers faced by individuals in the enumerated or analogous groups in gaining meaningful access to what is generally available”: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 319.

[412] While prejudice and stereotyping are thus two of the indicia that may help identify discriminatory conduct, they are not, however, discrete elements of the test that a claimant is required to satisfy: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 325, Abella J., dissenting. Requiring that there be prejudice or stereotyping would “likely have the unfortunate effect of blinding us to other ways in which individuals and groups, that have suffered serious and long-standing disadvantage, can be discriminated against”. There may well be cases that do not involve either prejudice or stereotyping, but which “do involve oppression or unfair dominance of one group by another, or involve a denial to one group of

de la Charte?” » (italiques ajoutés dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.* : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 325, la juge Abella, dissidente, citant l’arrêt *Withler*, précité, au paragraphe 2.

[410] Dans l’arrêt *Centrale des syndicats*, la majorité a conclu qu’une démarche en deux étapes s’impose en matière de moyen tiré de l’article 15. La Cour doit rechercher si la loi en cause opère une distinction, à première vue ou par son effet, fondée sur un motif énuméré ou analogue. Si la réponse à cette question est « affirmative », alors la Cour doit rechercher si la loi impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage, y compris un désavantage « “historique” » : *Centrale des syndicats*, précité, au paragraphe 22, citant *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, aux paragraphes 323, 324 et 327, la juge Abella, dissidente, *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, aux paragraphes 19 et 20.

[411] Dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, la juge Abella nous a rappelé que « la principale considération doit être l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné » (italiques ajoutés dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*) : au paragraphe 319, dissidente, citant l’arrêt *Andrews*, précité, à la page 165. Elle a aussi observé que l’article 15 a pour objet « d’éliminer les obstacles qui empêchent les membres d’un groupe énuméré ou analogue d’avoir accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général » : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 319.

[412] Bien que les préjugés et l’application de stéréotypes constituent donc deux indices qui peuvent aider à repérer une conduite discriminatoire, ils ne constituent pas des éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 325, la juge Abella, dissidente. Exiger la preuve d’un préjugé ou de l’application de stéréotypes aurait « [TRADUCTION] [...] vraisemblablement le malheureux effet d’occulter d’autres formes de discrimination à l’endroit de personnes et de groupes qui sont depuis longtemps gravement désavantagés ». Il peut très bien y avoir des cas où, sans qu’il y ait manifestation de préjugés ou application de stéréotypes, « il y a oppression

goods that seem basic or necessary for full participation in Canadian society”: both quotes from *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 325, Abella J., dissenting, citing Sophia Moreau, “*R. v. Kapp: New Directions for Section 15*” (2008–2009), 40 *Ottawa L. Rev.* 283 [Moreau], at page 292.

[413] Caution must thus be exercised to avoid improperly focusing on whether a discriminatory attitude or conduct motivated the enactment of the Impugned Provisions. The Court’s focus should instead be on whether the legislation has a discriminatory *impact* on affected individuals. As a consequence, it is not necessary that claimants prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraphs 327–330, Abella J., dissenting; *Centrale des syndicats*, above, at paragraph 35.

[414] That said, the Supreme Court held in *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, [at paragraph 327] that “where the discriminatory effect is said to be the perpetuation of disadvantage or prejudice, evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage or to demonstrating existing prejudice against the claimant group, as well as the nature of the interest that is affected, will be considered”: *Withler*, above, at paragraph 38.

[415] Ultimately, though, the question for determination remains “whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group”: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 331, Abella J., dissenting. As a consequence, “[i]f the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory”: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 332, Abella J., dissenting.

ou domination injuste d’un groupe par un autre, ou encore négation à un groupe de biens qui paraissent fondamentaux ou nécessaires à une pleine participation à la société canadienne » : deux citations tirées de l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 325, la juge Abella, dissidente, citant Sophia Moreau, « *R. v. Kapp : New Directions for Section 15* » (2008–2009), 40 *R.D. Ottawa* 283 [Moreau], à la page 292.

[413] Il faut ainsi se garder de s’attacher à tort à la question de savoir si une attitude ou une conduite a motivé l’adoption des dispositions législatives. La Cour doit plutôt s’attacher à la question de savoir si la législation a un *effet* discriminatoire sur les particuliers visés. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que les demandeurs prouvent qu’une distinction perpétue des attitudes négatives à leur endroit : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, aux paragraphes 327 à 330, la juge Abella, dissidente; *Centrale des syndicats*, précité, au paragraphe 35.

[414] Cela dit, la Cour suprême a conclu par l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, [au paragraphe 327] que « dans les cas où l’effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d’un désavantage ou d’un préjugé, entreraient en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l’objet de préjugés, ainsi que la nature de l’intérêt touché » : *Withler*, précité, au paragraphe 38.

[415] Au final, toutefois, il reste à déterminer « si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue » : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 331, la juge Abella, dissidente. Par conséquent, « [l]es actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires » : arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 332, la juge Abella, dissidente.

(2) Do the Impugned Provisions Draw a Distinction between U.S. Persons and non-U.S. Persons Based on their Citizenship or National Origin?

[416] The first question to be determined is thus whether the Impugned Provisions draw a distinction between U.S. persons and non-U.S. persons based on their citizenship or their national origin.

[417] As the Supreme Court observed in *Alliance du personnel*, above, the first step of the subsection 15(1) analysis is neither “a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases”. Its purpose is, rather, to ensure that subsection 15(1) of the Charter is accessible to those whom it was designed to protect. Consequently, “[t]he ‘distinction’ stage of the analysis should only bar claims that are not ‘intended to be prohibited by the *Charter*’ because they are not based on enumerated or analogous grounds”. In other words, the purpose of the first step in the inquiry is to exclude claims that have “nothing to do with substantive equality”. The focus at this stage is thus on the grounds for the distinction: all quotes from *Alliance du personnel*, above, at paragraph 26.

[418] The defendants contend that the distinctions drawn by the Impugned Provisions are based on whether a person is a “U.S. person”, as defined in the legislation. The definition of “U.S. person” is intended to identify persons who are subject to American tax laws. While U.S. citizens living in Canada are “U.S. persons”, as are those born in the United States, they are only a part of a larger group of natural and legal persons such as partnerships, corporations and trusts that are subject to American tax laws.

[419] I do not accept the defendants’ submission.

2) Les dispositions contestées opèrent-elles une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale?

[416] La première question à trancher est donc de savoir si les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis selon leur citoyenneté ou leur origine nationale.

[417] Comme l’a observé la Cour suprême dans l’arrêt *Alliance du personnel*, précité, la première étape de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) ne constitue ni « une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques ». Son objectif consiste plutôt à s’assurer que les personnes que cette disposition est censée protéger puissent l’invoquer. Par conséquent, « [l]’étape de la “distinction” ne devrait faire obstacle qu’aux demandes alléguant une distinction que la “*Charte* [ne] visait [pas] à interdire” parce que de telles demandes ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues ». Autrement dit, l’objectif de la première étape est d’exclure les moyens qui « n’ont rien à voir avec l’égalité réelle ». À cette étape, l’accent est donc mis sur les motifs de la distinction : toutes les citations sont extraites de l’arrêt *Alliance du personnel*, précité, au paragraphe 26.

[418] Les défendeurs affirment que les distinctions opérées par les dispositions contestées reposent sur le fait qu’une personne soit ou non une « personne des États-Unis », au sens des dispositions législatives. La définition de la « personne des États-Unis » vise à recenser les personnes qui sont assujetties aux lois fiscales américaines. Les citoyens américains vivant au Canada sont des « personnes des États-Unis », tout comme ceux qui sont nés aux États-Unis, mais ils ne constituent qu’une partie d’un groupe plus vaste de personnes physiques et morales comme les sociétés de personnes, les sociétés et les fiducies qui sont assujetties aux lois fiscales américaines.

[419] Je ne puis retenir la thèse des défendeurs.

[420] The defendants say that the Impugned Provisions treat U.S. persons differently, not because they are American citizens, but rather because they are subject to American tax laws. With respect, this confuses the *motive* for the adverse differential treatment in the Impugned Provisions with its *impact*.

[421] A review of the Impugned Provisions, in particular the definition section of the Canada–U.S. IGA as incorporated into the Implementation Act, identifies being an American citizen or having a U.S. place of birth as two of the criteria that will subject individuals to the reporting requirements of the legislation. The fact that these are not the only criteria that expose individuals to the requirements of the legislation, and that other non-American citizens and entities may be exposed to the reporting requirements of the legislation, does not take away from the fact that U.S. citizens resident in Canada and those individuals who were born in the United States will be exposed to consequences that are not imposed upon others in Canada who are not U.S. citizens or were not born in the United States. The difference in treatment between the two groups is based on the American birthplace or citizenship of the former group.

[422] Similarly, Annex I of the Canada–U.S. IGA, as incorporated into the Implementation Act, identifies the “U.S. Person Indicia” that will trigger reporting requirements on the part of Canadian financial institutions. These indicia include having American citizenship or an American place of birth, thereby exposing both American citizens and those who were born in the United States to adverse differential treatment because of their citizenship or their national origin.

[423] It is true that not everyone born in the United States will be subject to the reporting requirements of the Impugned Provisions. Those American-born individuals who have renounced or relinquished their American citizenship may no longer have tax obligations *vis à vis* the country of their birth. That being said, a notation in a

[420] Les défendeurs affirment que les dispositions contestées traitent différemment les personnes des États-Unis non pas parce qu’elles ont la citoyenneté américaine, mais parce qu’elles sont assujetties aux lois fiscales américaines. Je me permets de dire qu’ils confondent ainsi l’ *intention* et les *répercussions* de la différence préjudiciable de traitement présente qu’entraînent les dispositions contestées.

[421] Il ressort de l’examen des dispositions contestées, et plus précisément de la section de définition de l’AIG Canada–États-Unis telle qu’elle est incorporée dans la Loi de mise en œuvre, avoir la citoyenneté américaine ou être né aux États-Unis constituent deux des critères qui soumettent les particuliers aux exigences de la loi en matière de déclaration. Même si ces deux critères ne sont pas les seuls qui exposent les particuliers aux exigences de la loi, et même s’il est possible que d’autres entités ou citoyens non américains soient assujettis aux exigences de la loi en matière de déclaration, cela n’enlève rien au fait que les citoyens américains qui résident au Canada et les particuliers nés aux États-Unis sont exposés à des conséquences auxquelles ne sont pas exposés d’autres personnes au Canada qui n’ont pas la citoyenneté américaine ou ne sont pas nées aux États-Unis. La différence de traitement entre les deux groupes repose sur le fait que les membres du premier groupe sont nés aux États-Unis ou détiennent la citoyenneté américaine.

[422] De même, l’annexe I de l’AIG Canada–États-Unis, telle qu’elle est incorporée dans la Loi de mise en œuvre, définit les « indices d’une personne des États-Unis » qui font jouer les exigences en matière de déclaration du côté des institutions financières canadiennes. Ces indices, qui sont notamment la possession de la citoyenneté américaine ou le fait d’être né aux États-Unis, exposent les citoyens américains et les personnes nées aux États-Unis à une différence préjudiciable de traitement en raison de leur citoyenneté ou de leur origine nationale.

[423] Certes, toutes les personnes nées aux États-Unis ne sont pas assujetties aux exigences de déclaration des dispositions contestées. Les particuliers nés aux États-Unis qui ont renoncé à leur citoyenneté américaine pourraient ne plus avoir d’obligations fiscales envers leur pays de naissance. Toutefois, s’il est indiqué dans un dossier

banking record that an individual was born in the United States will, at a minimum, be sufficient to trigger inquiries by Canadian financial institutions, and could also inhibit an individual's ability to open bank accounts at a new financial institution. It may also subject the individual to the reporting requirements of the Impugned Provisions if their financial institution is not satisfied that they are no longer American citizens. Individuals born in Canada will not be subjected to similar treatment.

[424] I am therefore satisfied that the Impugned Provisions draw a distinction between U.S. persons and non-U.S. persons based, at least in part, on their citizenship and/or their national origin.

[425] The next question, then, is whether any such distinction is discriminatory.

- (3) Is any Distinction Drawn by the Impugned Provisions between U.S. Persons and non-U.S. Persons Discriminatory?

[426] Although I have found that the Impugned Provisions do indeed draw a distinction between U.S. persons and non-U.S. persons on the basis of their citizenship and/or their national origin, I am nevertheless satisfied that any such distinction is not discriminatory, as that term is understood in the jurisprudence.

[427] While suggesting that there might have been a time where American citizens in Canada may have been subject to what they refer to as a "Yankee-go-home sort of mentality", the plaintiffs acknowledge that they are not placing much store in this. They have, moreover, not identified any evidence in the record to show that individuals with U.S. citizenship or an American place of birth have faced historical disadvantage, prejudice or stereotyping in Canada. I am thus not persuaded that the Impugned Provisions impose burdens on a historically disadvantaged group.

bancaire qu'un particulier est né aux États-Unis, cela suffira au minimum à déclencher une vérification par les institutions financières canadiennes et pourrait aussi empêcher un particulier d'ouvrir des comptes bancaires dans une autre institution financière. Ce particulier pourrait aussi se retrouver assujéti aux exigences de déclaration des dispositions contestées si son institution financière n'est pas convaincue qu'il n'a plus la citoyenneté américaine. Les particuliers nés au Canada ne feront pas l'objet de ce genre de traitement.

[424] Je conclus donc que les dispositions contestées opèrent une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis sur la base, du moins en partie, de leur citoyenneté et/ou de leur origine nationale.

[425] La question suivante est donc de savoir si cette distinction est discriminatoire.

- 3) Toute distinction opérée par les dispositions contestées entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis est-elle discriminatoire?

[426] Bien que j'aie conclu que les dispositions contestées opèrent bel et bien une distinction entre les personnes des États-Unis et les personnes autres que des États-Unis sur la base de leur citoyenneté et/ou de leur origine nationale, je conclus néanmoins que cette distinction n'est pas discriminatoire, au sens de la jurisprudence.

[427] Les demandresses soutiennent qu'il y a peut-être eu une époque où les citoyens américains vivant au Canada étaient soumis à une [TRADUCTION] « sorte de mentalité antiaméricaine »; cependant, elles reconnaissent ne pas y accorder beaucoup d'importance. De plus, elles n'ont relevé aucun élément de preuve au dossier dont il ressort que les particuliers détenant la citoyenneté américaine ou nés aux États-Unis avaient historiquement subi des désavantages ou fait l'objet de préjugés ou de stéréotypes au Canada. Je ne conclus donc pas que les dispositions contestées pèsent sur un groupe historiquement défavorisé.

[428] However, as was noted earlier, that is not the end of the inquiry. While the perpetuation of historical disadvantage can be an indicator of discrimination, the absence of any historical disadvantage faced by the claimant group does not necessarily mean that adverse differential treatment is not discriminatory. The focus must, instead, be on the discriminatory impact of the distinction: *Alliance du personnel*, above, at paragraph 28; *Quebec (Attorney General) v. A.*, at paragraphs 327, 330, Abella J., dissenting.

[429] It is true that in *Andrews*, above, the Supreme Court held that “non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated”: at page 152.

[430] That said, and focussing on the impact of the Impugned Provisions as I am required to do, at the end of the day, the effect of the Impugned Provisions is to compel U.S. persons in Canada to comply with their pre-existing obligations under American tax laws. The Charter does not require Canada to assist persons resident in this country in avoiding their obligations under duly-enacted laws of another democratic state, nor does it require this country to shelter those living in Canada from the reach of foreign laws. Indeed, as was noted earlier, insulating persons resident in this country from their obligations under duly-enacted laws of another democratic state is not a value that section 15 of the Charter was designed to foster.

[431] I am also not persuaded that the Impugned Provisions send the message that U.S. persons in Canada are less worthy of recognition as members of Canadian society. Nor am I persuaded that they undermine the dignity of affected individuals. The affected individuals in this case are being treated differently because they were born in the United States or have American citizenship—the very things that potentially make them subject to U.S. tax laws.

[428] Toutefois, comme je l’ai signalé auparavant, notre recherche ne s’arrête pas là. Même si la perpétuation d’un désavantage historique peut constituer un signe de discrimination, le fait que le groupe demandeur ne souffre pas d’un désavantage historique ne signifie pas forcément que la différence préjudiciable de traitement n’est pas discriminatoire. Nous devons plutôt porter notre attention sur l’effet discriminatoire de la distinction : arrêt *Alliance du personnel*, susmentionné, au paragraphe 28; *Québec (Procureur général) c. A.*, aux paragraphes 327 et 330, la juge Abella, dissidente.

[429] Certes, la Cour suprême a affirmé, à la page 152 de l’arrêt *Andrews*, susmentionné, que « les personnes qui n’ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d’être considéré et respecté également violé ».

[430] Cela dit, pour ce qui est de l’effet des dispositions contestées, sur lequel je dois porter une attention particulière, je constate au bout du compte que les dispositions contestées ont pour effet d’obliger les personnes des États-Unis vivant au Canada à respecter leurs obligations préexistantes aux termes des lois fiscales américaines. Le Canada n’est pas tenu, selon la Charte, d’aider les personnes qui résident sur son territoire à éviter leurs obligations aux termes de lois dûment promulguées d’un autre État démocratique, ni de permettre aux personnes vivant au Canada de se soustraire aux lois étrangères. En effet, tel qu’il a été signalé précédemment, l’article 15 n’a pas été conçu pour favoriser la mise à l’abri de personnes résidant au Canada vis-à-vis des obligations que leur imposent les lois dûment promulguées d’un autre État démocratique.

[431] En outre, je ne suis pas convaincue que les dispositions contestées donnent l’impression que les personnes des États-Unis qui sont au Canada sont moins dignes d’être reconnues en tant que membres de la société canadienne. Je ne suis pas non plus certaine qu’elles portent atteinte à la dignité des particuliers visés. Les particuliers visés, en l’espèce, font l’objet d’un traitement différent parce qu’ils sont nés aux États-Unis ou détiennent la citoyenneté américaine, ce qui les rend susceptibles d’être assujettis aux lois fiscales américaines.

[432] The situation in this case should be contrasted with cases where discrimination on the basis of citizenship or national origin has been found to have occurred.

[433] In *Andrews*, the legislation at issue prevented non-Canadian citizens (who were in all other respects qualified) from being called to the bar of British Columbia, thereby limiting their ability to work in their chosen field. As the Supreme Court of Canada observed in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 38 D.L.R. (4th) 161, work is “one of the most fundamental aspects in a person’s life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society”. A person’s employment is thus “an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being”: both quotes from *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, above, at page 368, Dickson C.J., dissenting, but not on this issue.

[434] As a consequence, the Supreme Court quite understandably concluded in *Andrews* that a rule that bars an entire class of persons from certain forms of employment for which they were otherwise qualified solely because they were not Canadian citizens violated the equality rights of that group.

[435] Similarly, in *Lavoie*, above, non-Canadian citizens were denied the opportunity to work in the Public Service of Canada, once again conveying the message that non-citizens are “less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society”: at paragraph 46; *Law*, above, at paragraph 99.

[436] In the non-employment context, I concluded in *Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267 that denying funding for health care to certain individuals based on their citizenship or national origin put their lives at

[432] Il faut distinguer la situation en l’espèce des cas dans lesquels la discrimination fondée sur la citoyenneté ou l’origine nationale est avérée.

[433] En ce qui concerne l’affaire *Andrews*, la loi en cause empêchait les personnes n’ayant pas la citoyenneté canadienne (même si elles se qualifiaient à tous autres égards) d’être admises au barreau de la Colombie-Britannique, ce qui réduisait leurs possibilités de travailler dans leur domaine de compétences. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le travail est « l’un des aspects les plus fondamentaux de la vie d’une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société ». L’emploi qu’occupe une personne est donc « une composante essentielle du sens de l’identité d’une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel » : ces deux citations sont tirées de l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la page 368, le juge [en chef] Dickson, dissident, mais pas sur ce point.

[434] On comprend donc pourquoi la Cour suprême a conclu, par l’arrêt *Andrews*, qu’une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d’emplois pour lesquelles elles se qualifient autrement, pour le seul motif qu’elles n’ont pas la citoyenneté canadienne, porte atteinte aux droits à l’égalité de ce groupe.

[435] De même, il était question dans l’affaire *Lavoie* de personnes qui n’avaient pas accès aux emplois dans la fonction publique canadienne parce qu’elles n’avaient pas la citoyenneté canadienne; là encore, on portait le message selon lequel les non-citoyens sont « moins capables ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne » : *Lavoie*, précité, au paragraphe 46, et *Law*, précité, au paragraphe 99.

[436] Dans un contexte autre que l’emploi, j’ai conclu, à l’occasion de l’affaire *Médecins Canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267, que le refus de financer les soins de santé de certains individus en raison de

risk. It also sent the clear message that refugee claimants from certain countries were undesirable, and that their well-being, and indeed their very lives, were worth less than those of refugee claimants from other countries: at paragraph 835.

[437] A review of the non-expert affidavits filed by the plaintiffs in this case discloses that much of the affiants' concern is with the reporting requirements of FATCA, and their unhappiness with the fact that the American government seeks to tax its non-resident citizens. This is, however, a policy choice made by the American government that is not open to challenge in this Court.

[438] That said, certain of the affiants do say that they feel betrayed by Canada, and that they are frustrated that the Canadian government is not protecting them from the enforcement of the U.S. tax regime. Ms. Nicholls also states that she feels like a "second-class citizen", as she does not have the same rights as her Canadian husband when it comes to investing and freedom in banking.

[439] While these individuals' frustration may be understandable, when viewed objectively, the decision of the Canadian government to share these individuals' banking information with the IRS because their American citizenship or national origin makes them subject to American tax laws does not devalue their worth as individuals. Nor does it send the message that U.S. persons are less capable or less worthy of recognition as human beings or as members of Canadian society. It is thus not discriminatory.

(4) Conclusion with Respect to the Plaintiffs' Section 15 Claim

[440] For these reasons, I find that the Impugned Provisions do not reinforce, perpetuate or exacerbate disadvantage, nor do they violate the norm of substantive equality in subsection 15(1) of the Charter. I am also not persuaded that the Impugned Provisions involve the

leur citoyenneté ou de leur origine nationale met leur vie en danger. De plus, ce refus portait clairement le message que les demandeurs d'asile venus de certains pays étaient indésirables et que leur bien-être, voire leur vie, avait moins d'importance que le bien-être ou la vie d'autres demandeurs d'asile venus d'autres pays : au paragraphe 835.

[437] Il ressort de l'examen des affidavits de témoins non-experts produits par les demandresses en l'espèce que les déposants sont surtout préoccupés par les exigences de la FATCA en matière de déclaration et sont mécontents du fait que le gouvernement américain cherche à imposer ses citoyens résidant à l'étranger. Il s'agit toutefois d'une politique choisie par le gouvernement américain et qu'il n'est pas possible de contester devant notre Cour.

[438] Cela étant, certains déposants disent se sentir trahis par le Canada et frustrés que le gouvernement canadien ne les protège pas contre l'application du régime fiscal américain. M^{me} Nicholls a l'impression d'être une « citoyenne de seconde zone » étant donné qu'elle n'a pas les mêmes droits de faire des placements ni la même liberté de réaliser des opérations bancaires que son mari, qui est canadien.

[439] Le mécontentement de ces particuliers est compréhensible, mais on ne peut pas dire objectivement que le gouvernement canadien les considère comme des individus moins importants en transmettant leurs renseignements bancaires à l'IRS parce que leur citoyenneté américaine ou leur origine nationale fait qu'ils sont assujettis aux lois fiscales américaines. Cela n'envoie pas non plus le message selon lequel les personnes des États-Unis sont moins capables ou moins dignes d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Ce n'est donc pas discriminatoire.

4) Conclusion en ce qui concerne la revendication des demandresses au titre de l'article 15

[440] Pour ces motifs, je conclus que les dispositions contestées ne renforcent pas, ne perpétuent pas et n'accroissent pas un désavantage et qu'elles ne transgressent pas non plus la norme d'égalité réelle consacrée par le paragraphe 15(1) de la Charte. Je ne suis pas non plus

oppression or unfair dominance of one group by another, or a denial to one group of protections that are basic or necessary for full participation in Canadian society: *Quebec (Attorney General) v. A.*, above, at paragraph 325, Abella J., dissenting, citing Moreau, above, at page 292.

[441] This being the case, it is not necessary to consider whether a breach of section 15 can be justified by the defendants under section 1 of the Charter.

XI. Conclusion

[442] Having failed to establish that the Impugned Provisions violate either section 8 or section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows that the plaintiffs' action will be dismissed.

XII. Costs

[443] At the hearing of this action, the plaintiffs advised that they would be seeking their costs regardless of the outcome of this case. The parties asked, however, for the opportunity to make submissions with respect to the issue of costs once I rendered my decision in this matter.

[444] In the event that the parties are unable to come to an agreement with respect to the question of costs, the plaintiffs shall have 20 days in which to make submissions, not to exceed 10 pages in length, on the issue of costs. The defendants will then have a further 20 days in which to make their submissions on the issue of costs, which submissions shall once again not exceed 10 pages in length.

JUDGMENT IN T-1736-14

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The action is dismissed; and
2. In the event that the parties are unable to come to an agreement with respect to the question of costs, the plaintiffs shall have 20 days in which to make

convaincue que les dispositions contestées donnent lieu à l'oppression ou à la domination injuste d'un groupe par un autre, ou encore à la négation à un groupe de protections qui sont fondamentales ou nécessaires à une pleine participation à la société canadienne : *Québec (Procureur général) c. A.*, précité, au paragraphe 325, la juge Abella, dissidente, citant Sophia Moreau, précitée, à la page 292.

[441] Il n'est donc pas nécessaire de rechercher si les défendeurs peuvent justifier une violation de l'article 15 en vertu de l'article 1 de la Charte.

XI. Conclusion

[442] Les demandereses n'ont pas établi que les dispositions contestées sont contraires aux articles 8 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; leur action est par conséquent rejetée.

XII. Dépens

[443] Lors de l'audition de la présente action, les demandereses ont fait savoir qu'elles demanderaient leurs dépens quelle que soit l'issue de l'affaire. Cependant, les deux parties ont demandé à pouvoir faire des observations quant à l'adjudication des dépens une fois que j'aurai rendu ma décision en l'espèce.

[444] Si les parties ne sont pas en mesure de parvenir à une entente relativement à la question des coûts, les demandereses auront 20 jours pour présenter des observations sur la question des dépens, qui ne dépasseront pas 10 pages. Les défendeurs auront alors 20 jours supplémentaires pour présenter leurs observations sur la question des dépens qui, une fois encore, ne dépasseront pas 10 pages.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1736-14

LA COUR ORDONNE que :

1. l'action soit rejetée;
2. si les parties ne sont pas en mesure de parvenir à une entente relativement à la question des coûts, les demandereses auront 20 jours pour présenter

submissions, not to exceed 10 pages in length, on the issue of costs. The defendants will then have a further 20 days in which to make their submissions on the issue of costs, which submissions shall once again not exceed 10 pages in length.

des observations sur la question des dépens, qui ne dépasseront pas 10 pages. Les défendeurs auront alors 20 jours supplémentaires pour présenter leurs observations sur la question des dépens qui, une fois encore, ne dépasseront pas 10 pages.

Appendix

Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act, [being Part V of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*], S.C. 2014, c. 20, s. 99

An Act to implement the Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement

(Enacted by section 99 of chapter 20 of the *Statutes of Canada*, 2014, in force on assent June 19, 2014.)

Short title

1. This Act may be cited as the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*.

Definition of “Agreement”

2. In this Act, “Agreement” means the Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America set out in the schedule, as amended from time to time.

Agreement approved

3. The Agreement is approved and has the force of law in Canada during the period that the Agreement, by its terms, is in force.

Inconsistent laws — general rule

4. (1) Subject to subsection (2), in the event of any inconsistency between the provisions of this Act or the Agreement and the provisions of any other law (other than Part XVIII of the *Income Tax Act*), the provisions of this Act and the Agreement prevail to the extent of the inconsistency.

Inconsistent laws — exception

(2) In the event of any inconsistency between the provisions of the Agreement and the provisions of the *Income Tax Conventions Interpretation Act*, the provisions of that Act prevail to the extent of the inconsistency.

Annexe

Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux, [constituant la partie V de la *Loi n° 1 sur le plan d’action économique de 2014*], L.C. 2014, ch. 20, art. 99

Loi mettant en œuvre l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux

(Édictée par l’article 99 du chapitre 20 des *Lois du Canada* (2014), en vigueur à la sanction le 19 juin 2014.)

Titre abrégé

1. *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*.

Définition de « Accord »

2. Pour l’application de la présente loi, « Accord » s’entend de l’accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique, dont le texte figure à l’annexe, avec ses modifications successives.

Approbation

3. L’Accord est approuvé et a force de loi au Canada pendant la durée de validité prévue par son dispositif.

Incompatibilité — principe

4. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les dispositions de la présente loi et de l’Accord l’emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi, à l’exception de la partie XVIII de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Incompatibilité — exception

(2) Les dispositions de la *Loi sur l’interprétation des conventions en matière d’impôts sur le revenu* l’emportent sur les dispositions incompatibles de l’Accord.

Regulations

5. The Minister of National Revenue may make any regulations that are necessary for carrying out the Agreement or for giving effect to any of its provisions.

Entry into force of Agreement

*6. (1) The Minister of Finance must cause a notice of the day on which the Agreement enters into force to be published in the *Canada Gazette* within 60 days after that day.

Amending instrument

(2) The Minister of Finance must cause a notice of the day on which any instrument amending the Agreement enters into force to be published, together with a copy of the instrument, in the *Canada Gazette* within 60 days after that day.

Termination

(3) The Minister of Finance must cause a notice of the day on which the Agreement is terminated to be published in the *Canada Gazette* within 60 days after that day.

*[Note: Agreement in force June 27, 2014, see *Canada Gazette* Part I, Volume 148, page 2234.]

...

SCHEDULE 3

...

**Agreement Between the Government of Canada
and the Government of the United States of America
To Improve International Tax Compliance
Through Enhanced Exchange of Information
Under the Convention Between Canada
and the United States of America
with Respect to Taxes on Income and on Capital**

[Agreement text not produced.]

Règlements

5. Le ministre du Revenu national peut prendre les règlements nécessaires à l'exécution de tout ou partie de l'Accord.

Entrée en vigueur de l'Accord

*6. (1) Le ministre des Finances fait publier dans la *Gazette du Canada* un avis de la date d'entrée en vigueur de l'Accord dans les soixante jours suivant cette date.

Texte modificatif

(2) Le ministre des Finances fait publier dans la *Gazette du Canada* un avis de la date d'entrée en vigueur de tout texte modifiant l'Accord, ainsi qu'une copie du texte, dans les soixante jours suivant cette date.

Dénonciation

(3) Le ministre des Finances fait publier dans la *Gazette du Canada* un avis de la date de cessation d'effet de l'Accord dans les soixante jours suivant cette date.

*[Note : Accord en vigueur le 27 juin 2014, voir *Gazette du Canada* Partie I, volume 148, page 2234.]

[...]

Annexe 3

[...]

**Accord entre le gouvernement du Canada et
le gouvernement des États-Unis d'Amérique
en vue d'améliorer l'observation fiscale
à l'échelle internationale au moyen
d'un meilleur échange de renseignements
en vertu de la Convention entre
le Canada et les États-Unis d'Amérique
en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune**

[Énoncés de l'accord ne sont pas reproduits.]

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

PART XVIII

ENHANCED INTERNATIONAL INFORMATION REPORTING

Definitions

263 (1) The following definitions apply in this Part.

agreement has the same meaning as in section 2 of the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*. (*accord*)

electronic filing means using electronic media in a manner specified by the Minister. (*transmission électronique*)

listed financial institution means a financial institution that is

(a) an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act* in respect of its business in Canada, or a bank to which that Act applies;

(b) a cooperative credit society, a savings and credit union or a caisse populaire regulated by a provincial Act;

(c) an association regulated by the *Cooperative Credit Associations Act*;

(d) a central cooperative credit society, as defined in section 2 of the *Cooperative Credit Associations Act*, or a credit union central or a federation of credit unions or caisses populaires that is regulated by a provincial Act other than one enacted by the legislature of Quebec;

(e) a financial services cooperative regulated by *An Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3, or *An Act respecting the Mouvement Desjardins*, S.Q. 2000, c. 77;

(f) a life company or a foreign life company to which the *Insurance Companies Act* applies or a life insurance company regulated by a provincial Act;

(g) a company to which the *Trust and Loan Companies Act* applies;

(h) a trust company regulated by a provincial Act;

(i) a loan company regulated by a provincial Act;

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

PARTIE XVIII

PROCESSUS ÉLARGI DE DÉCLARATION DE RENSEIGNEMENTS

Définitions

263 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

accord S'entend au sens de l'article 2 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*. (*agreement*)

compte déclarable américain Compte financier qui, selon l'accord, doit être considéré comme un compte déclarable américain. (*U.S. reportable account*)

institution financière canadienne non déclarante Toute institution financière canadienne ou autre entité résidant au Canada qui, selon le cas :

a) est visée à l'une des sous-sections C, D et G à J de la section III de l'annexe II de l'accord;

b) démontre de façon adéquate qu'elle est visée à l'une des sous-sections A, B, E et F de la section III de l'annexe II de l'accord;

c) remplit les conditions nécessaires pour être un bénéficiaire effectif exempté selon les dispositions applicables des *Treasury Regulations* des États-Unis en vigueur à la date de la signature de l'accord;

d) démontre de façon adéquate qu'elle remplit les conditions nécessaires pour être une IFE réputée conforme, au sens donné au terme *deemed-compliant FFI* dans les dispositions applicables des *Treasury Regulations* des États-Unis en vigueur à la date de la signature de l'accord. (*non-reporting Canadian financial institution*)

institution financière particulière Institution financière qui est, selon le cas :

a) une banque régie par la *Loi sur les banques* ou une banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de cette loi, dans le cadre des activités que cette dernière exerce au Canada;

b) une coopérative de crédit, une caisse d'épargne et de crédit ou une caisse populaire régie par une loi provinciale;

(j) an entity authorized under provincial legislation to engage in the business of dealing in securities or any other financial instruments, or to provide portfolio management, investment advising, fund administration, or fund management, services;

(k) an entity that is represented or promoted to the public as a collective investment vehicle, mutual fund, exchange traded fund, private equity fund, hedge fund, venture capital fund, leveraged buyout fund or similar investment vehicle that is established to invest or trade in financial assets and that is managed by an entity referred to in paragraph (j);

(l) an entity that is a clearing house or clearing agency; or

(m) a department or an agent of Her Majesty in right of Canada or of a province that is engaged in the business of accepting deposit liabilities. (*institution financière particulière*)

non-reporting Canadian financial institution means any Canadian financial institution or other entity resident in Canada that

(a) is described in any of paragraphs C, D and G to J of section III of Annex II to the agreement;

(b) makes a reasonable determination that it is described in any of paragraphs A, B, E and F of section III of Annex II to the agreement;

(c) qualifies as an exempt beneficial owner under relevant U.S. Treasury Regulations in effect on the date of signature of the agreement; or

(d) makes a reasonable determination that it qualifies as a deemed-compliant FFI under relevant U.S. Treasury Regulations in effect on the date of signature of the agreement. (*institution financière canadienne non déclarante*)

U.S. reportable account means a financial account that, under the agreement, is to be treated as a U.S. reportable account. (*compte déclarable américain*)

c) une association régie par la *Loi sur les associations coopératives de crédit*;

d) une coopérative de crédit centrale, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, ou une centrale de caisses de crédit ou une fédération de caisses de crédit ou de caisses populaires régie par une loi provinciale autre qu'une loi édictée par la législature du Québec;

e) une coopérative de services financiers régie par la *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, ou la *Loi sur le Mouvement Desjardins*, L.Q. 2000, ch. 77;

f) une société d'assurance-vie ou une société d'assurance-vie étrangère régie par la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou une société d'assurance-vie régie par une loi provinciale;

g) une société régie par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*;

h) une société de fiducie régie par une loi provinciale;

i) une société de prêt régie par une loi provinciale;

j) une entité autorisée en vertu de la législation provinciale à se livrer au commerce des valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers ou à fournir des services de gestion de portefeuille, de conseils en placement, d'administration de fonds ou de gestion de fonds;

k) une entité qui est présentée au public comme étant un mécanisme de placement collectif, un fonds commun de placement, un fonds négocié en bourse, un fonds de capital-investissement, un fonds spéculatif, un fonds de capital-risque, un fonds de rachat d'entreprise par effet de levier ou un mécanisme de placement similaire qui est établi pour faire des investissements dans des actifs financiers, ou le commerce de tels actifs, et qui est géré par une entité visée à l'alinéa j);

l) une entité qui est une chambre ou une agence de compensation;

m) un ministère ou un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province qui se livre à l'acceptation de dépôts. (*listed financial institution*)

transmission électronique La transmission de documents par voie électronique selon les modalités établies par le ministre. (*electronic filing*)

Financial institution

(2) For the purposes of this Part, *Canadian financial institution* and *reporting Canadian financial institution* each have the meaning that would be assigned by the agreement, and the definition *non-reporting Canadian financial institution* in subsection (1) has the meaning that would be assigned by that subsection, if the definition *Financial Institution* in subparagraph 1(g) of Article 1 of the agreement were read as follows:

g) The term *Financial Institution* means any Entity that is a Custodial Institution, a Depository Institution, an Investment Entity or a Specified Insurance Company, and that is a listed financial institution within the meaning of Part XVIII of the *Income Tax Act*.

Financial account

(3) For the purposes of this Part, the agreement is to be read as if the definition *Financial Account* in subparagraph 1(s) of Article 1 of the agreement included the following subparagraph after subparagraph (1):

(1.1) an account that is a client name account maintained by a person or entity that is authorized under provincial legislation to engage in the business of dealing in securities or any other financial instruments, or to provide portfolio management or investment advising services.

Identification number

(4) For the purposes of this Part, a reference in the agreement to “Canadian TIN” or “taxpayer identification number” is to be read as including a reference to Social Insurance Number.

Term defined in agreement

(5) In this Part, a term has the meaning that is defined in, or assigned by, the agreement unless the term is defined in this Part.

Amending instrument

(6) No person shall be liable for a failure to comply with a duty or obligation imposed by this Act that results from an amendment to the agreement unless at the date of the alleged failure,

(a) the text of the instrument that effected the amendment had been published in the *Canada Gazette*; or

Institution financière

(2) Pour l'application de la présente partie, les termes *institution financière canadienne* et *institution financière canadienne déclarante* ont le sens qui leur serait donné dans l'accord et le terme *institution financière canadienne non déclarante*, au paragraphe (1), a le sens qui lui serait donné par ce paragraphe si la définition de *institution financière*, à l'alinéa 1g) de l'article 1 de l'accord, avait le libellé suivant :

g) Le terme *institution financière* désigne une entité — établissement de garde de valeurs, établissement de dépôt, entité d'investissement ou compagnie d'assurance particulière — qui est une institution financière particulière au sens de la partie XVIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Compte financier

(3) Pour l'application de la présente partie, l'accord s'applique comme si le sous-alinéa ci-après figurait après le sous-alinéa (1) de la définition de *compte financier*, à l'alinéa 1s) de l'article 1 de l'accord :

(1.1) un compte qui est un compte de nom de client tenu par une personne ou une entité qui est autorisée en vertu de la législation provinciale à se livrer au commerce des valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers ou à fournir des services de gestion de portefeuille ou de conseils en placement;

Numéro d'identification

(4) Pour l'application de la présente partie, les mentions « NIF canadien » et « numéro d'identification fiscal » figurant dans l'accord valent également mention du numéro d'assurance sociale.

Terminologie

(5) Pour l'application de la présente partie, les termes qui n'y sont pas définis s'entendent au sens de l'accord.

Texte modificatif

(6) Nul n'encourt de responsabilité pour ne pas s'être conformé à une obligation imposée par la présente loi qui découle d'une modification apportée à l'accord, sauf si, à la date du prétendu manquement, selon le cas :

a) le texte de la modification avait été publié dans la *Gazette du Canada*;

(b) reasonable steps had been taken to bring the purport of the amendment to the notice of those persons likely to be affected by it

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Designation of account

264 (1) Subject to subsection (2), a reporting Canadian financial institution may designate a financial account to not be a U.S. reportable account for a calendar year if the account is

(a) a preexisting individual account described in paragraph A of section II of Annex I to the agreement

(b) a new individual account described in paragraph A of section III of Annex I to the agreement;

(c) a preexisting entity account described in paragraph A of section IV of Annex I to the agreement; or

(d) a new entity account described in paragraph A of section V of Annex I to the agreement.

U.S. reportable account

(2) A reporting Canadian financial institution may not designate a financial account for a calendar year unless the account is part of a clearly identifiable group of accounts all of which are designated for the year.

Applicable rules

(3) The rules in paragraph C of section VI of Annex I to the agreement apply in determining whether a financial account is described in any of paragraphs (1)(a) to (d).

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Identification obligation — financial accounts

265 (1) Every reporting Canadian financial institution shall establish, maintain and document the due diligence procedures set out in subsections (2) and (3).

b) des mesures raisonnables avaient été prises pour que les intéressés soient informés de la teneur de la modification.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

Désignation de comptes

264 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les comptes financiers ci-après peuvent être désignés par une institution financière canadienne déclarante comme n'étant pas des comptes déclarables américains pour une année civile :

a) les comptes de particuliers préexistants visés à la sous-section A de la section II de l'annexe I de l'accord;

b) les nouveaux comptes de particuliers visés à la sous-section A de la section III de l'annexe I de l'accord;

c) les comptes d'entités préexistants visés à la sous-section A de la section IV de l'annexe I de l'accord;

d) les nouveaux comptes d'entités visés à la sous-section A de la section V de l'annexe I de l'accord.

Compte déclarable américain

(2) Une institution financière canadienne déclarante ne peut désigner un compte financier pour une année civile que s'il fait partie d'un groupe de comptes clairement identifiable qui sont tous désignés pour l'année.

Règles applicables

(3) Les règles énoncées à la sous-section C de la section VI de l'annexe I de l'accord s'appliquent pour déterminer si un compte financier est visé à l'un des alinéas (1)a) à d).

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

Obligation d'identification — comptes financiers

265 (1) Toute institution financière canadienne déclarante est tenue d'établir, de tenir à jour et de documenter les procédures de diligence raisonnable visées aux paragraphes (2) et (3).

Due diligence — general

(2) Every reporting Canadian financial institution shall have the following due diligence procedures:

(a) for preexisting individual accounts that are lower value accounts, other than accounts described in paragraph A of section II of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs B and C of that section, subject to paragraph F of that section;

(b) for preexisting individual accounts that are high value accounts, other than accounts described in paragraph A of section II of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs D and E of that section, subject to paragraph F of that section;

(c) for new individual accounts, other than accounts described in paragraph A of section III of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraph B of section III of Annex I to the agreement;

(d) for preexisting entity accounts, other than accounts described in paragraph A of section IV of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs D and E of that section; and

(e) for new entity accounts, other than accounts described in paragraph A of section V of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs B to E of that section.

Due diligence — no designation

(3) If a reporting Canadian financial institution does not designate a financial account under subsection 264(1) for a calendar year, the institution shall have the following due diligence procedures with respect to the account:

(a) if the account is a preexisting individual account described in paragraph A of section II of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs B and C of that section, subject to paragraph F of that section;

(b) if the account is a new individual account described in paragraph A of section III of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraph B of section III of Annex I to the agreement;

Diligence raisonnable — généralités

(2) Toute institution financière canadienne déclarante est tenue de se doter des procédures de diligence raisonnable suivantes :

a) s'agissant de comptes de particuliers préexistants qui sont des comptes de faible valeur, à l'exception des comptes visés à la sous-section A de la section II de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections B et C de cette section, sous réserve de la sous-section F de cette section;

b) s'agissant de comptes de particuliers préexistants qui sont des comptes de valeur élevée, à l'exception des comptes visés à la sous-section A de la section II de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections D et E de cette section, sous réserve de la sous-section F de cette section;

c) s'agissant de nouveaux comptes de particuliers, à l'exception des comptes visés à la sous-section A de la section III de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées à la sous-section B de cette section;

d) s'agissant de comptes d'entités préexistants, à l'exception des comptes visés à la sous-section A de la section IV de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections D et E de cette section;

e) s'agissant de nouveaux comptes d'entités, à l'exception des comptes visés à la sous-section A de la section V de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections B à E de cette section.

Diligence raisonnable — comptes non désignés

(3) L'institution financière canadienne déclarante qui ne désigne pas un compte financier en application du paragraphe 264(1) pour une année civile est tenue de se doter des procédures de diligence raisonnable ci-après à l'égard du compte :

a) s'agissant d'un compte de particulier préexistant visé à la sous-section A de la section II de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections B et C de cette section, sous réserve de la sous-section F de cette section;

b) s'agissant d'un nouveau compte de particulier visé à la sous-section A de la section III de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées à la sous-section B de cette section;

(c) if the account is a preexisting entity account described in paragraph A of section IV of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs D and E of that section; and

(d) if the account is a new entity account described in paragraph A of section V of Annex I to the agreement, the procedures described in paragraphs B to E of that section.

Rules and definitions

(4) For the purposes of subsections (2) and (3), subparagraphs B(1) to (3) of section I, and section VI, of Annex I to the agreement apply except that

(a) in applying paragraph C of that section VI, an account balance that has a negative value is deemed to be nil; and

(b) the definition *NFFE* in subparagraph B(2) of that section VI is to be read as follows:

2 NFFE

An *NFFE* means any Non-U.S. Entity that is not an FFI as defined in relevant U.S. Treasury Regulations or is an Entity described in subparagraph B(4)(j) of this section, and also includes any Non-U.S. Entity

a) that is resident in Canada and is not a listed financial institution within the meaning of Part XVIII of the *Income Tax Act*; or

b) that is resident in a Partner Jurisdiction other than Canada and is not a Financial Institution.

U.S. indicia

(5) For the purposes of paragraphs (2)(a) and (b), subparagraph (2)(c)(ii), paragraph (3)(a) and subparagraph (3)(b)(ii), subparagraph B(3) of section II of Annex I to the agreement is to be read as follows:

3 If any of the U.S indicia listed in subparagraph B(1) of this section are discovered in the electronic search, or if there is a change in circumstances that results in one or more U.S. indicia being associated with the account, then the Reporting Canadian Financial

c) s'agissant d'un compte d'entité préexistant visé à la sous-section A de la section IV de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections D et E de cette section;

d) s'agissant d'un nouveau compte d'entité visé à la sous-section A de la section V de l'annexe I de l'accord, les procédures exposées aux sous-sections B à E de cette section.

Règles et définitions

(4) Les paragraphes 1 à 3 de la sous-section B de la section I de l'annexe I de l'accord ainsi que la section VI de cette annexe s'appliquent dans le cadre des paragraphes (2) et (3). Toutefois :

a) pour l'application de la sous-section C de cette section VI, le compte dont le solde est négatif est réputé avoir un solde nul;

b) la définition de *EENF* au paragraphe 2 de la sous-section B de cette section VI est réputée avoir le libellé suivant :

2 EENF

Le terme *EENF* (entité étrangère non financière) désigne toute entité non américaine qui n'est pas une IFE, au sens donné au terme *FFI* dans les *Treasury Regulations* des États-Unis, ou qui est une entité visée à l'alinéa 4j) de la sous-section B de la présente section. Il comprend toute entité non américaine qui, selon le cas :

a) réside au Canada et n'est pas une institution financière particulière au sens de la partie XVIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) réside dans une juridiction partenaire autre que le Canada et n'est pas une institution financière.

Indices américains

(5) Pour l'application des alinéas (2)a) et b), du sous-alinéa (2)c)(ii), de l'alinéa (3)a) et du sous-alinéa (3)b)(ii), le paragraphe 3 de la sous-section B de la section II de l'annexe I de l'accord est réputé avoir le libellé suivant :

3 Si l'examen des données par voie électronique révèle la présence de l'un quelconque des indices américains énumérés au paragraphe 1 de la sous-section B de la présente section ou s'il se produit un changement de circonstances ayant pour conséquence qu'un ou

Institution must seek to obtain or review the information described in the portion of subparagraph B(4) of this section that is relevant in the circumstances and must treat the account as a U.S. Reportable Account unless one of the exceptions in subparagraph B(4) applies with respect to that account.

Financial institution

(6) For the purpose of applying the procedures referred to in paragraphs (2)(d) and (e) and (3)(c) and (d) to a financial account of an account holder that is resident in Canada, the definition *Financial Institution* in subparagraph 1(g) of Article 1 of the agreement is to be read as follows:

g) The term *Financial Institution* means any Entity that is a Custodial Institution, a Depository Institution, an Investment Entity or a Specified Insurance Company, and that is a listed financial institution within the meaning of Part XVIII of the *Income Tax Act*.

Dealer accounts

(7) Subsection (8) applies to a reporting Canadian financial institution in respect of a client name account maintained by the institution if

(a) property recorded in the account is also recorded in a financial account (in this subsection and subsection (8) referred to as the “related account”) maintained by a financial institution (in this subsection and subsection (8) referred to as the “dealer”) that is authorized under provincial legislation to engage in the business of dealing in securities or any other financial instrument, or to provide portfolio management or investment advising services; and

(b) the dealer has advised the institution whether the related account is a U.S. reportable account.

However, subsection (8) does not apply if it can reasonably be concluded by the institution that the dealer has failed to comply with its obligations under this section.

Dealer accounts

(8) If this subsection applies to a reporting Canadian financial institution in respect of a client name account,

plusieurs indices américains sont associés au compte, l’institution financière canadienne déclarante doit examiner ou tenter d’obtenir les renseignements visés dans la partie du paragraphe 4 de la sous-section B de la présente section qui s’applique dans les circonstances et doit considérer le compte comme un compte déclarable américain, à moins que l’une des exceptions figurant à ce paragraphe 4 s’applique à ce compte.

Institution financière

(6) Pour l’application des procédures mentionnées aux alinéas (2)d) et e) et (3)c) et d) au compte financier d’un titulaire de compte qui réside au Canada, la définition de *institution financière*, à l’alinéa 1g) de l’article 1 de l’accord, est réputée avoir le libellé suivant :

g) Le terme *institution financière* désigne une entité — établissement de garde de valeurs, établissement de dépôt, entité d’investissement ou compagnie d’assurance particulière — qui est une institution financière particulière au sens de la partie XVIII de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Comptes de courtiers

(7) Le paragraphe (8) s’applique à une institution financière canadienne déclarante relativement à un compte de nom de client qu’elle tient si, à la fois :

a) les biens portés au compte sont également portés à un compte financier (appelé « compte connexe » au présent paragraphe et au paragraphe (8)) tenu par une institution financière (appelée « courtier » à ces mêmes paragraphes) qui est autorisée en vertu de la législation provinciale à se livrer au commerce des valeurs mobilières ou d’autres instruments financiers ou à fournir des services de gestion de portefeuille ou de conseils en placement;

b) le courtier a fait savoir à l’institution financière si le compte connexe est un compte déclarable américain.

Toutefois, le paragraphe (8) ne s’applique pas si l’institution financière peut raisonnablement conclure que le courtier ne s’est pas conformé aux obligations qui lui sont imposées en vertu du présent article.

Comptes de courtiers

(8) En cas d’application du présent paragraphe à une institution financière canadienne déclarante relativement à un compte de nom de client :

(a) subsections (1) to (4) do not apply to the institution in respect of the account; and

(b) the institution shall rely on the determination of the dealer in respect of the related account in determining whether the account is a U.S. reportable account.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101 2016, c. 12, s. 70.

Reporting — U.S. reportable accounts

266 (1) Every reporting Canadian financial institution shall file with the Minister, before May 2 of each calendar year, an information return in prescribed form relating to each U.S. reportable account maintained by the institution at any time during the immediately preceding calendar year and after June 29, 2014.

Reporting — nonparticipating financial institutions

(2) Every reporting Canadian financial institution shall file with the Minister, before May 2 of each calendar year, an information return in prescribed form relating to payments, to a nonparticipating financial institution that is the holder of a financial account maintained by the reporting Canadian financial institution, during the immediately preceding calendar year if the immediately preceding year is 2015 or 2016.

Filing of return

(3) An information return required under subsection (1) or (2) shall be filed by way of electronic filing.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Record keeping

267 (1) Every reporting Canadian financial institution shall keep, at the institution's place of business or at such other place as may be designated by the Minister, records that the institution obtains or creates for the purpose of complying with this Part, including self-certifications and records of documentary evidence.

a) les paragraphes (1) à (4) ne s'appliquent pas à l'institution financière relativement au compte;

b) l'institution financière se fie à la détermination faite par le courtier relativement au compte connexe pour déterminer si ce compte est un compte déclarable américain.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101; 2016, ch. 12, art. 70.

Déclaration — comptes déclarables américains

266 (1) Toute institution financière canadienne déclarante est tenue de présenter au ministre, avant le 2 mai de chaque année civile, une déclaration de renseignements sur le formulaire prescrit concernant chaque compte déclarable américain tenu par elle au cours de l'année civile précédente et après le 29 juin 2014.

Déclaration — institutions financières non participantes

(2) Toute institution financière canadienne déclarante est tenue de présenter au ministre, avant le 2 mai de chaque année civile, une déclaration de renseignements sur le formulaire prescrit concernant les paiements faits au cours de l'année civile précédente — 2015 ou 2016 — à une institution financière non participante qui est titulaire d'un compte financier tenu par l'institution financière canadienne déclarante.

Production

(3) La production des déclarations de renseignements visées aux paragraphes (1) et (2) se fait par transmission électronique.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

Tenue de registres

267 (1) L'institution financière canadienne déclarante doit tenir, à son lieu d'affaires ou à tout autre lieu désigné par le ministre, les registres qu'elle obtient ou crée pour se conformer à la présente partie, notamment les autocertifications et les preuves documentaires.

Form of records

(2) Every reporting Canadian financial institution required by this Part to keep records that does so electronically shall retain them in an electronically readable format for the retention period referred to in subsection (3).

Retention of records

(3) Every reporting Canadian financial institution that is required to keep, obtain, or create records under this Part shall retain those records for a period of at least six years following

(a) in the case of a self-certification, the last day on which a related financial account is open; and

(b) in any other case, the end of the last calendar year in respect of which the record is relevant.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Anti-avoidance

268 If a person enters into an arrangement or engages in a practice, the primary purpose of which can reasonably be considered to be to avoid an obligation under this Part, the person is subject to the obligation as if the person had not entered into the arrangement or engaged in the practice

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Deemed-compliant FFI

269 If a Canadian financial institution makes a reasonable determination that it is to be treated as a deemed-compliant FFI under Annex II to the agreement, this Part applies to the institution, with such modifications as the circumstances require, to the extent that the agreement imposes due diligence and reporting obligations on the institution.

[NOTE: Application provisions are not included in the consolidated text; see relevant amending Acts and regulations.]; 2014, c. 20, s. 101.

Forme des registres

(2) L'institution financière canadienne déclarante qui tient des registres, comme l'en oblige la présente partie, par voie électronique doit les conserver sous une forme électronique intelligible pendant la période mentionnée au paragraphe (3).

Période minimale de conservation

(3) L'institution financière canadienne déclarante qui tient, obtient ou crée des registres, comme l'en oblige la présente partie, doit les conserver pendant une période minimale de six ans suivant :

a) dans le cas d'une autocertification, le dernier jour où un compte financier connexe est ouvert;

b) dans les autres cas, la fin de la dernière année civile à laquelle le registre se rapporte.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

Anti-évitement

268 La personne qui conclut une entente ou qui se livre à une pratique dont il est raisonnable de considérer que l'objet principal consiste à éviter une obligation prévue par la présente partie est assujettie à l'obligation comme si elle n'avait pas conclu l'entente ou ne s'était pas livrée à la pratique.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

IFE réputée conforme

269 Si une institution financière canadienne démontre de façon adéquate qu'elle doit être traitée comme une IFE réputée conforme en vertu de l'annexe II de l'accord, la présente partie s'applique à elle, avec les modifications nécessaires, dans la mesure où l'accord lui impose des obligations de diligence raisonnable et de déclaration.

[NOTE : Les dispositions d'application ne sont pas incluses dans la présente codification; voir les lois et règlements modificatifs appropriés.]; 2014, ch. 20, art. 101.

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.*

ABORIGINAL PEOPLES

LANDS

Nunavik Inuit Land Claims Agreement

Wildlife management

Judicial review of decision by Minister of Environment and Climate Change Canada (Minister) varying Nunavik Marine Region Wildlife Board, Eeyou Marine Region Wildlife Board (Boards) final decision regarding Total Allowable Take (TAT), non-quota limitations for harvesting of Southern Hudson Bay (SHB) polar bears within Nunavik Marine Region (NMR) pursuant to *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* (NILCA), s. 5.5.12, *Eeyou Marine Region Land Claims Agreement Act* (EMRLCA), s. 15.3.7 — NILCA, Art. 5 establishing co-management regime seeking to integrate Inuit knowledge, approaches to wildlife management with Western scientific knowledge — Also containing decision-making process determining how conservation decisions made — Applicant, non-profit organization, legal representative of Nunavik Inuit — Primary role to administer lands of Inuit, protect rights, interests, etc. provided by agreements at issue — Boards main instruments of wildlife management in NMR, Eeyou Marine Region — Minister rejecting Boards' decision pursuant to NILCA, s. 5.5.3(a), EMRLCA, s. 15.2.1(a) — Inviting Boards to issue final decision by taking into account, *inter alia*, non-quota limitation of sex-selective harvest of two males per one female bear — Minister, *inter alia*, reducing Boards' annual TAT of 28 SHB polar bears to 23, indicating manner in which TAT to be implemented within NMR — Main issue whether Minister properly exercising jurisdiction; if so, whether decision to establish sex-selective harvest, vary other non-quota limitations decided by Boards reasonable [heading VI, A, B, at p. 38; 72, 106] — Minister having jurisdiction to vary non-quota limitations established by Boards [116] — Minister's approach not unconstrained authority — NILCA setting out what Minister could or could not do in ss. 5.5.7 to 5.5.11 — Process not specifying any additional steps for Minister to take in considering decisions of NMRWB, making own decisions — NILCA containing no specific restrictions on Minister's authority or jurisdiction to vary any non-quota limitations — Minister not exercising jurisdiction properly — Boards' ability to set non-quota limitations in accordance with NILCA, s. 5.2.19 not unconstrained — NILCA constitutionally protected Treaty — Minister's actions, steps taken having to be viewed in this light, with honour of Crown — Omission between response from Minister, NMRWB rendering Minister's decision unreasonable with respect to non-quota limitations — No evidence before Court of any discussions having occurred at NMRWB level or at technical representative level — Minister's consideration of *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna*, July 2, 1974, (CITES) reasonable — Minister entitled to consider domestic interjurisdictional agreements or international agreements by virtue of NILCA, ss. 5.5.3, 5.5.4.1 — Minister not relying solely on CITES — Minister not unfairly, wrongfully considering interests of Nunavut Inuit over Nunavik Inuit — Minister not required by NILCA to re-engage with Boards or to provide Boards with analysis document — Minister's decision in not providing her concerns to NMRWB reasonable in light of terms of NILCA — Minister taking available Inuit traditional knowledge into account when assessing available scientific evidence — Necessary, reasonable to adopt cautious management approach in light of state of information before Boards, Minister — NILCA, ss. 5.1.2(h), 5.1.4, 5.1.5, limited information before Minister, leading to adoption of cautious management approach — Minister recognizing need for further assessments of information by limited duration of her decision — Applicant not discharging evidentiary burden to establish bias or to establish that Minister fettering her discretion — Minister's decision influenced by information before Boards — In conclusion, Minister's consideration, adherence to NILCA

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

decision-making process correct — Minister’s decision reasonable except for decision to establish sex-selective harvest, vary other non-quota limitations — Declaratory relief not appropriate at preliminary stage herein — Premature to grant declaratory relief on issues regarding interpretation of NILCA — Application dismissed.

MAKIVIK CORPORATION V. CANADA (ENVIRONMENT AND CLIMATE CHANGE) (T-1994-16, 2019 FC 1297, Favel J., reasons for judgment dated October 30, 2019, 80 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division (IAD) decision (2018 CanLII 131134) finding that applicant having no right of appeal under *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c. 27 (Act), s. 64(2) of immigration officer’s decision dismissing spousal sponsorship application — Applicant, Canadian citizen, married to Sri Lankan citizen — Spouse’s refugee protection claim dismissed — Officer later dismissing spousal sponsorship on grounds, *inter alia*, marriage not genuine, spouse inadmissible for serious criminality under Act, s. 36(1)(c) — *Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16 (FRFCA) amending Act, s. 64(2), expanding scope of criminally inadmissible individuals not having right of appeal to IAD — Applicant nevertheless filing appeal with IAD — Arguing, *inter alia*, that right of appeal to IAD “crystallized” when filing sponsorship application before amendments entering into force — IAD holding rather that appeal rights crystallized not by filing of sponsorship application but by decision on sponsorship application — Concluding that under Act, ss. 63(1) through 63(5), right of appeal to IAD crystallizing when decision made by relevant immigration authorities on variety of matters — Also reasoning that lock-in date being about locking in assessment criteria relevant to processing, making determination on application rather than crystallizing appeal rights — Concluding that applicant barred from appealing to IAD since amendments to s. 64(2) taking effect before applicant’s sponsorship refused — Whether IAD committing reviewable error in determining that applicant not having right to appeal — IAD correctly, reasonably concluding that applicant having no right of appeal in matter herein — Terms of Act, s. 63(1), FRFCA, s. 32 supporting IAD’s conclusion that applicant not enjoying right of appeal day before FRFCA entering into force — FRFCA transitional provisions, applicable provisions in Act having to be interpreted following modern approach to statutory construction — Intent in enacting s. 63(1) to ensure parallel process: once person applying to sponsor foreign national in prescribed manner receiving negative decision, that person enjoying right to appeal officer’s decision — Filing of application in prescribed manner requirement for validity of application itself — “Prescribed manner” requirement is condition to be considered an applicant under s. 63(1), rather than an individual requirement to enjoy right of appeal under Act — Appeal to IAD subject to negative decision rendered by relevant decision maker — Right of appeal cannot be said to accrue, arise, vest, or “crystallize” before decision subject to appeal made — Supreme Court in *R. v. Puskas*, [1998] 1 S.C.R. 1207 (*Puskas*) holding that right cannot accrue, be acquired, or be accruing until all conditions precedent to exercise of right fulfilled — Sponsorship applicants not having accrued or accruing rights until all conditions precedent to exercise of right hoping to obtain fulfilled — FRFCA, s. 32 ensuring that any decision by which officer refusing sponsorship application rendered before amendment entered into force (i.e. before June 19, 2013) subject to broader appeal rights set forth in previous version of Act, s. 64(2) even if IAD seized with appeal after June 19, 2013 — Common law not necessarily having this effect absent transitional provision, given Court’s consistent finding that IAD having to hear matters *de novo* notwithstanding law in force at time officer rendering decision — Application of *Puskas* not providing enough clarity as to render transitional provision superfluous — Use of explicit language in FRFCA, s. 33 insufficient to create presumption that Parliament’s intent was for phrase “person who had a right of appeal under subsection 63(1) of the [Act]” to refer to every person filing sponsorship application in prescribed manner — Language of Act, s. 63(1) clear: right of appeal arising after decision not to issue visa rendered — Had Parliament intended to ensure that applicant’s appeal right vested when sponsorship application filed, could have used language in line with that of FRFCA, s. 29 instead of referring to moment at which “right of appeal” arising under Act, s. 63(1) — Amendments herein applied by legislature retrospectively — In present matter, applicant’s appeal rights not yet vested — Legislative amendments retrospectively altering appeal right to which applicant entitled — That said, no general requirement of legislative prospectivity existing so long as legislature indicating its desired retroactive or retrospective effects — Here, desired retrospective effects clearly set forth in transitional provisions at issue by allowing only those with accrued rights of appeal to IAD to rely on previous legislation — “Lock-in principle” discussed in *Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 217 of no assistance to applicant — No basis for concluding that appeal rights to

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

IAD “locked in” once sponsorship application filed — Applicant could have applied to Federal Court for leave, judicial review within 60-day delay set forth in Act, s. 72(2)(b) since decision issued by officer outside Canada — Application dismissed.

LAWRENCE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5201-18, 2019 FC 1248, Ahmed J., reasons for judgment dated October 2, 2019, 32 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains and Losses*

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2018 TCC 225) dismissing appellant’s appeal from reassessment by Minister of National Revenue to assess tax related to appellant’s Tax Free Savings Account (TFSA) in respect of 2009, 2010, 2012 taxation years — Appellant sophisticated investor with extensive knowledge of stock market — Wanting to capture gains earned on stocks held in TFSA, RRSP accounts, shelter from tax future gains on stocks held in trading account — TD Waterhouse confirming to appellant that it permitted holders of TFSAs to conduct asset swaps between their accounts — Appellant deciding to move stocks from Canadian trading account to TFSA, RRSP accounts to eliminate or defer tax payable on possible future gains — Completing several swap transactions relating to TFSA — Later, TD Waterhouse no longer permitting swap transactions because of proposed amendments to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 207.01(1) — Definition of “advantage” amended to include “swap transactions” — Amendment not applying herein since appellant’s swap transactions occurring before amendment — Minister’s assessment based on appellant receiving advantage within meaning of term “advantage” as used in Act, s. 207.01(1) in each relevant taxation year — T.C.C. dismissing appeal for 2009 tax year — Concluding sufficient that appellant “planned on doing swap transactions with the purpose of achieving the objectives of the series” of transactions; swap transactions not occurring in open market wherein parties dealing with each other at arm’s length, acting prudently, knowledgeably, willingly — Allowing appeal for 2010, 2012 taxation years — T.C.C. concluding appellant not receiving “advantage” in relation to TFSA in those years — This conclusion flowing from T.C.C.’s findings, in particular, that phrase “directly or indirectly” in s. 207.01(1)(b) should be narrowly interpreted — Respondent arguing T.C.C. erring in interpreting statutory definition of “advantage” by construing that phrase too narrowly; that T.C.C.’s interpretation improperly excluding from scope of “advantage” increase in value in TFSA in subsequent years attributable to amounts previously inappropriately shifted into TFSA due to improper transactions — Issues on appeal whether T.C.C. erring in finding that swap transactions part of series of transactions; that parties to series of transactions not dealing at arm’s length; that one of main purposes of series of transactions being that appellant could benefit from TFSA’s tax exemption — Issue on cross appeal whether T.C.C. erring when interpreting phrase “directly or indirectly” contained in definition of “advantage” in Act, s. 207.01(1)(b) — T.C.C. not erring in concluding, *inter alia*, all transactions completed in contemplation of series — Act, s. 248(10) broadening common law meaning of “series of transactions” — Language of s. 248(10) allowing either prospective or retrospective connection of related transaction to common law series — T.C.C. not erring in finding that appellant single mind directing all of swap transactions; that parties to series of transactions herein not dealing at arm’s length — Also not erring in finding that main purpose of series of transactions was so that appellant could benefit from TFSA’s tax exemption — With respect to cross-appeal, T.C.C. erring in its interpretation of definition of “advantage” found in Act, s. 207.01(1)(b); in failing to find that increase in fair market value of TFSA in 2010, 2012 indirectly attributable to swap transactions undertaken in 2009 so as to fall within definition of “advantage” — Requirement to base determination about source of increase in value of TFSA upon what “it is reasonable to consider, having regard to all the circumstances” not constraining broad, textual meaning of phrase “directly or indirectly” — *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, relied upon by T.C.C., not dictating that concept of reasonableness constraining meaning of “directly or indirectly” — Nothing in statutory context requiring or favouring narrow, restricted definition of “advantage” — T.C.C.’s concerns about legislative tension, future, ongoing impact of impugned transactions not diminishing clear purpose of s. 207.01 — Anti-avoidance purpose of ss. 207.01, 207.05 supporting broad interpretation of definition of “advantage” — T.C.C. erring in applying restrictive interpretation of s. 207.01(1)(b) of definition of “advantage” — Swap transactions conducted in 2009 non-market transactions — Swap transactions inappropriately increasing number of shares held in TFSA, value of TFSA in 2009 — Appellant not providing evidence to rebut Minister’s assumptions attributing increases in value in appellant’s TFSA in 2010, 2012 to impugned swap transactions — In circumstances, not open to T.C.C. to find increases attributable to what happened in market — Appeal dismissed with respect to 2009 taxation year; cross appeal allowed with respect to 2010, 2012 taxation years.

LOUIE V. CANADA (A-410-18, 2019 FCA 255, Dawson J.A., reasons for judgment dated October 17, 2019, 27 pp.)

PRACTICE**PRIVILEGE**

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2018 FC 1184) determining respondent, Canadian Judicial Council (Council), not required to provide 10 documents to appellant because documents protected by solicitor-client privilege, deliberative secrecy, public interest privilege — Appellant had requested documents under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 317 — Appellant, appointed judge of Quebec Superior Court in 2010, subject of two inquiries before Council, inquiry committees — Council adopting inquiry committee’s findings that appellant guilty of misconduct, recommending his removal from office because appellant incapacitated or disabled from due execution of office of judge — Appellant filing multiple applications for judicial review of inquiry committees’ decisions, Council’s decision to recommend appellant’s removal from office — In motion filed by Council to strike applications for judicial review, F.C. ordering Council to serve certified list [TRANSLATION] “of all of the public documents that the decision-maker had in order to make the decision”, [TRANSLATION] “list of all documents that the decision-maker had in order to make the decision” — Council invoking solicitor-client privilege, deliberative secrecy or public interest privilege in respect of numerous documents — To determine validity of privileges claimed by Council, F.C. proceeding with three steps: review “valid reasons” presented by appellant, review Council’s confidential affidavit, examine documents if first two steps unsatisfactory — F.C. confirming, for most part, privileges claimed by Council — Concluding appellant’s arguments meeting “valid reasons” test; therefore, solicitor-client privilege, deliberative secrecy applied to some documents — Finding no need to proceed to third step, to examine documents themselves (except for one) — Appellant arguing F.C. erring in failing to read all documents subject of Council’s claim for privilege — Whether procedure followed by F.C. appropriate in circumstances, offending fundamental principle of open, accessible court proceedings, whether F.C. correctly applying privileges claimed to documents at issue — F.C. erring in applying process F.C. developed for determining whether disputed documents privileged — Rr. 317, 318 not specifying procedure to follow when party objecting to providing document — At most, r. 318(3) specifying F.C. “may give directions to the parties and to a tribunal as to the procedure”, which F.C. did in setting out three-step approach — F.C. must try to craft remedy to reconcile meaningful review of administrative decisions, procedural fairness, protection of any legitimate confidentiality interests — Procedure established by F.C. entirely consistent with state of law, judge not committing reviewable error with three-step approach — Appropriate to establish documents themselves would be reviewed only if F.C. unable to decide on claimed privileges solely on basis of parties’ representations — Question, rather, whether reasonable for F.C. to have found no need to read documents (except one) in circumstances — F.C. should have read documents before making decision, given facts, particular circumstances — Draconian consequences of Council’s recommendation on appellant imposing utmost respect for principles of procedural fairness — F.C. could not have been satisfied with secondary evidence instead of examining documents subject of claim for privilege — Review of documents unlikely delaying unduly proceedings or otherwise causing prejudice to parties — Having carefully reviewed documents at issue in appeal, Court satisfied documents consistent in all respects with Council’s representations before F.C., documents indeed protected by privileges claimed — Therefore, appeal dismissed despite error by F.C. in applying process developed by F.C. — Error inconsequential — Appeal dismissed.

GIROUARD v. CANADIAN JUDICIAL COUNCIL (A-394-18, 2019 FCA 252, de Montigny J.A., reasons for judgment dated October 11, 2019, 15 pp.)

PUBLIC SERVICE**PENSIONS***Reserve Force Pension Plan*

Judicial review of decision by advisory officer from Public Services and Procurement Canada, Pension Centre, adopting particular interpretation of *Reserve Force Pension Plan Regulations*, SOR/2007-32 (Regulations) for calculating applicant’s pension benefits entitlement — Applicant retired reserve force member — Electing to “buyback” years of service, paying into Reserve Force Pension Plan (Pension Plan) — Benefits under Pension Plan calculated taking into account maximum of 35 years of pensionable service by participant — Parties’ positions diverging on which 35-year period to be taken into account when participant like applicant having over 35 years of service — Applicant’s first pension benefit deposit less than amount calculated in Pension Benefit Estimates Statement — Pension Centre advising applicant that estimate incorrect, that only applicant’s first 35 years of earnings to be used in pension calculation, such that applicant’s final 7 years of earnings not included — Advisory officer interpreting Regulations, s. 11(3) as providing that, when election made to count past earnings as pensionable earnings, those past earnings counted backwards from date of election to maximum of 35 years — Under advisory officer’s

PUBLIC SERVICE—Concluded

calculation, applicant continuing to accrue pensionable service after election date but only until reaching 35-year maximum — Applicant interpreting s. 11(3) such that expression therein “starting with the most recent” meaning most recent earnings as of date of retirement, not most recent earnings as of date of election — Whether Pension Centre committing reviewable error in its interpretation, application of Regulations, s. 11(3) to calculate applicant’s pension benefits — No basis to conclude that officer’s decision outside range of possible, acceptable outcomes, based on applicable facts, law — Key question: if reserve force member such as applicant having over 35 years of service, which type of earnings truncated to respect 35-year maximum? — Whether answer Regulations, s. 10(1)(b) pre-March 1, 2007, earnings or s. 10(1)(a) post-March 1, 2007 — Answer turning on interpretation of words “starting with the most recent” in s. 11(3) — Second sentence of s. 11(3) stating “only those that would result in a maximum of 35 years of pensionable service” — Word “those” referring to subject of first sentence of s. 11(3), i.e. “past earnings” — Such interpretation within range of acceptable outcomes — Word “However” in second sentence of s. 11(3) not supporting position that earnings to be counted under second sentence having to be other than past earnings — Regulations, s. 57 relating to calculation of accrued pension benefits, not directly applicable to operation of s. 11(3) — Effect of Regulations, ss. 26(2), 35 providing strong support for reasonableness of officer’s decision, conclusion that s. 11(3) directing accounting of past earnings, starting with most recent past earnings as of date of election — *Pension Benefits Standards Act*, R.S.C. 1985, c. 32, s. 16(5) inapplicable to Pension Plan, not undermining reasonableness of officer’s decision — Application dismissed.

LAMARCHE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2073-18, 2019 FC 1303, Southcott J., reasons for judgment dated October 17, 2019, 29 pp.)

TRANSPORTATION

Appeal from Federal Court (F.C.) decision dismissing judicial review challenging approval of respondent Marine Atlantic Inc.’s (Marine Atlantic) 2016-2017 commercial freight rates (2016/17 rates) — Marine Atlantic, federal Crown corporation, Canada’s “principal instrument” for carrying out constitutional obligation of maintaining freight, passenger ferry service between North Sydney (Nova Scotia), Port aux Basques (Newfoundland and Labrador) (constitutional route) pursuant to *Newfoundland Act*, 12 & 13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32], Schedule, Term 32(1) — Appellant competitor of Marine Atlantic, providing, *inter alia*, freight service between Halifax, St. John’s — Complaining to federal government about low rates charged by Marine Atlantic, of failure to take into account National Transportation Policy (NTP) set out in *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (CTA), s. 5 — Focus of judicial review being rates charged on constitutional route, failure of decision maker to consider NTP — Appellant asserting that Terms of Union creating no constitutional obligation to approve rates on constitutional route inconsistent with NTP — F.C. concluding Marine Atlantic making decision to implement 2016/17 rates — Also concluding Marine Atlantic not “federal board, commission or other tribunal” within meaning of *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 2(1), thus F.C. not having jurisdiction to review decision — F.C. also finding, *inter alia*, NTP not required consideration in setting 2016/17 rates, failure to do so not reviewable error — Appellant submitting F.C. erring: (1) in failing to find that respondent Minister becoming “accountable” for decision on 2016/17 rates when recommending Marine Atlantic’s corporate plan for approval by Governor in Council under *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11 (FAA), (2) in concluding that Minister not required to consider NTP in relation to 2016/17 rates [8] — Main issues: whether F.C. erring in failing to find that Minister set, or “accountable” for, 2016/17 rates; in determining not having jurisdiction to review rate decision; in concluding not necessary to consider NTP in setting rates — Inappropriate for Court to address appellant’s argument that F.C. erring in failing to find that Minister “accountable” for 2016/17 rates — F.C. not making palpable, overriding error on part of F.C. in concluding that Marine Atlantic making rate decision — Even if Minister’s recommendation rendering Minister legally accountable for Marine Atlantic’s rates, appellant’s application not challenging that recommendation — F.C. cannot be faulted for failing to accede to challenge that was not made — No reference in appellant’s original or amended notice of application to Minister’s recommendation of corporate plan — F.C. erring in concluding not having jurisdiction to review rate decision made by Marine Atlantic — Marine Atlantic public body, its rate decision of public, not private character — Source of Marine Atlantic’s power to set rates lying in rights, powers, privileges of natural person conferred by *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (CBCA), s. 15(1) — CBCA, s. 102(1), FAA, s. 109 not sources of Marine Atlantic’s rate-setting powers; not specifying powers of corporation itself — CBCA not “Act of Parliament” within meaning of “federal board, commission or other tribunal” definition in *Federal Courts Act* — F.C.’s conclusion inconsistent with plain meaning of definition — Some Crown corporations incorporated under general company legislation like CBCA, which is then source of their powers — Reviewability of decision of public character taken by parent Crown corporation under power conferred by statute not turning on whether statute specific or general — Marine Atlantic’s rate setting matter of contractual responsibility; thus, source was Marine Atlantic’s statutory

TRANSPORTATION—Concluded

power to contract — No need to interfere with F.C.'s conclusion that present matter involving reassignment of responsibility by contract — Rate-setting decision having public character — Marine Atlantic public body for purposes of judicial review — Prerequisites for judicial review of rate decision by Marine Atlantic made out herein — No need to interfere with F.C.'s determination that if Minister made rate decision, Minister not required to consider NTP — F.C. properly concluding that role of CTA, s. 2 to displace presumption of Crown immunity rather than to render NTP substantive limitation on exercise of regulatory authority — Issue not whether NTP applying to government, but whether applying to government action not taken under CTA — Appeal dismissed.

OCEANEX INC. v. CANADA (TRANSPORT) (A-113-18, 2019 FCA 250, Laskin J.A., reasons for judgment dated October 10, 2019, 36 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

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (2018 CanLII 131134) a conclu que le demandeur ne bénéficiait pas d'un droit d'appel suivant l'art. 64(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi), à l'encontre de la décision de l'agent d'immigration de rejeter la demande de parrainage de l'époux — Le demandeur, un citoyen canadien, a épousé une citoyenne du Sri Lanka — La demande d'asile de l'épouse a été rejetée — L'agent a par la suite rejeté la demande de parrainage de l'époux pour les motifs, notamment, que le mariage n'était pas authentique et que l'épouse était interdite de territoire pour grande criminalité, aux termes de l'art. 36(1)c) de la Loi — La *Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16 (LARCE) a modifié l'art. 64(2), élargissant la catégorie de personnes interdites de territoire pour criminalité qui ne bénéficiaient pas d'un droit d'appel devant la SAI — Le demandeur a néanmoins déposé un appel devant la SAI — Il a fait valoir notamment qu'il a « acquis » son droit d'appel devant la SAI lors du dépôt de sa demande de parrainage avant l'entrée en vigueur des modifications — La SAI a estimé toutefois que les droits d'appel s'acquerraient non pas lorsqu'il y avait dépôt de la demande de parrainage, mais quand la décision était rendue à l'égard d'une telle demande — Elle a conclu qu'aux termes des art. 63(1) à (5), un droit d'appel devant elle s'acquerrait lorsqu'une décision était rendue par les autorités de l'immigration compétentes sur diverses questions — Elle a expliqué également que la date déterminante servait à l'établissement de critères d'appréciation qui sont pertinents au moment de traiter une demande et de statuer sur celle-ci, plutôt qu'à acquérir des droits d'appel — Elle a conclu que le demandeur ne pouvait faire appel devant elle, puisque les modifications à l'art. 64(2) étaient entrées en vigueur avant le rejet du parrainage présenté par le demandeur — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu'elle a conclu que le demandeur ne bénéficiait pas d'un droit d'appel — La SAI a correctement et raisonnablement jugé que le demandeur ne jouissait d'aucun droit d'appel en l'espèce — Les termes employés à l'art. 63(1) de la Loi et à l'art. 32 de la LARCE appuient la conclusion de la SAI portant que le demandeur ne bénéficiait pas d'un droit d'appel le jour avant l'entrée en vigueur de la LARCE — Les dispositions transitoires énoncées dans la LARCE et les dispositions applicables de la Loi doivent être interprétées suivant l'approche moderne d'interprétation législative — L'adoption de l'art. 63(1) visait à s'assurer qu'un processus parallèle soit suivi : une fois que la personne ayant présenté une demande conforme au règlement en vue de parrainer un étranger reçoit une décision défavorable, elle bénéficie du droit d'interjeter appel de la décision de l'agent — Le dépôt d'une demande conformément au règlement est une exigence pour assurer la validité de la demande même — L'exigence du dépôt « conformément au règlement » est une condition à remplir pour être considéré comme un demandeur au titre de l'art. 63(1), plutôt qu'une exigence individuelle à satisfaire pour jouir d'un droit d'appel au titre de cette loi — Les appels devant la SAI sont soumis à une condition préalable, à savoir qu'une décision défavorable doit avoir été rendue par le décideur compétent — Un droit d'appel ne peut être considéré comme prenant naissance, étant conféré ou ayant été « acquis » avant que la décision faisant l'objet de l'appel n'ait été rendue — Dans l'arrêt *R. c. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207 (*Puskas*), la Cour suprême du Canada a conclu qu'un droit ne peut pas être acquis tant que toutes les conditions préalables à son exercice n'ont pas été remplies — Ceux qui présentent une demande de parrainage n'acquièrent des droits qu'une fois que l'ensemble des conditions préalables à l'exercice du droit qu'ils espèrent obtenir ont été remplies — L'art. 32 de la LARCE a pour

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

objet de s'assurer que toute décision par laquelle un agent rejette une demande de parrainage, qui est rendue avant l'entrée en vigueur de la modification (c.-à-d., n'importe quand avant le 19 juin 2013), est assujettie aux droits d'appel plus larges énoncés dans la version antérieure de l'art. 64(2) de la LIPR, même si la SAI est saisie de l'appel après le 19 juin 2013 — La common law n'a pas nécessairement cet effet en l'absence d'une disposition transitoire, étant donné que la Cour a invariablement conclu que la SAI devait instruire les affaires *de novo*, nonobstant le droit en vigueur au moment où l'agent avait rendu sa décision — L'application de l'arrêt *Puskas* n'est pas suffisamment claire pour rendre la disposition transitoire superflue — L'emploi de termes explicites à l'art. 33 de la LARCE ne suffit pas à créer une présomption selon laquelle le législateur souhaitait, en mentionnant « quiconque avait un droit d'appel au titre du paragraphe 63(1) de [la LIPR] », désigner quiconque avait déposé une demande de parrainage conformément au règlement — Le libellé de l'art. 63(1) de la LIPR est clair : un droit d'appel prend naissance après que la décision de ne pas délivrer de visa a été rendue — Si le législateur avait voulu conférer aux demandeurs un droit d'appel dès la date de dépôt de la demande de parrainage, il aurait pu employer des termes concordants avec ceux de l'art. 29 de la LARCE, plutôt que de mentionner le moment auquel un « droit d'appel » prend naissance au titre de l'art. 63(1) de la LIPR — Les modifications en l'espèce ont été appliquées rétrospectivement par la législature — Dans la présente affaire, le droit d'appel du demandeur n'avait pas encore été conféré — Les modifications législatives ont eu pour effet de transformer de manière rétrospective le droit d'appel auquel il aurait pu prétendre — Cela dit, il n'est généralement pas obligatoire que les lois aient des effets prospectifs, pour autant que la législature indique qu'elle souhaite leur donner des effets rétroactifs ou rétrospectifs — En l'espèce, les effets rétrospectifs voulus étaient clairement décrits dans les dispositions transitoires en cause, en permettant uniquement à ceux ayant acquis des droits d'appel devant la SAI d'invoquer les dispositions antérieures — Le « principe du gel » analysé dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Hamid*, 2006 CAF 217, n'était d'aucun secours au demandeur — Il n'y avait aucune raison de conclure que les droits d'appel à la SAI sont « gelés » une fois qu'une demande de parrainage a été déposée — Le demandeur aurait pu soumettre à la Cour fédérale une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans les 60 jours, conformément à l'art. 72(2)b) de la LIPR, puisque la décision avait été rendue par un agent à l'extérieur du Canada — Demande rejetée.

LAWRENCE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5201-18, 2019 CF 1248, juge Ahmed, motifs du jugement en date du 2 octobre 2019, 32 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PENSIONS***Régime de pension de la Force de réserve*

Contrôle judiciaire de la décision rendue par un agent de consultation du Centre des pensions de Services publics et Approvisionnement Canada, qui a adopté une interprétation particulière du *Règlement sur le régime de pension de la Force de réserve*, DORS/2007-32 (Règlement) relativement au calcul de l'admissibilité du demandeur aux prestations de retraite — Le demandeur est un membre de la Force de réserve à la retraite — Il a choisi de racheter ses années de service et de faire un paiement au Régime de pension de la Force de réserve (Régime de pension) — Les prestations du Régime de pension sont calculées en tenant compte d'un maximum de 35 années de service ouvrant droit à pension du participant — Les parties ne s'entendaient pas sur la période de 35 ans à prendre en considération lorsqu'un participant a accumulé plus de 35 ans de service, comme c'était le cas pour le demandeur — Le premier versement de prestations de retraite du demandeur était inférieur au montant calculé dans le relevé d'estimation des prestations de retraite — Le Centre des pensions a informé le demandeur que l'estimation était inexacte, précisant que seules ses 35 premières années de gains devaient servir au calcul de sa pension, de sorte que ses sept dernières années de gains n'étaient pas prises en considération — Selon l'interprétation de l'agent de consultation, l'art. 11(3) prévoit que, lorsqu'une personne choisit de compter ses gains antérieurs comme des gains ouvrant droit à pension, il faut compter ces gains antérieurs à rebours, à partir de la date du choix, jusqu'à un maximum de 35 ans — Selon les calculs de l'agent de consultation, le demandeur a continué d'accumuler des gains ouvrant droit à pension après la date du choix, mais seulement jusqu'à ce qu'il atteigne le maximum de 35 ans — Selon l'interprétation de l'art. 11(3) adoptée par le demandeur, la mention « à commencer par les plus récents » dans la disposition se rapporte aux gains les plus récents à la date de la retraite, et non aux gains les plus récents à la date du choix — Il s'agissait de savoir si le Centre des pensions a commis une erreur susceptible de contrôle dans son interprétation et son application de l'art. 11(3) du Règlement pour les besoins du calcul des prestations de retraite du demandeur — Il n'y avait aucun motif permettant de conclure que la décision de l'agent ne faisait pas partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — La question clé était la suivante : si un membre de la Force de réserve comme le demandeur a plus de 35 ans de service, quel type de rémunération est tronqué

FONCTION PUBLIQUE—Fin

pour respecter le maximum de 35 ans? — La question était de savoir s’il s’agissait des gains accumulés avant le 1^{er} mars 2007 visés à l’art. 10(1)b) du Règlement ou des gains accumulés après le 1^{er} mars 2007 visés à l’art. 10(1)a) du Règlement — La réponse dépendait de l’interprétation de l’expression « à commencer par les plus récents » à l’art. 11(3) — La deuxième partie de l’art. 11(3) précise qu’il ne faut compter « que ceux qui permettent de porter le nombre d’années de service ouvrant droit à pension du participant à un maximum de trente-cinq » — Le mot « ceux » renvoie à un élément mentionné précédemment à l’art. 11(3), à savoir les « gains antérieurs » — Une telle interprétation appartient aux issues possibles acceptables — Le mot « toutefois » dans la deuxième partie de l’art. 11(3) ne permet pas de soutenir que les gains à compter dont il est question dans la deuxième partie de la phrase sont autre chose que les gains antérieurs — L’art. 57 du Règlement porte sur le calcul des prestations de retraite acquises et ne concerne pas directement l’application de l’art. 11(3) — L’effet des art. 26(2) et 35 du Règlement appuie fortement le caractère raisonnable de la décision de l’agent et la conclusion selon laquelle l’art. 11(3) prévoit le calcul des gains antérieurs, à commencer par les plus récents, à la date du choix — L’art. 16(5) de la *Loi sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), ch. 32, ne s’applique pas au Régime de pension et il ne mine pas le caractère raisonnable de la décision de l’agent — Demande rejetée.

LAMARCHE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2073-18, 2019 CF 1303, juge Southcott, motifs du jugement en date du 17 octobre 2019, 29 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Gains et pertes en capital

Appel à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) (2018 CCI 225) a rejeté l’appel de l’appelante contre la nouvelle cotisation par laquelle le ministre du Revenu national a établi un impôt lié à son compte d’épargne libre d’impôt (CÉLI) pour les années d’imposition 2009, 2010 et 2012 — L’appelante est une investisseuse avertie qui connaît très bien le marché boursier — Elle a voulu récupérer les gains réalisés sur des actions détenues dans son CÉLI et son RÉER et exempter d’impôt les gains futurs réalisés sur les actions détenues dans un compte de transactions — TD Waterhouse a confirmé à l’appelante qu’elle permettait aux détenteurs de CÉLI de faire des opérations d’échange d’actions entre leurs comptes — L’appelante a décidé de transférer des actions de son compte Transactions directes au Canada à son CÉLI et à son RÉER afin d’éliminer ou de reporter l’impôt payable sur les gains futurs possibles — Elle a effectué plusieurs opérations de swap se rapportant à son CÉLI — Par la suite, TD Waterhouse a cessé de permettre les opérations de swap en raison des modifications que le législateur proposait d’apporter à l’art. 207.01(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 — La définition d’« avantage » a été modifiée de manière à inclure les « opérations de swap » — La modification ne s’appliquait pas dans la présente affaire étant donné que les opérations de swap de l’appelante avaient été effectuées avant son adoption — La cotisation établie par le ministre reposait sur le fait que l’appelante avait reçu un avantage au sens où ce terme est utilisé à l’art. 207.01(1) de la Loi dans chacune des années d’imposition pertinentes — La C.C.I. a rejeté l’appel se rapportant à l’année d’imposition 2009 — Elle a conclu qu’il était suffisant que l’appelante « planifie d’effectuer des opérations de swap dans le but d’atteindre les objectifs de la série » d’opérations; que les opérations de swap n’avaient pas été effectuées dans un marché libre, où les parties sans lien de dépendance traitaient librement, prudemment et en toute connaissance de cause — Elle a accueilli l’appel pour les années d’imposition 2010 et 2012 — La C.C.I. a conclu que l’appelante n’avait pas reçu un « avantage » relativement à son CÉLI au cours de ces années — Cette conclusion a été tirée par suite des constatations de la C.C.I., à savoir plus particulièrement que l’expression « directement ou indirectement » à l’art. 207.01(1)b) devrait être interprétée de façon restrictive — L’intimée a fait valoir que la C.C.I. a commis une erreur au motif qu’elle a interprété la définition du terme « avantage » énoncée dans la loi en donnant à l’expression un sens trop restrictif; que l’interprétation de la C.C.I. a exclu à tort de la portée d’« avantage » la hausse de la valeur du CÉLI au cours des années subséquentes attribuable au fait que des montants y avaient été précédemment transférés de façon inappropriée par suite d’opérations irrégulières — Il s’agissait de savoir en appel si la C.C.I. a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que les opérations de swap faisaient partie d’une série d’opérations; que les parties à la série d’opérations n’étaient pas sans lien de dépendance; que l’un des principaux objectifs de la série d’opérations était que l’appelante puisse tirer parti de l’exemption d’impôt que permettait le CÉLI — Il s’agissait de savoir dans le cadre de l’appel incident si la C.C.I. a commis une erreur dans son interprétation de l’expression « directement ou indirectement » contenue dans la définition d’« avantage » à l’art. 207.01(1)b) de la Loi — La C.C.I. n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a conclu, notamment, que toutes les opérations avaient été effectuées en vue de réaliser la série d’opérations — L’art. 248(10) de la Loi élargit le sens en common law de la « série d’opérations » — Le libellé de l’art. 248(10) permet un lien prospectif ou rétrospectif entre

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

l'opération liée et la série d'opérations dont la définition est consacrée par la common law — La C.C.I. n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante était le seul cerveau qui dirigeait toutes les opérations de swap; que les parties à la série d'opérations dans la présente affaire n'étaient pas sans lien de dépendance — Elle n'a pas commis d'erreur non plus lorsqu'elle a conclu que la série d'opérations avait pour objectif principal de permettre à l'appelante de bénéficier de l'exemption d'impôt du CÉLI — En ce qui concerne l'appel incident, la C.C.I. a commis une erreur dans la façon dont elle a interprété la définition d'« avantage » énoncée à l'art. 207.01(1)b) de la Loi; lorsqu'elle a omis de conclure que la hausse de la juste valeur marchande du CÉLI en 2010 et en 2012 était indirectement attribuable aux opérations de swap effectuées en 2009, de sorte qu'elle relevait de la définition d'« avantage » — L'obligation de fonder la détermination concernant la source de la hausse de la valeur du CÉLI sur ce qu'il est « raisonnable de considérer, compte tenu de toutes les circonstances », ne restreint pas le sens textuel général de l'expression « directement ou indirectement » — La décision rendue dans l'affaire *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, ne permet pas de soutenir que le concept du caractère raisonnable restreint le sens de « directement ou indirectement » — Rien dans le contexte législatif n'exige ou n'encourage une définition restrictive et étroite d'« avantage » — Les préoccupations de la C.C.I. concernant la tension dans la loi, l'avenir et l'impact continu des opérations contestées n'ont pas atténué l'objectif clair de l'art. 207.01 — L'objectif anti-évitement des art. 207.01 et 207.05 justifie une interprétation libérale de la définition d'« avantage » — La C.C.I. a commis une erreur lorsqu'elle a privilégié une interprétation restrictive de la définition d'« avantage » à l'art. 207.01(1)b) — Les opérations de swap effectuées en 2009 n'ont pas été effectuées sur le marché — Les opérations de swap ont à tort accru le nombre d'actions détenues dans le CÉLI et la valeur du CÉLI en 2009 — L'appelante n'a fourni aucune preuve réfutant les hypothèses du ministre attribuant les hausses de valeur du CÉLI de l'appelante en 2010 et en 2012 aux opérations de swap contestées — Dans ces circonstances, il n'était pas loisible à la C.C.I. de conclure que les hausses étaient attribuables à ce qui s'était produit sur le marché — Appel rejeté à l'égard de l'année d'imposition 2009; appel incident accueilli à l'égard des années d'imposition 2010 et 2012.

LOUIE C. CANADA (A-410-18, 2019 CAF 255, juge Dawson, J.C.A., motifs du jugement en date du 17 octobre 2019, 27 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**TERRES***Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik*

Gestion des ressources fauniques

Contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l'Environnement et du changement climatique du Canada (ministre), qui a modifié la décision finale du Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik et du Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine d'Eeyou (Conseils) concernant la prise totale autorisée (PTA) et les limites non quantitatives pour la récolte d'ours blancs du sud de la baie d'Hudson (SBH) dans la région marine du Nunavik (RMN), conformément à l'art. 5.5.12 de l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (ARTIN) et à l'art. 15.3.7 de la *Loi sur l'accord sur les revendications territoriales concernant la région marine d'Eeyou* (Loi sur l'ARTRME) — Le chap. 5 de l'ARTIN établit un régime de cogestion visant à intégrer les connaissances et les approches des Inuits en matière de gestion des ressources fauniques aux connaissances scientifiques occidentales — Il énonce également le processus décisionnel à suivre pour la prise des décisions en matière de conservation — La demanderesse, une organisation à but non lucratif, est la représentante légale des Inuits du Nunavik — Son rôle principal consiste à administrer les terres des Inuits, ainsi qu'à protéger les droits, les intérêts, etc. prévus dans les accords en cause — Les Conseils constituent les principaux mécanismes de gestion des ressources fauniques dans la RMN et dans la région marine d'Eeyou — La ministre a rejeté la décision des Conseils au titre de l'art. 5.5.3a) de l'ARTIN et de l'art. 15.2.1a) de l'ARTRME — Elle a invité les Conseils à prendre une décision finale en tenant compte notamment de la limite non quantitative d'une récolte sélective en fonction du sexe selon un ratio de deux mâles pour une femelle — La ministre a notamment ramené la PTA annuelle des Conseils de 28 à 23 ours blancs, indiquant la façon dont la PTA devait être mise en œuvre à l'intérieur de la RMN — Il s'agissait principalement de savoir si la ministre a correctement exercé sa compétence et, dans l'affirmative, si la décision d'exiger la récolte sélective en fonction du sexe et de modifier d'autres limites non quantitatives fixées par les Conseils était raisonnable — La ministre avait compétence pour modifier les limites non quantitatives que les Conseils avaient fixées — La démarche suivie par la ministre n'était pas l'exercice d'un pouvoir absolu — L'ARTIN précise ce que la ministre pouvait ou ne pouvait pas faire aux art. 5.5.7 à 5.5.11 — Le processus ne précise aucune mesure additionnelle que la ministre devait prendre dans le cadre de l'examen des décisions du CGRFRMN pour en arriver à ses propres décisions — L'ARTIN ne renferme aucune restriction précise quant au pouvoir de la ministre de

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

modifier des limites non quantitatives — La ministre n'a pas exercé sa compétence de manière raisonnable — Le pouvoir des Conseils de fixer des limites non quantitatives en vertu de l'art. 5.2.19 de l'ARTIN n'est pas absolu — L'ARTIN est un traité protégé par la Constitution — La conduite de la ministre devait être examinée sous cet angle, eu égard au principe de l'honneur de la Couronne — Le vide entre la réponse de la ministre et la conduite du CGRFRMN rend la décision de la ministre déraisonnable en ce qui concerne les limites non quantitatives — La Cour n'a été saisie d'aucun élément de preuve indiquant que des discussions ont eu lieu entre les membres du CGRFRMN ou entre les représentants techniques — La ministre a agi de manière raisonnable en tenant compte de la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 2 juillet 1974 (CITES) — En vertu des articles 5.5.3 et 5.5.4.1 de l'ARTIN, la ministre avait le droit de tenir compte de certaines ententes internationales ou ententes multigouvernementales intérieures — La ministre n'a pas fondé sa décision uniquement sur la CITES — La ministre n'a pas tenu compte de manière injuste ou inéquitable des intérêts des Inuits du Nunavut comparativement à ceux du Nunavik — La ministre n'était pas tenue par l'ARTIN de reprendre le dialogue avec les Conseils ou de leur fournir un document d'analyse — Eu égard au libellé de l'ARTIN, la ministre a agi de manière raisonnable en ne faisant pas connaître ses préoccupations au CGRFRMN — La ministre a tenu compte du savoir traditionnel des Inuits disponible dans sa décision lorsqu'elle a évalué les données scientifiques disponibles — Il était raisonnable et nécessaire d'adopter une approche de gestion prudente, eu égard à l'état des renseignements dont disposaient les Conseils et la ministre — Les art. 5.1.2h), 5.1.4. et 5.1.5. de l'ARTIN et les renseignements restreints dont disposait la ministre ont mené à l'adoption de l'approche de gestion prudente — La ministre a reconnu la nécessité d'obtenir de nouvelles évaluations des renseignements en limitant la durée d'application de sa décision — La demanderesse ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver que la ministre avait un préjugé ou que son pouvoir discrétionnaire a été entravé — La décision de la ministre a été influencée par les renseignements portés à l'attention des Conseils — En conclusion, la ministre a suivi correctement le processus décisionnel de l'ARTIN et en a tenu compte correctement — À l'exception de la décision d'exiger la récolte sélective en fonction du sexe et de modifier d'autres limites non quantitatives, la décision de la ministre était déraisonnable — Il ne convenait pas de prononcer un jugement déclaratoire à ce stade préliminaire — Il était prématuré de prononcer un jugement déclaratoire sur des questions concernant l'interprétation de l'ARTIN — Demande rejetée.

SOCIÉTÉ MAKIVIK C. CANADA (ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE) (T-1994-16, 2019 CF 1297, juge Favel, motifs du jugement en date du 30 octobre 2019, 80 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2018 CF 1184) déterminant que l'intimé, le Conseil canadien de la magistrature (Conseil), n'était pas tenu de remettre à l'appelant 10 documents du fait qu'ils étaient protégés par le secret professionnel avocat-client, par le secret du délibéré et par le privilège d'intérêt public — L'appelant avait demandé ces documents en se prévalant de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — L'appelant, nommé juge à la Cour supérieure du Québec en 2010, a fait l'objet de deux enquêtes devant le Conseil et ses comités d'enquête — Le Conseil a adopté les constatations d'un comité d'enquête selon lesquelles l'appelant avait manqué à l'honneur et à la dignité et a recommandé qu'il soit révoqué au motif qu'il était inapte à remplir utilement ses fonctions — L'appelant a logé de multiples demandes de contrôle judiciaire à l'encontre des décisions rendues par les comités d'enquête ainsi que de la décision du Conseil recommandant sa révocation — Lors d'une requête en radiation de ces demandes déposée par le Conseil, la C.F. a ordonné au Conseil une liste certifiée « de tous les documents publics que le décideur avait pour prendre la décision » et une « liste de tous les documents que le décideur avait pour prendre la décision » — Le Conseil a invoqué le secret professionnel de l'avocat-client et/ou le secret du délibéré et/ou le privilège d'intérêt public à l'égard de plusieurs documents — La C.F. a procédé en trois étapes pour déterminer la validité des privilèges revendiqués par le Conseil : la prise de connaissance des raisons sérieuses soumises par l'appelant; la prise de connaissance de l'affidavit confidentiel du Conseil; et l'examen des documents si les deux premières étapes ne sont pas satisfaites — Elle a confirmé pour l'essentiel les privilèges revendiqués par le Conseil — Elle a conclu que l'argumentation de l'appelant rencontrait le test des « raisons sérieuses » et que le secret professionnel avocat-client et le secret du délibéré s'appliquaient à certains documents — Elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire de passer à la troisième étape et d'examiner les documents eux-mêmes (sauf pour l'un d'entre eux) — L'appelant a soutenu que la C.F. a erré en ne prenant pas connaissance de tous les documents à propos desquels le Conseil réclamait un privilège — Il s'agissait de savoir si la procédure suivie par la C.F. était appropriée dans les circonstances et contrevenait au principe fondamental de la publicité des débats, et si la C.F. a correctement appliqué les privilèges revendiqués aux documents en litige — La C.F. a commis une erreur dans l'application du processus qu'elle avait élaboré pour se prononcer sur le caractère privilégié ou non des documents contestés — Les

PRATIQUE—Fin

règles 317 et 318 ne précisent pas la démarche qui doit être suivie lorsqu'une partie s'oppose à la transmission d'un document — Tout au plus, le paragraphe 318(3) précise que la C.F. « peut donner aux parties et à l'office fédéral des directives sur la façon de procéder », ce qu'elle a fait en établissant les trois étapes — La C.F. doit veiller à trouver une solution qui concilie l'examen valable de la décision administrative qui fait l'objet d'un contrôle; l'équité procédurale; et la protection de tout intérêt légitime à l'égard de la confidentialité — La procédure établie par la C.F. dans la présente affaire était tout à fait conforme à l'état du droit, et le juge n'a pas commis d'erreur révisable en procédant comme il l'a fait en trois étapes — Il était approprié d'établir que les documents eux-mêmes ne seraient consultés que dans l'hypothèse où la C.F. ne s'estimerait pas capable de se prononcer sur les privilèges revendiqués sur la seule base des représentations des parties — La question qui se posait était plutôt celle de savoir si la C.F. pouvait raisonnablement conclure qu'il ne lui était pas nécessaire de prendre connaissance des documents (sauf un) dans les circonstances — La C.F. se devait de consulter les documents avant de prendre sa décision, compte tenu des faits et des circonstances particulières de ce dossier — Les conséquences draconiennes qu'emportent pour l'appelant la recommandation du Conseil imposent le respect le plus strict des principes d'équité procédurale — La C.F. ne pouvait se satisfaire d'une preuve secondaire plutôt que d'examiner les documents qui ont fait l'objet même de la revendication de privilèges — L'examen des documents n'était pas susceptible de retarder indûment les procédures ou de porter autrement préjudice aux parties — Après avoir soigneusement examiné les documents faisant l'objet du présent appel, la Cour était satisfaite dans les présentes qu'ils étaient en tous points conformes aux représentations faites par le Conseil devant la C.F. et qu'ils étaient effectivement couverts par les privilèges revendiqués — Ceci étant, l'appel a été rejeté malgré l'erreur commise par la C.F. dans l'application du processus qu'elle avait élaboré — Cette erreur était sans conséquence — Appel rejeté.

GIROUARD C. CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE (A-394-18, 2019 CAF 252, juge de Montigny, motifs du jugement en date du 11 octobre, 2019, 15 p.)

TRANSPORTS

Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale (C.F.) a rejeté le contrôle judiciaire contestant l'approbation des tarifs de transport commercial de marchandises de l'intimée Marine Atlantique S.C.C. (Marine Atlantique) de 2016-2017 (tarifs de 2016-2017) — Marine Atlantique, une société d'État fédérale, est le « principal moyen » par lequel le Canada s'acquitte de son obligation constitutionnelle de maintenir un service de transport par traversier de passagers et de marchandises entre North Sydney (Nouvelle-Écosse) et Port aux Basques (Terre-Neuve-et-Labrador) (le trajet constitutionnel) conformément à la *Loi sur Terre-Neuve*, 12-13 George VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 32], annexe, clause 32(1) — L'appelante fait concurrence à Marine Atlantique et offre notamment des services de transport de marchandises entre Halifax et St. John's — Elle s'est plainte au gouvernement fédéral des tarifs peu élevés réclamés par Marine Atlantique et de son omission de prendre en compte la Politique nationale des transports (PNT) énoncée à l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (LTC) — Le contrôle judiciaire a porté principalement sur les tarifs facturés sur le trajet constitutionnel et sur l'omission par le décideur de prendre la PNT en considération — L'appelante a fait valoir que les Conditions de l'adhésion n'ont créé aucune obligation constitutionnelle d'approuver les tarifs réclamés sur le trajet constitutionnel conformément à la PNT — La C.F. a conclu que Marine Atlantique a pris la décision de mettre en application les tarifs de 2016-2017 — Elle a conclu en outre que Marine Atlantique n'est pas un « office fédéral » au sens de l'art. 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et donc que la C.F. n'était pas compétente pour réviser la décision — La C.F. a également conclu, entre autres choses, que la PNT ne devait pas nécessairement être prise en considération dans le contexte de l'établissement des tarifs de 2016-2017, et que l'omission de le faire ne constituait pas une erreur susceptible de contrôle — L'appelante a fait valoir que la C.F. a commis une erreur : (1) lorsqu'elle a omis de conclure que le ministre intimé était tenu de « répondre » de la décision sur les tarifs de 2016-2017 lorsqu'il a soumis le plan d'entreprise de Marine Atlantique à l'approbation du gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (LGFP), et (2) lorsqu'elle a conclu que le ministre n'était pas tenu de prendre la PNT en considération en relation avec les tarifs de 2016-2017 — Il s'agissait principalement de savoir si la C.F. a commis une erreur parce qu'elle n'a pas conclu que le ministre a établi les tarifs de 2016-2017 ou qu'il était redevable de ces tarifs; parce qu'elle a conclu qu'elle n'était pas compétente pour réviser la décision sur les tarifs; et parce qu'elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de prendre la PNT en considération dans l'établissement des tarifs — Il ne convenait pas que la Cour se penche sur l'argument de l'appelant selon lequel la C.F. avait commis une erreur lorsqu'elle a omis de conclure que le ministre était « redevable » des tarifs de 2016-2017 — La C.F. n'a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a conclu que Marine Atlantique a pris une décision sur les tarifs — Même si, en raison de la recommandation qu'il a faite, le ministre est devenu redevable en droit des tarifs de Marine Atlantique, la demande de l'appelante n'a pas contesté cette recommandation

TRANSPORTS—Fin

— L'on ne peut reprocher à la C.F. d'avoir omis de faire droit à une contestation qui n'a pas été faite — Il n'y avait dans l'avis de demande initial ou modifié de l'appelante aucune mention de la recommandation du ministre relative au plan d'entreprise — La C.F. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'elle n'était pas compétente pour réviser la décision sur les tarifs prise par Marine Atlantique — Marine Atlantique est un organisme public et sa décision sur les tarifs est de nature publique et non privée — Elle tire son pouvoir d'établir des tarifs des droits, pouvoirs et privilèges qui sont accordés à une personne physique par l'art. 15(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (LCSA) — L'art. 102(1) de la LCSA et l'art. 109 de la LGFP ne sont pas les sources des pouvoirs de Marine Atlantique d'établir des tarifs; ils ne précisent pas les pouvoirs de la société même — La LCSA n'est pas une « loi fédérale » au sens de la définition d'« office fédéral » énoncée dans la *Loi sur les Cours fédérales* — La conclusion de la C.F. était incompatible avec le sens ordinaire de la définition — Certaines sociétés d'État sont constituées en société en vertu de lois générales sur les sociétés, comme la LCSA, dont elles tirent alors leurs pouvoirs — Le caractère révisable de la décision de nature publique prise par une société d'État mère en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par une loi ne porte pas sur la question de savoir si la loi est spécifique ou générale — L'établissement des tarifs par Marine Atlantique soulève une question de responsabilité contractuelle; donc, la source tenait dans le pouvoir que la loi confère à Marine Atlantique de conclure des contrats — Il n'y a pas lieu de s'ingérer dans la conclusion de la C.F. selon laquelle la présente affaire mettait en cause une nouvelle attribution de la responsabilité par contrat — La décision sur l'établissement des tarifs était de nature publique — Marine Atlantique est un organisme public aux fins du contrôle judiciaire — Les conditions préalables au contrôle judiciaire de la décision de Marine Atlantique sur les tarifs ont été établies dans la présente affaire — Il n'était pas nécessaire de s'ingérer dans la décision de la C.F. selon laquelle, s'il avait pris la décision sur les tarifs, le ministre n'était pas tenu de prendre la PNT en considération — La C.F. a conclu à juste titre que l'art. 2 de la LTC sert à réfuter la présomption d'immunité de la Couronne plutôt que de faire en sorte que la PNT constitue une limite substantive à l'exercice du pouvoir réglementaire — Il ne s'agissait pas de savoir si la PNT s'applique à l'égard du gouvernement, mais plutôt de savoir si elle s'applique à une mesure gouvernementale qui n'a pas été prise en vertu de la LTC — Appel rejeté.

OCEANEX INC. C. CANADA (TRANSPORT) (A-113-18, 2019 CAF 250, juge Laskin, J.C.A., motifs du jugement en date du 10 octobre 2019, 36 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3